

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 59219/12.11.2021, formulată de, cu sediul social în și sediul procesual ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în, având CUI....., reprezentată legal de....., împotriva documentației de atribuire, publicată în cadrul anunțului nr. CN1036429/03.11.2021, emisă de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „*Achiziție echipamente și consumabile*”, cod CPV 33631600-8 – Antiseptice și dezinfectante (Rev.2), s-au solicitat:

- obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate a documentației de atribuire (anunț de participare, fișa de date și caiet de sarcini) conform cererilor din cuprinsul contestației;
- în subsidiar, în cazul în care nu este posibil primul capăt de cerere, anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată efectuate cu ocazia contestației în cauză;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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, îndreptată împotriva documentației de atribuire, prin care s-au solicitat cele menționate în partea introductivă.

Preliminar, ... prezintă o scurtă descriere a situației de fapt, reținând că:

- autoritatea contractantă dorește să achiziționeze, pe structura

unui singur lot, „*echipamente si consumabile*” printre care: dezinfectanți, consumabile medicale, dezinfectanți pentru mâini, termometre, covorașe dezinfectante;

- analizând caietul de sarcini, au fost descoperite caracteristici tehnice stricte, care nu justifică, în opinia contestatoarei, în niciun fel nevoia autorității contractante de a achiziționa produsele respective cu astfel de caracteristici, impunând practic o singură marcă și un singur producător pentru fiecare produs în parte;

- mai mult decât atât, a fost impus ca factor de evaluare un Manager de Proiect, fapt *incompatibil* cu procedura în cauză având ca scop furnizarea de produse biocide și care conduce, din punctul de vedere al contestatoarei, la restrângerea în mod artificial a concurenței.

Autoarea contestației critică includerea în cadrul aceluiași lot a unor produse sanitare a căror natură este total diferită: pe de o parte avem produse biocide (dezinfectanți de mâini, dezinfectanți de suprafețe, soluție dezinfectantă pentru nebulizator), iar pe de altă parte avem echipamente/dispozitive medicale (nebulizator de aer, măști faciale). Având în vedere că operatorii economici interesați trebuie să prezinte o ofertă pentru ambele categorii de produse spre a putea participa la procedura în cauză, ... consideră că autoritatea contractantă a determinat o restrângere a accesului la procedura competițională inițiată, și că s-ar impune o restructurare a achiziției prin crearea a două loturi distincte (dezinfectanți și echipamente de protecție).

..... solicită eliminarea factorului de evaluare privind managerul de proiect, arătând că, ofertanții trebuie să aibă în subcontractare, în mod obligatoriu, un manager de proiect cu studii superioare de lungă durată, cu specializarea „tehnologia prelucrării produselor/ingineria produselor”, cu experiență profesională în poziția de manager/director de proiect în cadrul unor contracte similare. Astfel, apreciază contestatoarea, se impune operatorilor economici să participe în cadrul procedurii prin subcontractori, acesta fiind un drept al operatorului economic, și nu o obligație. În susținerea precedentei afirmații se invocă jurisprudența în materie a Curții de Apel București.

Contestatoarea critică motivarea autorității contractante cum că personalul va fi instruit de către managerul proiectului desemnat de furnizor, pentru utilizarea nebulizatorului, argumentând că produsul respectiv vine cu instrucțiuni de utilizare în limba română, nefiind necesar un instructaj efectuat de către un manager de proiect.

..... solicită modificarea caietului de sarcini, întrucât consideră că modul de redactare a acestuia pentru toate produsele, precum și modul de a defini specificațiile tehnice ale produselor demonstrează că achizițioarea *s-a inspirat* ori a impus, pentru favorizarea unor operatori economici, specificații tehnice exacte ale unor produse.

Contestatoarea exemplifică prezentând specificațiile tehnice redactate pentru produsul „Dezinfectant de suprafețe pe bază de biocid 1L cu pulverizator”, în cadrul cărora sunt prevăzute substanțe active fixe, respectiv: etanol 71,7%, compuși de amoniu cuaternar, benzil c12-16-alchildimetil, cloruri 0,25%. Aceste specificații sunt, din punctul de vedere al, *doar niște preluări cu copy-paste ale unui dezinfectant al importatorului (coincidența este că această societate posibil participantă la procedură fiind tot din).*

Aceeași situație este criticată de autoarea contestației și în cazul produselor „Dezinfectant de mâini” și, respectiv, „Soluția nebulizator dezinfectant 20 kg”.

..... concluzionează că:

- autoritatea contractantă *nu dorește* să achiziționeze produse eficiente, la un preț accesibil, ci să restrângă concurența prin impunerea anumitor produse care ar putea fi furnizate doar de către un operator economic;

- dacă achizițtoarea ar fi dorit participarea mai multor operatori economici, și, prin urmare, posibilitatea de a obține oferte cât mai avantajoase atât din punct de vedere calitativ cât și din punct de vedere financiar, aceasta ar fi putut impune anumite eficacități prevăzute de avizele de biocid precum: bactericid, fungicid, levuricid, virucid.

Pentru capătul de cerere vizând suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 3034/C2/2952 din 22.11.2021.

Prin adresa nr. 2473/15.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 59599/15.11.2021, autoritatea contractantă a transmis măsurile de remediere adoptate ca urmare a contestației formulate de în procedura în cauză.

Astfel, raportat la prevederile art.9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, achizițtoarea a decis să modifice calificarea profesională solicitată pentru managerul de proiect (acesta fiind factor de evaluare), astfel: *Managerul de proiect să aibă studii superioare de lungă durată sau de scurtă durată, absolvite cu diplomă de licență sau de masterat sau echivalent.* În acest sens, autoritatea contractantă a publicat și erata cu nr. EN1032705.

Prin punctul de vedere nr. 2483/17.11.2021, comunicat cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 60143/17.11.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de, ca nefondată, pentru considerentele de mai jos.

Ca și contraargumente la prima critică a contestatoarei, vizând necesitatea restructurării achiziției prin crearea a două loturi distincte, achizițtoarea arată că:

a) în cadrul strategiei de contractare, autoritatea contractantă a decis că nu este oportun să împartă contractul în loturi, întrucât, prin lotizare, riscă să nu își atingă obiectivele și nici indicatorii fizici ai contractului de finanțare, considerând totodată că pentru furnizarea produselor este necesară o coordonare unică din partea ofertantului;

b) prețurile produselor și lanțurile de aprovizionare se află în prezent într-o situație instabilă și fluctuantă, datorită valului patru de COVID-19, care a generat o cerere excesivă de produse de tipul celor care fac obiectul achiziției în cauză și, implicit, o lipsă de stoc la producători/furnizori/distribuitori. Astfel, achizițarea, prin lotizarea contractului, ar risca să nu atingă obiectivele și indicatorii fizici ai contractului de finanțare;

c) în cadrul Cererii de Finanțare ID148945, depusă la Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Infrastructură Mare 2014-2020, atât în etapa de evaluare, cât și în etapa de aprobare a finanțării, „*Achiziția de echipamente și consumabile*” a fost aprobată și validată ca o achiziție fără lotizare;

d) în cadrul documentației de atribuire, respectiv în cadrul Fișei de date pct. III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, la proporția de subcontractare se specifică că ofertantul are dreptul să subcontracteze părțile din contract, astfel operatorii economici au dreptul de a participa la procedura de atribuire cu subcontractant/subcontractanți;

e) în cadrul documentației de atribuire, respectiv în cadrul Fișei de date pct. III.1.8. *Forma juridică pe care o va lua grupul de operatori economici căruia i se atribuie contractul*, se specifică: *Asociere conform dispozițiilor art. 53 din Legea nr. 98/2016.*

Achizițarea apreciază ca fiind nejustificat punctul de vedere al contestatoarei vizând eliminarea factorului de evaluare - manager de proiect, notând în acest sens că, factorul respectiv a fost stabilit întrucât personalul în speță are un impact semnificativ asupra calității sistemului implementat și, prin urmare, asupra valorii economice a ofertei. Astfel, în opinia autorității contractante, este asigurată o concurență reală între operatorii economici, aceștia fiind motivați să lucreze cu persoane cu o experiență cât mai vastă.

Mai mult decât atât, având în vedere natura produselor ce fac obiectul achiziției, respectiv biocide (dezinfecțanți de suprafețe, soluție dezinfecțantă pentru nebulizator, dezinfecțanți de mâini, etc.), autoritatea contractantă a considerat imperios necesară instruirea personalului său (personalul auxiliar) ce va utiliza substanțele și aparatura, instruire care va fi asigurată de managerul desemnat de către ofertant.

Referitor la critica cu privire la necesitatea modificării caietului de sarcini, autoritatea contractantă se apară invocând următoarele aspecte:

- În cadrul cererii de finanțare ID148945, depusă la Autoritatea de Management pentru Programul Operațional Infrastructură Mare 2014-2020, atât în etapa de evaluare cât și în etapa de aprobare la finanțare s-a *aprobat* achiziția produselor: măști de protecție pentru elevi și cadre didactice din unitatea de învățământ, dezinfectant de mâini pe bază de Biocid cu pompiță 1 L, dezinfectant de suprafețe pe baza de Biocid 1 L cu pulverizator, covoare dezinfectante, nebulizator dezinfecție aer și spații interioare pentru max. 1600 m³, soluție pentru nebulizator la bidoane de 20 kg, aparatură medicală în vederea detectării imediate și prevenirii infectării – termometre;

- În cadrul strategiei de contractare, achizitoarea, la determinarea valorii estimate, a enumerat produsele care vor fi achiziționate, conform cererii de finanțare, respectiv produsele sus menționate;

- În cadrul caietului de sarcini la pct. 11 *Dispoziții finale*, autoritatea contractantă a stipulat următoarele: „Specificațiile tehnice care indică o anumită origine, sursă de producție, o marcă de fabricație sau de comerț, un brevet de invenție etc., sunt menționate *doar* pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și *nu are ca scop favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse*”.

- La pct. 4 *Caracteristicile produsului* din caietul de sarcini, achizitoarea a notat: „Se admit produse cu specificații tehnice *superioare sau echivalente* celor prezentate”.

- În fișa de date la Cap. VI.3 *Informații suplimentare Nota 13*, se specifică: "Cerințele tehnice definite la nivelul anunțului de participare, caietului de sarcini sau altor documente complementare, prin trimiterea standardelor, la un anumit producător, la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție/metodă specifică de fabricație/prestare/execuție, vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea *sau echivalent*".

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 60716/19.11.2021, ... răspunde punctului de vedere expus de către autoritatea contractantă și solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, măsurile de remediere impuse de achizitoare nefiind, în opinia contestatoarei, suficiente.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „*achiziție echipamente și consumabile*”, cod CPV principal 33631600 – 8 Antiseptice și dezinfectante (Rev. 2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1036429/03.11.2021, la care a anexat documentația de atribuire. Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la

17.01.2022, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire consemnând cauțiunea aferentă potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, ... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire a fost respins, ca nefondat, prin Încheierea nr. 3034/C2/2952/22.11.2021.

Pe fond, examinând susținerile părților și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul reține că nemulțumirea contestatoarei vizează structura achiziției, fiind restrânsă, în accepțiunea acesteia, participarea doar la acei operatori economici capabili să ofereze atât produse dezinfectante, cât și echipamente de protecție (nebulizatoare, măști faciale), stabilirea factorului de evaluare privind managerul de proiect și modul de redactare al specificațiilor tehnice.

Trecând la analizarea primului aspect criticat, este observat faptul că, așa cum rezultă din informațiile procedurii disponibile în SEAP, prezenta procedură de achiziție publică **nu** a fost împărțită de achizitoare în loturi, iar potrivit caietului de sarcini, produsele care fac obiectul contractului sunt reprezentate de:

- Dezinfectant de suprafețe pe baza de BIOCID 11 cu pulverizator;
- Nebulizator dezinfecție aer și spații interioare, pentru max 1600 m³;
- Soluție nebulizator dezinfectant;
- Covoare dezinfectante;
- Dezinfectant de mâini pe bază de BIOCID cu pompiță de 1 l;
- Măști faciale trei straturi;
- Termometre non contact.

Prin urmare, se observă, că procedura este structurată pe produse cu funcționalități diferite, autonome și independente.

Față de această structură, constată Consiliul că, în strategia de contractare nr. 2410/27.10.2021, sunt consemnate următoarele:

...a decis că nu ar fi oportun să împartă contractul pentru achiziție echipamente și consumabile, în loturi, deoarece printr-o astfel de împărțire autoritatea ar putea să riște să nu atingă obiectul contractului de finanțare, totodată pentru furnizarea produselor este necesară o coordonare unică a ofertantului.

În punctul de vedere transmis Consiliului cu prilejul soluționării contestației, răspunzând criticilor contestatoarei privind restructurarea achiziției, achizitoarea susține că potrivit documentației de atribuire, operatorii economici au dreptul să subcontracteze părțile din contract și, de asemenea, pot participa la procedura de achiziție în asociere.

În soluționare, Consiliul reține relevanța următoarelor prevederi legale:

– 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 șapte 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. Nici argumentele în referire la faptul că, în cererea de finanțare, achiziția a fost aprobată ca o achiziție fără lotizare, nu justifică o restricționare a concurenței.

De asemenea, reține Consiliul că împărțirea pe mai multe loturi este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii, obligație instituită în sarcina autorităților locale de Legea nr. 346/2004 (din care, prin analogie, face parte și unitatea achizitoare).

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de includerea, în cadrul unui singur contract, a unor produse/echipamente independente, ca funcționalitate, Consiliul constată caracterul întemeiat al criticilor contestatoarei.

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

În opinia Consiliului, atingerea obiectivelor și indicatorilor fizici ai contractului de finanțare, poate fi înfăptuită la fel de bine și prin încheierea mai multor contracte. De altfel, autoritatea contractantă nu a furnizat niciun argument și, cu atât mai mult, o dovadă certă în sprijinul afirmației că ar putea să riște să nu atingă obiectul contractului de finanțare.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie

2009, CoNISMa (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 concurență 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**.

Nu se poate impune, în opinia Consiliului, nici ca operatorul economic interesat să participe la procedură să apeleze la asociați sau subcontractanți doar pentru a putea participa la licitație, după cum a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr.5480/05.12.2013: 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, achizitoarea nu poate forța un operator economic să îi furnizeze toate tipurile de produse/echipamente, câtă vreme el nu poate asigura decât unele dintre acestea, pentru care ar putea licita.

În atari circumstanțe, criticile contestatoarei vizând structura achiziției se constată a fi întemeiate.

Pe cale de consecință, ca măsură de remediere necesar a fi adoptată pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării produselor solicitate și al acceptării depunerii de oferte pentru fiecare echipament 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 ce fac obiectul prezentei proceduri 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.

În sensul celor de mai sus, a dispus, într-o speță similară și Curtea de Apel Alba Iulia în decizia sa nr. 223/2019, pronunțată în dosarul nr. 54/64/2019:

În acord cu poziția majoritară a membrilor CNSC, Curtea constată că **măsurile de remediere ale documentației de atribuire sunt substanțiale și de esență și atrag reconfigurarea fișei de date a achiziției și caietului de sarcini, în ceea ce privește numărul de loturi și conținutul acestora, precum și specificațiile tehnice aferente.**

Instanța reține că AC a prevăzut în documentația de atribuire un număr de 10 loturi, din care 7 au fost contestate (loturile 1,2,3,5,6,7,8) și criticile au fost găsite întemeiate.

Curtea constată că se impune modificarea actelor premergătoare inițierii procedurii în sensul *stabilirii valorii estimate a fiecărui lot, urmare regândirii și reconfigurării loturilor*.

Față de conținutul adresei Agenției pentru Agenda digitală a României, Curtea constată că ***pe întreaga perioadă de desfășurare a procedurii de atribuire pe loturi, acestea nu pot fi modificate, fiind configurate odată cu documentația de atribuire***.

Contrar opiniei separate, îmbrățișată de petentă, adresa 65869/18.10.2016 emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României, confirmă faptul că **remediarea nu este posibilă în situația în care se impune modificarea configurației loturilor, întrucât acestea trebuie să rămână neschimbate**. Această interdicție face imposibilă remedierea actului atacat în sensul art. 26 al. 2 lit. c Legea 101/2016.

Este adevărat că implementarea măsurilor de remediere necesare restabilirii legalității actelor atacate prin contestație este o etapă ulterioară pronunțării Deciziei Consiliului însă, aspectul privind posibilitatea AC de a lua sau nu măsuri de remediere poate fi prefigurat încă din faza judecării contestației și *art. 26 al. 2 Legea 101/2016 dă posibilitatea Consiliului de a anula procedura de atribuire pentru acest motiv*.

În privința încălcării principiului disponibilității, raportat la faptul că niciun contestator nu a solicitat anularea procedurii și, prin măsura dispusă au fost anulate și loturi necontestate (loturile 4, 9,10), Curtea arată că măsura dispusă de Consiliu privește întreaga procedură de achiziție tocmai pentru că se impun modificări ale documentației de atribuire prin regândirea acesteia în mod integral.

Prevederile art. 26 al. 2 lit. c Legea 101/2016 constituie temeiul legal care conferă legitimitate măsurii de anulare a procedurii de achiziție, fără alte condiționări. Întrucât legea nu distinge, se consideră că acestui temei de drept, nu îi poate fi opus principiul disponibilității.

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 nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii.

Față de soluția prefigurată, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte critici ale contestatoarei, o asemenea analiză fiind de prisos câtă vreme procedura urmează să fie anulată. Pe cale de consecință, respectivele critici sunt rămase fără obiect.

Luând în considerare cele anterior expuse, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, respectiv cererea subsidiară privind anularea procedurii, și va dispune anularea procedurii de atribuire.

Raportat la soluția pronunțată, va respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere principal privind remedierea documentației de atribuire.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea contestației, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei., deși a solicitat Consiliului - prin contestație - să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat la contestație vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu

....., în calitate de autoritate contractantă, respectiv cererea subsidiară privind anularea procedurii și anulează procedura de atribuire.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere principal privind remedierea documentației de atribuire.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.