

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. din data de ..., transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de ..., formulată de ... SRL, cu sediul social în, ..., împotriva conținutului documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare *SEAP*, emisă de către ..., cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare de produse, având ca obiect „...”, cod CPV principal ...(Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea achiziției;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al achiziției în raport de cererile din contestație;
- suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea contestației, în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr., ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare de produse, având ca obiect „...”, cod CPV principal ...(Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ... SRL a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de achiziție publică, până la soluționarea contestației sale.

Cu referire la cererea de anulare a procedurii de achiziție publică, de la punctul 2.1 din contestație, ... SRL consideră că se impune restructurarea achiziției prin organizarea acesteia în 32 de loturi, respectiv câte un produs per lot.

În acest sens, arată că, procedura de atribuire în cauză impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru cele 32 de produse astfel descrise în caietul de sarcini, la pag. 5-7. Între cele 32 de produse nu exista nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur acord cadru. Fiecare dintre ele acționează independent și are propriile specificități.

Totodată, contestatoarea susține că, produsele dezinfectante ale achiziției nu sunt „destinate unor utilizări identice sau similare”, un dezinfectant de mâini (solicitat în două variante) este diferit de un dezinfectant pentru suprafețe, iar în cuprinsul lotului unic al achiziției se regăsesc atât dezinfectanți, cât și produse pentru curățenie și insecticide (adică produse comercializate pe piețe diferite de operatori economici specializați pe aceste piețe diferite), fiind încălcate prevederile art. 18 din Lege nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, autoarea contestației învederează că, adăugarea de mai multe 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 cele 32 de produse ale 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 (precum în cazul organizării achiziției prin atribuirea contractelor în cadrul a 32 de proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

În susținerea afirmațiilor sale, ... SRL invocă jurisprudența Consiliului și a Curților de Apel.

La punctul 2.2 din cuprinsul contestației, contestatoarea solicită Consiliului modificarea caietului de sarcini, astfel:

2.2.1.1. În raport de obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin art. 154 din Legea nr. 98/2016, solicită obligarea acesteia la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale dezinfectanților (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), 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.

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.

2.1.3. Ca urmare a adoptării acestor acte normative, contestatoarea consideră că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor/descrrierilor cu caracter general aflate la pag. 9-11 din caietul de sarcini (extrase din Anexa nr. 3 la OMS nr. 1082/2016, act normativ abrogat prin OMS nr. 2288/2022, bazate și ele pe prevederile ediției 2015 a standardului EN 14885).

În continuare, la punctul 2.2 – Cereri specifice - din contestație, ... SRL solicită Consiliului obligarea autorității contractante la eliminarea, completarea sau modificarea anumitor cerințe ale caietului de sarcini.

Prin adresa nr. autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. împreună cu Strategia de contractare, în copie, menționând următoarele:

Potrivit prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, are dreptul și nu obligația de a împărți pe loturi obiectul contractului, fiecare procedură de achiziție publică este evaluată în funcție de specificul produselor care fac obiectul acesteia, iar modalitatea de organizare a procedurii și de întocmire a documentației de atribuire, este aleasă astfel încât să asigure atingerea scopului final, încheierea unui contract, dar și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor bugetare.

În cuprinsul caietului de sarcini, sunt precizate informații despre contextul care a determinat achiziționarea produselor, informații despre beneficiile anticipate de către autoritatea contractantă și sunt detaliate, în mod explicit, în ce constau necesitățile autorității contractante, pentru a fi cunoscute de toți operatorii economici interesați să participe la procedură. Decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi a fost justificată în cadrul strategiei de contractare, în conformitate cu prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Produsele care fac obiectul procedurii de achiziție publică sunt destinate dezinfecției spațiilor de rezidență a beneficiarilor serviciilor

sociale din centrele subordonate ... cu scopul de a oferi acestora condiții optime de sănătate prin scăderea riscului apariției unor boli, precum și asigurarea desfășurării activității personalului angajat într-un mediu ambiental sănătos și fără riscuri de infectare cu diverși germenii.

Având în vedere faptul că aceste produse sunt destinate unor utilizări identice sau similare și vor fi folosite în cadrul unităților subordonate autorității contractante care sunt răspândite în mai multe locații pe raza județului Cluj și mai ales faptul că aceste produse sunt în cantitate relativ mică, împărțirea pe loturi ar duce la costuri suplimentare cu transportul pentru operatorii economici, ceea ce duce implicit la un preț final mai mare al produselor solicitate, comparativ cu cheltuielile livrării mai multor produse de la același operator.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, în cazul divizării pe loturi, a luat în calcul riscul ca anumite loturi să nu fie ofertate, din cauza cantităților mici necesare, și în acest fel condițiile minime de sănătate și igienă necesare beneficiarilor și angajaților să nu poată fi asigurate.

În ceea ce privește respectarea prevederilor art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționează că aceste produse sunt destinate unor utilizări identice sau similare și există foarte mulți operatori economici care comercializează întreaga gamă de produse care fac obiectul prezentei achiziții publice, prin urmare autoritatea contractantă nu consideră faptul că îngreuează sau limitează participarea operatorilor economici interesați prin faptul că nu utilizează împărțirea pe loturi.

Prin urmare, apreciază că, împărțirea produselor în 32 de loturi distincte și fragmentarea obiectului contractului, după cum solicită operatorul economic, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor bugetare alocate, în conformitate cu planul de achiziții.

Totodată, consideră că o eventuală anulare a procedurii de atribuire va afecta asigurarea unor condiții de rezidență calitativă a beneficiarilor din cadrul centrelor autorității contractante, cât și un mediu adecvat de lucru necesar personalului angajat prin prevenirea apariției infecțiilor.

În cadrul centrelor subordonate ...în regim rezidențial, este necesară dezinfectia spațiilor interioare și exterioare în vederea prevenirii apariției infecțiilor cu viruși și a germenilor patogeni, cât și asigurarea de bune condiții în desfășurarea activităților de asistență socială, îndeosebi în contextul posibilității infectării cu Coronavirus (COVID-19).

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră contestația formulată de ofertantului ... SRL, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr., ... SRL a răspuns la punctul de vedere formulat de ... învederând că, autoritatea contractantă justifică aglomerarea a 32 de produse într-o singură achiziție, prin faptul că toate au utilizare similară/identică, dar nu precizează care este această „utilizare similară/identică” a unor produse precum spray insecte, detergent pentru mașina automată vase și dezinfectant mâini.

Față de acest aspect, contestatoarea afirmă că organizatoarea procedurii nu cunoaște că există o deosebire între curățare și dezinfecție - proceduri distincte, diferite, utilizând produse diferite, cu tehnici de realizare diferite, potrivit art. (1) lit. a) și c) din Anexa nr. 1 la OMS nr.

.....

Referitor la criticile sale de la punctul 2.2 din cuprinsul contestației, ... SRL arată că autoritatea contractantă nu face nicio opoziție la acestea și nu justifică în vreun fel alegerile făcute în cadrul documentației de atribuire atacate.

În acest sens, în eventualitatea respingerii cererii sale de anulare a achiziției, contestatoarea solicită Consiliului a fi judecate pe fondul lor cererile sale și ridică excepția nulității specificațiilor și cerințelor atacate, în raport de această nemotivare a autorității contractante.

În susținerea excepției de mai sus, contestatoarea invocă jurisprudența curților de apel, precum și dispozițiile art. 41 alin. (2) lit. c) din Carta Drepturilor Fundamentale ale U.E., care impun motivarea oricărei decizii/oricărui act administrativ.

Prin adresa nr., Consiliul a solicitat autorității contractante punctul de vedere cu privire la solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr., înregistrată la CNSC sub nr., ... a transmis punctul de vedere cu privire la solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire nr., înregistrat la CNSC sub nr., precizând că este de acord cu această solicitare, motiv pentru care a publicat Erata nr.

Referitor la mențiunile de la capitolul 2.2. din contestație, prin care contestatoarea solicită modificarea caietului de sarcini al achiziției, autoritatea contractantă învederează următoarele:

Cu privire la punctul 2.2.1.2. din cadrul contestației, OMS nr. 1761/2021 este de aplicabilitate strictă în domeniul medical, ceea ce îl plasează în afara sferei de activitate a autorității contractante. Prin interpretarea exagerată a contestatoarei, ar însemna că reglementările din domeniul medical, mai exact aplicarea OMS nr. 1761/2021, s-ar face aplicabile erga omnes dacă nu există reglementări specifice.

Tocmai reglementarea specifică este aferentă domeniului medical și nu poate fi extinsă discreționar în alte domenii, prin urmare autoritatea contractantă solicită a fi respinsă această solicitare.

Referitor la criticile de la punctele 2.2.2.1.1. și 2.2.2.1.2. din cadrul contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea acestora

deoarece prin cerințele menționate a fi eliminate din cadrul caietului de sarcini, nu s-a precizat un anumit producător, o anumită origine, un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la origine sau la o producție specifică care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Autoritatea contractantă arată că nu a stabilit o cerință restrictivă, ci doar a descris o modalitate generală de acțiune a produsului solicitat, care nu se regăsește doar în cadrul produselor unui anumit producător.

În plus, consideră are dreptul legal de a prevedea anumite elemente minime de compoziție pentru produsul solicitat, elemente care nu conduc la favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici, având în vedere că eficacitatea unui produs depinde de compoziția sa. Argumentul folosit de către contestatoare, respectiv *„subliniem că nu există prevederi tehnice și legale care să lege eficacitatea unui produs destinați dezinfectiei suprafețelor de o anumită compoziție a sa”*, apreciază autoritatea, este unul illogic și absurd.

Consiliul constată că societatea ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, prin adresa nr. înregistrată la CNSC sub nr.

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

Procedura simplificată, desfășurată, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare de produse, având ca obiect „...”, cod CPV principal ...(Rev.2), prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare fiind de

Analizând cuprinsul contestației, Consiliul reține că ... SRL formulează critici împotriva conținutului documentației de atribuire.

Nemuțumită fiind de prevederile documentației de atribuire, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, anularea procedurii, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini.

Consiliul constată că această critică este legată de faptul că autoritatea contractantă, prin gruparea celor 32 de produse într-un singur lot, înlătură posibilitatea operatorilor economici care nu furnizează toate produsele solicitate 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 precizat următoarele: „În cuprinsul caietului de sarcini, sunt precizate informații despre contextul care a determinat achiziționarea produselor, informații despre beneficiile anticipate de către autoritatea contractantă și sunt detaliate, în mod explicit, în ce constau necesitățile autorității contractante, pentru a fi cunoscute de toți operatorii economici interesați să participe la procedură. Decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi a fost justificată în cadrul strategiei de contractare, în conformitate cu prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016”.

În strategia de contractare nr., ... a precizat, la pagina 3 - Lotizare, următoarele: „(...) a ales să nu folosească lotizarea, în conformitate cu prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele solicitate sunt similare, iar numărul acestora este unul redus. Încheierea unui acord cadru cu mai mulți operatori este în dezavantajul autorității contractante (...)”.

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 între cele 32 de produse care fac obiectul prezentei proceduri, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la încheierea unui singur contract, ci a mai multora, după domeniul și destinația în care se utilizează, potrivit celor mai sus reținute.

Trimiterea autorității contractante din punctul de vedere la faptul că „*aceste produse sunt destinate unor utilizări identice sau similare și există foarte mulți operatori economici care comercializează întreaga gamă de produse care fac obiectul prezentei achiziții publice, prin urmare nu consideră faptul că îngreunează sau limitează participarea operatorilor economici interesați prin faptul că nu utilizează împărțirea pe loturi*”, nu este o dovadă a faptului că cele 32 de produse sunt interdependente.

Astfel, Consiliul reține că la lotizarea procedurii autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere destinația celor 32 de produse în discuție, și nu aspectul acestora.

În sensul arătat, s-a pronunțat 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.: „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 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

îngrădiri 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 posibilor 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 licitație, după cum în mod judicios a sesizat și motivat, 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 cele 32 de produse, 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, cele 32 de produse având destinații diferite (dezinfectant mâini, detergent dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant detergent pardoseli, soluție pentru dezinfectat toaleta etc.),

având 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 32 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 a contractului de achiziție publică, Consiliul stabilește că este lipsită de relevanță analiza celorlalte critici formulate de autoarea contestației, iar cererea de suspendare a procedurii, va fi respinsă ca rămasă obiect.

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 ... SRL, în contradicție cu ..., și să anuleze procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

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 ... SRL, în contradictoriu cu

Anulează procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

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.