

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent din 13.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45441/13.09.2022, formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de corespondență la Cabinet de Avocat „...” din București, ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect *„Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din județul ...”*, se solicită:

– în principal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și a Fișei de date, în raport de criticile prezentate în cuprinsul contestației;

– în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a Sistemului Electronic de Achiziții Publice, anularea procedurii de atribuire;

– obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

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, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L. critică modalitatea prin care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire.

Prin adresa *din data de 13.09.2022*, înregistrată la Consiliu sub nr. 45441/13.09.2022, ... S.R.L., în calitate de operator economic, participant la procedura de achiziție publică pentru atribuirea

contractului „*Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din județul ...*”, inițiată prin anunțul de participare CN... și persoană vătămată de actele emise în cadrul procedurii, în temeiul art. 8 din Legea nr. 101/2016 formulează *contestație* împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva caietului de sarcini și a Fișei de date, documente ce au fost publicate în SEAP la data de 04.09.2022, prin care solicită:

1. în principal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și a Fișei de date, în raport de criticile prezentate în cuprinsul contestației;

2. în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a Sistemului Electronic de Achiziții Publice, anularea procedurii de atribuire;

3. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

Totodată, contestatoarea, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită accesul la documentele dosarului constituit la Consiliul, precum și ridicarea de copii de pe înscrisurile din cadrul acestuia.

Societatea contestatoare menționează că criticile sale se referă la:

A. Modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului de furnizare, prin includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente.

B. Includerea în caietul de sarcini și în Fișa de date a unor cerințe tehnice minimale care contravin dispozițiilor legale în materie.

... S.R.L. precizează câteva chestiuni prealabile.

Anterior publicării procedurii ce face obiectul prezentei contestații, autoritatea contractantă a demarat prin anunțul de participare CN... o procedură similară, având ca obiect atribuirea contractului de furnizare „*Materiale de Protecție Sanitară și Dezinfectanți*”.

Împotriva acelei proceduri, societatea ... S.R.L. a formulat în fața C.N.S.C. o contestație, înregistrată sub numărul de Dosar 1228/2002, atacând procedura pentru motive similare cu cele din prezenta contestație, respectiv includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente.

Prin Decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, C.N.S.C. a admis criticile contestatoarei cu privire la includerea tuturor celor 3 produse care fac obiectul achiziției (*Mască de protecție sanitară, Dezinfectant pentru mâini, Dezinfectant pentru suprafețe*) într-un singur lot, și, pe cale de consecință, a admis contestația și a anulat procedura de atribuire.

Cu toate că Decizia C.N.S.C. nu a fost contestată, intrând în puterea lucrului judecat, la reluarea procedurii de achiziție publică, pentru achiziționarea acelorași produse, autoritatea contractantă a

publicat anunțul de participare nr. CN..., împreună cu documentația de atribuire (caiet de sarcini și Fișa de date), din care rezultă că, deși produsele solicitate sunt identice cu cele din procedura contestată anterior (*Mască de protecție sanitară, Dezinfectant pentru mâini, Dezinfectant pentru suprafețe*), nici această achiziție nu a fost împărțită pe loturi.

A. În ceea ce privește modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului de furnizare prin includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente, contestatoarea apreciază că în această manieră se restricționează în mod cert participarea operatorilor economici la procedura de achiziție.

În cadrul procedurii, autoritatea contractantă a stabilit ca printr-un singur contract de furnizare să fie livrate mai multe produse, cu consecința ca operatorul economic interesat de participarea la procedură să prezinte ofertele tehnice care să cuprindă, bineînțeles, toate aceste produse.

Astfel, conform documentației de atribuire, respectiv punctul 3 din caietul de sarcini, *"Obiectul contractului este reprezentat de furnizarea într-o perioadă de timp de 6 luni, de MATERIALE DE PROTECȚIE SANITARĂ ȘI DEZINFECTANȚI, cod CPV 33140000-3 Consumabile medicale și 33631600-8 Antiseptice și dezinfectante, astfel:*

- 1.1. *Mască de protecție sanitară*
- 1.2. *Dezinfectant pentru mâini*
- 1.3. *Dezinfectant pentru suprafețe "*

După cum se poate observa, între produsele indicate, nu există vreo legătură funcțională, care să poată justifica atribuirea unui singur contract.

Conform descrierii din caietul de sarcini produsele vor fi folosite în diverse scopuri: (i) pentru protecție, în cazul măștilor de protecție sanitară, (ii) pentru dezinfecția igienică și chirurgicală a mâinilor prin frecare, (iii) pentru dezinfecția suprafețelor.

Ca un prim aspect, cele 3 produse nici măcar nu fac parte din aceeași categorie de produse. Măștile de protecție sanitară de uz medical sunt destinate protejării utilizatorului, iar dezinfectantele pentru mâini și suprafețe sunt destinate dezinfecției. Totodată, chiar dacă aceste ultime produse fac parte din categoria produselor dezinfectante, între ele nu există o interdependență ca să poată fi, eventual, comasate doar ele într-un singur lot.

Contestatoarea susține că modalitatea de atribuire a contractului de furnizare, prin includerea acestor 3 produse într-un singur lot, are ca efect limitarea competiției prin crearea posibilității efective de participare la procedură a unui număr foarte restrâns de operatori economici, întrucât este foarte puțin probabil ca operatorii economici din categoria întreprinderilor mici și mijlocii să poată susține un asemenea contract.

Contestatoarea afirmă că includerea celor 3 produse într-un singur lot, așa cum a propus achizițarea în această procedură, încalcă grav următoarele dispoziții legale în materia achizițiilor publice: art. 50, art. 141 și art. 3 alin (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, recomandările Directivei 214/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului UE privind achizițiile publice sunt în sensul adaptării procedurilor organizate de către autoritățile publice la necesitățile și posibilitățile IMM-urilor, prin împărțirea contractelor mari pe loturi tocmai pentru a putea fi adaptate capacității reale a acestor operatori.

Și recomandarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice este tot în direcția creării unui cadru concurențial cât mai larg pentru a nu se limita în mod artificial concurența prin compunerea unor loturi care cuprind produse neomogene și fără interdependență.

Contestatoarea precizează că, în contextul pandemiei de Covid 19 și având în vedere numeroasele proceduri de achiziție lansate, atât C.N.S.C., cât și instanțele de judecată au pronunțat numeroase decizii în situații similare prin care au obligat autoritățile contractante să modifice documentațiile de atribuire în sensul lotizării și acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru fiecare dintre produsele dezinfectante cu utilizare diferită. Aceasta amintește Deciziile C.N.S.C. nr. 2708/C1/2930/2021, nr. 404/C8/232/2022, nr. 891/C9/825/2022, cât și Decizia nr. 26/2022 pronunțată de C.A. Iași în dosarul nr. 768/45/2021.

În plus, contestatoarea menționează și faptul că această procedură de atribuire a făcut obiectul controlului ex ante, iar A.N.A.P. a emis Avizul conform condiționat nr. .../22.08.2022 în care s-a constatat că autoritatea contractantă nu a inclus în strategia de contractare informații din care să rezulte motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împărțit pe loturi și a impus ca măsură de remediere aducerea de informații suplimentare. În caz contrar, ANAP recomandă împărțirea produselor pe loturi.

Față de toate aceste aspecte, societatea contestatoare solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul lotizării produselor din cadrul procedurii inițiale și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru fiecare dintre cele 3 produse.

Mai mult, contestatoarea apreciază că, întrucât divizarea achiziției pe loturi solicitată prin prezenta contestație nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice care nu acceptă astfel de modificări la nivelul procedurilor de atribuire, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

B. Includerea în caietul de sarcini și în Fișa de date a unor cerințe tehnice excesive, care contravin dispozițiilor legale în materie.

În opinia contestatoarei, următoarele cerințe tehnice încalcă, fără nicio justificare din partea autorității contractante, cerințele minim impuse de normele legale în materie:

1. Pentru produsul de la poziția 1: măști de protecție sanitară de uz medical - tip II R (dispozitive medicale de clasă de risc I), în caietul de sarcini, la pagina 4, sunt specificate, printre altele, și următoarele cerințe tehnice minimale: *"să aibă 4 straturi (...) Dimensiuni: 18- 19 cm x 8-9 cm."*, pe care contestatoarea le consideră excesive și nejustificate.

Conform Anexei 2 la Ordinul președintelui ANAP nr. 2376/2020 din 4 decembrie 2020 privind conținutul, modalitatea de completare și modul de utilizare a documentelor standard "Instrucțiuni pentru ofertanți/candidați" și "Caiet de sarcini" la atribuirea acordului-cadru/contractului de achiziție publică/sectorial având ca obiect măști de protecție de uz sanitar de tip II, II R, FFP2, FFP3, măștile faciale de uz medical, tip II R, trebuie să îndeplinească următoarele specificații tehnice sau cerințe funcționale minime:

"1. Materiale si construcție: Materialul din care sunt confecționate măștile să fie netesut, să includă un strat de filtrare lipit sau poziționat între straturile de material, să aibă 3 straturi și minim 3 pliuri; produsul nu trebuie să se rupă sau să se destrame în timpul utilizării. În acest sens se va depune un document din care să reiasă rezistența la rupere a materialului, conform standardului SR EN ISO 9073-18:2008. Se vor depune rapoarte de testare. Materialul din care este confecționată masca să fie hipoalergenic și să nu conțină substanțe toxice sau periculoase pentru organism. Masca să aibă bandă elastică de prindere pe cap și lamelă nazală adaptabilă (lamela metalică să fie învelită în plastic pentru a evita ruperea și a cauza răni).

2. Design: Masca trebuie să se poziționeze cât mai aproape de nasul, gura și obrazul purtătorului. (Poate avea diferite forme și construcții)".

2. Pentru produsul de la poziția 3: Dezinfectant pentru suprafețe noncritice, în caietul de sarcini, la pagina 5, sunt specificate, printre altele, și următoarele cerințe tehnice minimale: "Modalitate de ambalare: 1.000 flacoane de 0,75 litri și 4866 bidoane de 5 litri (...) Să nu conțină alcoolii, fenoli, compuși cuaternari de amoniu, aldehide, clor.", pe care contestatoarea le consideră excesive și nejustificate.

În ceea ce privește cerința *"să nu conțină ... compuși cuaternari de amoniu"* contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a indicat un motiv pentru care produsul ar trebui să nu conțină acest tip de stabilizator. Conform dispozițiilor legale, singura condiționare este aceea ca substanța activă a produselor oferite să figureze pe lista substanțelor active autorizate în conformitate cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, menționat în Regulamentul

(UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat

În plus, societatea contestatoare menționează că acești compuși de amoniu cuaternar sunt inerți și, în plus, ei reprezintă agenții dezinfectanți cei mai utilizați în domeniul alimentar datorită acțiunii germicide foarte bune. Având în vedere locațiile indicate pentru utilizarea produselor (școli), aceasta consideră că acești compuși cuaternari de amoniu introduși într-un produs dezinfectant cu rol stabilizator, nu vor face altceva decât să mărească eficacitatea produsului pentru scopul urmărit.

De asemenea, legat de modalitatea de ambalare a produsului în flacoane de 0,75 litri, contestatoarea apreciază că justificarea pe care autoritatea contractantă a prezentat-o în caietul de sarcini (*"asigură o utilizare facilă și eficientă de către personalul auxiliar"*) nu este una pertinentă, mai cu seamă că majoritatea produselor de pe piață sunt ambalate în flacoane de 1 litru.

Și față de cerințele impuse în documentația de atribuire pentru modalitatea de ambalare a produselor, A.N.A.P. a considerat că se impune o remediere în sensul prezentării unei justificări pertinente, iar în lipsă se recomandă *"să precizați doar cantitatea necesară, urmând ca operatorii să poată participa cu diferite moduri de ambalare; eventual puteți indica un minim și un maxim, în cazul menținerii cerinței, indicați constrângerile autorității care determină solicitarea acestui mod fix de ambalare, iar în lipsa unei justificări pertinente, veți corecta specificațiile, astfel încât termenii să fie clari și ușor accesibili atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare (toți operatorii care au capacitatea de a furniza aceste produse să aibă acces la procedura de atribuire)"*.

Contestatoarea invocă dispozițiile art. 31 din HG nr. 395/2016: *"(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit"*.

Tot astfel, aceasta face referire și la art. 2. alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care stabilește că principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii.

Pentru toate argumentele expuse mai sus, ... S.R.L. solicită admiterea contestației și:

1.4. În principal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și a Fișei de date, în raport de criticile prezentate în cuprinsul contestației;

1.5. În subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a Sistemului Electronic de Achiziții Publice, anularea procedurii de atribuire;

1.6. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

În drept, contestatoarea își întemeiază contestația pe prevederile art. 8, 19 și 26 din Legea nr. 101/2016, art. 2, art. 155 și urm. din Legea nr. 98/2016, OMS nr. 1082/2016, precum și pe toate textele legale invocate în cuprinsul prezentei.

Prin adresa nr. 46198/2244/C7/16.09.2022, Consiliul solicită autorității contractante punct de vedere asupra susținerilor contestatoarei privind puterea lucrului judecat.

Prin adresa nr. 21514/20.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 46700/21.09.2022, ..., înaintează punctul de vedere cu privire la contestația depusă de ... S.R.L., în cadrul procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului având ca obiect: *Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul "Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din județul ... în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-Cov-2"*, împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP cu nr. CN.../04.09.2022, prin care solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 să respingă contestația ca nefondată, iar, pe cale de consecință, să mențină ca fiind temeinică și legală documentația de atribuire.

I. SCURTĂ PREZENTARE A SITUAȚIEI DE FAPT

Prin publicarea anunțului de participare nr. CN.../04.09.2022 ..., precizează că în calitate de autoritate contractantă a organizat, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, procedura de tip licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect: *Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul "Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din județul ... în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-Cov-2"*.

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, valoarea estimată a contractului este de 40.393.301,76 lei fără TVA.

De menționat este că, anterior publicării în SEAP a documentației de atribuire, aceasta a făcut obiectul controlului ANAP exercitat în conformitate cu prevederile OUG nr. 98/2017 și ale H.G. nr. 419/2018, ocazie cu care a fost emis Avizul conform condiționat nr. .../22.08.2022 la care a făcut referire inclusiv autoarea contestației, în cuprinsul acestuia fiind reținute, în esență, următoarele recomandări:

„8) în fapt: Informațiile inserate în strategia de contractare referitoare la situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, nu susțin și nu justifică decizia de a nu grupa produsele incluse în obiectul contractului pe loturi.

Măsura de remediere: pagina 6-In descrierea produselor incluse în oferta sunt produse care au o utilizare diferită: ex: "dezinfecant de mâini", "dezinfecant suprafețe" dar și "Măști de protecție sanitară" fiind considerate a fi comercializate de operatori care acționează pe piețe economice diferite, fapt ce poate avea ca efect restrângerea, în mod nejustificat, a participării operatorilor economici la procedura de atribuire și indirect, prin modul de întocmire a documentației de atribuire, se încalcă principiul proporționalității. Aduceți informații suplimentare la nivelul strategiei de contractare din care să rezulte motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împărțit în loturi. În caz contrar, vă recomandăm împărțirea produselor în loturi."

Autoritatea contractantă arată că ceea ce a omis a preciza ... S.R.L. este faptul că achiziția a dat curs recomandărilor reprezentanților ANAP, strategia de contractare fiind completată cu informații suplimentare prin care a evidențiat motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împărțit în loturi, aspect care rezultă cu evidență din cuprinsul adresei ANAP nr. .../20918 din 06.09.2022 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform condiționat nr. .../22.08.2022, entitatea cu atribuții în realizarea controlului ex-ante reținând că au fost preluate măsurile dispuse prin avizul conform condiționat.

II. MOTIVELE DE FAPT ȘI DE DREPT PENTRU CARE SE IMPUNE RESPINGEREA CONTESTAȚIEI

a. Autoritatea contractantă a justificat în mod corespunzător decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Astfel, făcând trimitere la pct. 3 din caietul de sarcini care se referă la obiectul contractului care urmează a fi atribuit, societatea contestatoare arată că includerea celor trei produse - mască de protecție sanitară, dezinfecant pentru mâini și dezinfecant pentru suprafețe - obiect al contractului într-un singur lot ar încălca dispozițiile art. 50 și ale art. 141 din Legea nr. 98/2016, apreciind că între produse nu există legătură funcțională care să justifice atribuirea unui singur contract.

Autoritatea contractantă susține că cele invocate prin contestație de ... S.R.L. nu pot fi primite la soluționarea raportului juridic litigios, în condițiile în care atribuirea pe loturi este un drept al autorității contractante, iar nu o obligație, aspect care rezultă cu ușurință din prevederile art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care pe care le citează.

Contrar celor arătate în cuprinsul contestației, achiziția afirmă că, în raport de prevederile legale evidențiate, a îndeplinit obligația legală și a justificat prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi, decizie considerată corectă de către reprezentanții ANAP.

De altfel, în sensul celor de mai sus este inclusiv Directiva 2014/24/CE, în cadrul recitalului 78 fiind reținut că autoritatea contractantă ar trebui să aibă obligația de a lua în considerare oportunitatea împărțirii contractului în loturi, păstrând în același timp libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare.

Drept urmare, autoritatea contractantă a decis ca procedura să nu se desfășoare pe loturi, întrucât produsele care fac obiectul prezentei proceduri sunt destinate utilizării în cadrul aceleiași unități administrative, în cadrul aceleiași locații și pentru același scop (prevenirea contaminării cu virusul SARS - COV2), fiind destinate unor utilizări identice sau similare.

Autoritatea contractantă consideră că relevante la soluționarea contestației sunt și considerentele Deciziei civile nr. 1290.20.03.2017 pronunțată de Curtea de Apel București, Secția VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal care a statuat următoarele:

„Este adevărat că măsura atribuirii pe loturi a contractului de achiziție favorizează participarea la proceduri a întreprinderilor mici și mijlocii, aceasta fiind și rațiunea modificărilor și transparentizării procedurilor de atribuire. Însă acest deziderat nu trebuie absolutizat, știut fiind că un prim principiu de bază al procedurii de achiziție este acela al interesului public și al cheltuirii resurselor publice în conformitate cu acest interes. Or, în speță, autoritatea contractantă și Consiliul au justificat măsura atribuirii unui singur lot, prin aceea că produsele solicitate sunt corelate, protoxidul de azot neadministrându-se separat, ci doar în amestec cu oxigenul medicinal. Totodată, s-a precizat că, din punct de vedere valoric, achiziția protoxidului de azot reprezintă circa 25% din valoarea estimată și există posibilitatea ca, în cazul împărțirii pe loturi, lotul aferent protoxidului de azot să nu se adjucece, creând dificultăți în funcționarea autorității contractante, fiind afectat, astfel, interesul public. Prin urmare, justificarea fiind pertinentă și în conformitate cu interesul public urmărit prin achiziționarea produselor supuse achiziției, Curtea nu observă niciun argument pentru care măsura autorității de a atribui contractul într-un singur lot să fie supusă cenzurii instanței de judecată”.

Astfel, achizițarea apreciază că situația de fapt care a stat la baza emiterii deciziei judiciare sus-citate este similară cu cea aferentă procedurii contestate, existând un risc major de a nu fi atribuit unul dintre loturi în ipoteza în care ar fi împărțită pe loturi achiziția ca urmare a evoluției pieței de profil raportat la data estimării valorii produselor. Într-o astfel de ipoteză, scopul procedurii de atribuire nu ar fi atins, neputând fi asigurată o combatere eficientă a contaminării cu virusul SARS COV 2 în lipsa unuia dintre produsele care fac obiectul achiziției. Mai mult, s-ar genera riscul pierderii finanțării nerambursabile în cazul în care nu s-ar achiziționa toate produsele care fac obiectul achiziției. Având în vedere acest risc, raportat la autonomia de decizie recunoscută de Directiva privind achizițiile publice (Considerentul nr. 78 sus-citat)

autorității contractante în ceea ce privește oportunitatea și posibilitatea împărțirii pe loturi, aceasta apreciază că o eventuală cenzură din partea organismelor de remedii (C.N.S.C. și instanța de judecată) ar determina obligația de a efectua demersuri legale de recuperare a prejudiciului generat de o eventuală pierdere a finanțării.

De asemenea, trebuie menționat și că achiziția publică a fost inclusă în forma prezentă (un singur lot) în cadrul unei Cereri de finanțare adresate Ministerului Fondurilor Europene, în cadrul Programului Operațional Infrastructură Mare 2014- 2020, Axa Prioritară 9- Obiectivul specific 9.1., cerere de finanțare ce a fost aprobată în această formă, semnându-se în acest sens Contractul de finanțare nr. 1021/23.02.2022.

Sub acest aspect, achizitoarea consideră că la soluționarea contestației sunt relevante prevederile art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 pe care le citează.

Or, contrar celor menționate prin contestație, așa cum rezultă din cuprinsul caietului de sarcini, produsele care fac obiectul contractului sunt destinate unor utilizări identice sau similare, respectiv în vederea creșterii capacității de intervenție în prevenirea și combaterea infecțiilor, asigurând protecția elevilor, a cadrelor didactice și a personalului auxiliar/administrativ împotriva pătrunderii agenților biologici patogeni.

Tot astfel, aceasta apreciază că la soluționarea contestației nu poate fi reținută incidența prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dat fiind că, așa cum rezultă inclusiv din cuprinsul strategiei de contractare, autoritatea contractantă a realizat în prealabil o prospectare a pieței, fiind identificați o multitudine de operatori economici care comercializează atât măști de protecție, cât și dezinfectanți, sens în care nu se poate invoca faptul că procedura de atribuire a fost structurată cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Drept urmare, cum produsele obiect al contractului fac parte din gama normală a celor care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, cu respectarea prevederilor legislației în materia achizițiilor publice, în mod corect autoritatea contractantă a luat decizia de a nu atribui contractul în loturi distincte.

Aceasta consideră că la soluționarea raportului juridic litigios nu trebuie omis nici faptul că, potrivit prevederilor legislației în materia achizițiilor publice, operatorii economici interesați au dreptul să se asocieze în vederea participării la prezenta procedură, sens în care cu atât mai mult nu ne aflăm în prezența limitării competiției.

Referitor la practica C.N.S.C. de care s-a prevalat contestatoarea, achizitoarea apreciază că ceea ce trebuie avut în vedere este că, în pofida unei uzanțe extinse de justificare a opiniilor juridice pe baza unor hotărâri judecătorești/decizii ale organismului administrativ-

jurisdicțional, în sistemul românesc de drept acestea nu au calitate de izvor de drept, neavând caracter general obligatoriu.

Astfel, o hotărâre judecătorească sau o decizie a Consiliului exprimă un raționament juridic strict individualizat în raport cu o situație de fapt determinată și cu argumentele părților litigante, care nu coincid în totalitate cu argumentele ce pot fi invocate în alte cauze cu elemente de similaritate. De aici rezultă și relativitatea raționamentului juridic exprimat printr-o hotărâre judecătorească, care nu exprimă o judecată general valabilă, cu una determinată în funcție de împrejurările speței soluționate și de apărările formulate, ceea ce implică inaptitudinea unui astfel de raționament de a fi invocat și în alte spețe.

Autoritatea contractantă afirmă că aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecății în care, spre deosebire de procedura de atribuire anulată prin decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, autoritatea contractantă a justificat în mod corespunzător prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi, fiind, astfel, în prezența unei documentații de atribuire diferite, căreia nu i se pot aplica considerentele din decizia C.N.S.C. mai sus menționată, sens în care nu putem fi în prezența puterii de lucru judecat; aceasta cu atât mai mult cu cât, analizând considerentele din decizia invocată de autoarea contestației, organul administrativ-jurisdicțional a reținut că autoritatea contractantă nu a justificat prin strategia de contractare decizia de a nu atribui pe loturi produsele, situație diferită în prezența procedură unde, la recomandarea ANAP a fost justificată în mod corespunzător decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

b. Documentația de atribuire nu conține cerințe tehnice care să contravină dispozițiilor legale în materie

Astfel, autoritatea contractantă menționează că așa cum rezultă din cuprinsul contestației, autoarea acesteia consideră că cerințele minime ale documentației au fost stabilite cu încălcarea normelor legale în materie, respectiv:

- în ceea ce privește masca de protecție sanitară de uz medical:

„(...) să aibă 4 straturi (...) Dimensiuni: 18-19 cm x 8-9 cm.”

- referitor la produsul dezinfectant pentru suprafețe noncritice:

„Modalități de ambalare: 1.000 flacoane de 0,75 litri și 4.866 bidoane de 5 litri. (...)

Să nu conțină alcool, fenoli, compuși cuaternari de amoniu, aldehide, clor.”

Achizitoarea susține că cele invocate de autoarea contestației nu pot fi primite la soluționarea raportului juridic, în condițiile în care, așa cum este prevăzut la art. 20 alin. (10) din anexa la H.G. nr. 395/2016:

„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.”

Astfel, în ceea ce privește masca de protecție sanitară de uz medical, achiziția arată că obiectivul general al proiectului îl reprezintă creșterea nivelului de prevenție medicală și a calității vieții, a elevilor și a cadrelor didactice din unitățile de învățământ preuniversitar de stat prin dotarea cu produse necesare în vederea consolidării capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 și a prevenirii în timp util și eficient a extinderii actualei pandemii. Drept urmare, achiziționarea unor măști de protecție cu 4 straturi corespunde necesității autorității contractante descrise prin documentația de atribuire, sens în care critica ... S.R.L. este nefondată.

Referitor la dimensiunea măștilor, așa cum arată inclusiv autoarea contestației, prin Ordinul ANAP nr. 2376/2020 masca poate avea diferite forme și construcții; drept urmare, stabilirea prin documentația de atribuire a unor dimensiuni alternative în ceea ce privește masca de protecție în niciun caz nu contravine ordinului mai sus menționat, situație în care și această critică este nefondată.

Cât privește criticile aduse dezinfectantului pentru suprafețe noncritice, autoritatea contractantă arată Consiliului că societatea contestatoare nu a evidențiat, așa cum prevede art. 10 din Legea nr. 101/2016, motivele de fapt și de drept pentru care cerințele documentației sunt nelegale, simpla apreciere a acestuia nefiind suficientă pentru a se putea dispune admiterea cererii.

Pe de altă parte, produsele pe care dorește autoritatea să le achiziționeze sunt destinate dezinfecției suprafețelor din zone instituționale (unități de învățământ), situație în care este necesar ca acestea să conțină substanțe non-toxice, biodegradabile, în concentrații sigure și cu timpi de acțiune cât mai reduși.

Referitor la modalitatea de ambalare a produselor, aspectul că majoritatea produselor de pe piață sunt ambalate în flacoane de 1 litru în niciun caz nu poate reprezenta un argument pentru a se putea reține nelegalitatea cerinței.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că modul de ambalare în flacoane de 0,75 litri a produselor dezinfectante pentru suprafețe nontoxice asigură o utilizare facilă și eficientă a acestora de către personalul auxiliar din unitățile de învățământ, iar modul de ambalare de 5 litri a fost solicitat pentru a asigura reumplerea acestor flacoane cu dezinfecțanți.

Aceasta adaugă că la soluționarea contestației nu pot fi primite argumentele ... S.R.L. referitoare la recomandările ANAP, în condițiile în care ... a dat curs acestor recomandări, strategia de contractare fiind completată/modificată cu informații suplimentare privind ambalarea produselor, aspect care rezultă cu evidență din cuprinsul adresei ANAP nr. .../20918 din 06.09.2022 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform conditionat nr. .../22.08.2022,

entitatea cu atribuții în realizarea controlului ex-ante reținând că au fost preluate măsurile dispuse prin avizul conform condiționat.

Pentru toate aceste considerente, ... solicită respingerea ca nefondată a contestației, urmând a se menține ca fiind legală și temeinică documentația de atribuire întocmită.

Prin adresa *din data de 05.10.2022*, înregistrată la Consiliu cu nr. 48964/05.10.2022, ... S.R.L. în calitate de contestatoare, în temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016 transmite *concluzii scrise*, suplimentar față de cele amintite deja în cuprinsul contestației, ca urmare a studierii documentelor depuse de către autoritatea contractantă la dosarul contestației și ca răspuns la argumentele prezentate în punctul de vedere, prin care precizează următoarele:

1. În punctul său de vedere autoritatea contractantă a apreciat că Decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022 nu reprezintă altceva decât „*practica C.N.S.C.*” (în general), motiv pentru care ea nu are caracter obligatoriu între părțile din prezentul litigiu, întrucât practica judiciară / administrativ-judiciară nu constituie izvor de drept în sistemul românesc de drept.

2. de asemenea, achizițioarea arată că situația de fapt și argumentele părților din prezenta procedură este total diferită de situația de fapt și argumentele părților din procedura de achiziție în care s-a pronunțat Decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, deoarece în prezenta procedură autoritatea contractantă „*a justificat în mod corespunzător decizia de a nu atribui contractul pe loturi*”. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă consideră că nimic din ceea ce s-a reținut în Decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022 nu poate fi reținut în prezenta cauză.

Contestatoarea solicită Consiliului să aprecieze aceste argumente ca fiind neîntemeiate, pentru următoarele considerente:

1. Potrivit art. 430 Cod proc. Civ. „(1) *Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă (...)*”.

Așadar, contestatoarea susține că Consiliul este ținut să aplice, sub efectul puterii lucrului judecat, tot ceea ce s-a tranșat anterior în Decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, mai puțin considerentele care nu presupun o situație de fapt și o argumentație identice. Numai o justificare pertinentă și legală poate conduce la o modificare a situației de fapt. Simpla completare a strategiei de contractare cu o seamă de elemente nefondate și fără relevanță concretă în procedura de achiziție, nu poate echivala cu o situație de fapt diferită.

2. ... S.R.L. arată că justificarea deciziei de a nu utiliza împărțirea pe loturi prezentată de autoritatea contractantă în Strategia de

contractare nr. 20611/09.09.2022 nu este una pertinentă. Argumentele sunt formale, niciunul dintre ele nu prezintă cu adevărat relevanță în decizia luată. La pag. 7-9 din strategie, au fost reproduse o seamă de dispoziții legale aplicabile în perioada stării de alertă, unele dintre ele fiind chiar abrogate (H.G. nr. 553/2020 - referită la pag. 8 din strategie). De asemenea, Legea nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19 are stabilit drept obiect la art. 1 *"(1) instituirea, pe durata stării de alertă declarate în condițiile legii, în vederea prevenirii și combaterii efectelor pandemiei de COVID-19, a unor măsuri temporare și, după caz, graduale, în scopul protejării drepturilor la viață, la integritate fizică și la ocrotirea sănătății, inclusiv prin restrângerea exercițiului altor drepturi și libertăți fundamentale. (2) Măsurile restrictive de drepturi prevăzute în prezenta lege, precum și, după caz, cele de renunțare sau de relaxare a acestora se dispun cu respectarea principiului egalității de tratament juridic pentru situații identice sau comparabile"*. Deci, în momentul de față, dispozițiile Legii nr. 55/2020 nu sunt aplicabile.

Totodată, contestatoarea arată că achizitoarea justifică decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi prin expunerea unei situații de fapt ipotetice prezentate de ministrul sănătății, care *"la o conferință de presă din data de 04.07.2022 a anunțat că estimează o creștere a numărului de cazuri COVID în perioada următoare, iar în vârful acestui val, preconizat pentru începutul - sfârșitul lunii august, să se ajungă la 10.000 de cazuri pe zi"*.

Contestatoarea subliniază că strategia de contractare a fost emisă la data de 09.09.2022, ulterior presupusului vârf de infectări din august 2022, și, cu toate acestea, autoritatea contractantă prezintă situația estimată anterior, dar nerealizată, ca un potențial pericol ce va putea fi înlăturat numai prin atribuirea contractului într-un singur lot.

3. De asemenea, ... S.R.L. arată că achizitoarea a menținut în strategia de contractare (pag. 9 ultimul alineat) și argumentul înlăturat de Consiliul în Decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, respectiv *"împărțirea pe loturi a achiziției produselor ar duce la creșterea riscului de a atribui în același timp contractele de achiziție pentru toate materialele de protecție sanitară și dezinfectanți, ceea ce ar duce la neîndeplinirea scopului achiziției și anume limitarea răspândirii virusului SARS - CoV-2 și a efectelor extrem de grave ale acestui"*.

În decizia pronunțată anterior, Consiliul a statuat:

"În aceste condiții anterior precizate, este lipsită de relevanța argumentația autorității contractante referitoare la posibilitatea neatribuirii unor loturi cu fiecare din aceste 3 categorii de dezinfectanți, întrucât prin divizarea în loturi este posibil ca pentru fiecare dintre aceste categorii de produse să nu se prezinte nici un ofertant și, pe cale de consecință, autoritatea să fie în situația de a nu putea să își satisfacă necesitatea în totalitate. Contrar acestor susțineri, opinia Consiliului este că atâta vreme cât, pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, astfel încât toți operatorii economici interesați (fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii) vor avea posibilitatea

reală să depună oferte (individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot, iar, pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială.

Astfel, pe lângă operatorii economici care îndeplinesc acum condițiile pentru toate cele 3 produse, ar depune oferte și operatori care nu îndeplinesc condițiile decât pentru unul sau 2 dintre aceste produse, astfel încât numărul de oferte pentru fiecare produs ar fi cu siguranță mai mare decât dacă ofertanții ar fi ținuti să oferteze toate cele 3 produse într-un singur lot."

În plus, contestatoarea afirmă că nici operațiunea de prospectare a pieței nu a fost realizată în acord cu dimensiunea și reperele achiziției, astfel că simpla enumerare a unor operatori economici care comercializează atât măști de protecție, cât și dezinfectanți, nu este suficientă ca să justifice decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi. Din analiza tuturor paginilor de internet indicate de autoritatea contractantă în strategia de contractare, a constatat că niciunul dintre operatorii respectivi nu va putea participa la achiziție întrucât:

- ... - este un magazin online, care intermediază vânzări online de la producători către clienții finali. ... S.R.L. este o societate cu o cifră de afaceri medie pe ultimii 3 ani de aproximativ 800.000 lei (cu mult sub nivelul de 40.000.000 lei impus prin documentația de atribuire) și care nu are nici experiență similară. Cel mai mare contract de achiziție publică semnat are o valoare de 7.930 lei și are ca obiect "poartă start-sosire" (extras informativ în anexă);

- ... - este un magazin online, care intermediază vânzări online de la producători către clienții finali. ... S.R.L. este o societate cu o cifră de afaceri medie pe ultimii 3 ani de aproximativ 200.000 lei (cu mult sub nivelul de 40.000.000 lei impus prin documentația de atribuire) și care nu are nici experiență similară, (extras informativ în anexă);

- ... - nu există;

- ... - site web al unui furnizor de produse de curățenie și igienă, operat de ... S.R.L., cu o cifră medie de afaceri pe ultimii 3 ani de aproximativ sub nivelul de 40.000.000 lei impus prin documentația de atribuire și care nu are nici experiență similară dovedită (contracte de 10.000.000 lei pe an). Mai mult, pachetul dezinfectant care cuprinde și mască de protecție, oferit spre vânzare și indicat de către achizitoare în strategia de contractare, nu cuprinde decât un singur tip de dezinfectant (de suprafețe sau de mâini), iar nu ambele, (extras informativ în anexă);

- tot astfel și celelalte site-uri indicate ... (extras informativ în anexă).

Așadar, contestatoarea susține că și operațiunea de prospectare a pieței realizată de autoritatea contractantă a fost pur formală, în realitatea aceasta nu a făcut dovada că ar exista pe piață "o multitudine

de operatori economici" care comercializează, la dimensiunea contractului, măști și dezinfectanți deopotrivă.

Față de celelalte justificări prezentate de către achizitoare în strategie, legate de încadrarea celor 3 produse în produse interdependente și similare, respectiv posibilitatea asocierii operatorilor economici pentru a putea participa la procedură, contestatoarea precizează că C.N.S.C. trebuie să aibă în vedere considerentele din Decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022 (neatacată de către ...) prin care s-au tranșat aceste aspecte. Cu privire la aceste justificări, achizitoarea nu a adus niciun element de noutate față de procedura anterioară, nici măcar un alt argument nefondat.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să înlăture ca neîntemeiate toate argumentele din strategia de contractare pe care ... le-a prezentat ca justificare a deciziei sale de a nu utiliza împărțirea pe loturi.

Având în vedere toate aceste considerente, precum și motivele expuse inițial în cuprinsul contestației, ... S.R.L. solicită admiterea contestației, precum și

- în principal, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și a Fișei de date, în raport de criticile prezentate;

- în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a Sistemului Electronic de Achiziții Publice, anularea procedurii de atribuire;

obligarea Autorității Contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă,... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „*Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din județul ...*”, cod CPV 33140000-3 Consumabile medicale (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.../04.09.2022.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări, este în sumă de 40.393.301,76 lei fără TVA.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire, ... S.R.L. a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai

sunt posibile măsuri de remediere din cauza configurației tehnice actuale a SEAP, anularea procedurii.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... S.R.L. a transmis recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC Bank S.A. la data de 13.09.2022, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 220.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. .../2022.

Astfel, Consiliul constată că ... S.R.L. a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând critica contestatoarei formulată împotriva faptului că autoritatea contractantă a cuprins 3 tipuri de produse, cu destinație diferită, fără a recurge la împărțirea pe loturi a acestora, Consiliul reține că obiectul achiziției este constituit de următoarele produse:

- 1.- *măști de protecție sanitară - 22.753.584 bucăți,*
- 2.- *dezinfecanți pentru mâini - 541.752 litri și*
- 3.- *dezinfecanți pentru suprafețe - 25.080 litri.*

Vor fi dotate 190 de unități de învățământ cu echipamente de protecție (măști de protecție sanitară, dezinfecanți sanitari) și 90.292 elevi, cadre didactice și personal auxiliar/administrativ vor fi protejate la infectare cu COVID-19.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a precizat că a decis ca procedura de atribuire să nu se desfășoare pe loturi, întrucât produsele sunt destinate în cadrul aceleiași unități administrative, în cadrul aceleiași locații și pentru același scop (prevenirea contaminării cu virusul SARS - COV2), fiind destinate unor utilizări identice sau similare.

De asemenea, achiziția a adăugat că achiziția a fost inclusă în forma prezentată (un singur lot) în cadrul Cererii de Finanțare adresată Ministerului Fondurilor Europene, în cadrul Programului Operațional Infrastructura Mare, 2014-2020, Axa Prioritară 9-Obiectivul specific 9.1., Cerere de finanțare ce a fost aprobată în această formă, semnându-se în acest sens *Contractul de finanțare nr. 1021/23.02.2022.*

Totodată, conform documentelor achiziției și a strategiei de contractare, produsele se încadrează în două coduri CPV: cod CPV principal 33140000-3 Consumabile medicale (Rev. 2) și cod CPV suplimentar 33631600-8 Antiseptice și dezinfecanți Rev. 2).

Este important de precizat faptul că anterior pe rolul Consiliului s-a formulat de către ... S.R.L. contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26378/24.05.2022, care a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022, prin care s-a admis contestația formulată de ... S.R.L. dispunându-se următoarele:

"Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliu va admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va anula procedura de atribuire."

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de autoarea contestației, Consiliul găsește util de redat dezlegările date în cuprinsul Deciziei nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022, menite să înlăesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea, astfel:

[Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 3 categorii de dezinfectanți ca obiect al unui singur acord-cadru, Consiliul reține că, deși toate aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de protecție împotriva virusului SARS –Cov 2, ele sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (protecție individuală, dezinfectarea mâinilor, dezinfectarea suprafețelor), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

În aceste condiții anterior precizate, este lipsită de relevanță argumentația autorității contractante referitoare la posibilitatea neatribuirii unor loturi cu fiecare din aceste 3 categorii de dezinfectanți, întrucât prin divizarea în loturi este posibil ca pentru fiecare dintre aceste categorii de produse să nu se prezinte nici un ofertant și, pe cale de consecință, autoritatea să fie în situația de a nu putea să își satisfacă necesitatea în totalitate. Contrar acestor susțineri, opinia Consiliului este că atâta vreme cât, pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, astfel încât toți operatorii economici interesați (fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii) vor avea posibilitatea reală să depună oferte (individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot, iar, pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială.

Astfel, pe lângă operatorii economici care îndeplinesc acum condițiile pentru toate cele 3 produse, ar depune oferte și operatori care nu îndeplinesc condițiile decât pentru unul sau 2 dintre aceste produse, astfel încât numărul de oferte pentru fiecare produs ar fi cu siguranță mai mare decât dacă ofertanții ar fi ținuti să oferteze toate cele 3 produse într-un singur lot.

Totodată, raportat la prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să adapteze dimensiunea loturilor de așa manieră încât acestea să fie accesibile și întreprinderilor mici și mijlocii.

Ori, pe lângă diversitatea produselor care fac obiectul contractului, valoarea estimată a contractului din prezenta procedură, de 40.393.301,76 lei, fără TVA, este un alt obstacol în calea accesului IMM la această procedură, care oricum ar fi dificil și în cazul lotizării, având în vedere valorile estimate fără TVA ale celor 3 produse, care, potrivit strategiei de contractare sunt următoarele 31.627.481,76 lei pentru măști, 8.126.280 lei pentru dezinfectant pentru mâini și 639.540 lei pentru dezinfectanți pentru suprafețe.

O valoare estimată de 40.393.301,76 lei, fără TVA, pentru întreaga procedură, cuprinzând 3 produse diferite atât din punct de vedere al procesului tehnologic de fabricare, cât și al utilizării, este de natură a încălca principiile nediscriminării, tratamentului egal și, mai ales, al proporționalității, din moment ce această dimensiune a unui singur lot este greu accesibilă întreprinderilor mici și mijlocii.

Divizarea procedurii în 3 loturi, astfel încât fiecărui produs să-i corespundă un lot este de natură a aduce beneficii financiare autorității contractante.

Necesitatea autorității contractante de a obține produsele de care are nevoie la prețuri cât mai mici, este satisfăcută, astfel, pe deplin, prin formarea de loturi individuale pentru fiecare produs în parte.

De altfel, spitalele, care sunt autorități contractante care au nevoie constantă de diferite tipuri de dezinfectanți, organizează procedurile de achiziție a acestora pe loturi individuale pentru fiecare categorie de dezinfectant în parte.

În consecință, justificările autorității contractante anterior precizate nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele trebuie să facă obiectul unor atribuirii distincte, în

funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Desigur că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 mai sus iterate, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Consiliul nu poate reține astfel nici susținerile autorității contractante referitoare la faptul că societatea contestatoare poate să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. 8396/2/2018, respectiv:

«Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei».

Analizând Strategia de contractare (pag. 6-7), Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a justificat în mod real, raportat la prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, decizia de a nu atribui pe loturi, care ar fi trebuit bazată cel puțin pe o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante, aceasta consemnând în schimb, în mod nesusținut temeinic, ca justificare a nedivizării pe loturi a achiziției, faptul că „împărțirea pe loturi a achiziției produselor ar duce la creșterea riscului de a nu atribui, în același timp contractele de achiziție pentru toate materialele de protecție sanitară și dezinfectanți, ceea ce ar duce la neîndeplinirea scopului achiziției și anume limitarea răspândirii virusului SARS Cov2 și a efectelor extrem de grave ale acestuia.”

În acest condiții Consiliul urmează să admită criticile contestatoarei cu privire la includerea tuturor celor 3 produse care fac obiectul achiziției într-un singur lot.

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

«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 aceeași 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 înlăturate 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 cărora 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 impedențele 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.»

Sunt de reținut și cele precizate de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 1380/23.03.2017:

«Din ansamblul dispozițiilor art. 141 din Legea nr. 98/2016 nu se poate concluziona că regula instituită de legiuitor este aceea de a obliga autoritatea contractantă să procedeze la atribuirea contractului de achiziție pe loturi, fiind evident că textul de lege vorbește despre un atare drept al autorității, iar nu despre o obligație în acest sens, cum a susținut petenta. Împrejurarea că la alin. (3) al aceluiași articol se face vorbire despre o obligație a autorității de a

motiva decizia de a nu atribui contractul pe loturi nu poate conduce la o astfel de concluzie în cauză. Este evident că, în cazul în care este posibil ca, după natura contractului, acesta să poată fi atribuit pe loturi, autoritatea trebuie să justifice soluția adoptată de a proceda la atribuirea unui singur lot, prin motivarea deciziei sale. Însă împrejurarea că autoritatea are obligația de a justifica măsura adoptată nu se interpretează în sensul că decizia de atribuire pe loturi a contractului trebuie scoasă din sfera oportunității (măsură lăsată la latitudinea autorității contractante) și trecută în sfera măsurilor imperative, de la care autoritatea nu poate să se abată.

Este adevărat că măsura atribuirii pe loturi a contractului de achiziție favorizează participarea la proceduri a întreprinderilor mici și mijlocii, aceasta fiind și rațiunea modificărilor și transparentizării procedurilor de atribuire. Însă acest deziderat nu trebuie absolutizat, știut fiind că un prim principiu de bază al procedurii de achiziție este acela al interesului public și al cheltuirii resurselor publice în conformitate cu acest interes. Or, în speță, autoritatea contractantă și Consiliul au justificat măsura atribuirii unui singur lot, prin aceea că produsele solicitate sunt corelate (...) ».

Se observă din deciziile amintite că instanțele de judecată au avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, despărțirea în loturi distincte a dezinfectanților, în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de atribuire al întreprinderilor mici și mijlocii. Din redactarea cap. II, secțiunea a 3-a, din Legea nr. 346/2004 rezultă că autoritățile publice locale (în care se include prin analogie și ...) au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creștere care în cazul de față se poate realiza prin divizarea procedurii de atribuire în 3 loturi 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:

«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.».

Necesitatea deschiderii pieței este 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».

Faptul că autoritatea 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: «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 posibililor 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».

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 Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 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».]

Împotriva Deciziei nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022 părțile nu au formulat plângere.

Înainte de a proceda la soluționarea criticilor, Consiliul va enunța următoarele considerații de ordin general.

Astfel, conform doctrinei juridice, în conformitate cu dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) din N.C.P.C., alin. (1) – „Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată”; alin. (2) - „Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.

Corelativ, Consiliul reiterează următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016:

- art. 28 alin. (1) - „Decizia Consiliului **este obligatorie** pentru părțile cauzei”;

- art. 29 – „Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu 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”;

- art. 32 alin. (1) - Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerile se soluționează de complete specializate în achiziții publice”;

- art. 35. alin. (2) - „Hotărârea prin care instanța soluționează plângerea este **definitivă**.”

Coroborând normele juridice anterior enunțate și având în vedere faptul că până în prezent niciuna dintre părți nu a exercitat calea de atac împotriva deciziei emise de către Consiliu, rezultă că, în ceea ce privește *„obiectul cererii contestației deduse soluționării”*, Consiliul este obligat să ia în considerare, în mod exclusiv Decizia nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022 deoarece la momentul soluționării prezentei contestații, aceasta este **definitivă**; altfel spus, nu mai este susceptibilă, de anulare sau modificare, decât prin intermediul căilor extraordinare de atac.

Pe cale de consecință, în situația în care părțile, în exercitarea propriei lor voințe, nu au exercitat nicio cale extraordinară de atac

împotriva deciziei în cauză, Consiliul apreciază că, în mod automat, se prezumă că acestea au acceptat și însușit conținutul acesteia, perspectivă din care apreciază că dispozițiile actului juridic anterior invocat intră în sfera puterii lucrului judecat.

Decizia nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022 este executorie, cele statuate în dispozitivul și cuprinsul motivării ei beneficiind de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauza judecată de instanță, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Raționamentul de mai sus este validat și de instanțele de judecată, spre exemplu Curtea de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal (Decizia civilă nr. 510/ 27.01.2014), în sensul că *„efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu (...) în atare condiții, părțile din cauza judecată (...) sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată”*.

Prin urmare, Consiliul urmează a soluționa contestația în cauză, analizând modul în care autoritatea contractantă a respectat dispozițiile Deciziei nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Datele speței pe scurt sunt următoarele.

- urmare a pronunțării Deciziei nr. 1252/C4/1228 din data de 20.06.2022 achizitoarea a anulat procedura de atribuire, potrivit celor dispuse de Consiliu, astfel cum rezultă din *Hotărârea de anulare nr. 14850/29.06.2022* publicată pe SEAP:

(...)

- anterior publicării în SEAP a documentației de atribuire aferentă procedurii în cauză, se reține că procedura a făcut obiectul controlului ANAP exercitat în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 98/2017 și ale H.G. nr. 419/2018, ocazie cu care a fost emis *Avizul conform condiționat nr. .../22.08.2022* la care a făcut referire inclusiv autoarea contestației, în cuprinsul acestuia fiind reținute, în referirea la decizia de a nu diviza pe loturi următoarele recomandări:

”STRATEGIA DE CONTRACTARE

8) În fapt: Informațiile inserate în strategia de contractare referitoare la situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, nu susțin și nu justifică decizia de a nu grupa produsele incluse în obiectul contractului pe loturi.

Măsura de remediere: pagina 6-În descrierea produselor incluse în oferta sunt produse care au o utilizare diferită: ex:”dezinfecant de mâini”,”dezinfecant suprafețe” dar și ”Măști de protecție sanitară” fiind considerate a fi comercializate de operatori care acționează pe piețe economice diferite, fapt ce poate avea ca efect restrângerea, în mod nejustificat, a participării operatorilor

economici la procedura de atribuire și indirect, **prin modul de întocmire a documentației de atribuire, se încalcă principiul proporționalității.** Aduceți informații suplimentare la nivelul strategiei de contractare din care să rezulte motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împartit în loturi. În caz contrar, vă recomandăm împărțirea produselor în loturi.”

- achizitoarea precizează că a dat curs recomandărilor reprezentanților ANAP, strategia de contractare fiind completată cu informații suplimentare prin care a evidențiat motivele pentru care nu a divizat obiectul contractului în loturi, aspect care rezultă din cuprinsul *Adresei ANAP nr. .../20918 din 06.09.2022 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform conditionat nr. .../22.08.2022*, entitatea cu atribuții în realizarea controlului ex-ante reținând că au fost preluate măsurile dispuse prin avizul conform condiționat:

 GUVERNUL ROMÂNIEI AGENCIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE	nr.1/2017, la termenul limita se precizeaza modul de acces la respectivele persoane, documentele fiind prezentate autoritatii la momentul desfasurării activității din contract.- observație calitate În drept: art. 20 din H.G. 395/2016. 8) În fapt: Informațiile inserate în strategia de contractare referitoare la situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, nu susțin și nu justifică decizia de a nu grupa produsele incluse în obiectul contractului pe loturi. Măsura de remediere: pagina 6-În descrierea produselor incluse în oferta sunt produse care au o utilizare diferită: ex: "dezinfectant de mâini", "dezinfectant suprafețe" dar și "Măști de protecție sanitară" fiind considerate a fi comercializate de operatori care acționează pe piețe economice diferite, fapt ce poate avea ca efect restrângerea, în mod nejustificat, a participării operatorilor economici la procedura de atribuire și indirect, prin modul de întocmire a documentației. Aduceți informații suplimentare la nivelul strategiei de contractare din care să rezulte motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împartit în loturi. În caz contrar, vă recomandăm împărțirea produselor în loturi. Autoritatea contractantă va adapta întreaga documentație la aspectele formulate mai sus (secți. 1.1.4, secți. 1.2 fișa de date, caiet de sarcini (pct 2.2, pct 2.3, pct 3.1)/Model contract furnizare/strategia de contractare/Model de formulare. observație regularitate Pentru achiziția de măști, veți avea în vedere prevederile Ordinului Președintelui ANAP nr. 2376/2020 privind conținutul, modalitatea de completare și modul de utilizare a documentelor standard "Instrucțiuni pentru ofertanți/candidați" și "Caiet de sarcini" la atribuirea proporționalității.	PRELUAT	AC a completat informațiile suplimentare incluse la nivelul strategiei de contractare cu motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împartit în loturi. -pagina 6 AC a menținut decizia de a nu utiliza împărțirea în loturi deși în descrierea produselor incluse în oferta sunt produse care au o utilizare diferită: ex: "dezinfectant de mâini", "dezinfectant suprafețe" dar și "Măști de protecție sanitară" fiind considerate a fi comercializate de operatori care acționează pe piețe economice diferite, fapt ce poate avea ca efect restrângerea, în mod nejustificat, a participării operatorilor economici la procedura de atribuire și indirect, prin modul de întocmire a documentației de atribuire, se încalcă principiul proporționalității.
STRATEGIA DE CONTRACTARE			

- însă, contrar celor susținute de autoritatea contractantă, potrivit căroră: *"achizitoarea a dat curs recomandărilor reprezentanților ANAP, strategia de contractare fiind completată cu informații suplimentare prin care a evidențiat motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împărțit în loturi, aspect care rezultă cu evidență din cuprinsul adresei ANAP nr. .../20918 din 06.09.2022 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform conditionat nr. .../22.08.2022, entitatea cu atribuții în realizarea controlului ex-ante reținând că au fost preluate măsurile dispuse prin avizul conform condiționat"*, în fapt reprezentanții ANAP au constatat faptul că achizitoarea a completat informațiile suplimentare la nivelul strategiei de contractare și au concluzionat că: autoritatea contractantă a menținut decizia de a nu utiliza împărțirea în loturi, deși în descrierea produselor în ofertă sunt produse care au o utilizare diferită: ex: "dezinfecant de mâini", "dezinfecant suprafețe" dar și "Măști de protecție sanitară" fiind considerate a fi comercializate de operatori care acționează pe piețe economice diferite, fapt ce poate avea ca efect restrângerea, în mod nejustificat, a participării operatorilor economici la procedura de atribuire și indirect, **prin modul de întocmire a documentației de atribuire, se încalcă principiul proporționalității.**

Ceea ce este important de reținut este faptul că achizitoarea a menținut nedivizarea obiectului contractului pe loturi, iar argumentele aduse se bazează pe următoarele aspecte:

- în raport de prevederile legale incidente, a îndeplinit obligația legală și a justificat prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi, decizie considerată corectă de către reprezentanții ANAP;

- achizitoarea a dat curs recomandărilor reprezentanților ANAP, strategia de contractare fiind completată cu informații suplimentare prin care a evidențiat motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împărțit în loturi, aspect care rezultă cu evidență din cuprinsul adresei ANAP nr. .../20918 din 06.09.2022 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform conditionat nr. .../22.08.2022, entitatea cu atribuții în realizarea controlului ex-ante reținând că au fost preluate măsurile dispuse prin avizul conform condiționat;

- drept urmare, autoritatea contractantă a decis ca procedura să nu se desfășoare pe loturi, întrucât produsele care fac obiectul prezentei proceduri sunt destinate utilizării în cadrul aceleiași unități administrative, în cadrul aceleiași locații și pentru același scop (prevenirea contaminării cu virusul SARS - COV2), fiind destinate unor utilizări identice sau similare;

- existând un risc major de a nu fi atribuit unul dintre loturi în ipoteza în care ar fi împărțită pe loturi achiziția ca urmare a evoluției pieței de profil raportat la data estimării valorii produselor, într-o astfel de ipoteză, scopul procedurii de atribuire nu ar fi atins, neputând fi asigurată o combatere eficientă a contaminării cu virusul SARS COV 2 în lipsa unuia dintre produsele care fac obiectul achiziției. Mai mult, s-ar

genera riscul pierderii finanțării nerambursabile în cazul în care nu s-ar achiziționa toate produsele care fac obiectul achiziției;

- de asemenea, trebuie menționat și că achiziția publică a fost inclusă în forma prezentă (un singur lot) în cadrul unei Cereri de finanțare adresate Ministerului Fondurilor Europene, în cadrul Programului Operațional Infrastructură Mare 2014-2020, Axa Prioritară 9- Obiectivul specific 9.1., cerere de finanțare ce a fost aprobată în această formă, semnându-se în acest sens Contractul de finanțare nr. 1021/23.02.2022.

Referitor la ultimele patru argumente reținute și prezentate de achizitoare în strategie în decizia de a nu diviza obiectul contractului pe loturi, legate de încadrarea celor 3 produse în produse interdependente și similare, respectiv posibilitatea asocierii operatorilor economici pentru a putea participa la procedură, se are în vedere că aceste aspecte au fost anterior tranșate de Consiliu prin Decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, în sensul în care aceste argumente au fost înlăturate, nefiind relevante în decizia de a nu diviza pe loturi.

Cu privire la aceste justificări, achizitoarea nu a adus niciun element de noutate față de procedura anterioară. Astfel în cuprinsul deciziei anterior pronunțate Consiliul a statuat următoarele:

"(...)

Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 3 categorii de dezinfectanți ca obiect al unui singur acord-cadru, Consiliul reține că, deși toate aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de protecție împotriva virusului SARS –Cov 2, ele sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (protecție individuală, dezinfectarea mâinilor, dezinfectarea suprafețelor), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

(...)

În aceste condiții anterior precizate, este lipsită de relevanța argumentația autorității contractante referitoare la posibilitatea neatribuirii unor loturi cu fiecare din aceste 3 categorii de dezinfectanți, întrucât prin divizarea în loturi este posibil ca pentru fiecare dintre aceste categorii de produse să nu se prezinte nici un ofertant și, pe cale de consecință, autoritatea să fie în situația de a nu putea să își satisfacă necesitatea în totalitate. Contrar acestor susțineri, opinia Consiliului este că atâta vreme cât, pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, astfel încât toți operatorii economici interesați (fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii) vor avea posibilitatea reală să depună oferte (individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot, iar, pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială.

Astfel, pe lângă operatorii economici care îndeplinesc acum condițiile pentru toate cele 3 produse, ar depune oferte și operatori care nu îndeplinesc condițiile decât pentru unul sau 2 dintre aceste produse, astfel încât numărul de oferte pentru fiecare produs ar fi cu siguranță mai mare decât dacă ofertanții ar fi ținuti să oferteze toate cele 3 produse într-un singur lot.

(...)

Consiliul nu poate reține astfel nici susținerile autorității contractante referitoare la faptul că societatea contestatoare poate să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici deoarece asocierea nu este o obligație ci un

drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. 8396/2/2018, respectiv:

(...)."

Așadar în raport de cele mai sus reținute analiza Consiliul va avea în vedere doar argumentul adus de achizitoarea vizavi de faptul că a îndeplinit obligația legală și a justificat prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Din economia celor anterior redate, rezultă faptul că raționamentul conturat de achizitoare în favoarea faptului că spre deosebire de procedura de atribuire anulată prin decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, se bazează pe faptul că autoritatea contractantă a justificat în mod corespunzător prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi, fiind, astfel, în prezența unei documentații de atribuire diferite, căreia nu i se pot aplica considerentele din decizia C.N.S.C. mai sus menționată. Astfel achizitoare precizează faptul că analizând considerentele din Decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, organul administrativ-jurisdicțional a reținut că autoritatea contractantă nu a justificat prin strategia de contractare decizia de a nu atribui pe loturi produsele, situație diferită în prezenta procedură unde, la recomandarea ANAP a fost justificată în mod corespunzător decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Împrejurarea relatată de achizitoare, potrivit căreia prin completarea strategiei de contractare cu o serie de elemente/informații este atins scopul nedivizării obiectului contractului, nu este de natură a considera că a fost modificată situația de fapt.

Chiar dacă așa cum au reținut și reprezentanții ANAP, în pofida faptului că autoritatea contractantă a adus la îndeplinire aspectul vizavi de prezentarea unor informații suplimentare, informațiile completate (din care să rezulte motivele pentru care obiectul contractului nu poate fi împartit în loturi) nu au condus la înlăturarea efectului nedivizării.

Fiind în situația în care, produsele incluse în oferta sunt produse care au o utilizare diferită: ex: "dezinfecant de mâini", "dezinfecant suprafețe" dar și "măști de protecție sanitară" fiind considerate a fi comercializate de operatori care acționează pe piețe economice diferite, fapt ce poate avea ca efect **restrângerea, în mod nejustificat**, a participării operatorilor economici la procedura de atribuire și indirect, **prin modul de întocmire a documentației de atribuire, se încalcă principiul proporționalității**.

Legislația achizițiilor publice este guvernată inclusiv de principiul proporționalității, iar rațiunea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice constă și în asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, principii de care este legată autoritatea contractantă în evaluarea ofertelor.

Principiul proporționalității presupune asigurarea unei relații de corespondență cantitativă și calitativă între necesitatea autorității contractante, obiectului contractului de achiziție publică și cerințele de îndeplinit pentru atribuirea acestuia.

Materia achizițiilor publice este guvernată de principiile enumerate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, printre care și cel al proporționalității, acestea având rolul de a oferi un punct de pornire pentru o analiză detaliată a unei situații concrete. Totodată, orice situație care nu își găsește o rezolvare expresă prin raportare la o reglementare explicită, poate fi soluționată prin trimitere la principiile în materie. De altfel art. 1 din normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 aprobate prin HG nr. 395/2016 statuează că *În procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, denumită în continuare Lege.*

Legea nr. 98/2016 cuprinde o serie de articole care întăresc importanța principiului transparenței și al proporționalității, de exemplu art. 49. - (1) Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici *un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.*

Așadar legislația în domeniul achizițiilor publice pune un accent deosebit pe respectarea principiilor prevăzute de art. 2 din Legea 98/2016, respectiv și principiul proporționalității, luarea tuturor măsurilor necesare pentru a asigura respectarea unei concurențe loiale între participanți, în vedere evitării apariției unor situații de natură să determine împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

Și instanțele europene, în nenumărate spețe, au subliniat că obligația de transparență are ca scop să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și arbitrar din partea autorității publice. Obligația menționată constă în garantarea, în favoarea tuturor potențialilor ofertanți a unui nivel de publicitate adecvat al procedurii de atribuire care să permită astfel asigurarea condițiilor concurențiale pe piață și controlul imparțialității în procedură.

Din economia celor anterior reținute, Consiliul apreciază că respectarea principiilor este prioritară înaintea de orice argument adus în favoarea temeiniciei/netemeiniciei criticilor supuse analizei Consiliului.

Pe de altă parte sunt judicioase în soluționare precizările autoarei contestației vizavi de relevanța argumentelor precizate în cadrul strategiei de contractare, respectiv:

- justificarea deciziei de a nu utiliza împărțirea pe loturi prezentată de autoritatea contractantă în Strategia de contractare nr. 20611/09.09.2022 nu este una pertinentă. Argumentele sunt formale, niciunul dintre ele nu prezintă cu adevărat relevanță în decizia luată. La

pag. 7-9 din strategie, au fost reproduse o seamă de dispoziții legale aplicabile în perioada stării de alertă, unele dintre ele fiind chiar abrogate (H.G. nr. 553/2020 - referită la pag. 8 din strategie). De asemenea, Legea nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19 are stabilit drept obiect la art. 1 "(1) instituirea, pe durata stării de alertă declarate în condițiile legii, în vederea prevenirii și combaterii efectelor pandemiei de COVID-19, a unor măsuri temporare și, după caz, graduale, în scopul protejării drepturilor la viață, la integritate fizică și la ocrotirea sănătății, inclusiv prin restrângerea exercițiului altor drepturi și libertăți fundamentale. (2) Măsurile restrictive de drepturi prevăzute în prezenta lege, precum și, după caz, cele de renunțare sau de relaxare a acestora se dispun cu respectarea principiului egalității de tratament juridic pentru situații identice sau comparabile". Deci, în momentul de față, dispozițiile Legii nr. 55/2020 nu sunt aplicabile;

- totodată, autoritatea contractantă justifică decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi prin expunerea unei situații de fapt ipotetice prezentate de ministrul sănătății, care "la o conferință de presă din data de 04.07.2022 a anunțat că estimează o creștere a numărului de cazuri COVID în perioada următoare, iar în vârful acestui val, preconizat pentru începutul - sfârșitul lunii august, să se ajungă la 10.000 de cazuri pe zi";

- contestatoarea subliniază că strategia de contractare a fost emisă la data de 09.09.2022, ulterior presupusului vârf de infectări din august 2022, și, cu toate acestea, autoritatea contractantă prezintă situația estimată anterior, dar nerealizată, ca un potențial pericol ce va putea fi înlăturat numai prin atribuirea contractului într-un singur lot;

- în plus, contestatoarea afirmă că nici operațiunea de prospectare a pieței nu a fost realizată în acord cu dimensiunea și reperele achiziției, astfel că simpla enumerare a unor operatori economici care comercializează atât măști de protecție, cât și dezinfectanți, nu este suficientă ca să justifice decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi. Astfel contestatoarea susține că operațiunea de prospectare a pieței realizată de autoritatea contractantă a fost pur formală, în realitatea aceasta nu a făcut dovada că ar exista pe piață "o multitudine de operatori economici" care comercializează, la dimensiunea contractului, măști și dezinfectanți deopotrivă."

Consiliul reține că atât practica la nivelul său, cât și practica instanțelor de judecată este una neunitară în ceea ce privește dreptul autorității contractante de diviza/a nu diviza pe loturi produsele aferente obiectului achiziției.

Contestatoarea a invocat decizia Consiliului nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022 care este relevantă nu doar prin prisma dispozitivului său, ci și a considerentelor reproduse mai jos, față de dispozițiile art. 431 alin. (2) Cod proc. civ. („Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”) și ale art. 435 alin. (2) C. proc. civ. („Hotărârea este opozabilă oricărei terțe

persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”).

Potrivit art. 430 Cod proc. civ. „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă (...).”.

Așadar, contestatoarea susține că, *Consiliul este ținut să aplice, sub efectul puterii lucrului judecat, tot ceea ce s-a tranșat anterior în Decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, mai puțin considerentele care nu presupun o situație de fapt și o argumentație identice. Numai o justificare pertinentă și legală poate conduce la o modificare a situației de fapt. Simpla completare a strategiei de contractare cu o seamă de elemente nefondate și fără relevanță concretă în procedura de achiziție, nu poate echivala cu o situație de fapt diferită.*

Se rețin și argumentele aduse de autoritatea contractantă, potrivit căroră referitor la practica C.N.S.C. de care s-a prevalat contestatoarea, achizitoarea apreciază că ceea ce trebuie avut în vedere este că, în pofida unei uzanțe extinse de justificare a opiniilor juridice pe baza unor hotărâri judecătorești/decizii ale organismului administrativ-jurisdicțional, *în sistemul românesc de drept acestea nu au calitate de izvor de drept, neavând caracter general obligatoriu.*

Astfel, o hotărâre judecătorească sau o decizie a Consiliului exprimă un raționament juridic strict individualizat în raport cu o situație de fapt determinată și cu argumentele părților litigante, care nu coincid în totalitate cu argumentele ce pot fi invocate în alte cauze cu elemente de similaritate. De aici rezultă și relativitatea raționamentului juridic exprimat printr-o hotărâre judecătorească, care nu exprimă o judecată general valabilă, cu una determinată în funcție de împrejurările speței soluționate și de apărările formulate, ceea ce implică inaptitudinea unui astfel de raționament de a fi invocat și în alte spețe.

Autoritatea contractantă afirmă că aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecății în care, *spre deosebire de procedura de atribuire anulată prin decizia C.N.S.C. nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, autoritatea contractantă a justificat în mod corespunzător prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi, fiind, astfel, în prezența unei documentații de atribuire diferite, căreia nu i se pot aplica considerentele din decizia C.N.S.C. mai sus menționată, sens în care nu putem fi în prezența puterii de lucru judecat; aceasta cu atât mai mult cu cât, analizând considerentele din decizia invocată de autoarea contestației, organul administrativ-jurisdicțional a reținut că autoritatea contractantă nu a justificat prin strategia de contractare decizia de a nu atribui pe loturi produsele, situație diferită în prezenta procedură unde,*

la recomandarea ANAP a fost justificată în mod corespunzător decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Consiliul determină că în cauza supusă acum verificării nu există autoritate de lucru judecat și obligativitate, însă există **relevanța dezlegărilor date**, litigiul anterior fiind similar celui aflat pe rol. Și în această cauză, documentația de atribuire conține exact aceeași structură a obiectului contractului nedivizat pe loturi.

Interpretarea dată spețelor similare este pertinentă și concludentă în cauza de față, mai cu seamă că, la cap. VII din Legea nr. 101/2016, se pune accent pe prevenirea pronunțării de către Consiliu a unor soluții diferite în cauze similare, astfel cum dispune art. 62 din Legea nr. 101/2016:

Art. 62. - (1) La nivelul Consiliului se organizează întâlniri lunare ale membrilor, în care sunt discutate problemele de drept care au condus la pronunțarea de soluții diferite în cauze similare. De asemenea vor fi discutate aplicarea și interpretarea reglementărilor nou-apărute în domeniul achizițiilor publice, precum și în orice alte domenii care interesează activitatea profesională a membrilor Consiliului.

(2) Problemele de drept prevăzute la alin. (1) sunt analizate, în prealabil, de către unul sau mai mulți membri ai Consiliului desemnat/desemnați de președintele acestuia, care prezintă un studiu asupra acestora, cu referire și la practica la nivelul Consiliului și cea judiciară națională și europeană, în care, în mod obligatoriu, își expune/își expun opinia motivată, studiu care se supune dezbaterii membrilor.

(3) Pentru unificarea practicii administrativ-jurisdicționale, Consiliul organizează semestrial seminare cu judecători din cadrul instanțelor judecătorești și specialiști din cadrul ANAP, precum și alte categorii de experți. "

Așadar, organul administrativ este ținut de obligația asigurării practicii unitare prin soluțiile pe care le pronunță.

Deciziile Curții de apel și a Consiliului sunt opozabile nu doar prin prisma dispozitivului lor, ci și a considerentelor reproduse mai sus, față de dispozițiile art. 431 alin. (2) C. proc. civ. (*„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*) și ale art. 435 alin. (2) C. proc. civ. (*„Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară”*).

Având în vedere că există și dezlegarea disputei precedente, completul achiesează la practica potrivit căreia, în luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi se are în vedere similaritatea și interdependența, respectiv produsele reclamate nu sunt similare, nefiind îndeplinite condițiile cumulativ impuse prin art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, fapt care este de natură să restricționeze concurența în ceea ce privește atribuirea acestora, despărțirea în loturi distincte a dezinfectanților și măștilor, în speța supusă soluționării, este de natură a facilita inclusiv accesul la procedura de atribuire al întreprinderilor mici și mijlocii.

Această abordare se regăsește și în cadrul deciziilor emise de CNSC, cu titlu de exemplu fiind Decizia nr. 404/C8/232 din 24.02.2021, Decizia nr. 1572/C1/1566 din 27.07.2022, Decizia nr. 1616/C5/1643 din 02.08.2022 și Decizia nr. 1529/C2/1603 din 22.07.2022.

În mod similar și la nivelul instanțelor de judecată aceeași abordare a fost îmbrățișată, relevante fiind deciziile invocate anterior în cuprinsul Deciziei nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022 anterior pronunțate, respectiv: Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 1380/23.03.2017, Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 în dosarul nr. 8396/2/2018, Decizia nr. 223/04.03.2019 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 54/64/2019, Curtea de Apel Iași, în Decizia nr. 36/2022, dosar nr. 768/45/2021.

Se observă din deciziile amintite că atât Consiliul, cât și instanțele de judecată au avut în vedere la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi similaritatea și interdependența, despărțirea în loturi distincte a dezinfectanților și măștilor, în speța supusă soluționării, fiind de natură a facilita accesul la procedura de atribuire al întreprinderilor mici și mijlocii.

Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse 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, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau cărora li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.

Așa cum a fost anterior reținut, în cuprinsul Deciziei nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, raportat la prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să adapteze dimensiunea loturilor de așa manieră încât acestea să fie accesibile și întreprinderilor mici și mijlocii.

Ori, pe lângă diversitatea produselor care fac obiectul contractului, valoarea estimată a contractului din prezenta procedură, de 40.393.301,76 lei, fără TVA, este un alt obstacol în calea accesului IMM la această procedură, care oricum ar fi dificil și în cazul lotizării, având în vedere valorile estimate fără TVA ale celor 3 produse, care, potrivit strategiei de contractare sunt următoarele 31.627.481,76 lei pentru măști, 8.126.280 lei pentru dezinfectant pentru mâini și 639.540 lei pentru dezinfectanți pentru suprafețe.

O valoare estimată de 40.393.301,76 lei, fără TVA, pentru întreaga procedură, cuprinzând 3 produse diferite atât din punct de vedere al procesului tehnologic de fabricare, cât și al utilizării, este de natură a încălca principiile nediscriminării, tratamentului egal și, mai ales, al proporționalității, din moment ce această dimensiune a unui singur lot este greu accesibilă întreprinderilor mici și mijlocii.

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea procedurii fiind întemeiate, cele 3 produse fiind diferite (mască de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini și dezinfectant pentru suprafețe), 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 2 produse (măști și dezinfectanți) sau 3 produse (mască de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini și dezinfectant pentru suprafețe) solicitate.

Însă, restructurarea pe loturi a procedurii pe care o pretinde, în mod întemeiat, societatea contestatoare, 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, cererea de divizare fiind întemeiată, așa cum s-a arătat mai sus, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire

În stabilirea acestei finalități, s-a ținut seama de *Adresa nr. 65869/18.10.2019*, emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României potrivit căreia autoritatea emitentă a comunicat că: (...) *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 de Adresa nr. 3538/23.06.2021*, emisă de aceeași instituție, potrivit căreia *"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"*.

Astfel 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.

Prin urmare, este fără echivoc faptul că adoptarea măsurii 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 că împărțirea pe mai multe loturi a procedurii de atribuire în discuție nu este posibilă după publicarea în SEAP a anunțului de participare, Consiliul va dispune anularea procedurii.

Față de soluția prefigurată, fiind constatată necesitatea anulării procedurii și împărțirea pe loturi a celor 3 produse componente ale acestei proceduri, 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 aspectele de fapt și de drept evocate, din cauza imposibilității adoptării la acest moment de măsuri de remediere care să permită modificarea documentației de atribuire și continuarea procedurii de atribuire, Consiliul va admite contestația depusă de ...

S.R.L., în contradictoriu cu ... și va anula procedura de atribuire în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Ca urmare a admitterii contestației formulate de ... S.R.L. și observând că există cheltuieli avansate de acesta în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și admite, în conformitate cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante, aflată în culpă, la plata cheltuielilor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile reclamate sunt în sumă de ...lei și reprezintă „onorariu” avocat prestate de Cabinet avocat ..., facturate cu factura seria ... din data de 12.09.2022 și achitate conform OP, emis de OTP Bank România SA în data de 13.09.2022, ambele având valoarea de ...lei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de corespondență la Cabinet de Avocat „...” din ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în... și anulează procedura de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la plata către ... S.R.L. a cheltuielilor de judecată în sumă de ...lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...