

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1709/04.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38849/05.08.2022, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ing. și convențional prin „....”, cu sediul profesional în ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în comuna, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„ACHIZIȚIE ECHIPAMENTE DE PROTECȚIE MEDICALĂ PENTRU ȘCOLILE DIN COMUNA TUDORA, JUDEȚUL BOTOȘANI”*, cu referire exclusivă la lotul 3 – Achiziție produse pentru dezinfectare, s-a solicitat, în principal, anularea lotului 3 și, în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini referitor la lotul 3 în raport cu cele cuprinse în contestație.

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, solicitare admisă de Consiliu prin Încheierea nr.

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

Prin contestația formulată, cu referire la solicitarea de anulare a procedurii pentru lotul 3, ... consideră că se impune restructurarea acestui lot prin organizarea achiziției în 3 loturi, respectiv câte un lot pentru fiecare produs.

În acest sens, arată că, în cadrul lotului se dorește achiziționarea a 3 produse, respectiv Săpun lichid- 1.955 litri, Gel dezinfectant de mâini - 2.151 litri și Igienizant de suprafețe - 1.560 litri. Potrivit contestatoarei, între cele 3 produse nu exista nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract. Adăugarea de mai multe produse într-un

singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 3 produse ale lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

Pentru situația în care se va aprecia că solicitarea de restructurare a lotului 3 este neîntemeiată, contestatoarea apreciază că se impune anularea lotului, în susținere invocând jurisprudența Consiliului.

Cu privire la solicitarea de modificare a caietului de sarcini pentru lotul 3, contestatoarea apreciază că se impune obligarea autorității contractante la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale produselor lotului 3 (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază, respectiv se va întemeia pe dispozițiile standardului general EN 14885:2018 și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standard.

Doar pentru produsul Gel dezinfectant de mâini s-a făcut referire în caietul de sarcini la Standard; or, având în vedere caracterul obligatoriu al prevederilor acestuia pentru toate produsele chimice utilizate ca dezinfectanți în UE, se impune ca autoritatea contractantă să facă această precizare și pentru celelalte două produse ale lotului.

Cu privire la fiecare din cele 3 produse care urmează a fi achiziționate în cadrul acestui lot, contestatoarea formulează o serie de solicitări specifice, după cum urmează:

1. Produsul Săpun lichid:

- se impune modificarea cerinței „pet 500 ml sau recipient – 5 litri”, în sensul stabilirii unei marje de capacitate a ambalajului între 0,5 litri și 5 litri. În felul acesta, într-o chestiune fără legătură cu obiectul achiziției și fără consecințe asupra eficacității dezinfecției, se înlătură o prevedere cu caracter restrictiv (se limitează ofertarea doar la ambalaje de 0,5 litri și 5 litri) și se asigură deschiderea cât mai largă a competiției - scop al legislației UE în materie de achiziții publice (în acest sens, dec. CJUE din 23.12.2008 în cauza C-305/08)

- se impune eliminarea specificațiilor care impun o anumită compoziție a dezinfectantului, respectiv să nu conțină Ethanol sau Isopropanol, Substanță activă: clorura de benzalconiu - concentrație minim 0.85%, întrucât contravine prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Pe de o parte, nu există prevederi tehnice și legale care să lege în mod absolut eficacitatea unui produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin spălare de o anumită compoziție a sa.

- se impune stabilirea spectrului de acțiune al produsului conform standardului privind activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin spălare în aria instituțională, eventual cu adăugarea activității virucide, dovedită prin testări conform

standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați, din categoria cărora face parte virusul SARS COV2.

2. Produsul Gel dezinfectant de mâini:

- se impune înlocuirea spectrului de activitate cu cel prevăzut de standardul privind activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin spălare în aria instituțională, eventual cu adăugarea activității virucide, dovedită prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați, din categoria cărora face parte virusul SARS COV2.

- se impune introducerea cerinței „să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului”, completată în sensul stabilirii unei perioade corespunzătoare necesităților autorității contractante pentru menținerea unei stări de siguranță a utilizării produsului după deschiderea recipientului în care se află și impunerii obligației de dovedire a perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului; fără aceste completări autoritatea contractantă va ajunge în situația în care va achiziționa un produs a cărui valabilitate post-deschidere recipient să fie de (exemplu) 1 zi sau să nu existe nicio dovadă obiectivă a declarației producătorului că produsul său are o valabilitate post-deschidere recipient de (exemplu) 200 zile.

- se impune modificarea cerinței „Ambalat în recipient de 5 litri”, în sensul stabilirii unei marje de capacitate a ambalajului între 1 litru și 5 litri; În felul acesta, într-o chestiune fără legătură cu obiectul achiziției și fără consecințe asupra eficacității dezinfectiei, se înlătură o prevedere cu caracter restrictiv (se limitează ofertarea doar la ambalaje de 5 litri) și se asigură deschiderea cât mai largă a competiției - scop al legislației UE în materie de achiziții publice (în acest sens, dec. CJUE din 23.12.2008 în cauza C-305/08).

3. Produsul Igienizant de suprafețe:

- se impune eliminarea cerinței de condiționare a produsului Gel ca fiind fără legătură cu eficacitatea produsului; atât timp cât obiectivul achiziției - dezinfectarea suprafețelor - este realizată în parametrii de eficacitate prevăzuți de reglementările tehnice și juridice, atunci asemenea cerința - neprevăzută de asemenea reglementări pentru un dezinfectant pentru suprafețe - este una cu caracter restrictiv, stabilind drept condiție de admitere în procedură un aspect tehnic specific doar anumitor produse; se încalcă astfel prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

- se impune înlocuirea spectrului de activitate cu cel prevăzut de standardul privind activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin spălare în aria instituțională, eventual

cu adăugarea activității virucide, dovedită prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați, din categoria cărora face parte virusul SARS COV2.

În contextul în care va fi admisă stabilirea spectrului de activitate în modul arătat mai sus, atunci se impune eliminarea cerinței Tip de acțiune 5 min la nivel mediu, 60 min la nivel înalt. Întâi, pentru ca STANDARDUL nu prevede diferențieri între timpii de contact în funcție de nivelul dezinfecției (asemenea diferențieri sunt specifice normelor naționale de dezinfecție, aplicabile însă în aria medicală - în care nu activează însă autoritatea contractantă). Apoi, pentru că fiecare standard specializat indicat în standard pentru produsul dorit de autoritatea contractantă are propriile prevederi referitoare la timpii de contact în care trebuie să se realizeze efectul microbicid respectiv.

- se impune modificarea specificației „Ambalat în recipient de 5 litri”, în sensul stabilirii unei marje de capacitate a ambalajului între 1 litru și 5 litri; cerința nu are legătură cu eficacitatea produsului, iar fixarea unei valori fixe a capacității ambalajului contravine prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

- se impune admiterea în competiție și a produselor dezinfectante clasificate „Dispozitive medicale”; în măsura în care produsul solicitat îndeplinește scopul dezinfecției, atunci trebuie admisă participarea și a produselor clasificate „dispozitiv medical”, respectându-se astfel dezideratul normelor comunitare de deschidere cât mai largă a competiției (în acest sens, de face referire la Hotărârea C.J.U.E. din 23.12.2008 în cauza C-305/08.

- pentru situația în care solicitarea anterioară este admisă, se impune obligarea operatorilor economici de a dovedi calitatea produsului oferit ca dispozitiv medical cu o serie de documente, respectiv: „a) *declarație de conformitate CE în conformitate cu Directiva 93/42/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind dispozitivele medicale, transpusă prin Hotărârea Guvernului nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările ulterioare, sau declarație de conformitate UE în conformitate cu Regulamentul (UE) 20/7/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 2017 privind dispozitivele medicale, de modificare a Directivăi 2001/83/CE, a Regulamentului (CE) nr. 178/2002 și a Regulamentului (CE) nr. 1.223/2009 și de abrogare a Directivelor 90/385/CEE și 93/42/CEE ale Consiliului*; b) *certificatul sau certificatele de conformitate emise de organismul notificat implicat în evaluarea conformității pentru dispozitivul medical, la care se face referire în declarațiile prevăzute la lit. a); c) recomandările producătorului cu privire la eficacitatea produsului și indicațiile de utilizare.*”

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 39364/08.08.2022, autoritatea contractantă a solicitat respingerea, ca neîntemeiată, a contestației În susținere, arată următoarele:

1. Referitor la solicitarea restructurarea acestui lot prin organizarea achiziției în 3 loturi, respectiv câte un lot pentru fiecare produs.

- această solicitare nu poate fi primită întrucât cele trei produse au fost încadrate corect în categoria dezinfectanți, cod CPV 33631600-8, sunt interdependente, ele se folosesc împreună, iar încadrarea lor într-un singur lot, ca produse similare respectă dispozițiile art. 3 din Legea 98/2016, lit. „r” și lit. „dd”.

- prin raportare la prevederile art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, este vorba despre *„produse pentru dezinfectare, săpun lichid, gel dezinfectant de mâini și igienizant de suprafețe”*, acestea sunt produse care sunt destinate unor utilizări similare, adică sunt destinate dezinfectării umane/a suprafețelor:

- în Regulamentul UE privind produsele biocide 528/2012 sunt prevăzute 22 de tipuri de produse, unele cuprinzând mai multe subgrupe și anume: Grupa principală nr. 1: dezinfectanți în care sunt cuprinse următoarele tipuri a) dezinfectanți igiena umană, b) dezinfectanți care nu sunt destinați aplicării directe la oameni sau animale, pentru diverse suprafețe, materiale, mobilier, c) dezinfectanți pentru igiena veterinară, d) dezinfectanți pentru produse alimentare și hrană pentru animale, e) dezinfectanți pentru apă; această clasificare arată legătura dintre produsele cuprinse în cadrul Lotului nr. 3, toate având caracterul de „dezinfectanți” ele fiind prevăzute și clasificate astfel și de legislația europeană, transpusă în legislația internă și faptul că dezinfectanții, indiferent de produs, au utilizări similare și sau identice.

- având în vedere și art. 1 și art. 8 din OMS nr.261/2017, procedura privind dezinfectanții produse antiseptice și dezinfectante care fac obiectul lotului nr. 3, este legal încorporată într-un singur lot, produsele ce fac obiectul acestuia fiind interdependente, având o strânsă legătură între ele, asigurând prima etapă a curățării, apoi etapa a doua a dezinfecției (cea umană) împreună cu folosirea spațiilor dezinfectate. Ca atare orice susținere contrară, așa cum pretinde contestatoarea, a lipsei interdependentei produselor dezinfectante, nu poate fi primită, întrucât nu este prevăzută nici de legislația națională, nici de legislația europeană.

- așa cum rezultă din „Obiectivul general al proiectului”, menționat în cadrul Caietului de sarcini/Propunere tehnică *„Obiectivul general al proiectului face referire la asigurarea unei capacități adecvate de gestionare a crizei sanitare existente în unitățile școlare din comuna Tudora și răspunde deficiențelor identificate în cadrul acestora, în vederea diminuării riscului propagării infecției cu virusul SARS-COV-2,,*

Lotul nr.3, prin produsele dezinfectante supuse achiziției respectă cerința prevăzută în art. 3 lit. dd din Legea 98/2016, corespunde nevoilor autorității contractante.

- ținând cont de faptul că autoritatea contractantă a stabilit aceleași cerințele tehnice și criteriile de selecție/calificare pentru toate loturile aferente procedurii de achiziție, adaptându-le la obiectul fiecărui lot, contestatoarea solicită doar anularea lotului 3, prin separarea fiecărui produs, considerând că pentru loturile 1, 2 și 4 (cu privire la valoarea estimată și produsele care fac obiectul fiecărui lot) se respectă prevederile legale;

- contrar celor susținute de către contestatoare sunt respectate dispozițiile art. 50 din Legea 98/2016, în sensul că, prin includerea celor 3 produse dezinfectante în lotul nr. 3 nu există nici o restrângere artificială a concurenței în cauză, structura pe loturi a prezentei achiziții publice nefavorizând anumiți ofertanți și nedezavantajând nejustificat anumiți operatori economici, întrucât o autoritate contractantă nu se poate raporta cum dorește contestatoarea, la obiectul de activitate al unei societăți comerciale nemulțumite de specificațiile unei documentații de atribuire, ci în cauză, viziunea autorității contractante transpuse în documentația de atribuire trebuie să corespundă necesităților acesteia, rezolvării deficiențelor sale și să respecte principiile concurenței între operatorii economici, să garanteze tratamentul egal și nediscriminatoriu al acestora, ca și asigurarea transparenței și a integrității procesului de achiziție publică, documentația de atribuire fiind redactată în acest spirit.

- cu privire la acest aspect, contestatoarea avea posibilitatea, în condițiile neînțelegerii interdependenței dintre produsele cuprinse în Lotul nr.3 și a similarității folosirii acestora, în temeiul dispozițiilor art. 160 alin. (1) din Legea 98/2022 să solicite clarificări, informații suplimentare, referitoare la Lotul nr. 3.

- solicitarea de anulare a procedurii este neîntemeiată întrucât în cauză nu sunt incidente nici unul din cazurile prevăzute de dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. a-e sau ale art. 213 alin. (1) din Legea 98/2016, în care legiuitorul a reglementat expres și imperativ cazurile de anulare ale procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică.

2. Referitor la solicitările privind anumite cerințe tehnice, se arată că în Anexa 3 (Caiet de sarcini) a Ordinului nr.1082/2016 sunt prevăzute o serie de informații care trebuie să fie cuprinse în fișa tehnică a produsului dezinfectant, respectiv: denumire comercială, tip de produs biocid, domeniu de utilizare, indicații de utilizare, concentrația, forma de condiționare (de ex. concentrat lichid), compoziție chimică, determinarea concentrației /cantității de substanțe active care trebuie să corespundă cu datele din Declarația privind substanțele active din produs data de

producător, substanță activă. În privința fiecărui produs din Lotul 3, autoritatea contractantă a procedat în conformitate cu aceste dispoziții legale, respectând și obligația, în privința „substanței active” să fie în conformitate cu Regulamentul delegat UE nr.1062/2014 al Comisiei din 4 august 2014, așa cum se prevede în Anexa 3 a aceluiași act normativ.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, referitor la specificațiile tehnice ale produselor ce fac obiectul lotului 3 a primit solicitări de clarificări de la operatorii economici. Prin răspunsul formulat, o parte din cerințele referitoare la specificațiile tehnice au fost justificate iar cerințele referitoare la modul de ambalare pot fi modificate/completate/adaptate în urma unei solicitări de clarificări. În acest sens, sunt citate solicitările de clarificări precum și răspunsul la acestea.

În final, autoritatea contractantă precizează că toate specificațiile produselor biocide, din Ordinul 1082/731/2016 emis de către Ministerul Sănătății raportat și la Ordinul comun 10/368/2010, sunt destinate exclusiv „procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică de substanțe biocide derulate de către unitățile sanitare „neavând, în raport de alte autorități contractante decât un caracter de recomandare, nefiind destinate acestor autorități publice, care nu au caracter sanitar.

Acest Ordin se aplică în cazul în care autoritatea contractantă alege să inițieze o procedură doar pentru dezinfectanți (se aplică în special celor din mediul sanitar). Prin cererea contestatorului de aplicare a Ordinului nr 1082/2016, se anulează cererea anterioară prin care se solicita separarea în 3 loturi distincte acelor trei produse aferente lotului 3.

Preliminar, Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208289840/1, în valoare de 6530,05 lei, eliberată de CEC Bank.

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

..... a organizat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*ACHIZIȚIE ECHIPAMENTE DE PROTECȚIE MEDICALĂ PENTRU ȘCOLILE DIN COMUNA TUDORA, JUDEȚUL BOTOȘANI*”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr., criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului care urmează a fi atribuit în cadrul lotului 3, care face obiectul contestației, este 326502,5 lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire pentru lotul 3, ... a depus contestația în analiză, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de

nelegalitate ale documentației de atribuire aferente lotului 3 al procedurii, iar în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, anularea procedurii pentru acest lot.

Analizând critica contestatoarei formulată împotriva faptului că, pentru lotul 3, autoritatea contractantă a cuprins 3 tipuri de produse, cu destinație diferită, fără a recurge la împărțirea pe loturi a acestora, Consiliul reține că lotul are următoarea componență: Săpun lichid: 1.955 litri; Gel dezinfectant de mâini: 2.151 litri; Igienizant de suprafețe: 1.560 litri.

Prin punctul de vedere față de contestație, spitalul a precizat că cele trei produse au fost încadrate corect în categoria dezinfectanți, cod CPV 33631600-8, sunt interdependente, ele se folosesc împreună, fiind produse care sunt destinate unor utilizări similare, adică sunt destinate dezinfectării umane/a suprafețelor. În punctul de vedere, autoritatea contractantă precizează însă și faptul că produsele ce fac obiectul lotului 3 asigură etape diferite, respectiv, prima etapă a curățării, apoi etapa a doua a dezinfecției (cea umană), împreună cu folosirea spațiilor dezinfectate.

În cuprinsul strategiei de contractare, autoritatea contractantă a precizat, cu privire la lotul 3: Cod CPV – 33631600-8 Antiseptice și dezinfectante, 24455000-8 Dezinfectanți (pentru suprafețe).

În aceste condiții, devin incidente următoarele prevederi legale:

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

- art. 50 din Legea nr. 98/2016 (1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

- art. 141 alin. (1) – (4) din Legea nr. 98/2016 (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției. (2) În sensul alin. (1), autoritatea

contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. (3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. (4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016 (3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: ... f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați.

Se constată astfel că, deși prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 reglementează un drept al autorității contractante, și nu o obligație, pentru împărțirea pe loturi a contractului de achiziție publică care se intenționează a se atribui, în condițiile în care între produsele care fac obiectul lotului 3, respectiv utilizarea acestora, nu există nicio interdependență, nu se poate recurge la atribuirea unui singur contract, ci a mai multora, după domeniul în care se utilizează (curățare mâini, dezinfectare mâini, igienizare suprafețe), potrivit celor mai sus reținute.

Trimiterea spitalului din punctul de vedere la faptul că produsele lotului 3 fac parte din aceeași categorie și anume a produselor dezinfectante (unite sub un singur cod CPV), și sunt destinate unor utilizări similare, nu este o dovadă a faptului că produsele aferente lotului 3 sunt interdependente.

Astfel, trebuie ca lotizarea procedurii să aibă în vedere destinația produselor în discuție, și nu scopul comun al acestora – activitatea de dezinfecție.

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 aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfectante), nu constituie produse similare, în sensul art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod evident nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Chiar dacă scopul utilizării acestor produse este activitatea de dezinfectare, așa cum corect a reținut și Consiliul, fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru mâni, pentru veselă/echipamente/recipiente, precum și pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe documentare diferite.

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

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

Se observă din decizia amintită că instanța de judecată a avut în vedere, la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi, similaritatea și interdependența; despărțirea în loturi distincte a produselor din lotul 3, 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 poate 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 lotului 3 și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

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

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

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea lotului 3 fiind întemeiate, cele 3 produse având destinații diferite (săpun lichid, dezinfectant mâini, igienizant suprafețe), având funcționalități diferite, autoritatea contractantă ar trebui să își modifice în consecință documentele de derulare a licitației, în sensul lotizării lotului 3 și al acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru cele 3 produse.

Însă, restructurarea, pe loturi, a lotului 3 al 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 pentru lotul 3, contestat.

Fiind constatată necesitatea anulării procedurii pentru lotul 3 și împărțirea pe loturi distincte a celor 3 produse componente ale acestui lot, Consiliul nu se va mai pronunța asupra celorlalte critici formulate în contestație.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliu va admite contestația depusă de, în contradictoriu cu și va anula procedura de atribuire pentru lotul 3.

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

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire pentru lotul 3 al procedurii de atribuire.

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

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,

...

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 14 (patrusprezece) pagini.