



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.ro

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

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de echipamente de protecție, lotul 2 - halat ranforsat, cod CPV 33140000-3, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității la divizarea lotului 2 și la reconfigurarea documentelor procedurii, la publicarea unei erate de informare, la stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, la includerea în documentația de atribuire a unui termen de livrare realist, de minimum 30 de zile lucrătoare, precum și, în subsidiar, anularea și republicarea licitației pentru lotul 2. A cerut și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației. Prin încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

**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 operatorul economic SC ... SRL reclamă structurarea lotului 2 al procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, organizată de ..., învederând în motivare că, dacă s-ar diviza lotul 2 în două loturi distincte, s-ar încuraja concurența și s-ar ajunge să fie achiziționate produsele la prețuri mai avantajoase pentru autoritate.

Alte autorități au ales să divizeze procedurile în loturi distincte pentru fiecare produs, nu să le grupeze câte două în cadrul aceluiași lot.

În cazul de față, ..., nerecurgând la divizarea lotului 2 pe fiecare produs, încalcă principiile și prevederile care guvernează achizițiile publice. Deși autoritatea a divizat pe loturi procedura:

Nr.	Denumire	Valoare estimata lot
1	Combinezon de protecție	4200000
2	Halat ranforsat	1584000
3	Halat unică folosință	1320000
4	Ochelari de protecție	625000
5	Vizieră	300000
6	Mască protecție FFP3	3200000
7	Mască protecție FFP2	1800000
8	Mască chirurgicală cu trei pliuri	375000

lotul 2 a fost compus eronat, având menirea doar de a restrânge artificial concurența. Gruparea a două produse determină îngrădiri pentru operatorii economici interesați să participe la licitație, este abuzivă și contrară principiilor și scopurilor de la art. 2 din Legea nr. 98/2016. Exercițarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai datorită rolului esențial pe care aceste reguli îl au.

Prin interdicția ofertării separate se restrânge semnificativ numărul posibililor ofertanți doar la aceia care au în portofoliu ambele produse. Furnizarea fiecărui echipament de protecție este independentă de furnizarea celorlalte. Se poate acoperi necesitatea autorității chiar dacă produsele or să provină de la ofertanți diferiți.

Faptul că vor exista furnizori distincți ai echipamentelor de protecție, fiecare pe segmentul sau de produse nu prejudiciază cu nimic autoritatea ci prin divizarea în loturi distincte se asigură o concurență cât mai mare respectiv obținerea cât mai multor oferte, astfel încât să existe o bază numeroasă de selecție a ofertanților, la prețuri cât mai avantajoase cu putință pentru

Necesitatea deschiderii pieței, prin divizarea lotului 2 în două loturi distincte, este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie (pentru un lot global sau pentru două loturi), atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea

produselor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic.

Legea nr. 98/2016, la art. 50 alin. (1), prevede că autoritățile nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legii ori al restrângerii artificiale a concurenței.

Dacă nu este afectată de divizarea pe loturi a achiziției, autoritatea nu are niciun motiv să refuze lotizarea. Societatea nu contestă cerințele tehnice, luând în calcul necesitățile autorității de a avea produse la cele mai înalte standarde, ci doar să divizeze obiectul lotului 2 în două loturi distincte, astfel încât atât ea cât și alți operatori economici care nu au în portofoliu ambele produse să poată depune oferta conformă măcar pentru unul dintre produse.

În decizia civilă nr. 5480 din 5 decembrie 2013, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, Curtea de Apel București a reținut: *„În privința apărării petentei referitoare la aceea ca ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a se 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 este un drept al operatorilor economici, nicidecum o obligație, iar titularul poate alege să nu uzeze de acest drept, mai ales în împrejurarea în care este foarte greu de realizat o asociere a operatorilor economici care sunt în competiție.

Referitor la termenul de livrare de două zile, menționat de autoritate în documentația de atribuire, reclamanta apreciază că acesta este unul excesiv de scurt, menit să restrângă concurența și să favorizeze potențialii furnizori care au marfă pe stoc. Solicită obligarea autorității să prevadă un termen de livrare realist, de minimum 30 de zile lucrătoare de la comanda fermă.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că licitația este structurată în zece loturi, iar lotul contestat are două poziții:

- halat ranforsat chirurgical steril;
- halat dublu ranforsat chirurgical steril.

Sunt respectate dispozițiile și principiile legale:

- procedura este divizată în zece loturi;

- la stabilirea componenței lotului 2, autoritatea a avut în vedere ca lotul să fie alcătuit din produse asemănătoare și care au destinație comună;

- decizia de formare a unui lot fie din produse identice, fie din produse similare este atributul autorității contractante, în virtutea nevoilor sale, cu respectarea principiului asumării răspunderii;

- contestatoarea nu justifică, din punct de vedere tehnic, motivele pentru care lotul 2 trebuie separat în două loturi distincte, ci doar declară că se îngrădește concurența;

- procedura nu a fost organizată în scopul perimiterii accesului doar al SC ... SRL, ci se adresează acelor operatori economici cu activitate constantă și relevantă în domeniu și care dețin în portofoliu gama de produse de protecție ce pot fi livrate cu maximă diligență și promptitudine, având în vedere situația cu care se confruntă întregul sistem sanitar, „determinat de răspândirea pandemiei” cu virusul SARS CoV-2;

- autoritatea nu urmărește să favorizeze un anumit producător, fiind acceptate drept conforme toate ofertele care conțin produse ce respectă cerințele tehnice minimale;

- contestatoarea se rezumă la considerații generale în justificarea divizării lotului, de forma „ar încuraja concurența și astfel ar ajunge să achiziționeze produse la preturi mai avantajoase pentru ea”. Divizarea procedurii în 10 loturi este suficientă pentru încurajarea concurenței și achiziționarea produselor medicale necesare la prețuri avantajoase pentru autoritatea contractantă;

- SC ... SRL contestă documentația de atribuire deoarece nu are în totalitate și/sau în parte disponibilitatea tehnică și economică pentru a satisface cerințele de furnizare a echipamentelor de protecție;

- autoritatea nu a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere (ori în subcontractare), pentru furnizarea întregii game de produse.

Spitalul solicită respingerea contestației și cu privire la termenul pentru livrarea produselor, arătând că este spital suport COVID 19, iar procedura a fost organizată în scopul acoperirii în regim de urgență a necesarului de materiale de protecție. Față de creșterea numărului de pacienți COVID 19 și de nevoile personalului medical implicat de produsele sanitare ce fac obiectului lotului 2, termenul de livrare de 30 de zile lucrătoare propus este nerealist și absurd. Acest termen ar determina o întârziere majoră a livrării produselor în situația în care nevoile spitalului trebuie satisfăcute în cel mai scurt timp;

- termenul extraordinar de mare propus este în măsura să pună în pericol activitatea medicală și, pe cale de consecință, și interesul superior al pacientului ce necesită îngrijiri medicale;

- nici la aparatura medicală (produse de complexitate ridicată) nu există acest termen de 30 de zile lucrătoare, ci termenul uzual este de 15 de zile calendaristice.

În considerarea celor expuse, autoritatea solicită Consiliului să respingă toate capetele de cerere ale contestației, ca neîntemeiate.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de consumabile medicale de protecția, grupate în zece loturi, estimate valoric la 14.520.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că alcătuirea lotului 2 și termenul de livrare al produselor care compun lotul sunt restrictive și contravin dispozițiilor legale, SC ... SRL a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele 12 pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, în dreptul lotului 2:

Nr. crt.	Denumire produs	Cantitate min. contr. subsecvent	Cantitate max. contr. subsecvent	Cantitate minima acord cadru 12 luni	Cantitate maxima acord cadru 12 luni
LOT 2 - HALAT RAMFORSAT					
1	Halat ramforsat chirurgical steril	3,000 buc	5,000 buc	5,000 buc	45,000 buc
2	Halat dublu ramforsat chirurgical steril	3,000 buc	5,000 buc	5,000 buc	36,000 buc

2.5.1. - Livrarea echipamentelor de protecție se va face în maxim 2 zile de la semnarea contractului subsecvent de ambele părți/primirea comenzii cu mijloace de transport care să respecte condițiile de depozitare, manipulare și transport impuse de producător.

5.4 - Furnizorul are obligația de a livra materiale consumabile la sediul autorității contractante situat în ..., Magazie, Corp I, de luni până vineri, în intervalul orar 08,30-14,30.

Furnizorul are obligația de a notifica, în timp util achizitorul despre întârzierea în livrarea echipamentelor de protecție. Modificarea datei/perioadelor asumate de livrare de produse se face cu acordul părților.

Achizitorul, în funcție de situațiile concrete va accepta întârzierea prin semnarea unui act adițional privind prelungirea termenului de livrare sau va rezilia contractul și va achiziționa echipamente de protecție de la ofertanții clasati pe locurile 2 sau 3.

În afara cazului în care achizitorul este de acord cu o prelungire a termenului de livrare, orice întârziere în îndeplinirea contractului dă dreptul achizitorului de a solicita penalități furnizorului în cuantumul prevăzut în contractul de livrare.

Echipamentele de protecție vor fi livrate conform graficului de plăți corelat cu graficul de livrare:

Denumire	Termen de livrare	Termen de recepție	Termen de plată
Echipamente de protecție	În termen de 2 zile de la transmiterea comenzii.	În termen de maxim două ore de la livrare.	60 de zile de la emiterea facturii

LOTUL 2 - HALAT RAMFORSAT

1. Halat ramforsat chirurgical steril

- fabricat din țesătură cu permeabilitate ridicată tip Spunlace, steril
- densitate minimă: 45gr/mp
- garantează confort ridicat chiar și în timpul operațiilor îndelungate
- mânecă dreaptă
- mânecile și partea frontală a halatului ranforsate cu laminat respirator
- manchetă terminată cu elastic
- nu conține latex
- perimetre posterioare suprapuse
- halat prins cu scai la nivelul gâtului și legat cu curelușe duble
- Mod de ambalare: individual în pachete sterile.
- Să fie disponibil măsurile S-XXXL.
- Să fie marcat CE.

2. Halat dublu ramforsat chirurgical steril

- Halat chirurgical dublu ranforsat ce poate fi utilizat în spitale și în săli de operație
- Material: țesătura hidrofobă 100% polipropilenă netesută, structură cu 3 straturi SMS (spunbound-meltblown-spunbound), respirabil și antistatic, conform standard EN 13795
- Densitate: cca. 35+25 gr/mp (în zona ranforsată)
- Impermeabil pentru alcool și lichide
- Ranforsat în partea din față și la nivelul mainilor
- Mansete elastice din bumbac 100% tricotat, pentru asigurarea unei închideri eficiente
- Halatele sunt ambalate individual și sunt sterile
- Închidere în partea superioară și la mijloc
- Să fie disponibil măsurile S-XXXL.
- Să fie marcat CE.

Așadar, lotul 2, denumit „halat ramforsat”, include două tipuri de halat ranforsat chirurgical steril, cu utilizare în unitățile spitalicești, având același cod CPV. SC ... SRL, nemulțumită de gruparea acestor două tipuri, a inițiat disputa aflată în prezent pe rolul forului administrativ-jurisdicțional. Față de argumentele de ordin general expuse în cuprinsul contestației, nu se poate răspunde afirmativ solicitării reclamantei de redivizare a lotului, prin formarea doar dintr-un singur produs. Lotul 2 grupează doar două produse, din aceeași gamă de îmbrăcăminte medicală de protecție, care pot fi comercializate împreună de furnizorii specializați, astfel încât nu se justifică separarea în două loturi. Trebuie amintit că operatorii economici participanți la achizițiile publice sunt considerați a fi profesioniști în domeniul lor de activitate, capabili să înțeleagă ușor specificațiile elaborate de autoritatea beneficiară și să își adapteze conduita astfel încât să își alcătuiască oferta în direcția dorită de

autoritate. Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere [art. 3 alin. (2) C. civ.].

Referitor la solicitarea contestatoarei de redivizare a lotului, Consiliul reține că, în legislația în vigoare privind achizițiile publice, nu este prevăzută expres o astfel de obligație pentru autoritatea contractantă. Dimpotrivă, potrivit art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

Art. 141. - (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.

(5) Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant.

(6) În situația prevăzută la alin. (5), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui ofertant.

(7) Autoritatea contractantă are obligația de a indica în documentele achiziției criteriile și regulile obiective și nediscriminatorii care se vor aplica pentru stabilirea loturilor care vor fi atribuite aceluiași ofertant, în cazul în care în urma aplicării criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare ar rezulta atribuirea către un ofertant a unui număr de loturi mai mare decât numărul maxim admis.

(8) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă are dreptul de a decide atribuirea contractului/contractelor prin reunirea mai multor loturi sau a tuturor loturilor și atribuirea acestora aceluiași ofertant, dacă a precizat în anunțul de participare faptul că își rezervă dreptul de a face acest lucru și a indicat loturile sau grupurile de loturi care pot fi reunite.

(9) În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă efectuează o evaluare comparativă a ofertelor, pentru a stabili dacă ofertele depuse de către un ofertant pentru o anumită combinație de loturi luate în ansamblu ar primi un punctaj superior prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire prin raportare la loturile respective față de punctajul total obținut de ofertele pentru loturile individuale în cauză luate separat.

(10) Autoritatea contractantă efectuează evaluarea comparativă prevăzută la alin. (9) prin stabilirea în primul rând a punctajelor ofertelor pentru fiecare lot în parte prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți în documentația de atribuire și, apoi, prin compararea punctajului total astfel obținut cu punctajul atribuit ofertelor depuse de către un ofertant pentru combinația de loturi respectivă, în ansamblu.

norme din care reiese că autoritatea contractantă are *dreptul* de a recurge la atribuirea contractului pe loturi cu condiția de a preciza acest lucru în documentația de atribuire. Așadar, autoritatea contractantă are opțiunea fie de a atribui un contract global, pentru toate produsele, fie de a recurge la divizarea pe loturi a achiziției. În

plus, nicăieri nu se prevede obligația autorității de a alcătui loturile numai din produse identice, cum sugerează contestatoarea.

În speță, ... a recurs deja la divizarea echipamente de protecție în zece loturi, deci a venit în sprijinul furnizorilor acestor produse.

În Strategia națională în domeniul achizițiilor publice, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 901/2015, referitor la „Dreptul sau obligația de a lotiza” se arată:

1) Statele membre pot face obligatorie atribuirea contractelor sub formă de loturi separate în temeiul anumitor condiții care urmează să fie specificate în conformitate cu dreptul intern și având în vedere dreptul Uniunii.

cu opțiunea României:

Art. 46 alin. (4)

NU

De ce?

Deși divizarea pe loturi încurajează accesul IMM-urilor, decizia privind împărțirea sau nu în loturi, iar în caz afirmativ numărul și tipurile de loturi, **ar trebui să fie lăsată la latitudinea fiecărei autorități contractante.** În acest fel, **lăsând la latitudinea autorităților contractante împărțirea în loturi, achizițiile publice care se vor face vor reflecta mai bine circumstanțele specifice fiecărei cerințe/nevoi în parte.**

Faptul că dacă autoritățile contractante nu decid să împartă în loturi trebuie să justifice/explice decizia lor în documentele achiziției ar trebui să încurajeze autoritățile contractante să ia în considerare în mod activ posibilitatea de a lotiza.

Legislația în vigoare prevede posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea subcontractanți în vederea participării la procedura de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea de furnizare a tuturor produselor sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului. Nimic nu împiedică operatorul economic contestator să se asocieze cu furnizorii sau comercianții de produse pe care nu le poate comercializa el, ori să subcontracteze furnizarea acestora, după cum nimic nu împiedică operatorul să realizeze el însuși furnizarea lor, prin comenzi de pe piața internă sau externă.

De altminteri, este nu doar plauzibil, ci aproape sigur că orice furnizor de halate sterile pentru personalul medical are în gama de produse comercializate ambele tipuri de halate.

La dosarul cauzei, SC ... SRL nu a depus nicio dovadă din care să rezulte restricționarea participării sale prin nedivizarea lotului 2, care grupează doar două produse din aceeași categorie și cu aceeași destinație spitalicească. Prin alegerea atribuirii unui singur contract de achiziție publică pentru întreaga gamă de produse ce compun lotul nu se poate concluziona că autoritatea contractantă a adus o atingere substanțială principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică sau că îngreunează accesul operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere/subcontractare.

Pot exista situații în care autoritățile contractante să abuzeze de dreptul pe care li-l conferă legea, într-o asemenea măsură încât să încalce principiile care guvernează atribuirea contractelor de achiziție, cu precădere nediscriminarea, tratamentul egal și

proportionalitatea. Dar, în circumstanțele concrete ale speței de față, având în vedere că achiziția este una de complexitate redusă și că produsele sunt din aceeași gamă, ceea ce face ca asocierea sau subcontractarea să nu constituie o dificultate insurmontabilă pentru operatorii economici care nu au în oferta lor toată gama de articole cerute de autoritate, Consiliul stabilește că autoritatea, prin achiziționarea împreună a produselor specifice care compun lotul contestat, nu și-a exercitat în mod abuziv dreptul pe care i-l conferă dispozițiile normative precitate.

În considerarea celor prezentate, ținând seama de particularitățile speței și de faptul că divizarea pe loturi este un drept și nu o obligație a autorității contractante, drept care nu afectează în mod substanțial accesul la licitație al furnizorilor de halate medicale, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica SC ... SRL legată de actuala grupare a produselor la lotul 2. În schimb, se vedește a fi întemeiată obiecția privind termenul de livrare a halatelor (comun pentru toate produsele, nu doar pentru acelea de la lotul 2), întrucât argumentele succinte pe care le expune contestatoarea sunt în măsură să convingă Consiliul că actualul termen reprezintă un impediment insurmontabil pentru potențialii furnizori de halate, mai cu seamă pentru aceia cu depozite în alte localități, astfel încât să fie trecut în plan secund interesul ... de a dobândi cât mai rapid echipamentele necesare.

Fără a face abstracție de fondul sarcinilor care îi revin spitalului în tratarea pacienților Covid-19 și nu numai, Consiliul nu poate să nu țină seama că licitația pendinte are ca obiect încheierea unui acord-cadru pe durata de 12 luni, interval în care se vor încheia contracte subsecvente între 200.000 și 1.584.000 de lei, pentru cantități foarte mari de halate, de până la 45.000 + 36.000 bucăți, din ambele tipuri. Asemenea cantități nu pot fi aduse imediat (în cele două zile calendaristice pretinse de spital), presupunând formalități de transport [eventual de import] de la producători, din afara sau din interiorul țării.

Este veridic faptul că, potrivit Ordinului ministrului sănătății nr. 555/2020 privind aprobarea Planului de măsuri pentru pregătirea spitalelor în contextul epidemiei de coronavirus COVID-19, a Listei spitalelor care asigură asistența medicală pacienților testați pozitiv cu virusul SARS-CoV-2 în faza I și în faza a II-a și a Listei cu spitalele de suport pentru pacienții testați pozitiv sau suspecti cu virusul SARS-CoV-2, ... asigură suport pentru pacienții testați pozitiv sau suspecti cu virusul SARS-CoV-2, însă deopotrivă de veridic este și faptul că achiziția de față se întinde *pe o perioadă de 12 luni*, ceea ce înseamnă că termenul de livrare a halatelor nu este unul esențial pentru spital.

Nici în caietul de sarcini și nici în strategia de contractare, autoritatea achizitoare nu a demonstrat că un termen de livrare mai lung, care să nu creeze dificultăți furnizorilor care nu dispun pe stoc de cantitățile uriașe de echipamente, ar împiedica activitatea curentă a spitalului. Se prezumă că, dacă acordul-cadru se întinde pe o durată de 12 luni, iar materialele achiziționate sunt de utilizare regulată în spital (pct. 2.3 din strategia de contractare), spitalul are capacitatea profesională de a își planifica achizițiile subsecvente din timp, fără a pune în dificultate contractanții, forțându-i să își acumuleze stocuri și să livreze cantitățile în doar două zile de la primirea comenzii. În plus, este de neînțeles această lipsă de solitudine a spitalului, mai cu seamă că, în concret, cele două zile calendaristice pot însemna doar zile nelucrătoare (sâmbătă/duminică/sărbători legale), făcând imposibilă livrarea și din această cauză. În ipoteza în care niciun depozit nu este deschis și în acele zile, obligația debitorului contractant de a se încadra în două zile devine imposibilă și ar trebui exonerat de orice răspundere pentru neîndeplinirea ei (*ad impossibilia, nulla obligatio*). Pe de altă parte, văzând soluția dispusă în capătul de cerere legat de divizarea lotului 2, un termen de livrare rezonabil acordat operatorilor le-ar permite identificarea celor mai adecvate surse de aprovizionare și precontractarea de la furnizori diferiți a ambelor tipuri de halate, în beneficiul sporirii gradului de participare la licitație și al încadrării în termenele de livrare asumate.

Desigur, determinarea oportunității unei anumite achiziții intră în atribuțiile beneficiarului – unitate spitalicească, căruia legislația în vigoare pe linie de achiziții publice îi atribuie statutul de autoritate contractantă, încadrată la art. 4 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. După cum s-a evidențiat mai sus, unitatea achizitoare nu a argumentat credibil (nici măcar succint) atât *de iure*, cât și *de facto*, opțiunea sa de a fixa termenul de livrare a mii sau chiar zeci de mii de halate spitalicești în doar două zile de la comandă, câtă vreme necesarul poate fi estimat și comunicat din timp furnizorilor, pe durata celor 12 luni ale acordului-cadru. Autoritatea și operatorii economici nu se găsesc pe poziții opuse, eventual conflictuale, nu sunt adversari, ci trebuie să coopereze loial, în beneficiul amândurora și al destinatarilor finali ai produselor. În consecință, Consiliul se vede nevoit să oblige autoritatea să revizuiască actualul termen de livrare, urmând a stabili un termen rezonabil, *nu mai scurt* de patru zile *lucrătoare* de la momentul recepționării comenzii, pentru a preveni noi acuzații de favorizare a anumitor operatori economici, respectiv de restricționare a accesului altora.

Trebuie amintit că, potrivit articolului 2 din Directiva 2004/18, care prevede principiile de atribuire a contractelor, autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără

discriminare și acționează potrivit principiului transparenței. Aceste principii au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare. Astfel, articolul 23 alineatul (2) și alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/18 și ultima teză a considerentului (29) al acestei directive subliniază că specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței în ceea ce privește lansarea procedurilor de achiziții publice, că acestea trebuie să fie suficient de exacte pentru ca ofertanții să poată determina obiectul contractului și pentru ca autoritățile contractante să poată atribui contractul și că trebuie menționate în mod clar, astfel încât toți ofertanții să știe la ce se referă criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Articolul 23 alineatul (6) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în special în lumina acestor considerații. – Hotărârea Curții Europene de Justiție din 10 mai 2012, cauza C-368/10, Comisia Europeană împotriva Regatului Țărilor de Jos, pct. 62. Aceeași directivă prevedea și că: *„Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită exercitarea concurenței în domeniul achizițiilor publice. În acest scop, trebuie să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea de soluții tehnice. Prin urmare, pe de o parte, specificațiile tehnice trebuie să poată fi stabilite în termeni de performanță și cerințe funcționale, și, pe de altă parte, în cazul în care se face trimitere la standardul european – sau, dacă un astfel de standard nu există, la standardul național – autoritățile contractante trebuie să ia în considerare și ofertele bazate pe alte soluții echivalente.”*

„Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor. Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în

achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință.” – stabilește și ultima directivă privind achizițiile publice, din 2014, mergând pe linia de gândire a celei precedente.

Curtea de la Luxemburg a statuat în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37),

că „unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea

[din 13 decembrie 2007,] Bayerischer Rundfunk și alții [C- 337/06,

EU:C:2007:786,] punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009,

Assitur, C- 538/07, [EU:C:2009:317], punctul 26). Trebuie adăugat,

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

Nu trebuie scăpat din vedere că, luând în considerare, printre altele, valoarea ridicată a contractului și piața de nișă pentru obiectul licitației, aceasta din urmă poate genera un interes în obținerea contractului din partea întreprinderilor situate într-un alt stat membru (interes transfrontalier), unele dintre ele producătoare de halate spitalicești ranforsate. Valoarea maximă a acordului contractual ce face obiectul licitației atinge pragul de aplicare a directivelor prin care legiuitorul comunitar a reglementat domeniul achizițiilor publice, iar contractul respectiv intră, așadar, în domeniul de aplicare al acestor directive, autoritatea fiind obligată să respecte și principiile generale ale dreptului european. Deschiderea procedurilor de atribuire pentru alți potențiali ofertanți poate asigura autorităților contractante mai multe oferte (și, astfel, mai multe opțiuni referitoare atât la calitate, cât și la preț) și ar trebui să

încurajeze operatorii interesați de atribuire să fie mai economici și mai eficienți.

Raportat la ansamblul celor reținute în paginile de mai sus, trebuie să se răspundă contestației SC ... SRL în sensul admiterii criticilor de la pct. 5 din contestație:

5. Referitor la termenul de livrare de 2 zile menționat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire opinăm ca acesta este unul excesiv de scurt menit la rândul lui să restrângă concurența și să favorizeze potențialii furnizori care au marfa pe stoc. Solicităm să dispuneți obligarea autorității contractante să prevadă un termen de livrare realist de minim 30 zile lucrătoare de la comanda fermă.

Însă nu în sensul extinderii livrării la 30 de zile lucrătoare, interval care cade în extrema cealaltă, ci al stabilirii unui termen de livrare rezonabil, nu mai scurt de patru zile lucrătoare de la momentul recepționării comenzii, urmând a fi obligată autoritatea contractantă să înlocuiască actualul termen în întreaga documentație de atribuire, doar în ceea ce privește lotul 2, supus contestației.

Cântărind cele două poziții divergente, prin prisma cantităților mari implicate și a duratei lungi a relației contractuale, văzând că actele achiziției nu relevă nicio stringență medicală de natură să determine livrarea cantităților de halate în doar două zile calendaristice, forul administrativ-jurisdicțional stabilește, consecvent raționamentului reținut în paginile anterioare, că revine autorității achizitoare să fixeze și să comunice operatorilor economici termenul rezonabil concret de livrare a halatelor.

Aceasta fiind situația faptică și de drept, reținută în urma cercetării întreprinse în prezenta cauză, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, *în limita considerentelor de mai sus*, contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., și va obliga autoritatea contractantă să aducă remedierile necesare în privința documentației de atribuire, conform motivării expuse. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, înainte de data-limită de depunere a ofertelor.

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

Admite, în limita considerentelor de mai sus, contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., pe care o obligă ca, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze cerința documentației de atribuire privind termenul de livrare a halatelor de la lotul 2, astfel cum rezultă din considerentele expuse. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către autoritatea contractantă,

prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, înainte de data-limită de depunere a ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.