



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26378/24.05.2022, formulată de SC ... SRL, cu sediul în orașul ..., înregistrată la Oficiu Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal prin ... – administrator și convențional de Cabinet de Avocat ..., cu sediul în ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare 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”»*, aferentă anunțului de participare ... din 13.05.2022, s-a solicitat:

- 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 contestație;
- în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL împotriva documentației de atribuire, prin care solicită dispunerea măsurilor de remediere precizate mai sus.

Contestatoarea arată că prin contestație critică modalitatea aleasă de autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului de furnizare, respectiv includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente, precum și includerea în caietul de sarcini și în fișa de date a unor cerințe tehnice minimale neclare, care contravin dispozițiilor legale în materie.

A. În ceea ce privește includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente, apreciază că în acest fel 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 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:*

- *Mască de protecție sanitară*
- *Dezinfectant pentru mâini*
- *Dezinfectant pentru suprafețe";*

Contestatoarea solicită observarea că 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

Un prim aspect învedereat de contestatoare este că 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, arată că 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.

Opinia petentei este 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 și încalcă grav dispozițiile art. 50, art. 141, art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea 98/2016, recomandările Directivei 214/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului UE privind achizițiile publice care 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, dar și recomandarea ANAP care 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 mai consideră că în contextul pandemiei de Covid 19 și având în vedere numeroasele proceduri de achiziție lansate, atât CNSC, 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.

În susținere, invocă Deciziile CNSC nr. ..., nr. ... și ..., precum și Decizia C.A. Iași nr.

Față de toate aceste aspecte, contestatoarea 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.

Având în vedere că divizarea achiziției pe loturi solicitată nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice (S.E.A.P.) care nu acceptă astfel de modificări la nivelul procedurilor de atribuire, petenta apreciază că finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

B. În ceea ce privește includerea în caietul de sarcini și în fișa de date a unor cerințe tehnice minimale neclare și care contravin dispozițiilor legale în materie, contestatoarea precizează următoarele:

- primul produs, masca de protecție sanitară, este un produs încadrat în categoria dispozitivelor medicale, iar celelalte 2 produse, dezinfectant pentru mâini și dezinfectant pentru suprafețe, sunt dezinfectanți din categoria produselor biocide. Astfel, pentru produsele dezinfectante, documentația de atribuire standard privind achiziția de produse biocide trebuie să urmeze instrucțiunile din Ordinul MS nr. 1082/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide.

- conform dispozițiilor din Anexa nr. 3 din actul normativ anterior menționat, produsul trebuie să dețină în mod obligatoriu „*aviz eliberat în*

baza Ordinului ministrului sănătății, al ministrului mediului și pădurilor și al președintelui Autorității Naționale Sanitare Veterinare și pentru Siguranța Alimentelor nr. 10/368/11/2010 privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României, cu modificările și completările ulterioare, în termen de valabilitate, sau o formă de autorizație de punere pe piață eliberată conform Hotărârii Guvernului nr. 617/2014 privind stabilirea cadrului instituțional și a unor măsuri pentru punerea în aplicare a Regulamentului (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 22 mai 2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide, emise de Comisia Națională pentru Produse Biocide”.

- ca urmare a includerii în același lot a măștilor sanitare, care sunt dispozitive medicale, cu produsele biocide (dezinfecțant pentru mâini și dezinfecțant pentru suprafețe), cerința tehnică din caietul de sarcini de la punctul 3.1.a - Se vor prezenta pentru produsele dezinfecțante *”aviz emis de Ministerul Sănătății/ANMDM/MAPN/certificat de marcaj CE și/sau declarație de conformitate CE a producătorului, după caz”* este neclară. Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să indice ca cerință tehnică fundamentală și obligatorie deținerea unui aviz emis de către Comisia Națională pentru Produse Biocide (CNPB), prin care produsul biocid este avizat pentru punerea la dispoziție pe piață pe teritoriul României. Aceasta arată că folosirea semnului gramatical *”/”* (bara oblică) crează confuzie, în sensul că se va interpreta că în procedura de atribuire produsele dezinfecțante pot fi admise ca produse conforme dacă dețin numai aviz emis de către ANMDM (autoritate de reglementare pentru plasarea pe piață a dispozitivelor medicale), iar nu și Aviz BIO emis de către CNPB.

0 - prin includerea acestei cerințe neclare se încearcă o relaxare a cerințelor tehnice minimale, însă entitățile anterior avizate au beneficiat de dispozițiile art. 4 alin. (5) din Legea nr. 55/2020 conform căruia *„Valabilitatea documentelor eliberate de instituțiile și autoritățile publice, precum și de entitățile private autorizate conform legii se menține pe toată perioada stării de alertă, precum și pentru o perioadă de 90 de zile de la încetarea acestei stări”*. Termenul de prelungire al valabilității avizelor BIO se va împlini la data de 08.06.2020, iar mulți dintre operatorii economici vizați nu și-au obținut încă noile avize.

- cerința tehnică de la același punct 3.1.a din caietul de sarcini, respectiv *„să prezinte rapoartele de testare”* este ambiguă, întrucât cel mai probabil produsele dezinfecțante se vor utiliza și în cabinetele medicale din incinta celor 190 de unități de învățământ, motiv pentru care aceste produse trebuie să îndeplinească și o condiție suplimentară, impusă prin Ordinul nr. 10/2010, privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României, cu modificările și completările ulterioare. Această condiție specială vizează

indicația de utilizare a produselor biocide, respectiv cea din unitățile sanitare.

- *Art. 7. - Ordinul nr. 10/2010*

(1) *Modelul de aviz al produsului biocid este prevăzut în anexa nr. 2.*

(2) *Termenul de valabilitate al avizului emis conform prevederilor prezentului ordin este 31 decembrie 2024, conform Regulamentului delegat (UE) nr. 736/2013 al Comisiei din 17 mai 2013 de modificare a Regulamentului (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului în ceea ce privește durata programului de lucru pentru examinarea substanțelor active biocide existente.*

(3) *În formularul de aviz, indicația de utilizare în unități sanitare are valabilitate de 3 ani fiind menținută numai dacă solicitantul se conformează prevederilor art. 7¹ alin. (1) din prezentul ordin.*

- *Art. 7¹. - (1) Pentru produsele biocide care fac parte din tipul de produs TP 1 și TP 2 având indicație de utilizare în unități sanitare, deținătorii avizelor depun periodic, la 3 ani rapoarte de testare a eficacității efectuate conform cerințelor prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. g¹) și g²), într-un laborator acreditat. Rapoartele trebuie să conțină rezultatele testării fiecăreia dintre activitățile declarate pe etichetă și în dosarul tehnic al produsului.*

(2) Pentru confirmarea eficacității produsului, concluziile celor două rapoarte de testare menționate la alin. (1) trebuie să fie identice.

- *Art. 4 alin. (1) lit. g⁶) „rapoartele de testare prevăzute la lit. g¹), g³) și g⁵) trebuie să fie emise ulterior datei de publicare a standardului EN 14885:2015”.*

- cerința tehnică privind prezentarea rapoartelor de testare pentru produsele biocide (dezinfecțant pentru mâini și dezinfecțant pentru suprafețe) trebuie să fie completată cu obligativitatea prezentării unor rapoarte de testare efectuate în termenul de 3 ani prevăzut în Ordinul nr. 10/2010.

- Ordinul M.S. nr. 10/2010 privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României prevede că eficacitatea produselor biocide este demonstrată prin rapoarte de testare ce trebuie întocmite cu respectarea standardului european EN 14885:2015. Acest standard a fost actualizat în anul 2018, în momentul de față fiind aplicabile dispozițiile din standardul EN14885:2018

- cerințele tehnice minimale privind eficacitatea produselor dezinfecțante, trebuie corelate cu acest standard, astfel că următoarele cerințe tehnice încalcă, fără nicio justificare din partea autorității contractante, cerințele minim impuse de normele legale în materie.

a. Pentru produsul „*Antiseptic pentru dezinfecția igienică și chirurgicală a mâinilor*”.

➤ Neincluderea în caietul de sarcini a cerinței privind dovedirea eficacității bactericide prin testarea produsului conform standardului

EN12791. Potrivit standardului general EN 14885 produsul utilizat pentru dezinfectia chirurgicală a mâinilor se dovedește prin testări obligatorii pe standardele EN13727 și EN12791 pentru activitatea bactericide și pe standardul EN 13624 pentru activitate levurică. Se mai include și o testare adițională (neobligatorie) pentru activitatea tuberculocidă/microbacterică, pe standardul EN 14348. Prin urmare, pentru ca produsul să fie conform, acesta trebuie să fie testat pe spectrul de activitate obligatoriu impus în standardul 14885, deci și pentru dovedirea eficacității bactericide prin testarea produsului conform standardului EN12791M;

➤ Includerea în caietul de sarcini a cerinței privind dovedirea eficacității bactericide prin testarea produsului conform standardului EN 1650, standard care nu este prevăzut în standardul general 14485 pentru dezinfectia igienică sau chirurgicală a mâinilor prin frecare (tabelul 4.3.2.2. - 4.3.2.4 din Standardul general EN14885).

➤ Indicarea ca timp de acțiune pentru dovedirea eficacității virucide (pentru dezinfectia igienică a mâinilor) un interval de 30 de secunde. Conform standardului EN 14476, timpul de contact este între 30 sec. și 2 min., astfel că timpii de acțiune impuși ca cerință tehnică minimală pentru un produs trebuie corelați, astfel încât cerința tehnică privind timpul de contact să poată fi aplicată întregului spectru de acțiune pentru care se va utiliza produsul. Astfel, dacă pentru a se atinge eficacitatea bacterică conform standardului EN 12791 este necesar un timp de contact între 1 min. și 5 min., atunci autoritatea contractantă nu poate solicita un timp de acțiune mai mic, chiar dacă pentru celelalte activități standardele o permit. Totodată, întregul efect al utilizării dezinfectantului se produce după trecerea timpului de contact cel mai lung, în speță 2 min. pentru activitatea virică sau 5 minute pentru activitatea bacterică. Pentru ca dezinfectantul să aibă eficacitate maximă, având în vedere și tipul de dezinfecție (igienică) urmărit, rezultă că cerințele tehnice ale produsului nu trebuie să deroge de la dispozițiile legale generate (timp maxim de acțiune 5 min.).

Prin urmare, dacă autoritatea contractantă nu a indicat că procedurile de dezinfecție se vor aplica distinct pe fiecare spectru de activitate, cel mai probabil aceasta urmărește ca o procedură de dezinfecție să poată acoperi întregul spectru de activitate (bactericid, viricid, microbactericid), astfel încât timpul de contact nu poate fi stabilit ca cerință tehnică mai mic de 5 min. (1-5 min. conform standard EN12791).

b. Pentru produsul "*dezinfectant pentru suprafețe*", autoritatea contractantă a cerut prin caietul de sarcini îndeplinirea următoarelor cerințe tehnice minimale privind "*activitatea antimicrobiană și standard/Spectrul de activitate*":

- *Bacterică EN 1276 (2,1), EN 1650 (2,1), timp de contact maxim 5 minute;*
- *Bacterică: EN 1650 (2,1), timp de contact maxim 5 minute;*

- *Bactericidă/Fungicidă: EN 13697 (2,2), EN 1650 (2,1), timp de contact maxim 5 minute;*
- *Virucidă EN 14476 (2,1), EN 1650 (2,1), viruși încapsulați, timp de contact maxim 5 minute;*
- *Să nu conțină alcoolii, fenoli, compuși cuaternari de amoniu, aldehide, clor.*

Pentru produsele care asigură dezinfecția (fără activitate mecanică) a suprafețelor, standardul EN 14885 prevede la tabelul 4.3.2.6. testările care se impun atât cu caracter obligatoriu, cât și cu caracter adițional, iar testarea conform standardului EN 1650 nu este inclusă în standardul general EN 14885 pentru dezinfecția suprafețelor.

Testarea bactericidă/levuricidă conform standardului EN 13 697 este net superioară testării standardului EN 1276 și cuprinde toate organismele de testare din standardul EN 1276. Diferența dintre cele 2 testări este timpul de contact, care în cazul standardului EN 13697 este de 5 min., iar pentru standardul EN 1276 este de 60 min.

În consecință, față de prevederile din tabelul 4.3.2.6 din Standardul 14885 și argumentele mai sus-menționate, petenta consideră că nu se poate reține o justificare pertinentă din partea autorității contractante de a impune o cerință tehnică minimală contrară standardului EN14885 și inferioară ca timp de acțiune.

În ceea ce privește cerința „*să nu conțină ... compuși cuaternari de amoniu*”, arată că autoritatea contractantă nu a indicat un motiv pentru care produsul ar trebui să nu conțină acest tip de stabilizator. Acești compuși de amoniu cuaternar sunt inerți și reprezintă agenții dezinfectanți cei mai utilizați în domeniul alimentar datorită acțiunii germicide foarte bune. Având în vedere locațiile indicate pentru utilizarea produselor (școli), 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.

Contestatoarea reiterează că anexa nr. 3 din Ordinul MS nr. 1082/2016 cuprinde informații complete referitoare la Dosarul tehnic pentru achiziția de dezinfectante, motiv pentru care consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să cuprindă în documentația tehnică, la specificațiile tehnice impuse, informații precise, care să descrie în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare, necesitatea autorității contractante.

Cu toate acestea, caietul de sarcini și fișa de date cuprind cerințe foarte vagi și confuze, motiv pentru care operatorul economic este pus în dificultate la întocmirea ofertei. Pe de o parte dispozițiile legale obligatorii în materia produselor biocide impun anumite cerințe pentru ca acestea să poată fi plasate pe piață pe teritoriul României, iar pe de altă parte, specificațiile tehnice minimale impuse prin caietul de sarcini sunt, pe de o parte, foarte sumare, iar pe de altă parte vin în contradicție cu dispozițiile legale.

În concluzie, consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să întocmească documentația de atribuire pentru produsele dezinfectante după modelul stabilit în Ordinul MS nr. 1082/2016, în funcție de categoria de produs (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pentru mâini) și să definească în mod clar și cu suficientă precizie specificațiile tehnice, în raport de necesitățile de utilizare.

În susținere, petenta arată că dispozițiile art. 156 din Legea nr. 98/2016 și art. 31 din HG nr. 395/2016 indică foarte precis maniera în care trebuie să fie întocmite specificațiile tehnice pentru produsele solicitate, așa cum dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, stabilesc principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții.

Pentru toate argumentele expuse mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației și adoptarea măsurilor de remediere precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

..., a formulat punct de vedere cu privire la contestație, transmis cu adresa nr. 12507/30.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 27508/31.05.2022, prin care învederează că specificațiile tehnice minimale impuse prin caietul de sarcini sunt sumare și nu sunt în contradicție cu dispozițiile legale.

Autoritatea contractantă precizează că a demarat procedura de achiziție publică mai sus menționată și 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.

Astfel, 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 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.

Având în vedere că obiectivul general al proiectului îl reprezintă creșterea nivelului de prevenție medicală și a calității vieții elevilor și cadrelor didactice din unitățile preuniversitare de stat din județul ..., 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 raspândirii virusului SARS-CoV-2 și a efectelor extrem de grave ale acestuia.

Referitor la afirmația contestatoarei că se restricționează participarea operatorilor economici la procedura de achiziție, autoritatea contractantă arată că potrivit prevederilor legislației în materia achizițiilor publice, operatorii economici interesați au dreptul să se asocieze în vederea participării la prezenta procedură.

Referitor la punctul B din contestație, autoritatea contractantă arată că dezinfectanții pot fi atât dispozitive medicale, cât și produse biocide,

de aceea a solicitat în cadrul caietului de sarcini ca produsele dezinfectante, să dețină: „*aviz emis de Ministerul Sănătății sau ANMDM sau Ministerul Apărării Naționale sau certificat de marcaj CE și/sau declarație de conformitate CE a producătorului, după caz*”, iar în cadrul specificației tehnice a dezinfectantului de suprafețe, este menționat: „*să prezinte aviz biocid în vigoare, emis de Comisia Națională pentru Produse Biocide*”.

În concluzie, consideră că se respectă Instrucțiunile din Anexa nr. 3 ale Ordinului MS nr. 1082/2016.

Referitor la afirmația contestatoarei legată de faptul că produsele dezinfectante se vor utiliza și în cabinetele medicale, motiv pentru care aceste produse trebuie să îndeplinească și o condiție suplimentară, autoritatea contractantă consideră că cerința tehnică privind prezentarea rapoartelor de testare pentru produsele biocide trebuie să fie completată cu obligativitatea prezentării unor rapoarte de testare efectuate în termenul de 3 ani prevăzut în Ordinul nr. 10/2010. Autoritatea contractantă precizează că produsele sunt destinate utilizării în zone instituționale, și nu în zone medicale, dar pentru a lua măsuri suplimentare de siguranță s-a solicitat prezentarea rapoartelor de testare pentru demonstrarea eficacității biocide, în funcție de tipul de produs.

Cu privire la produsele: antiseptic pentru dezinfecția igienică și chirurgicală a mâinilor prin frecare și dezinfectant pentru suprafețe autoritatea contractantă precizează că produsele pe care dorește să le achiziționeze sunt destinate dezinfecției igienice a mâinilor respectiv a suprafețelor, în zone instituționale (unități de învățământ).

Datorită destinației acestor produse, se dorește ca acestea să conțină substanțe non-toxice, biodegradabile, în concentrații sigure și cu timpi de acțiune cât mai reduși, mai ales având în vedere utilizatorii intenționați (școlari și personal școlar) în acest sens s-au cerut standarde mai ridicate decât cele adecvate zonei instituționale, aplicabile mai degrabă mediului spitalicesc, cu scopul protejării utilizatorilor finali.

În concluzie, pentru produsul antiseptic pentru dezinfecția igienică, standardele de testare și timpul de acțiune care vor trebui respectate obligatoriu vor fi:

Activitate antimicrobiană și standard/Spectrul de activitate:

- Bactericidă: EN 13727 (2,1), timp de contact maxim 60 de secunde;
 - Bactericidă: EN 1650 (2,1), timp de contact maxim 60 de secunde;
 - Virucidă: EN 14476 (2,1) timp de contact maxim 30 de secunde,
- iar pentru produsul dezinfectant pentru suprafețe standardele de testare și timpul de acțiune care vor trebui respectate obligatoriu vor fi:

Activitate antimicrobiană și standard/Spectrul de activitate:

- Bactericidă: EN 1276 (2,1), EN 1650 (2,1), timp de contact maxim 5 minute;
- Bactericidă: EN 1650 (2,1), timp de contact maxim 5 minute;
- Bactericidă/fungicidă: EN 13697 (2,2), timp de contact maxim 5 minute;

- Virucidă: EN 14476 (2,1), viruși încapsulați, timp de contact maxim 5 minute

Drept urmare, autoritatea contractantă nu consideră că specificațiile tehnice minimale sunt sumare și în contradicție cu dispozițiile legale.

Ca urmare a studierii dosarului la sediul Consiliului, respectiv ca urmare a studierii apărărilor formulate de către autoritatea contractantă SC ... SRL a formulat concluzii scrise, transmise cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 29010/08.06.2022, prin care solicită admiterea contestației și dispunerea măsurilor de remediere solicitate prin contestație.

I. Referitor la punctul A din contestație, raportat la argumentele autorității contractante în susținerea deciziei de a organiza procedura de achiziție sub forma unui singur lot, contestatoarea opinează că aceste argumente nu pot conduce la eliminarea celorlalte obligații impuse de legiuitor autorităților contractante atunci când acestea decid organizarea procedurilor de achiziție publică prin împărțirea sau nu pe loturi. Faptul că există și ipoteza ca autoritatea contractantă să nu atribuie concomitent cele 3 contracte de achiziție, nu înseamnă că s-ar împiedica scopul achiziției, respectiv limitarea răspândirii virusului SARS-CoV-2 și ale efectelor extrem de grave ale acestuia. Limitarea răspândirii virusului SARS-CoV-2 și ale efectelor acestuia se va realiza, în primul rând, printr-o corectă utilizare a materialelor respective, indiferent de numărul contractelor încheiate.

Totodată, precizează că destinația utilizării produselor nu este un argument care să înlăture o obligație fundamentală pe care o are orice autoritate contractantă, aceea de a crea un cadru concurențial cât mai larg, care să evite limitarea în mod artificial a concurenței prin compunerea unor loturi care cuprind produse neomogene și fără interdependență.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă se prevalează de facilitatea acordată de Lege operatorilor economici de a se asocia cu unul sau mai mulți operatori, în vederea depunerii unei oferte comune, însă posibilitatea de asociere este un drept al operatorului, nu o obligație, drept care îl implică și pe acela de a nu se asocia, dacă titularul său nu dorește.

În continuare, aceasta reiterează dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 101/2016, art. 141 din Legea nr. 98/2016, Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, răspunsul ANAP la întrebarea dacă împărțirea pe loturi este obligatorie, amintind că din cuprinsul Deciziilor CNSC și ale hotărârilor judecătorești citate în contestație se observă că la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi se are în vedere similaritatea și interdependența produselor, iar nu destinația lor, cu atât mai puțin nu se are în vedere spațiul comun de utilizare.

Față de susținerea autorității contractante în ceea ce privește gruparea produselor într-un singur lot, contestatoarea reiterează că un produs este destinat dezinfecției suprafețelor, unul dezinfecției mâinilor și unul este mască de protecție sanitară, reiterând că două dintre produse sunt produse biocide (dezinfectantul pentru suprafețe și dezinfectantul pentru mâini), iar un produs este dispozitiv medical (masca de protecție sanitară).

II. Cu privire la motivele expuse la punctul B din contestație, petenta arată că autoritatea contractantă nu aduce niciun argument în combaterea lor, sau care să vină în susținerea cerințelor tehnice din documentația de atribuire contestate.

De asemenea, cu privire la produsul *"Antiseptic pentru dezinfecția igienică și chirurgicală a mâinilor"*, petenta apreciază că autoritatea contractantă ar intenționa o remediere a documentației de atribuire, însă subliniază că, procedural, punctul de vedere exprimat în cadrul contestației nu echivalează cu adoptarea unor măsuri de remediere în sensul art. 9 din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care consideră că susținerile autorității contractante trebuie tratate ca pe o recunoaștere asupra temeiniciei contestație referitoare la acest aspect.

Un alt aspect foarte important învedereat de contestatoare, asupra căruia autoritatea contractantă nu s-a pronunțat în concret în raport de motivele din contestație, este cel legat de timpul de acțiune, pe fiecare spectru de activitate, impus prin documentația de atribuire.

Aceasta consideră că cerința tehnică privind timpul de acțiune trebuie modificată în sensul stabilirii unui timp de acțiune în conformitate cu Standardul EN 14885, dar care să asigure eficacitate completă. Astfel, corelând standardele specifice fiecărui spectru de activitate solicitat, acest timp de acțiune nu poate fi mai mic de 5 min. pentru produsul *"Antiseptic pentru dezinfecția igienică și chirurgicală a mâinilor"*.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – unitatea ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii nr. SEAP ..., organizată de

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect «Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfecțanți pentru proiectul „Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din județul ... în vederea gestionării situației de

pandemie generată de virusul SARS-Cov-2”», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 13.05.2022, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 40.393.301,76 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare: prețul ofertei - pondere 80% și termen de livrare - pondere 20%.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire, SC ... SRL 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, anularea procedurii.

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: măști de protecție sanitară - 22.753.584 bucăți, dezinfectanți pentru mâini - 541.752 litri și dezinfectanți pentru suprafețe - 25.080 litri.

Prin punctul de vedere față de contestație, 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.

De asemenea, 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, care a fost aprobată în această formă, semnându-se în acest sens contractul de finanțare nr. 1021/23.02.2022.

Autoritatea contractantă mai susține că împărțirea pe loturi ar duce la creșterea riscului de a nu atribui în același timp contractele pentru toate cele 3 produse care fac obiectul procedurii.

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 dezinfectanți Rev. 2).

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. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: „(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare,

iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.”- 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. 50 alin. (1) 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”;

- 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.

Din analiza normele legale anterior precizate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valorile estimate ale tuturor achizițiilor de produse destinate unor utilizări identice sau similare, în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție;

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că 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.

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

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

De altfel, fiecare din aceste justificări oferite de către autoritatea contractantă pot constitui argumente în sens contrar celor invocate de aceasta. Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse biocide, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau 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 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.»

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».

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

În contextul arătat, criticile contestatoarei vizând divizarea procedurii fiind întemeiate, cele 3 produse fiind diferite (mască de scă 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 3 produse 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 și de adresa nr. 65869/18.10.2019, emisă de Agenția pentru Agenda Digitală a României

În urma unei solicitări a Consiliul, potrivit cu care „(...) 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.”

Fiind constatată necesitatea anulării procedurii și împărțirea pe loturi distincte a celor 3 produse componente ale acestei proceduri, 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 (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va anula procedura de atribuire.

Ca urmare a admiterii contestației formulate de SC ... SRL 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 3.570 lei și reprezintă „onorariu” avocat prestate de Cabinet avocat ..., facturate cu factura seria CAVLV nr. 0434 din data de 23.05.2022 și achitate conform OP, emis de OTP Bank România SA în data de 23.05.2022, ambele având valoarea de 3.570 lei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a cheltuielilor de judecată în sumă de 3570 lei.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 exemplare, conține 22 (douăzeci și două) pagini.