

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

DECIZIE

Nr. 1641/C1/1448

Data: 14.07.2023

Prin contestația nr. 3863/26.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 28880/29.05.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în, str., ... înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin „.....”, împotriva documentației de atribuire, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Victor Babeș nr. 2, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Achiziție antiseptice și dezinfectanți”, cod CPV: 33631600-8, s-a solicitat,

obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al loturilor 4, 5, 6, 7 și 8 ale achiziției în raport de cererile/criticile contestației sale.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

2.1 Referitor la LOT 4 - Dezinfectant de nivel înalt (dispozitiv medical) pentru curățarea și dezinfecția instrumentarului medico-chirurgical termorezistent și a materialelor termosensibile (prin imersie).

2.1.1 Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „6 Testarea tuturor activităților microbicide trebuie efectuate în condiții de murdărie”.

În opinia sa este o cerință care, prin inutilitatea sa, creează o barieră nejustificată în calea competiției.

Astfel arată că potrivit art.20 din Anexa nr.1 la OMS nr. 1761/2021, „În cazul dezinfecției de nivel înalt pentru instrumentarul, dispozitivele și echipamentele care nu suportă autoclavarea, se vor respecta următoarele etape în procesarea manuală:

- a) curățare cu detergent cu efect tensioactiv;
- b) curățare prin acțiune mecanică;
- c) clătire cu apă filtrată;

- d) dezinfecție de tip înalt, prin imersie;
- e) clătire cu apă filtrată;
- f) uscare”.

Rezultă că un produs care să aibă proprietăți deopotrivă de CURĂȚARE (detergent) și de DEZINFECȚIE (dezinfecțant) - situație în care se impune testarea în condiții de murdărie - nu poate fi folosit decât pentru una sau alta dintre cele două caracteristici (CURĂȚARE sau DEZINFECȚIE) ale procedurii de dezinfecție, întrucât între cele două etape (CURĂȚARE și DEZINFECȚIE) se interpune operațiunea de CLĂTIRE CU APĂ FILTRATĂ (lit. c) în textul normativ invocat).

2.1.2 Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței „Modul de ambalare: recipient de maximum 3 L/Kg. cu substanță concentrată”, în sensul măririi valorii plafonului maximal al capacității ambalajului la 6 litri/kg.

În opinia sa se realizează astfel lărgirea competiției, iar capacitatea ambalajului nu este semnificativă în ipoteza achiziției de față - fiind vorba de un produs în formă concentrată.

Contestatorul arată că pentru un alt produs al achiziției - de asemenea în formă concentrată (al lotului 1) - autoritatea contractantă a stabilit plafonul maximal la valoarea pe care acum o solicită a fi acceptată la achiziția produsului lotului 4.

2.2. LOT 5 - Dezinfecțant de nivel mediu (dispozitiv medical) pentru curățarea și dezinfecția instrumentarului medico - chirurgical termorezistent și a materialelor termosensibile (prin imersie).

2.2.1. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței: „Substanța activă principală să acționeze prin oxidare celulară”.

Consideră că indicarea unui anume procedeu de acțiune a produsului cade sub incidența interdicției prevăzute de art.156 (2) din Legea nr. 98/2016.

Realizarea scopului achiziției - „dezinfecția de nivel mediu și curățarea instrumentarului medico-chirurgical termorezistent și a materialelor termosensibile” - consideră că trebuie să fie suficientă, nefiind just ca autoritatea contractantă să impună un anume mijloc de realizare a acestuia.

2.2.2. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la clarificarea cerinței: „Să fie de preferat sub formă lichidă, ușor de condiționat”, sintagma „de preferat” nefiind suficient de clară pentru ofertare și evaluare oferte.

Dacă, prin clarificarea ce o va oferi autoritatea contractantă, aceasta va considera că trebuie să se oferteze un produs în forma de agregare LICHIDA, contestatorul precizează că contestă legalitatea unei asemenea cerințe, prin care se instituie o discriminare (elimină de la participare produsele în formă SOLIDA) și încalcă principiul tratamentului

egal (în speță) al tuturor ofertanților de dezinfectanți pentru dezinfecția instrumentarului - art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În susținere invocă decizia nr. 144/2020 emisă de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul 70/57/2020, deciziile CNSC nr.670/C6/492/01.04.2021, nr. 257/C1/155/19.02.2020 și nr. 134/C8/2799/23.01.2020.

2.2.3. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței: „Să nu conțină aldehyde, clor, iod, fenoli, alcooli, compuși cuaternari de amoniu”, în sensul eliminării sintagmei „compuși cuaternari de amoniu”.

Principial, stabilirea unei anumite compoziții a unui dezinfectant sau antiseptic se produce extrem de rar prin norme tehnice și juridice mai ales cu caracter de recomandare.

În cazul produsului lotului 5, nu există nicio asemenea normă tehnică și/sau juridică care să excludă TOATE substanțele arătate de autoritatea contractantă în cerință; admitând că pot exista unele justificări de fapt pentru celelalte substanțe active decât „compuși cuaternari de amoniu”, consideră că, în acest ultim caz, nu exista nici măcar asemenea justificări.

Și chiar dacă, deosebit de alte loturi ale achiziției, autoritatea contractantă a omis a face trimitere la prevederile legislației UE în materie:

„Substanța activă să fie:

.....

în loc de:

Substanța activă să fie:

- Conform cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, menționat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat”.

În acest mod consideră că nu se poate sustrage prevederilor obligatorii ale legislației UE (în speță, REGULAMENTUL citat nu impune eliminarea compușilor cuaternari de amoniu din compoziția produselor chimice dedicate dezinfecției instrumentarului).

2.3. LOT 6 - Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția suprafețelor prin nebulizare (pe cale aeriană).

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea și precizarea cerințelor care privesc compatibilitatea dezinfectantului cu nebulizatorul MICRODEFENDER DS3.0:

„Compatibil cu aparatul de nebulizare Microdefender DS3.0 aflat în dotare.

- Substanța și condiționarea acesteia va fi compatibilă cu echipamentele Microdefender DS3.0 aflate în dotare.

Forma de prezentare:

- Substanța să fie condiționată în flacoane opace de 5 litri.
- Flaconul să dispună de etichetă cu cod QR imprimat și plăcută RFID pentru identificarea automată a substanței de către nebulizator.
- În baza codului QR să poată fi preluate într-o platformă on-line informații esențiale precum LOT substanța, Cod Flacon, Data de expirare.
- Să dispună de dop cu sigiliu pentru evitarea deschiderii accidentale.
- Substanța și condiționarea acesteia va fi compatibilă cu echipamentele Microdefender DS3.0 aflate în dotare”.

În sensul că autoritatea contractantă admite și ofertarea de dezinfectanți compatibili cu propriile dispozitive de nebulizare (care urmează a fi puse la dispoziția autorității contractante spre folosință gratuită pe perioada de utilizare a dezinfectantului), cu urmarea că toate cerințele specifice produsului (unic) compatibil cu nebulizatorul MICRODEFENDER DS3.0 - WPH 202S (comercializat în România exclusiv de SC „SOUL MEDICAL” SRL) - nu se solicită pentru situația ofertării alternative.

Contestatorul precizează că în cadrul contestării, în fața C.N.S.C, a documentației de atribuire a achiziției SCN1114800/28.09.2022 organizată de autoritatea contractantă, societatea sa a obținut obligarea acesteia la respectarea dreptului operatorilor economici de ofertare alternativă în vederea achiziției unui produs identic cu cel al prezentei achiziții lot 6 - decizia CNSC nr. 163/C11/2975/20.01.2023.

Prin urmare contestatorul invocă puterea lucrului judecat - art. 431 (2) c.pr.civ. (aplicabil conform art. 68 LEGE):

2.4. LOT 7 - Săpun antiseptic pe baza de clorhexidina pentru dezinfecția chirurgicală a mâinilor, prin spălare.

LOT 8 - Săpun antiseptic lichid pentru dezinfecția igienică a mâinilor, prin spălare.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea cerințelor:

„Să prezinte remanență de durată pe tegumente;

Să nu producă iritații tegumentare la utilizări repetate (.);

Să nu prezinte efecte adverse locale și sistemice”;

prin solicitarea de rapoarte de testare emise de laboratoare acreditate care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

Astfel, potrivit art. 18 din Anexa nr. 1 la ORDIN, „Criteriile de alegere corectă a dezinfectantelor sunt următoarele: d) compatibilitatea cu materialele pe care se vor utiliza”.

În sensul admiterii cererii sale susține că CNSC s-a pronunțat în mai multe rânduri respectiv: dec. CNSC nr. 21/C9/2961/05.01.2023 și dec.nr. 513/C10/348/08.03.2023.

Pentru motivele arătate solicită admiterea contestației.

În drept, își sprijină contestația pe textele legale menționate în cuprinsul sau.

Prin adresa nr. 11466/20.06.2023, înregistrat la CNSC sub nr. 34019/23.63.2023 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere asupra contestației și dosarul achiziției.

În ceea ce privește contestația nr. 3864 /26.05.2023 depusă de SC SRL împotriva documentației de atribuire a achiziției, ... oferă următoarele răspunsuri:

Punctul 2.1. LOT 4. Dezinfectant de nivel înalt (dispozitiv medical) pentru curățarea și dezinfectia instrumentarului medico-chirurgical termorezistent și a materialelor termosensibile (prin imersie).

Subpunctul 2.1.1 Contestatorul solicită eliminarea cerinței: „6 Testarea tuturor activităților microbicide trebuie efectuate în condiții de murdărie”.

Răspuns: De acord cu eliminarea acestei cerințe.

Subpunctul 2.1.2. Contestatorul solicită modificarea cerinței:

„Modul de ambalare: recipient de maximum 3 L/Kg. cu substanță concentrată”.

Răspuns: Suntem de acord cu mărirea capacității ambalajului la 4 litri/kg.

Punctul 2.2. LOT 5. Dezinfectant de nivel mediu (dispozitiv medical) pentru curățarea și dezinfectia instrumentarului medico-chirurgical termorezistent și a materialelor termosensibile(prin imersie).

Subpunctul 2.2.1 Contestatorul solicită eliminarea cerinței:

b)“Substanța activă principală să acționeze prin oxidare celulară”.

Răspuns : De acord cu eliminarea acestei cerințe.

Subpunctul 2.2.2, Contestatorul solicită clarificarea cerinței:

c) „Să fie de preferat sub formă lichidă, ușor de condiționat”.

Răspuns : Se elimină această cerință și rămâne așa cum este scris la „Forma de condiționare: lichidă/solidă”.

Subpunctul 2.2.3. Contestatorul solicită modificarea cerinței:

d)“Să nu conțină aldehyde, clor, iod, fenoli, alcoolii, compuși cuaternari de amoniu” în sensul că se solicită eliminarea sintagmei „compuși cuaternari de amoniu”.

Răspuns : De acord cu eliminarea sintagmei „compuși cuaternari de amoniu”.

Punctul 2.3. LOT 6. Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfectia suprafețelor prin nebulizare (pe cale aeriană).

Se solicită modificarea și precizarea cerințelor care privesc compatibilitatea dezinfectantului cu nebulizatorul MICRODEFENDER DS3.0.

Răspuns: Are în dotarea spitalului 6 aparate de nebulizare MICRODEFENDER DS3.0, sunt obligați să folosească aceste aparate; Autoritatea precizează că licitația este deschisă oricărei firme, companii, distribuitor din România care poate oferi dezinfectant de nivel înalt

pentru dezinfectia suprafețelor prin nebulizare compatibil cu aparatul de nebulizare Microdefender DS3.0 aflat în dotare.

Prin urmare respinge cererea de modificare a cerințelor tehnice minimale așa cum sunt ele formulate. Nebulizatoarele MICROEFENDER DS3.0 se află în dotarea unității medicale prin intermediul unei proceduri atribuite și sunt proprietatea acesteia.

Autoritatea arată că sistemul Microdefender este un echipament cu trasabilitate înaltă și tehnologie de digitalizare a procesului și raportării ce utilizează în mod exclusiv substanța specifică ce dispune de ambalare în flacoane de 5 litri dispuse cu QR code și plăcuță RFID pentru validarea și recunoașterea automată a flaconului și preluarea informațiilor acestuia în mod automat într-o platformă on-line.

Această tehnologie este utilizată pentru a elimina erorile umane și a dispune de o monitorizare în timp real a utilizării substanței și validarea procesului de dezinfecție.

Compania invocată de contestator este unul din furnizorii produsului specific așa cum se poate evidenția și în extrasele de SICAP atașate și nu dispune de informații conform cărora aceasta ar fi exclusivă pentru piața din România.

Chiar și în aceste condiții unitatea medicală necesită produsul solicitat pentru exploatarea echipamentelor aflate în dotare.

Punctul 2.4. LOT 7 - Săpun antiseptic pe baza de clorhexidină pentru Dezinfecția chirurgicală a mâinilor, prin spălare.

LOT 8. - Săpun antiseptic lichid pentru dezinfecția igienică a mâinilor, prin spălare.

Se solicită: completarea următoarelor cerințe:

„4) Să prezinte remanenta de durată pe tegumente ;

5) Să nu producă iritații ale tegumentelor la utilizări repetate, să fie specificat factorul de protecție tegumentară; și să conțină emolienți pentru protecția pielii,

6) Să nu prezinte efecte adverse locale și sistemice”;

Astfel contestatarul solicită ca autoritatea contractantă să precizeze solicitarea de rapoarte de testare (pentru cele trei puncte de mai sus) emise de laboratoare acreditate care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

Răspuns: conform OMS 1761 din 2021 poate solicita dovada de compatibilitate cu materialele pe care se vor utiliza, în acest caz cu tegumentele.

Prin adresa nr. 35595/1448/C1/03.07.2023, Consiliul a solicitat autorității contractante să prezinte dovada deținerii în proprietate a nebulizatoarelor MICROEFENDER DS3.0.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării Consiliului prin corespondența electronică înregistrată la Consiliu sub nr. 36122/04.07.2023 prezentând factura nr. 1390/16.03.2022 în care la punctul 7

se precizează: Echipament automat de dezinfectare prin nebulizare – 6 bucăți.

De asemenea prezintă nota de inventar nr. 3/18.03.2022 în care la poziția 866 sunt trecute cele 6 echipamente automate de dezinfectare prin nebulizare, precum și procesul verbal instalare și punere în funcțiune echipamente medicale nr. 20225208/01.03.2022.

Prin adresa nr. 3915/31.05.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 29681/06.06.2023, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209183320/1, tranzacția: 1337037077/61787624 din data de 26.05.2023, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 2.266,80 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Achiziție antiseptice și dezinfectanți”, cod CPV: 33631600-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN1125334/22.05.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este în intervalul 99.540,00 - 170.640,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Ca un prim aspect, Consiliul reține că prin punctul de vedere nr. 11466/20.06.2023, înregistrat la CNSC sub nr. 34019/23.06.2023, autoritatea contractantă menționează că este de acord cu eliminarea cerințelor documentației de atribuire criticate la punctele 2.1.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 și modificarea/mărirea capacității ambalajului dezinfectantului care face obiectul lotului 4 (critica 2.1.2).

Față de aceste aspecte, se constată că autoritatea contractantă a achiesat la criticile contestatorului referitoare la cerințele din caietul de sarcini anterior menționate, motiv pentru care, în vederea respectării principiului transparenței statuat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că autoritatea contractantă avea obligația să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici, prin publicarea în SEAP, a cerințelor asupra cărora a achiesat conform celor reținute anterior.

În consecință, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind specificațiile tehnice din caietul de sarcini care au făcut obiectul achiesării și să oblige autoritatea contractantă la publicarea acestora în SEAP.

În ceea ce privește criticile contestatorului de la punctul 2.3, privind lotul 6, în cadrul cărora autoritatea contractantă a solicitat dezinfectant compatibil cu echipamentele din patrimoniul său, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 155 din Legea nr. 98/2016 caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu specificațiile tehnice, caracteristicile de natură tehnică care să permită fiecărui produs să fie

descriș în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea unor simple produse pentru dezinfecție, deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unui dezinfectant care să fie utilizat/aplicat prin nebulizare, folosind în acest sens aparatele aflate în dotarea spitalului conform înscrisurilor transmise la dosarul cauzei în anexa corespondenței înregistrată la CNSC sub nr. 36122/04.07.2023.

Potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, regula instituită de legiuitor este ca specificațiile tehnice să nu precizeze „(...) un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic” și nici să nu se refere la „(...) mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”; excepția de la această regulă fiind, potrivit alin. (3) al aceleiași norme juridice, situația excepțională în care „(...) nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)”; în această situație excepțională, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) urmând a fi însoțită de cuvintele „sau echivalent”.

Norma juridică anterior menționată transpune în dreptul național prevederile art. 42 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE potrivit căroră „Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic, și nici nu se referă la o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor întreprinderi sau produse. Această mențiune sau trimitere este autorizată, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu alineatul (3). Mențiunea sau trimiterea respectivă este însoțită de cuvintele «sau echivalent»”.

Scopul reglementărilor anterior menționate se regăsește în cadrul considerentului 74 al Directivei 2014/24/UE, potrivit căruia „*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. În cazul în care se face trimitere la un standard european sau, în absența acestuia, la un standard național, ofertele care au la bază soluții echivalente ar trebui să fie luate în considerare de către autoritățile contractante. Responsabilitatea de a face dovada echivalenței cu eticheta solicitată ar trebui să revină operatorului economic”.

Consiliul reține că asigurarea concurenței este unul din principiile legislației din domeniul achizițiilor publice, aspect subliniat la art. 18 din Directiva 2014/24/UE prin sintagma „**Conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al prezentei directive sau restrângerea artificială a concurenței**. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care **conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici**”.

Din analiza prevederilor legale anterior menționate, Consiliul reține că restrângerea concurenței prin favorizarea nejustificată a anumitor operatori economici este interzisă cu desăvârșire, fiind permisă în schimb indicarea produselor comercializate de către un anumit operator economic doar dacă acest lucru este justificat de obiectul contractului.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Hotărârii nr. 144/27.02.2020 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 70/57/2020.

Prin urmare, având în vedere necesitatea autorității contractante astfel cum a fost detaliată în cadrul documentației de atribuire, Consiliul apreciază că formularea specificațiilor tehnice criticate din caietul de sarcini nu este în contradicție cu prevederile art. 156 alin. (2) din lege mai sus iterate și nici cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr.

395/2016, potrivit cărora specificațiile tehnice reprezintă „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante” deoarece nu a solicitat furnizarea unui consumabil produs de un anumit fabricant, ci a formulat specificații tehnice prin care a urmărit achiziționarea unor dezinfectanți compatibili cu echipamentele din patrimoniul său, societatea contestatoare având deplina libertate să oferteze orice consumabil compatibil cu dispozitivele de nebulizare Microdefender DS 3.0, indiferent de fabricantul acestora.

Astfel, în condițiile în care autoritatea contractantă are în dotare nebulizatoare proprii, adecvate spațiilor din incinta sa, nu poate fi considerată restrictivă solicitarea consumabilelor necesare funcționării acestora, doar din perspectiva că un potențial ofertant poate pune la dispoziția autorității contractante alte nebulizatoare.

Totodată, având în vedere faptul că autoritatea dorește să folosească aparatele achiziționate anterior din bani publici și care au fost achiziționate la acel moment în conformitate cu necesitățile sale obiective, Consiliul reține că achiziționarea unor consumabile compatibile se încadrează în linia utilizării eficiente a fondurilor publice.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că, în principiu, prin modalitatea de indicare a unor consumabile „compatibile” cu echipamentele medicale din patrimoniul său, autoritatea contractantă nu a restrâns competiția (astfel cum susține contestatorul) ci a permis ofertarea oricăror dezinfectanți care pot fi utilizați/aplicate/pulverizați cu aparatele din dotarea spitalului.

Prin urmare, Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru intenția de a achiziționa consumabilele necesare continuării utilizării nebulizatoarelor din patrimoniul său și nici nu o poate obliga să dezinfecteze cu alte echipamente câtă vreme cele aflate în dotarea sa corespund necesităților sale specifice iar achiziționarea unor consumabile compatibile (prin urmare echivalente cu cel original) se încadrează în situația prevăzută la art. 156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia „stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele «sau echivalent»”.

Consiliul reține că stabilirea necesităților sale este atributul exclusiv al autorității contractante, epidemiologul spitalului fiind cel care alege substanțele și produsele în funcție de propriile necesități. Tocmai autoritatea contractantă (în speță) știe cu ce infecții se confruntă în spital, ce afecțiuni tratează, care, anume, sunt suprafețele pe care le dezinfectează, fiind în răspunderea ei exclusivă

sănătatea pacienților. Prin urmare, prezumția că producătorul de dezinfectanți știe cel mai bine care sunt substanțele necesare autorității contractante și ce aparate de nebulizare ar putea aceasta să utilizeze raportat la procedurile interne din cadrul spitalului este lipsită de temei legal, dispozițiile legale stabilind în sarcina autorității elaborarea specificațiilor tehnice.

În ceea ce privește susținerile contestatorului privind pretinsa incidență a puterii de lucru judecat, Consiliul nu le va putea reține deoarece, astfel cum recunoaște acesta în contestație, considerentele reproduse au fost extrase dintr-o decizie pronunțată de CNSC într-o altă procedură de atribuire, cu altă documentație de atribuire și implicit alte specificații, în raport de documentele existente la respectivul dosar, din toate aceste motive nefiind întrunită condiția identității de cauză prevăzută la art. 431 Cpc.

Consiliul reține că reproducerea unor paragrafe extrase din motivarea unor decizii pronunțate anterior de CNSC în cadrul altor proceduri de atribuire nu poate fi considerată argumentație cu privire la pretinsul caracter nelegal al prezentei proceduri de atribuire, sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului aferente lotului 6.

În ceea ce privește loturile 7 și 8, pentru care contestatorul solicită la punctul 2.4 din contestație completarea caietului de sarcini cu cerințe privind demonstrarea compatibilității dezinfectanților cu tegumentele prin depunerea de rapoarte de testare, Consiliul reține că în punctul de vedere autoritatea contractantă se limitează la mențiunea *„conform OMS*

1761 din 2021 putem solicita dovada de compatibilitate cu materialele pe care se vor utiliza, în acest caz cu tegumentele”, fără a preciza expres că acceptă sau nu solicitarea contestatorului, motiv pentru care nu se poate considera că ar fi achiesat la criticile acestuia.

Analizând, la rândul său, solicitarea contestatorului de la punctul 2.4 prin care acesta cere completarea cerințelor referitoare la remanență, lipsa iritațiilor, lipsa efectelor adverse etc. (în ansamblu cerințele privind compatibilitatea dezinfectanților aferenți loturilor 7 și 8 cu mâinile) prin prezentarea de *„rapoarte de testare emise de laboratoare acreditate care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini”*, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată nefondată deoarece autoritatea contractantă nu a limitat prin specificațiile tehnice modalitatea de dovedire a compatibilității anterior menționată, societatea contestatoare având posibilitatea să depună rapoartele de testare indicate în contestație.

Prin urmare, sub acest aspect, modalitatea permisivă de elaborare a specificațiilor tehnice nu este de natură să vătămă societatea contestatoare.

Consiliul reține că în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica caietul de sarcini după voința operatorului economic care a formulat contestație. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor din caietul de sarcini.

În lumina legislației privind remediile în domeniul achizițiilor publice, contestația care se depune la Consiliu constituie o cale de atac la îndemâna persoanelor vătămăte, iar nu un mijloc de restricționare a accesului altor operatori economici prin impunerea de filtre/reguli/cerințe suplimentare.

Altfel spus, scopul pentru care a fost edictată de legiuitor calea de atac a contestației nu este de a restrânge concurența în procedura de atribuire după natura produselor și înscrisurilor deținute de contestator, ci de a reclama un act nelegal, pentru motive de nelegalitate ce-i sunt cunoscute lui la momentul reclamației și demonstrate în cuprinsul contestației, astfel cum dispun prevederile art. 249 Cpc potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească”*.

Ori, cu privire la demonstrarea compatibilității, SC SRL s-a limitat doar la invocarea a 2 pasaje din practica CNSC, fără a demonstra în ce fel îl vătămă actuala formă a cerințelor, fiind pe deplin aplicabile

considerentele anterior reținute în cadrul lotului 6 cu privire la lipsa jurisprudenței naționale din lista izvoarelor de drept din sistemul juridic românesc.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte, prin achiesarea autorității contractante la criticile SC SRL numerotate în contestație 2.1.1, 2.1.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire aferentă loturilor 4 și 5 cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge în rest, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte, prin achiesarea autorității contractante la criticile SC SRL numerotate în contestație 2.1.1, 2.1.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire aferentă loturilor 4 și 5 cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge în rest, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini