

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 nr. 4063/06.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 59709/07.12.2022, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată juridic prin ... – Cabinet de Avocat, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „*Furnizare Dezinfectanți pentru dezinfectare obiecte mici - suprafețe - în cadrul proiectului «Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din județul ...»*», cod SMIS 143388”, se solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini în raport de cererile din contestație, precum și suspendarea procedurii de atribuire, potrivit prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică modalitatea prin care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire.

1. Chestiuni prealabile

Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 01.12.2022 și, având în vedere că valoarea estimată a achiziției este de 1.120.972,80 lei, în raport de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, s-a formulat contestația în termenul legal.

În conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. a) și (2¹) din Legea nr. 101/2016, s-a constituit la dispoziția CNSC cauțiunea în suma

de 22.419,45 lei, reprezentând 2 % din valoarea estimată a contractului achiziției.

În conformitate cu prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, s-a comunicat autorității contractante un exemplar al contestației.

2. Fondul contestației

Achiziția are un singur obiect - „Dezinfectanți pentru dezinfectare obiecte mici-suprafețe” și se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței de compoziție a produsului (din caietul de sarcini, pag. 28) *„Concentrații: $\geq 60\%$ alcool. Sunt acceptate produse care au și alte substanțe active în componență în afară de alcool”*.

Contestatorul susține faptul că cerința autorității contractante contravine prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

Totodată, se consideră că asemenea cerință este vădit nelegală, încălcând principii fundamentale ale achizițiilor publice, respectiv art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„a) nediscriminarea; b) tratamentul egal”*.

Eficacitatea unui produs destinat dezinfecției nu este legată de o anumită compoziție a sa (nu există asemenea obligație legală de a furniza un dezinfectant în funcție de compoziția sa).

Ca atare, un produs cu altă compoziție decât cea dorită de autoritatea contractantă - dar care are eficacitatea și toate celelalte calități solicitate prin caietul de sarcini - nu poate fi exclus din competiția pentru atribuirea acordului-cadru.

Contestatorul subliniază și faptul că autoritatea contractantă indică chiar și concentrația de alcool pe care trebuie să o aibă în compoziția sa produsul solicitat (peste sau egal cu 60 %).

Asemenea cerințe au fost, principal, desființate de C.N.S.C. și de Curțile de apel din țară și, în acest sens, contestatorul evocă Decizia nr. 618/2021 a Curții de Apel Iași în dosarul nr. 431/45/2021, pag. 7-8 , Decizia civilă nr. 1502/08.07.2021 a Curții de Apel București Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2969/2/2021, pag. 11.

Indiferent de posibilitatea conferită operatorilor de a oferi produse care au și alte substanțe active în componență în afară de alcool, componenta generând discriminarea - alcool în proporție de minimum 60 % (oricum nejustificabilă tehnic și juridic) - rămâne.

În continuare, contestatorul arată că poziția sa a fost considerată corectă de C.N.S.C. și citează din decizia nr. 2371/C9/2513/10.11.2022, pag. 11-12.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației sale.

Prin adresa nr. 68/19.12.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 62343/19.12.2022, ... transmite punctul său de vedere cu

privire la contestația ..., prin care solicita respingerea acesteia ca nefondată, având în vedere următoarele motive:

Această cerință nu poate fi interpretată ca fiind restrictivă, deoarece s-a solicitat un procent minim de alcool, nu s-a solicitat un procent fix, nici nu s-a îngrădit accesul la procedură, ci doar a fost stabilită o limită minimă, având în vedere necesitatea autorității contractante (asigurarea unei anumite eficacități a dezinfectantului). Mai mult de atât, autoritatea contractantă acceptă și produse care au și alte substanțe active în componența acestora în afară de alcool.

Ghidul OMS aduce următoarele precizări: *„Soluțiile de alcool care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută.”*

În fapt, scopul urmărit de autoritatea contractantă este acela de asigurare a unei anumite eficacități și nu stabilirea unei anumite concentrații de alcool.

Așa cum se indică și prin Ghidul OMS, Alcoolii au o activitate antibacteriană foarte bună. Din aceste considerente, se solicită un nivel minim de activitate antivirală, care este necesar pentru a opri transmiterea virusurilor prin contact direct în cadrul unităților instituționale.

Se constată astfel, caracterul nefondat al criticilor formulate sub acest aspect, motiv pentru care autoritatea contractantă solicită respingerea acestora, ca nefondate.

În concluzie, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată, pentru considerentele menționate anterior, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 4389/21.12.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 62958/21.12.2022, ... transmite răspunsul său la punctul de vedere al autorității contractante ..., prin care exprimă următoarea poziție, de respingere a apărărilor acesteia.

Astfel, contestatorul arată că autoritatea contractantă se apără, invocând recomandări ale OMS (aflate într-un Ghid nenumit, tocmai spre a nu se putea constata derizoriul argumentării).

Numai că recomandările OMS privesc produsele destinate dezinfecției mâinilor (*„Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale”*), iar nu a suprafețelor (cazul achiziției de față).

Așadar, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu aduce nicio justificare tehnică sau legală a existenței acestei cerințe în caietul de sarcini și, ca urmare, conform prevederilor art. 50 și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, fiind o cerință cu caracter artificial, introdusă cu scopul restricționării competiției, trebuie eliminată.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect *„Furnizare Dezinfecțanți pentru dezinfectare obiecte mici - suprafețe - în cadrul proiectului «Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din județul ...», cod SMIS 143388”, cod CPV 33631600-8 Antiseptice și dezinfectante (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...*

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*, iar valoarea estimată a contractului de furnizare, este de 1.120.972,80 lei fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare nr. 208637065/1, eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 07.12.2022, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 22.419,45 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3022/2022.

Astfel, Consiliul constată că ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, pentru lotul 1.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care autoritatea contractantă ... a întocmit caietul de sarcini.

Astfel autoarea contestației solicită eliminarea cerinței de compoziție a produsului:

„Concentrații: > 60% alcool. Sunt acceptate produse care au și alte substanțe active în componenta în afară de alcool.”

Argumentele aduse de ... în favoarea criticii se bazează pe următoarele aspecte:

- *cerința contravine prevederilor art.156 (2) L.nr.98/2016:*

„(2) 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 mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.”

Consideram ca asemenea cerința este vădit nelegală, încălcând principii fundamentale ale achizițiilor publice (art.2 (2) L.nr.98/2016: „a) nediscriminarea; b) tratamentul egal;”).

- *eficacitatea unui produs destinat dezinfecției nu este legată de o anumită compoziție a sa (nu există asemenea obligație legală de a furniza un dezinfectant în funcție de compoziția sa).*

- *ca atare, un produs cu alta compoziție decât cea dorită de AC - dar care are eficacitatea și toate celelalte calități solicitate prin CS lot - nu poate fi exclus din competiția pentru atribuirea acordului cadru.*

- de subliniat ca AC indica chiar si concentrația de alcool pe care trebuie sa o aibă in compoziția sa produsul solicitat (peste sau egal cu 60 %).

Consiliul va reține și argumentele aduse de achizitoare în favoarea criticii respectiv faptul că această cerință nu poate fi interpretată ca fiind restrictivă deoarece a fost solicitat un procent minim de alcool, nefiind solicitat un procent fix, ci doar a fost stabilită o limită minimă având în vedere necesitatea autorității contractante (asigurarea unei anumite eficacități a dezinfectantului). Mai mult de atât, autoritatea contractantă acceptă și produse care au și alte substanțe active în componența acestora în afară de alcool.

A mai adăugat autoritatea contractantă faptul că Ghidul OMS aduce următoarele precizări: „Soluțiile de alcooli care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută.”

Așa cum se indică și prin Ghidul OMS, alcoolii au o activitate antibacteriană foarte bună. Din aceste considerente, se solicită un nivel minim de activitate antivirală, care este necesar pentru a opri transmiterea virusurilor prin contact direct în cadrul unităților instituționale.

Ulterior, luând la cunoștință despre susținerile achizitoarei din cuprinsul punctului de vedere, ..., precizează următoarele, în cuprinsul documentului nr. 3056/19.10.2022, act înregistrat la Consiliu sub nr. 51394/19.10.2022 reprezentând răspuns la punctul de vedere:

”Pe fondul cererilor noastre, autoritatea contractantă se apără, invocând recomandări ale OMS (aflate într-un Ghid nenumit, tocmai spre a nu se putea constata de la prima vedere derizoriul argumentării).

Numai că recomandările OMS privesc produsele destinate dezinfecției mâinilor („Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale”), iar nu a suprafețelor (cazul achiziției de față).

Așadar, autoritatea contractantă nu aduce nicio justificare tehnică sau legală a existenței acestei cerințe în caietul de sarcini și, ca urmare, conform prevederilor art. 50 și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, fiind o cerință cu caracter artificial, introdusă cu scopul restricționării competiției, trebuie eliminată. ”

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găsește util a reține câteva aspecte din cadrul dosarului achiziției publice.

Obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie astfel cum este descris la pct. II.1.1-*Obiectul achiziției*:

Furnizare **Dezinfectanți pentru dezinfectare obiecte mici-suprafețe** - in cadrul proiectului „Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din județul ...”, cod SMIS 143388.

În cuprinsul caietului de sarcini, achizitoarea a precizat următoarele informații despre contextul achiziționării produselor care fac obiectul procedurii, astfel:

”2. Contextul realizării acestei achiziții de produse

..., beneficiar de finanțare europeană nerambursabilă, pentru proiectul „Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din județul ...”, cod S.M.I.S. 143388, proiect finanțat în cadrul Programului Operațional Infrastructură Mare, AXA PRIORITARA Protejarea sănătății populației în contextul crizei sanitare cauzate de COVID-19, creșterea eficienței energetice și utilizarea surselor regenerabile de energie, cu finanțare din REACT-

EU, Operațiunea - Sprijinirea ameliorării efectelor provocate de criza în contextul pandemiei de COVID-19 și al consecințelor sale sociale, în baza contractului de finanțare nr. 1561/23.06.2022. Proiectul finanțat din cadrul POIM/964/IO/I „REACT-EU-Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat în vederea gestionării situației de pandemie generate de virusul SARS-CoV-2” are ca obiectiv general protejarea sănătății populației în contextul crizei sanitare cauzate de COVID-19.

În contextul pandemiei declanșate de SARS-CoV-2 și ținând cont de faptul că odată cu ieșirea din starea de urgență/alertă și cu relaxarea măsurilor de siguranță vor fi reluate activitățile instituțiilor de învățământ, se impune creșterea continuă a standardelor de curățenie/igienizare/dezinfecție, în vederea limitării și chiar eliminării posibilității de contaminare.

(...)

2.1 Informații despre contextul care a determinat achiziționarea produselor

Contextul generat de achiziționarea produselor menționate mai sus, este dat de criza pandemică creată de coronavirusul SARS-CoV-2, pentru a evita o creștere rapidă a infectării cu coronavirus, dar și pentru a crea condițiile necesare desfășurării activităților didactice.

Prin realizarea acestui proiect, autoritatea contractantă va urmări desfășurarea în bune condiții a procesului educațional atât pentru elevi, cât și pentru cadrele didactice.”

Trecând la soluționarea aspectului aflat în analiză, Consiliul reține că sunt judicioase cele invocate de către petentă, în sensul că este constată practica Consiliului și a curților de apel în a considera că nu este necesară impunerea unei anumite compoziții a dezinfectantului.

În decizia nr. 1502 din 8 iulie 2021, citată de contestatoare în cuprinsul contestației, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal, a reținut că nicio reglementare – comunitară sau națională – nu impune, pentru niciun fel de dezinfecție, o anumită compoziție a dezinfectantului. De aceea, Curtea consideră că specificația menționată este restrictivă de competiție, fiind încălcate dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține, în soluționare, relevanța dispozițiilor legale invocate și de contestatoare, preluate din decizia Consiliului nr. 1649/C2/1694/05.08.2022: art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, conform cu care specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante. Se mai reține că, potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

De asemenea, vor fi reținute și prevederile art. 155 alin. (6) din același act normativ specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, și cele ale art. 156 alin. (2)

din lege – 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 mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Așadar, modificarea sau cenzurarea caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date de cele două temeuri de drept citate mai sus.

Din economia celor anterior reținute din cuprinsul documentației de atribuire, se reține faptul că în vederea atribuirii contractului de furnizare supus procedurii în cauză, al cărui specific, în contextul pandemiei create de infecția cu coronavirus (SARS - COV – 2) nu poate fi tăgăduit, autoritatea contractantă a elaborat caietul de sarcini în cadrul căruia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească produsul ce se dorește a fi achiziționat pentru limitarea răspândirii infecției cu coronavirus.

Din examinarea modului în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerința în discuție, se constată că prin cerința minimă de 60% alcool, se dorește utilizarea unui produs eficient pentru dezinfectia suprafețelor- dezinfectanți pentru dezinfectare obiecte mici-suprafețe, în cadrul proiectului „Consolidarea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 prin dotarea corespunzătoare a unităților de învățământ preuniversitar de stat din județul

Sunt judicioase cele susținute de achizitoare, precum că a fost stabilită o limită minimă având în vedere necesitatea autorității contractante (asigurarea unei anumite eficacități a dezinfectantului) și că autoritatea contractanta acceptă și produse care au și alte substanțe active în componența acestora în afară de alcool.

O modificare în sensul dorit de contestatoare, respectiv eliminarea cerinței de compoziție nu se justifică, din cele anterior redată scopul urmărit de autoritatea contractanta este acela de asigurare a unei anumite eficacități și nu stabilirea unei anumite concentrații de alcool, iar în evaluarea ofertelor, achizitoarea a precizat că sunt acceptate și *produse care au și alte substanțe active în componenta în afară de alcool.*

Cu alte cuvinte, înțelegându-se că autoritatea a permis participarea la procedura de achiziție publică și a produselor cu alte substanțe active, produse care nu au în compoziție alcool.

Cu toate acestea, pentru a evita orice interpretare cu privire la obligațiile ofertanților ori limitele de evaluare ale achizitoarei din acest punct de vedere, se impune modificarea cerinței reclamate de ..., dar nu în sensul solicitat de contestator, al eliminării, ci în sensul completării /explicitării celor anterior reținute, respectiv faptul că autoritatea

contractantă a permis participarea la procedura de achiziție publică, atât a produselor care au în compoziție alcool 60% (prin stabilirea limitei minime pentru concentrația de alcool pentru acele produse ce vor fi oferite și conțin în componența lor alcool) cât și a produselor cu alte substanțe active, produse care nu au în compoziție alcool.

Luând act de ansamblul considerentelor expuse, Consiliul, având în vedere temeinicia în parte a criticii formulate de ..., va dispune remedierea documentației de atribuire, sub aspectul completării/explicitării acestei cerințe potrivit considerentelor deciziei.

În aceste condiții, pentru toate considerentele expuse anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, critica formulată de ..., în contradictoriu cu ... sub aspectul completării/explicitării cerinței: *„Concentrații: > 60% alcool. Sunt acceptate produse care au și alte substanțe active în componenta în afară de alcool”*, potrivit considerentelor deciziei.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, pentru considerentele din motivare, să procedeze la remedierea documentației de atribuire potrivit considerentelor deciziei, precum și să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire despre modificările adoptate, prin postarea acestora în SEAP.

Totodată, ... va stabili o nouă dată-limită de depunere a ofertelor în acord cu dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge solicitarea ... de eliminare a cerinței reclamate.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată juridic prin ... – Cabinet de Avocat, în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ..., sub aspectul completării/explicitării cerinței: *„Concentrații: > 60% alcool. Sunt acceptate produse care au și alte substanțe active în componenta în afară de alcool”*, potrivit considerentelor deciziei.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, pentru considerentele din motivare, să procedeze la remedierea documentației de atribuire potrivit considerentelor deciziei, precum și să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la

prezenta procedură de atribuire despre modificările adoptate, prin postarea acestora în SEAP.

Totodată, ... va stabili o nouă dată-limită de depunere a ofertelor în acord cu dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Respinge solicitarea ... de eliminare a cerinței reclamate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.