

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. 78/C1/2953,2963

Data: 11.01.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 58891/29.11.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, ..., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin avocat cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură la CA „.....”, ..., str....., împotriva documentației de atribuire, întocmită de către CONSILIUL JUDEȚEAN, DIRECTIA SERVICII SI ACHIZITII PUBLICE, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, strada, ..., reprezentată convențional de Societatea Civilă de Avocați cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în, str., în cadrul procedurii licitație deschisă organizată pentru atribuirea unui contract având ca obiect „Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul „Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-Cov-2” cod CPV - 33140000-3, s-a solicitat:

1. 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 cuprinsul contestației;

2. în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a SEAP, solicită să se dispună anularea procedurii de atribuire pentru Lotul nr. 1 - Pachet măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini;

3. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

Prin contestația nr. 3967/29.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 58986/05.12.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, str. B-dul Dimitrie Cantemir nr. 9, bloc 7, ap. 8, ..., înmatriculată la Registrul

Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin „..... – CABINET DE AVOCAT”, împotriva documentației de atribuire, întocmită de către CONSILIUL JUDEȚEAN, DIRECTIA SERVICII SI ACHIZITII PUBLICE, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al Lotului 2 - Dezinfectanți pentru suprafețe al achiziției în raport de cererile din contestația sa.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2953/2022, și nr. 2963/2022 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

SC SRL precizează că criticile sale se referă la:

A. Modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului de furnizare, prin includerea în Lotul nr. 1 a două produse care nu sunt interdependente (măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini).

B. Includerea în caietul de sarcini și în fișa de date a unor cerințe tehnice minimale care contravin dispozițiilor legale în materie.

În prealabil contestatorul menționează că anterior publicării procedurii ce face obiectul prezentei contestații, autoritatea contractantă a demarat prin anunțul de participare CN1042553 o procedură, în esență similară, având ca obiect atribuirea contractului de furnizare „Materiale de Protecție Sanitară și Dezinfectanți”, procedură organizată într-un

singur lot care cuprindea următoarele produse: Mască de protecție sanitară, Dezinfectant pentru mâini, Dezinfectant pentru suprafețe.

Împotriva acelei proceduri, SC SRL a formulat în fața CNSC o contestație, înregistrată sub numărul de dosar 1228/2022, atacând procedura pentru motive similare cu cele din prezenta contestație, respectiv includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente.

Prin decizia nr. 1252/C4/1228 din 20.06.2022, pronunțată în dosarul nr. 1228/2022, CNSC a admis criticile sale cu privire la includerea tuturor celor 3 produse care fac obiectul achiziției (mască de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini, dezinfectant pentru suprafețe) într-un singur lot și, pe cale de consecință, a admis contestația și a anulat procedura de atribuire.

Ulterior, autoritatea contractantă a reluat procedura de achiziție prin anunțul de participare nr. CN1046782, procedură organizată tot într-un singur lot care cuprindea aceleași produse: mască de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini, dezinfectant pentru suprafețe.

Și împotriva acelei proceduri, SC SRL susține că a formulat în fața CNSC o contestație, înregistrată sub numărul de dosar 2244/2022, atacând procedura pentru aceleași motive, respectiv includerea într-un singur lot a mai multor produse care nu sunt interdependente.

Prin decizia nr. 2106/C7/2244 din 07.10.2022, pronunțată în dosarul nr. 2244/2022, CNSC a admis criticile sale cu privire la includerea tuturor celor 3 produse care fac obiectul achiziției (mască de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini, dezinfectant pentru suprafețe) într-un singur lot, și, pe cale de consecință, a admis contestația și a anulat procedura de atribuire.

Împotriva acestei decizii, autoritatea contractantă a formulat plângere, fiind înregistrată pe rolul Curții de Apel sub nr. Dosar 840/42/2022. Prin decizia nr. 1146/01.11.2022 pronunțată în dosar, instanța de judecată a respins plângerea ca nefondată, cu consecința menținerii ca legală și temeinică a Deciziei CNSC nr. 2106/C7/2244 din 07.10.2022.

Contestatorul arată că în ambele dosare, atât Consiliul, cât și instanța de judecată au reținut că cele 3 produse, mască de protecție sanitară, dezinfectant pentru mâini, dezinfectant pentru suprafețe, sunt diferite atât din punct de vedere al procesului tehnologic de fabricare, cât și al utilizării, iar includerea acestora într-un singur lot, luând în considerare și valoarea estimată de peste 40.000.000 lei, încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

A. În ceea ce privește modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului de furnizare prin includerea în

Lotul nr. 1 a două produse care nu sunt interdependente (măști de protecție sanitară și dezinfectant pentru mâini), apreciază că în această manieră se restricționează în mod cert participarea operatorilor economici la procedura de achiziție.

Prin urmare, arată că în cadrul procedurii publicate prin anunțul CN1049594, autoritatea contractantă a stabilit 2 loturi pentru cele 3 produse incluse în procedurile anterioare într-un singur lot, astfel:

- Lotul 1 - Pachete măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini,
- Lotul 2 - Dezinfectanți pentru suprafețe.

Contestația sa vizează Lotul nr. 1 care cuprinde 2 produse, măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini, produse diferite atât din punct de vedere al procesului tehnologic de fabricare, cât și al utilizării, astfel cum au apreciat anterior CNSC și Curtea de Apel Chiar dacă autoritatea contractantă a denumit lotul „Pachete” Măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini, între produsele indicate, nu există vreo legătură funcțională, care să poată justifica includerea lor într-un singur lot și atribuirea unui singur contract.

Contestatorul arată că, conform descrierii din caietul de sarcini și fișa de date, cantitatea totală de măști de protecție și dezinfectanți, corespunde unui număr de 90.292 pachete. Fiecare pachet va conține un număr de 252 bucăți măști de protecție sanitară și 6 litri dezinfectanți pentru mâni, cu care vor fi dotate 190 de unități de învățământ cu echipamente de protecție (măști de protecție sanitară, dezinfectanți sanitari) și 90.292 elevi, cadre didactice și personal auxiliar/administrativ vor fi protejate la infectare cu COVID-19.

Ca un prim aspect, precizează că cele 2 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 sunt destinate dezinfecției. Totodată, chiar dacă ele au fost incluse sub forma unor „Pachete”, nu există nicio justificare care să determine comasarea lor într-un singur lot.

Astfel cum s-a analizat anterior în dosarele CNSC nr. 1228/2022 și nr. 2244/2022, modalitatea de atribuire a contractului de furnizare, prin includerea măștilor de protecție sanitară și a dezinfectanților 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.

În opinia sa, includerea celor 2 produse într-un singur lot, așa cum a propus autoritatea contractantă în această procedură, încalcă grav următoarele dispoziții legale în materia achizițiilor publice: art. 3 alin. (1) lit. dd), art. 50 și art. 141 din Legea 98/2016.

De asemenea, arată că recomandările Directivei 214/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului UE privind achizițiile publice 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.

Și recomandarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice 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.

Contestatorul susține 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. Amintește, în plus față de deciziile deja amintite și care au în vedere procedura organizată de CJ pentru achiziția celor 3 produse, și Decizia CNSC nr. 2708/C1/2930/2021, Decizia CNSC nr. 404/C8/232/ 2022, Decizia nr. 26/2022 pronunțată de CA Iași în dosar nr. 768/45/2021, Decizia CNSC nr. 891/C9/825/2022.

Față de toate aceste aspecte solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul lotizării produselor din cadrul Lotului 1 (măști de

protecție sanitară și dezinfectant pentru mâini) și acceptării depunerii de oferte pe loturi distincte pentru fiecare dintre cele 2 produse.

Întrucât divizarea Lotului 1 pe loturi distincte solicitată prin prezenta contestație nu este permisă de configurația tehnică actuală a SEAP care nu acceptă astfel de modificări la nivelul procedurilor de atribuire, apreciază că finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

B. Includerea în caietul de sarcini și în fișa de date a unor cerințe tehnice excesive, care contravin dispozițiilor legale în materie.

În opinia contestatorului, următoarele cerințe tehnice încalcă, fără nicio justificare din partea autorității contractante, cerințele minim impuse de normele legale în materie:

Pentru produsul cuprins în Lotul nr. 1. măști de protecție sanitară de uz medical - tip II R (dispozitive medicale de clasă de risc I), în caietul de sarcini, la pagina 4, sunt specificate, printre altele, și următoarele cerințe tehnice minimale: „să aibă diverse culori (portocaliu, mov, cobalt, roșu, negru, albastru, galben, roz, turcoaz, verde) (...) 4 straturi (...) Dimensiuni: 18-19 cm x 8-9 cm”.

În ceea ce privește indicarea unui număr limitat de culori (portocaliu, mov, cobalt, roșu, negru, albastru, galben, roz, turcoaz, verde), apreciază că cerința este excesivă și nejustificată, neexistând niciun motiv pentru a nu fi acceptată o mască de protecție de orice altă culoare (alb, spre exemplu).

Conform Anexei 2 la Ordinul președintelui ANAP nr. 2376/2020 din 4 decembrie 2020 privind conținutul, modalitatea de completare și modul de utilizare a documentelor standard „Instrucțiuni pentru ofertanți/candidați” și „Caiet de sarcini” la atribuirea acordului-

cadru/contractului de achiziție publică/sectorial având ca obiect măști de protecție de uz sanitar de tip II, IIR, FFP2, FFP3, Măștile faciale de uz medical, tip II R, trebuie să îndeplinească următoarele specificații tehnice sau cerințe funcționale minime:

„1. Materiale și construcție: Materialul din care sunt confecționate măștile să fie nețesut, să includă un strat de filtrare lipit sau poziționat între straturile de material, să aibă 3 straturi și minim 3 pliuri; produsul nu trebuie să se rupă sau să se destrame în timpul utilizării. În acest sens se va depune un document din care să reiasă rezistența la rupere a materialului, conform standardului SR EN ISO 9073-18:2008. Se vor depune rapoarte de testare. Materialul din care este confecționată masca să fie hipoalergenic și să nu conțină substanțe toxice sau periculoase pentru organism; Masca să aibă bandă elastică de prindere pe cap și lamelă nazală adaptabilă (lamela metalică să fie învelită în plastic pentru a evita ruperea și a cauza răni).

2. Design: Masca trebuie să se poziționeze cât mai aproape de nasul, gura și obrazul purtătorului. (Poate avea diferite forme și construcții)”.

Prin urmare, stabilirea ca și cerință tehnică a unei dimensiuni stricte 18-19 cm x 8-9 cm, este excesivă și nejustificată, în condițiile în care utilizatorii măștilor (elevi, cadre didactice și personal auxiliar/administrativ) - copii și adulți, au fizionomii diferite.

Pentru produsul inclus în Lotul nr. 2 - Dezinfectant pentru suprafețe, contestatorul arată că în caietul de sarcini, la pagina 6, sunt specificate, printre altele, și următoarele cerințe tehnice minime:

„Să nu conțină alcoolii, fenoli, compuși cuaternari de amoniu, aldehide, clor”, pe care le consideră excesive și nejustificate.

În ceea ce privește cerința „să nu conțină ... compuși cuaternari de amoniu”, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a indicat un motiv pentru care produsul ar trebui să nu conțină acest tip de stabilizator. Conform dispozițiilor legale, singura condiționare este aceea că substanța activă a produselor oferite să figureze pe lista substanțelor active autorizate în conformitate 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 plus, este bine știut că acești compuși de amoniu cuaternar sunt inerți și, în plus, ei reprezintă agenții dezinfectanți cei mai utilizați în domeniul alimentar datorită acțiunii germicide foarte bune. Având în vedere locațiile indicate pentru utilizarea produselor (școli), consideră că 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.

Pentru toate argumentele expuse mai sus, solicită să se admită prezenta contestație și să dispună:

1. 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 cuprinsul contestației;

2. în subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a SEAP, solicită să se dispună anularea procedurii de atribuire pentru Lotul nr. 1 - Pachet măști de protecție sanitară și dezinfecțanți pentru mâini.

3. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

În drept, își întemeiază contestația pe prevederile art. 8, 19 și 26 din Legea nr. 101/2016, art. 2, art. 155 și urm. din Legea nr. 98/2016, OMS nr. 1082/2016, precum și pe toate textele legale invocate în cuprinsul prezentei.

Anexat contestației în original SC SRL prezintă în justificarea cheltuielilor de judecată factura seria CAVLV nr. 0479/ 29.11.2022 în valoare de 3570,00 lei și ordinul de plată din 29.11.2022 în valoare de 3.570,00 lei.

Prin adresa nr. 2273/12.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 60792/12.12.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație prin care solicită Consiliului:

- respingerea contestației formulate de SC SRL ca inadmisibilă, pentru neconstituirea cauțiunii cu respectarea prevederilor art. 611 din Legea nr. 101/2016;

- respingerea contestației formulate de SC SRL ca nefondată, iar, pe cale de consecință să mențină ca fiind temeinică și legală documentația de atribuire aferentă lotului 1.

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 de învățământ de stat din, autoritatea contractantă susține că a luat hotărârea constituirii de pachete individuale pentru ca beneficiarii finali să poată utiliza în același timp materialele de protecție sanitară - măști și dezinfectanți de mâini, ceea ce ar duce la îndeplinirea scopului achiziției și anume limitarea răspândirii virusului SARS-CoV-2 și a efectelor extrem de grave ale acestuia.

Valoarea estimată a achiziției a fost stabilită la momentul depunerii cererii de finanțare, pe baza unui studiu de piață (prețuri unitare) realizat la nivelul lunii noiembrie 2020. Aceste prețuri unitare au suferit modificări din acel moment până în prezent. Autoritatea contractantă a luat decizia de a achiziționa pachete de materiale de protecție sanitară - măști și dezinfectanți pentru mâini, pentru a asigura participarea cât mai multor operatori economici la procedură. Se înlătură, astfel, riscul să fie depuse oferte doar pentru anumite produse, din cauza neîncadrării ofertelor financiare în valoarea estimată a achiziției.

În opinia sa constituirea de pachete individuale (măști și dezinfectanți pentru mâini) pentru fiecare beneficiar va facilita distribuirea lor către aceștia, reducând în același timp riscul de contaminare a produselor.

Prin urmare se poate concluziona, că autoritatea contractantă nu restricționează participarea la procedura de atribuire, ci doar acționează astfel încât să-și sporească șansele de a achiziționa toate produsele necesare combaterii pandemiei Covid.

Motivele de fapt și de drept pentru care se impune respingerea contestației.

a) SC SRL nu a constituit cauțiunea cu respectarea prevederilor art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă arată că din redactarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, rezultă că pentru a putea proceda la soluționarea contestației Consiliul trebuie să constate depunerea cauțiunii, constituită potrivit prevederilor legale.

Prin urmare, constituirea cauțiunii este o condiție obligatorie pentru soluționarea contestației cu care a fost investit Consiliul; dovada constituirii acesteia la dispoziția Consiliului se depune în original la CNSC, fiind o condiție de admisibilitate.

Într-o astfel de situație, dat fiind că din cuprinsul contestației nu rezultă dovada îndeplinirii obligației legale de constituire a cauțiunii, iar,

potrivit informațiilor existente pe portalul CNSC, de la data sesizării organului administrativ- juridictional au trecut mai mult de 5 zile fără ca autoarea contestației să facă dovada respectării obligației prevăzute la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația ca inadmisibilă.

b). Autoritatea contractantă a justificat în mod corespunzător decizia de a nu atribui contractul aferent lotului 1 în două loturi distincte.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că făcând referire la obiectul contractului care urmează a fi atribuit, arată societatea contestatoare că includerea celor două produse - mască de protecție sanitară și dezinfectant pentru mâine într-un singur lot ar încălca dispozițiile art. 50 și ale art. 141 din Legea nr. 98/2016, apreciind că între produse nu există legătură funcțională care să justifice atribuirea unui singur contract.

Autoritatea consideră că cele invocate prin contestație de SC SRL nu pot fi primite la soluționarea raportului juridic litigios, în condițiile în care atribuirea pe loturi este un drept al autorității contractante, iar nu o obligație, aspect care rezultă cu ușurință din prevederile art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Contrar celor arătate în cuprinsul contestației, în raport de prevederile legale evidențiate, așa cum a arătat mai sus instituția sa a îndeplinit obligația legală și a justificat prin strategia de contractante decizia de a nu atribui contractul aferent lotului nr. 1 în două loturi distincte.

De altfel, susține că în sensul celor de mai sus este inclusiv Directiva 2014/24/CE, în cadrul recitalului 78 fiind reținut că autoritatea contractantă ar trebui să aibă obligația de a lua în considerare

oportunitatea împărțirii contractului în loturi, păstrând în același timp libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare.

Drept urmare, autoritatea contractantă a decis să nu atribuie măștile de protecție și dezinfectanții pentru mâni prin două loturi distincte, întrucât produsele care fac obiectul prezentei proceduri sunt destinate utilizării în cadrul aceleiași unități administrative, în cadrul aceleiași locații, fiind, așadar, destinate unor utilizări identice sau similare.

Sub acest aspect, la soluționarea contestației sunt relevante prevederile art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Or, contrar celor menționate prin contestație, așa cum rezultă din cuprinsul caietului de sarcini, produsele care fac obiectul lotului nr. 1 sunt destinate unor utilizări identice sau similare, respectiv în vederea creșterii capacității de intervenție în prevenirea și combaterea infecțiilor, asigurând protecția elevilor, a cadrelor didactice și a personalului auxiliar/ administrativ împotriva pătrunderii agenților biologici patogeni.

Tot astfel, consideră că la soluționarea contestației nu poate fi reținută incidența prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dat fiind că, așa cum rezultă inclusiv din cuprinsul strategiei de contractare, autoritatea contractantă a realizat în prealabil o prospectare a pieței, fiind identificați o multitudine de operatori economici care comercializează atât măști de protecție, cât și dezinfectanți, sens în care nu se poate invoca faptul că procedura de atribuire a fost structurată cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Drept urmare, cum produsele obiect al contractului fac parte din gama normală a celor care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, cu respectarea prevederilor legislației în materia achizițiilor publice în mod corect autoritatea contractantă consideră că a luat decizia de a nu atribui contractul în loturi distincte.

Totodată, precizează că la soluționarea raportului juridic litigios nu trebuie omis nici faptul că, potrivit prevederilor legislației în materia achizițiilor publice, operatorii economici interesați au dreptul să se asocieze în vederea participării la prezenta procedură, sens în care cu atât mai mult nu se află în prezența limitării competiției.

Referitor la practica CNSC de care s-a prevalat contestatorul, autoritatea contractantă susține că ceea ce trebuie avut în vedere este că, în pofida unei uzanțe extinse de justificare a opiniilor juridice pe baza unor hotărâri judecătorești/decizii ale organismului administrativ-

jurisdicțional, în sistemul românesc de drept acestea nu au calitate de izvor de drept, neavând caracter general obligatoriu.

Astfel, o hotărâre judecătorească sau o decizie a Consiliului exprimă un raționament juridic strict individualizat în raport cu o situație de fapt determinată și cu argumentele părților litigante, care nu coincid în totalitate cu argumentele ce pot fi invocate în alte cauze cu elemente de similaritate. De aici rezultă și relativitatea raționamentului juridic exprimat printr-o hotărâre judecătorească, care nu exprimă o judecată general valabilă, cu una determinată în funcție de împrejurările speței soluționate și de apărările formulate, ceea ce implică inapținutudinea unui astfel de raționament de a fi invocat și în alte spețe.

În opinia sa aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecătii în care, spre deosebire de procedurile de atribuire anterioare, autoritatea contractantă a justificat în mod corespunzător prin strategia de contractare decizia de a nu atribui contractul pe loturi, fiind, astfel, în prezența unei documentații de atribuire diferite, căreia nu i se pot aplica considerentele din decizia CNSC mai sus menționată, sens în care nu poate fi în prezența puterii de lucru judecat, aceasta cu atât mai mult cu cât lotul nr. 1 este achiziționat ca și pachet, iar nu produse distincte.

c). Documentația de atribuire nu conține cerințe tehnice care să contravină dispozițiilor legale în materie.

Astfel, arată că așa cum rezultă din cuprinsul contestației, autoarea acesteia consideră ca fiind stabilite cu încălcarea normelor legale în materie următoarele cerințe minime ale documentației:

- în ceea ce privește masca de protecție sanitară de uz medical:

„(...) să aibă diverse culori (portocaliu; mov, cobalt; roșu, negru, albastru, galben, roz, turcoaz, verde) (...) 4 straturi (...) Dimensiuni: 18-19 cm x 8-9 cm”.

Consideră că cele invocate de autoarea contestației nu pot fi primite la soluționarea raportului juridic, în condițiile în care, așa cum este prevăzut la art. 20 alin. (10) din anexa la 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”.

Astfel, în ceea ce privește masca de protecție sanitară de uz medical, după cum a arătat și prin strategia de contractare, obiectivul general al proiectului îl reprezintă creșterea nivelului de prevenție medicală și a calității vieții, a elevilor și a cadrelor didactice din unitățile de învățământ preuniversitar de stat prin dotarea cu produse necesare în vederea consolidării capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 și a prevenirii în timp util și eficient a extinderii actualei pandemii. Drept urmare, achiziționarea unor măști de protecție cu 4 straturi corespunde necesității autorității contractante descrise prin documentația de atribuire, sens în care critica SC SRL este nefondată.

Referitor la dimensiunea măștilor, așa cum arată inclusiv autoarea contestației, prin Ordinul ANAP nr. 2376/2020 masca poate avea diferite forme și construcții; drept urmare, consideră că stabilirea prin documentația de atribuire a unor dimensiuni alternative în ceea ce privește masca de protecție în niciun caz nu contravine ordinului mai sus menționat, situație în care și această critică este nefondată.

Nefondată în opinia sa este inclusiv critica referitoare la culoarea măștilor, prin caietul de sarcini fiind stabilită o plajă mare de culori, sens în care nu poate fi pusă în discuție presupusa nelegalitate și netemeinicie a cerinței.

- referitor la produsul dezinfectant pentru suprafețe:

„Să nu conțină alcoolii, fenoli, compuși cuaternari de amoniu; aldehide, clor”.

Cu privire la această critică, solicită Consiliului să pună în vedere SC SRL să precizeze concret obiectul contestației, în condițiile în care, așa cum rezultă din cuprinsul acesteia, demersul contestatorului vizează exclusiv Lotul nr. 1, iar criticile de mai sus se referă la Lotul nr. 2.

În măsura în care SC SRL înțelege să critice inclusiv cerințele de la Lotul nr. 2, cu respectarea prevederilor art. 611 din Legea nr. 101/2016 este obligatorie constituirea cauțiunii, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă.

În raport de cele mai sus menționate, ulterior comunicării punctului de vedere asupra obiectului contestației, autoritatea contractantă susține că va formula răspuns la acesta.

În concluzie, reținând ca fiind temeinică și legală documentația de atribuire aferentă Lotului nr. 1, solicită Consiliului, în principal, respingerea contestației ca inadmisibilă, iar, în subsidiar, ca nefondată.

Prin adresa nr. 62704/2953/C1/20.12.2022 Consiliul a solicitat SC SRL să precizeze lotul la care se referă criticile de la punctele 23-25 din contestație, în condițiile în care, la punctul 10, din formulare rezultă că contestația vizează strict lotul nr. 1.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 62791/21.12.2022 contestatorul a răspuns solicitării Consiliului precizând următoarele:

Contestația formulată vizează întreaga procedură, atât documentația de atribuire aferentă Lotului nr. 1, cât și cea aferentă Lotului nr. 2.

Pentru o sistematizare a conținutului contestației, criticile formulate împotriva documentației de atribuire au fost structurate pe 2 capitole, respectiv:

A. Modalitatea aleasă de către autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului de furnizare, prin includerea în Lotul nr. 1 a două produse care nu sunt interdependente (măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini).

și

B. Includerea în caietul de sarcini și în fișa de date a unor cerințe tehnice minimale care contravin dispozițiilor legale în materie.

Contestatorul arată că critica de la capitolul A privește numai Lotul nr. 1, acest lot fiind alcătuit din cele 2 produse care nu sunt

interdependente și pentru care, în opinia sa, s-ar impune anularea procedurii de atribuire. Punctele 9-19 din contestație detaliază motivele de nelegalitate în susținerea acestei critici, evident cu referire numai la Lotul nr. 1. Într-adevăr, la punctul 10 s-a precizat că această contestație vizează Lotul nr. 1, însă numai în ceea ce privește critica analizată la capitolul A.

Criticile de la capitolul B. (punctele 20-27 din contestație) vizează includerea în întreaga documentație tehnică (atât pentru Lotul nr. 1, cât și pentru Lotul nr. 2) a unor cerințe tehnice excesive și nejustificate ce contravin dispozițiilor legale.

Astfel, sunt contestate la capitolul B. atât cerințele tehnice impuse pentru măștile de protecție sanitară (care sunt incluse în Lotul nr. 1), cât și cerința tehnică privind neacceptarea produselor care conțin compuși cuaternari de amoniu în cazul dezinfectantului pentru suprafețe [produs inclus în Lotul nr. 2).

Menționează și faptul că în preambulul contestației a specificat că valoarea cauțiunii ce va fi consemnată a fost calculată în raport de valoarea estimată a contractului de furnizare, iar nu în raport de valoarea unui singur lot, depunând la dosar în acest sens recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208622644/1 din data de 02.12.2022, pentru suma de 220.000 lei.

Prin adresa nr. 2336/21.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 62835/21.12.2022 autoritatea contractantă transmite note scrise în replică față de răspunsul depus de SC SRL la adresa CNSC nr. 62704/2953/C1 din 20.12.2022, prin care solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să respingă ca inadmisibilă contestația, în partea care privește lotul nr. 2.

Pentru a se pronunța Consiliul în sensul celor solicitate mai sus, la soluționarea contestației solicită să se aibă în vedere cele declarate de SC SRL, în sensul că:

„(...) valoarea cauțiunii ce va fi consemnată a fost calculată în raport de valoarea estimată a contractului de furnizare, iar nu în raport de valoarea unui singur lot, depunând la dosar în acest sens recipisa de consemnare a cauțiunii (...), pentru suma de 220.000 lei”.

Sub acest aspect, susține că în cauză relevante sunt prevederile art. 61¹ alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în conformitate cu care:

„în cazul unei proceduri de atribuire împărțite pe loturi prevederile alin. (1) se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot contestat”.

Din redactarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în opinia sa rezultă că pentru a putea proceda la soluționarea contestației Consiliul trebuie să constate depunerea cauțiunii, constituită potrivit prevederilor legale, în prezenta procedură de atribuire organizată pe două loturi fiind necesară constituirea unei cauțiuni pentru fiecare lot

contestat; or, potrivit propriilor declarații, SC SRL a constituit o singură cauciune, în cuantum de 220.000 lei (ce poate fi avută în vedere pentru lotul nr. 1), fiind necesară constituirea unei cauciuni suplimentare în cuantum de 12.790,80 lei, reprezentând 2% din valoarea estimată a lotului nr. 2.

Într-o astfel de situație, date fiind declarațiile formulate de SC SRL, coroborat cu faptul că, de la data sesizării organului administrativ-jurisdicțional au trecut mai mult de 5 zile fără ca autoarea contestației să facă dovada respectării obligației prevăzute la art. 611 din Legea nr. 101/2016, solicită Consiliului să respingă contestația ca inadmisibilă, în partea care privește lotul nr. 2.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu, SC SRL transmite concluzii scrise prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 63293/22.12.2022.

Contestatorul susține că suplimentar față de cele amintite deja în cuprinsul contestației, ca urmare a studierii documentelor depuse de către autoritatea contractantă la dosarul contestației și ca răspuns la argumentele prezentate în punctul de vedere, precizează următoarele:

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a apreciat că, întrucât în strategia de contractare a prezentat acea justificare a deciziei de a nu atribui contractul aferent Lotului nr. 1 în două loturi distincte, și-a îndeplinit astfel obligația legală care o ținea să nu împartă achiziția pe loturi. ■

În realitate însă, consideră că justificarea nu satisface rigorile legii. Scopul declarat al achiziției este limitarea răspândirii virusului SARS-CoV-2 și a efectelor acestuia, iar pentru atingerea acestui scop și față de argumentele justificative prezentate în strategia de contractare,

autoritatea contractantă nu a dovedit că este necesară achiziționarea produselor doar sub forma de „pachete” care să includă măști de protecție sanitară și dezinfectanți de mâini.

Autoritatea contractantă justifică modalitatea aleasă prin faptul că se va distribui pentru fiecare elev/cadru didactic/personal auxiliar câte un pachet care să conțină 252 măști și 6 litri de dezinfectant, această modalitate „facilitând distribuirea către beneficiarii finali și reducând riscul de contaminare a produselor”.

În opinia sa nici această justificarea aleasă de nu este întemeiată. Pentru a evita riscul contaminării, măsura includerii a 2 produse atât de diferite în pachete nu este satisfăcătoare. Chiar și numai faptul că produsele sunt fabricate de producători diferiți și provin din surse diferite, cu o ambalare inițială diferită [măștile de protecție sunt ambalate, ca regulă în pachete de 50 buc, iar includerea în pachet a 252 măști ar însemna manipularea și reambalarea acestora) crește riscul contaminării. De asemenea, pentru că nu s-a specificat modalitatea de ambalare a dezinfectantului de mâini, operatorii pot oferta chiar și bidoane de 6 l, iar o asemenea metodă de ambalare presupune și ea, pentru o utilizare facilă, reambalarea în flacoane mai mici. Ori, este bine știut că orice reambalare a produselor dezinfectante în capacități mai mici, în medii necontrolate, în recipiente nesterile și de către personal nespecializat, crește riscul contaminării.

Prin urmare, argumentele prezentate de autoritatea contractantă în strategia de contractare nu sunt întemeiate, cu atât mai mult cu cât aceasta trebuia să dovedească și similaritatea produselor, din punct de vedere al fabricației și/sau utilizării acestora. Acest aspect a fost reținut și de către Curtea de Apel în Decizia nr. 1146/01.11.2022 pronunțată în Dosarul nr. 840/41/2022 prin care s-a respins plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr. 2106/C7/2244 din 07.10.2022. În aceeași decizie, Curtea de apel reține și faptul că, indiferent de justificarea din strategia de contractare, „SITUAȚIA DE FAPT A RĂMAS NESCHIMBATĂ”.

Faptul că autoritatea contractantă refuză atât de vehement lotizarea achiziției în condițiile în care și celelalte 2 proceduri lansate anterior și anulate de CNSC pentru aceleași motive, au avut în realitate aceleași rațiuni de pornire și același scop final, respectiv realizarea proiectului „Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-Cov-2” prin dotarea a 190 școli cu echipamente de protecție - măști de protecție sanitară și dezinfectanți sanitari - și a 90.292 elevi, cadre didactice și personal auxiliar/administrativ, în opinia sa ridică mari semne de întrebare.

Din punctul său de vedere este evidentă conduita exagerată a autorității contractante, care, din motive necunoscute, insistă, fără temei și în ciuda deciziilor pronunțate anterior de CNSC (una neatacată și una confirmată de către Curtea de apel), să atribuie contractul de achiziție în aceeași manieră.

Mai arată Consiliului că, după cunoștințele sale, fiind operator economic care activează în acest domeniu, pe piața din România nu există un producător de măști de protecție sanitară care să fie capabil să livreze în termen de 20 zile un număr de 22.753.584 măști, iar importul produselor de la un producător extern ar dura mai mult de 20 zile (cât este specificat în documentația de atribuire]. Nedumerirea sa crește cu atât mai mult cu cât în toate cele 3 proceduri lansate autoritatea contractantă Consiliul Județean, insistă cu menținerea acelor cerințe tehnice restrictive impuse în caietul de sarcini, respectiv „să aibă culori (portocaliu, mov, cobalt, roșu, negru, albastru, galben, roz, turcoaz, verde) (...) 4 straturi (...) Dimensiuni: 18-19 cm x 8-9 cm”, cerințe care limitează în mod vădit participarea operatorilor la licitație și care, în realitate, nu condiționează îndeplinirea scopului achiziției.

În concluzie, solicită Consiliului să înlăture ca neîntemeiate toate argumentele din strategia de contractare pe care Consiliul Județean le-a prezentat ca justificare a deciziei sale de a nu utiliza împărțirea pe loturi distincte produsele aferente Lotului 1.

Având în vedere toate aceste considerente, precum și motivele expuse inițial în cuprinsul contestației, solicită admiterea contestației și să se dispună:

1. 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 cuprinsul contestației;

2. În subsidiar, în măsura în care remedierea nu este posibilă din cauza configurației tehnice actuale a Sistemului Electronic de Achiziții Publice (S.E.A.P.), solicităm anularea procedurii de atribuire pentru Lotul nr. 1 - Pachet măști de protecție sanitară și dezinfectant pentru mâini.

3. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea plângerii, respectiv onorariul de avocat.

Prin adresa nr. 63562/2953/27.12.2022 Consiliul a solicitat contestatorului SC SRL să transmită recipisa de consemnare a cauțiunii aferentă Lotului 2.

SC SRL răspunde solicitării Consiliului prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 63734/27.12.2022 precizând că urmare măsurilor de remediere luate de autoritatea contractantă formulează cerere de renunțare la contestație cu privire la Lotul 2 – Dezinfectanți pentru suprafețe.

Prin urmare consideră că adresa Consiliului nr. 63562/2953/27.12.2022 prin care i s-a pus în vedere să transmită în original recipisa de consemnare a cauțiunii aferente Lotului 2 a rămas fără obiect.

În concluzie precizează că contestația sa privește analiza legalității actelor contestate aferente Lotului 1.

Prin contestația nr. 3967/29.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 58986/05.12.2022, SC SRL critică specificațiile tehnice aferente lotului 2 – Dezinfectanți pentru suprafețe.

1. În raport de obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin art. 154 din Legea nr. 98/2016, solicită obligarea acesteia la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale dezinfectanților (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază, respectiv se va întemeia pe dispozițiile standardului general EN 14885:2022 și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin STANDARD.

De asemenea arată că autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse capabile să asigure protecția impusă de existența pandemiei COVID 19 prin dezinfecție, prin utilizarea de produse chimice în spații instituționale (unități de învățământ).

Potrivit Regulamentului (UE) nr. 1025/2012 din 25 octombrie 2012 privind standardizarea europeană,

„(4) Standardele europene sunt adoptate de organizațiile de standardizare europene, respectiv CEN, Cenelec și ETSI”.

Standardul european armonizat, general valabil pe teritoriul UE în materie de dezinfectanți, este EN 14885 (aflat acum la ediția 2022), intitulat Antiseptice și dezinfectante chimice; Aplicarea standardelor europene pentru antiseptice și dezinfectante chimice.

Standardul european EN 14885:2022 a devenit Standard național la 31.08.2022. Standardul european EN 14885:2022 are statutul unui standard român și înlocuiește SR EN 14885:2019.

Făcând trimitere la prevederile relevante din HG nr. 617/2014, contestatorul arată că dezinfectantele solicitate de autoritatea contractantă trebuie să fie sau pot să fie produse biocide, care trebuie să fie avizate de CNPB.

În susținere contestatorul invocă: dec. nr. 2294/C10/2375/02.11.2022 și dec. nr. 2336/C8/2357/07.11.2022.

2. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la recunoașterea aplicabilității prevederilor OMS nr.1761/2021 în ce privește utilizarea dezinfectanților achiziționați prin prezenta procedură, acolo unde nu există prevederi speciale care să înlăture aplicarea sa.

În opinia sa produsele chimice dezinfectante sunt achiziționate spre realizarea dezinfecției.

Așadar, ele trebuie să fie apte a îndeplini și a se conforma procedurilor aferente realizării dezinfecției; cu alte cuvinte, calitățile solicitate la achiziționare trebuie să concorde cu modul în care trebuie folosite în cadrul procedurilor de dezinfecție.

Altminteri, consideră că achiziția devine inutilă, iar fondurile publice sunt cheltuite ineficient (pe lângă riscul generat de utilizarea de produse necorespunzătoare cu scopul pentru care au fost achiziționate).

Singurul domeniu al vieții sociale în care există reguli de efectuare a dezinfectiei este cel MEDICAL; aceste reguli sunt consemnate normativ în OMS nr. 1761/2021 - „pentru aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfectia și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, evaluarea eficacității procedurilor de curățenie și dezinfectie efectuate în cadrul acestora, procedurile recomandate pentru dezinfectia mâinilor în funcție de nivelul de risc, precum și metodele de evaluare a derulării procesului de sterilizare și controlul eficienței acestuia”.

Prin urmare arată că nu există asemenea reguli de efectuare a dezinfectiei în sfera instituțională.

Avându-se în vedere obligația prevăzută în sarcina tuturor persoanelor juridice din România de art. 3 din Legea nr. 95/2006 („Protecția sănătății publice constituie o obligație a autorităților administrației publice centrale și locale, precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice”, SANATATEA PUBLICA fiind definită - ibid., art.4 lit. a) - „starea de sănătate a populației în raport cu determinanții stării de sănătate: socio-economici, biologici, de mediu, stil de viață, asigurarea cu servicii de sănătate, calitatea și accesibilitatea serviciilor de sănătate;”), consideră că nu poate exista un vid de reglementare în ce privește dezinfectia în zona instituțională (teză care ar deschide o cutie a Pandorei, autoritățile contractante putând afirma că pot decide conform unor pretense necesități care să fie plasate deasupra interesului public real și fără a fi obligate a ține seama de vreo regulă care să asigure compatibilitatea produselor achiziționate cu procedura de dezinfectie pe care ar trebui să o aplice în zona lor de decizie).

În opinia sa soluția este cea arătată în art. 1 c.civ. (Legea nr. 287/2009 fiind aplicabilă domeniului achizițiilor publice conform art. 231 Legea nr. 98/2016):

„(1) Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.

(2) În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului”.

Prin urmare, neexistând nici lege aplicabilă, nici uzanțe care să reglementeze dezinfectia în aria instituțională, se aplică „dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare” - în speță, dispozițiile legale privind dezinfectia în aria medicală.

Astfel, consideră că se asigură respectarea obligațiilor prevăzute de Legea nr. 95/2006 în sarcina tuturor entităților activând în sfera instituțională la un nivel reglementat (cel medical) - la cel mai înalt nivel ce poate fi oferit în sistemul de sănătate publică din România.

LOTUL 2 („Dezinfectanți pentru suprafețe”)

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate microbică:

Bacterică: EN 13727 (2.1) timp de contact < 60 min.

Bacterică/fungică: EN 13697 (2,2), timp de contact maxim 5 minute,

cu cel prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfectiei suprafețelor fără acțiune mecanică (pulverizare) în aria instituțională - p. 48 (tabelul 12).

adică, BACTERICID - EN 1276 și EN 13697, LEVURICID 13697, FUNGICID - EN 1650 și EN 13697,

cu înlăturarea efectului SPORICID - EN 13704 (întrucât dezinfectia de nivel scăzut, caracteristică pentru suprafețele non-critice din unitățile de învățământ, nu prevede eficacitate antispori - a se vedea definiția legală a dezinfectiei de nivel scăzut - art.1 lit. f) ANEXA nr. 1 la OMS nr.1761/2021 - „f) dezinfectie de nivel scăzut - procedura de dezinfectie prin care se realizează distrugerea majorității bacteriilor în formă vegetativă, a unor fungi și a unor virusuri, fără acțiune asupra micobacteriilor, sporilor de orice tip, virusurilor neanvelopate și a mușcăturilor”)

dar cu adăugarea activității VIRUCIDE dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale, dar aplicabil ariei instituționale conform regulii din STANDARD - „4.2.5 Where there is no appropriate standard for an application within a specific area, a standard from another area may be recommended for use) pentru o acțiune (cel puțin) limitată la virusii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV-2) - acesta fiind motivul lansării achiziției (face din nou trimitere la definiția legală a dezinfectiei de nivel scăzut) - p.33 STANDARD.

O altă critică a contestatorului privește obligarea autorității contractante la admiterea în competiție și a produselor dezinfectante clasificate DISPOZITIV MEDICAL.

În opinia sa utilizarea în egală măsură a ambelor tipuri de produse dezinfectante decurge din respectarea principiilor achizițiilor publice - art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; e) proporționalitatea”.

În măsura în care produsul solicitat îndeplinește scopul dezinfecției, consideră că atunci trebuie admisă participarea și a produselor clasificate DISPOZITIV MEDICAL, respectându-se astfel dezideratul normelor comunitare de deschidere cât mai largă a competiției (în acest sens, invocă Hotărârea C.J.U.E. din 23.12.2008 în cauza C-305/08, pct.47.

Concordant (sub aspectul argumentării), citează și din Decizia nr. 144/2020 emisă în dosar nr. 70/57/2020 de către Curtea de Apel Alba Iulia.

De asemenea, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor de compoziția produsului „Să nu conțină alcoolii, fenoli, compuși cuaternari de amoniu, aldehide, clor”.

În opinia sa cerința criticată contravine prevederilor art.156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Totodată subliniază faptul că nu există prevederi tehnice și legale care să lege eficacitatea unui produs destinat dezinfecției suprafețelor de o anumită compoziție a sa.

Consideră că asemenea cerință este vădit nelegală, încălcând principii fundamentale ale achizițiilor publice (art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal).

Contestatorul susține că 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 lot - nu poate fi exclus din competiția pentru atribuirea „acordului cadru”.

Totodată precizează că asemenea cerințe au fost, principal, desființate de CNSC și de curțile de apel din țară (decizia nr. 618/2021 a Curții de Apel Iași; decizia nr. 1502/2021 a Curții de Apel).

O altă critică a contestatorului privește obligarea autorității contractante la completarea caietului de sarcini lot cu cerința prezentării de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească compatibilitatea produsului oferit cu materialul suprafețelor descrise.

În opinia sa este o cerință venind în interesul asigurării protecției bunurilor unităților școlare pentru care achiziționează autoritatea contractantă - și care totodată stabilește un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerinței caietului de sarcini produs.

În acest sens, citează decizia CNSC nr. 2256/C11/2202/27.10.2022.

Pentru motivele arătate solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 2296/15.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 61593/15.12.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație formulată de SC SRL.

În raport de cele solicitate de SC SRL autoritatea contractantă face precizarea că în aplicarea prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a dispus măsuri de remediere, în sensul modificării caietului de sarcini prin adaptarea acestuia la prevederile aplicabile în domeniu și ținând cont de cele invocate prin contestație.

În considerarea celor mai sus precizate, anexează prezentei caietului de sarcini remediat conform criticilor din contestație, împreună cu dovada publicării acestuia în SEAP, sens în care, în măsura în care SRL nu va renunța la contestație, solicităm respingerea acesteia ca lipsită de obiect.

Prin adresa nr. 4361/20.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 62725/20.12.2022 SC SRL transmite punctul său de vedere față de remediile luate de autoritatea contractantă.

Ca urmare a primirii punctului de vedere al autorității contractante SC SRL își exprimă următoarea poziție față de remediile adoptate de autoritate (prin raportare la numerotarea cererilor/criticilor din contestația sa):

Referitor la criticile de la pct. 2.1.1., 2.1.2.

Autoritatea contractantă achiesează la cererile sale, prin urmare solicită a se lua act de aceasta achiesare în cuprinsul deciziei ce se va pronunța în cauză.

Referitor la criticile de la pct. 2.2.1.

Autoritatea contractantă achiesează în parte la cererea sa; solicită continuarea judecării contestației sale sub aspectul limitelor dovedirii efectului VIRUCID conform standardului EN 14476 - cel puțin la nivelul acțiunii împotriva virusilor capsulați (cu motivarea arătată în contestație).

Referitor la criticile de la pct. 2.2.2.

Autoritatea contractantă achiesează la cererea sa, adăugând însă, spre dovedirea calității de DISPOZITIV MEDICAL, cerința prezentării unui act inexistent - aviz dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România.

Potrivit OMS nr. 1761/2021 (act pe care autoritatea contractantă tocmai a declarat că-l va respecta), actele doveditoare ale calității de DISPOZITIV MEDICAL sunt (art. 6 alin. (3):

„a) declarație de conformitate CE în conformitate cu Directiva 93/42/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind dispozitivele medicale, transpusă prin Hotărârea Guvernului nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările ulterioare, sau declarație de conformitate UE în conformitate cu Regulamentul (UE) 2017/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 2017 privind dispozitivele medicale, de modificare a Directivei 2001/83/CE, a Regulamentului (CE) nr. 178/2002 și a Regulamentului (CE) nr. 1.223/2009 și de abrogare a Directivelor 90/385/CEE și 93/42/CEE ale Consiliului;

b) certificatul sau certificatele de conformitate emise de organismul notificat implicat în evaluarea conformității pentru dispozitivul medical, la care se face referire în declarațiile prevăzute la lit. a);

c) recomandările producătorului cu privire la eficacitatea produsului și indicațiile de utilizare”.

Așadar, contestatorul precizează că autoritatea contractantă fie renunță la indicarea (greșită) a modului în care trebuie dovedită calitatea de DISPOZITIV MEDICAL, fie înlocuiește indicarea criticată cu prevederile OSM nr. 1761/2021 citate mai sus.

Prin adresa nr. 2348/22.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 63294/22.12.2022, autoritatea contractantă răspunde punctului de vedere comunicat de SC SRL astfel:

În raport de cele invocate de SC SRL prin intermediul adresei nr. 4361/20.12.2022, face precizarea că, în aplicarea prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 a dispus un nou set

de măsuri de remediere, în sensul modificării caietului de sarcini prin adaptarea acestuia la prevederile aplicabile în domeniu și ținând cont de cele invocate prin contestație.

În considerarea celor mai sus precizate, anexează prezentei măsurile de remediere dispune în raport de cele menționate de SC SRL prin adresa nr. 4361/20.12.2022, împreună cu dovada publicării acestuia în SEAP, sens în care, în măsura în care SC SRL nu va renunța la contestație, solicită respingerea acesteia va fiind lipsită de obiect.

Prin adresa nr. 4472/27.12.2022 SC SRL precizează că luând cunoștință despre măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 30415/22.12.2022 nu înțelege să își retragă contestația și solicită a se continua judecata contestației sale în referire la cerința alternativă „sau aviz dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România – act inexistent din punct de vedere formal și a cărui inutilitate este pusă în evidență prin adoptarea de către autoritatea contractantă a cerințelor de documentare a calității de dispozitiv medical prevăzute de art. 6 alin. (3) din OMS nr. 1761/2021.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 59440/06.12.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208622644/1, tranzacția: 1280835691/2121728782 din 02.12.2022, emisă de CEC Bank – Unitatea Bragadiru, în valoare de 220.000,00 lei.

Prin adresa nr. 4038/05.12.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 59593/06.12.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208618424/1, tranzacția:

1279740675/2120719398 din 29.11.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 12.790,80 lei.

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

CONSILIUL JUDEȚEAN, DIRECTIA SERVICII SI ACHIZITII PUBLICE în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă pentru atribuirea unui contract având ca obiect „Achiziție materiale de protecție sanitară și dezinfectanți pentru proiectul „Consolidarea capacității unităților de învățământ de stat din în vederea gestionării situației de pandemie generată de virusul SARS-Cov-2” cod CPV - 33140000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1049594/19.11.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 40.393.301,76 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin contestațiile care fac obiectul prezentei, SC SRL și SC SRL sunt nemulțumiți de anumite prevederi ale documentației de atribuire, despre care susțin că ar fi de natură să restricționeze accesul la procedura de atribuire.

Analizând, pentru început, criticile SC SRL privind structura lotului 1, Consiliul reține că potrivit informațiilor de la secțiunea II.2.1 aferentă lotului 1 din anunțul de participare, denumirea dată de autoritate acestuia este „Pachete măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini”, cu următoarea descriere:

„Se vor achiziționa 90.292 pachete măști de protecție sanitară și dezinfectanți pentru mâini. Fiecare pachet va conține un număr de 252 buc măști de protecție sanitară și 6 litri dezinfectanți pentru mâni, conform specificațiilor caietului de sarcini”.

Cu titlu preliminar, Consiliul va reține că potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.*

Față de aceste aspecte, din articolul antementionat rezultă „*ipso facto*” că persoana care formulează o contestație, deci care se consideră vătămată, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere vreun prejudiciu urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației. Cu alte cuvinte, procedura judiciară nu trebuie să fie pusă în mișcare dacă nu aduce părții un avantaj legal și urmărește doar șicanarea părții adverse.

Pentru a justifica contestația depusă la Consiliu, interesul contestatorului trebuie, la rândul său, să îndeplinească cumulativ anumite condiții. Astfel, el trebuie să fie legitim, să fie **personal** și direct adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii de soluționare a contestației să aparțină **celui care recurge la formularea acesteia** și să fie născut și actual deci să existe în momentul în care este formulată contestația, deoarece rolul Consiliului este de a soluționa litigii deja născute.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că, prin declanșarea unei proceduri de soluționare a contestației, nu este îngăduit unei persoane să apere interesul altei persoane și deci nici interesul colectiv, deoarece cerința ca interesul să fie personal celui care acționează reprezintă aspectul subiectiv al condițiilor de exercițiu al acțiunii de a contesta.

Printr-un demers în justiție trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese, nu ale altuia sau salvagardarea legii în general.

De asemenea, Consiliul reține faptul că, în literatura de specialitate, se precizează că interesul este actual, în sensul că, dacă cel interesat nu ar recurge la acțiune în momentul respectiv, s-ar expune prin aceasta la un prejudiciu. Astfel rezultă că un interes eventual, ca și un interes care a trecut, a fost depășit, nu poate fi luat în considerare.

În acest context, Consiliul va reține că vătămarea produsă de alcătuirea actuală a lotului 1 societății contestatoare SC SRL

(operator economic specializat în furnizarea dezinfectanților), ar putea fi dată de faptul că aceasta nu ar avea în portofoliu măștile de protecție care fac obiectul acestui lot.

Însă, formulând critici cu privire la specificațiile tehnice ale măștilor de protecție sanitară, SC SRL dovedește că are interes în modificarea acestor specificații tehnice astfel încât să-i permită participarea la procedura de atribuire cu ambele produse care fac obiectul lotului 1.

Prin urmare, din moment ce societatea contestatoare critică specificații tehnice ale măștilor de protecție, acesta nu justifică un interes personal și direct în a critica achiziționarea acestora împreună cu dezinfectantul pentru mâini, sub formă de pachet.

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.

Consiliul reține că motivele pentru care a fost reglementată în legislația din domeniul achizițiilor publice posibilitatea împărțirii procedurii de atribuire pe loturi se regăsesc în considerentul 78 al Directivei 2014/24 astfel:

„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

încu

t

e

s

împart

î

lotu

r

i 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.

Dimensiunea

și

obie

lotu

r

i

ar

trebui

să

fie

de

t

e

c

t

a , care, în conformitate cu normele aplicabile privind calculul valorii estimate a achiziției, ar trebui, de asemenea, să fie autorizată să atribuie anumite loturi fără aplicarea procedurilor din prezenta directivă.

A

a

contractantă ar trebui să aibă oblig

oportunitatea împărțirii contractelor în loturi, păstrând în același timp ***libertatea de a decide*** în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, ***fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare***. În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că ***nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi***, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o ***prezentare a principalelor motive*** care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă ***executarea contractului excesiv de dificilă*** din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.

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 a ***obligăției 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 în loturi obligatorie în anumite condiții. În același scop, statele membre ar trebui, de asemenea, să aibă libertatea de a

pune la dispoziție mecanisme pentru plățile directe către subcontractori”.

Din analiza normele legale anterior precizate rezultă că, în scopul adaptării achizițiilor publice la necesitățile IMM-urilor și a stimulării concurenței, autoritățile contractante au obligația analizării oportunității împărțirii contractelor pe loturi.

Urmare a acestei analize, autoritatea contractantă fie procedează la divizarea contractului pe loturi prin raportare la una din metodele prevăzute la art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fie alege să nu împartă contractul pe loturi, situație în care are obligația de a consemna în strategia de contractare, conform art. 9 alin. (3) lit. f) HG nr. 395/2016, principalele motive pentru care a considerat că nu ar fi oportună divizarea contractului pe loturi.

Consiliul reține ca fiind deosebit de importantă în speța dedusă soluționării mențiunea din paragraful al doilea din considerentele Directivei 2014/24 anterior reproduse, potrivit căreia dreptul de a împărți sau nu pe loturi procedura autorității contractantă, aceasta având libertatea de a decide în mod autonom, pe baza oricărui motiv pe care îl constituie relevant, cu privire la oportunitatea împărțirii contractelor sau nu în loturi, fără ca această decizie să fie supusă supravegherii administrative sau judiciare.

Prin urmare, contrar susținerilor care răzbat din contestația formulată de SC SRL, regula în domeniul achizițiilor publice nu constă în divizarea cu orice preț a fiecărei proceduri de atribuire în loturi cât mai mici deoarece obligația stabilită în sarcina autorității contractante se limitează doar la aprecierea oportunității unei astfel de divizări iar decizia de a împărți sau nu contractul reprezintă un drept al autorității care decurge din obligația anterior menționată.

În ceea ce privește motivele care pot conduce la decizia de a nu împărți contractul pe loturi, Consiliul reține că acestea nu reprezintă aspecte de legalitate, care să poate face obiectul controlului CNSC sau al instanțelor ci reprezintă aspecte de **oportunitate**, situate în marja de apreciere a autorității contractante, aspect care rezultă din utilizarea repetată a sintagmei **„oportunitatea împărțirii contractelor pe loturi”** în considerentele directivei și din precizarea existentă în aceleași considerente potrivit căreia **„autoritatea contractantă ar trebui să aibă (...) libertatea de a decide în mod autonom pe baza oricărui motiv pe care îl consideră relevant, fără a fi supusă supravegherii administrative sau judiciare”**.

Aplicând considerațiile teoretice anterior menționate la speța dedusă soluționării, Consiliul reține că în cadrul prezentei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația de a analiza oportunitatea divizării contractului pe loturi, consemnând la pag. 7-8 din strategia de contractare principalele motive pentru care a hotărât să

achiziționeze măștile de protecție sanitară împreună cu dezinfectantul pentru mâini sub forma unor pachete destinate fiecărui elev și cadru didactic.

Totodată, din analiza justificărilor autorității, se reține că acestea reprezintă atât aspecte referitoare la modalitatea de derulare a contractului de furnizare care urmează a fi atribuit, respectiv faptul că beneficiarii finali vor putea să utilizeze în același timp materialele de protecție sanitară, distribuția facilă a produselor de protecție sanitară sub forma pachetelor, reducerea riscului de contaminare a produselor etc. cât și aspecte cu privire la eficiența achiziției respectiv faptul că valoarea mare a contractului ar determina creșterea atractivității și implicit obținerea unei oferte financiare mai scăzută, creșterea șanselor de încadrare în valoarea estimată prin distribuirea prețurilor între repere etc.

Consiliul reține că această modalitate de distribuire a unor produse de natură eterogenă sub formă de pachete către elevii din aria de competență este familiară autorităților contractante din administrația publică locală cum este CONSILIUL JUDEȚEAN din contractele derulate anterior în programul privind acordarea de produse lactate și de panificație denumit generic „cornul și laptele”, aspect care este de natură să explice opțiunea autorității contractante cu privire la gruparea măștilor și dezinfectantului pentru mâini sub formă de pachet individual.

Aspectele invocate de către contestator cu privire la natura diferită a măștilor de protecție sanitară față de dezinfectantul pentru mâini nu pot fi considerate relevante în soluționarea contestației care face obiectul prezentei deoarece potrivit prevederilor legale anterior menționate, aprecierile privind modalitatea de adaptare a obiectului fiecărui lot

individual la sectoarele specializate ale IMM-urilor sunt subsecvente unei eventuale decizii de divizare a contractului pe loturi, ceea ce nu s-a întâmplat în cazul pachetelor formate din măști și dezinfectant pentru mâini.

Consiliul va reitera faptul că autoritatea contractantă are obligația de a aprecia liber, autonom și fără supraveghere administrativă sau judiciară oportunitatea organizării procedurii în una din următoarele modalități:

- fie fără divizarea contractului pe loturi, situație în care la dosarul achiziției trebuie să se regăsească o prezentare a principalelor motive care au determinat această alegere;
- fie prin divizarea contractului pe loturi, adaptând dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate conform definiției de la art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul nu va putea să sancționeze autoritatea contractantă pentru faptul că aceasta și-a exercitat dreptul de a opta pentru achiziționarea măștilor de protecție sanitară împreună cu dezinfectantul pentru mâini câtă vreme aceasta și-a îndeplinit obligația corelativă de a enumera în strategia de contractare motivele pentru care a ales să nu divizeze contractul de achiziție publică în loturi individuale raportat la fiecare tip de produs.

Consiliul nu va putea reține susținerile contestatorului privind pretinsul caracter restrictiv al achiziționării măștilor de protecție sanitară împreună cu dezinfectanții pentru mâini deoarece pandemia Covid 19 produsă de virusul SARS-CoV-2 începând cu anul 2019 a influențat disponibilitatea pe piață a articolelor de protecție sanitară, fiind de notorietate faptul că pot fi achiziționate atât măști de protecție sanitară cât și dezinfectanți pentru mâini din diverse surse cum sunt farmaciile sau centrele comerciale de tip supermarket.

Ori câtă vreme ambele tipuri de produse pot fi procurate în mod curent de către orice persoană interesată prin intermediul comercianților cu amănuntul, este de la sine înțeles că nu există o piață specializată și/sau limitată a măștilor de protecție sanitară sau a dezinfectanților pentru mâini astfel încât se fie restricționat accesul la lotul 1 al procedurii prin achiziționarea cumulată, sub formă de pachet, a celor 2 tipuri de produse.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticele SC SRL privind structura lotului 1.

În ceea ce privește restul criticilor formulate de SC SRL, față de care autoritatea contractantă nu a acceptat să modifice specificațiile tehnice din caietul de sarcini, Consiliul reține aplicabilitatea prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora

*„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”,* sintagmă din care rezultă legătura intrinsecă, obiectivă dintre caracteristicile produselor care constituie necesitatea autorității contractante pentru a cărei satisfacere a fost organizată prezenta procedură de atribuire și descrierea concretizată în specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

În acest sens, Consiliul reține că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a stabilit anumite caracteristici pentru măștile sanitare de protecție cum ar fi cerința privind dimensiunile „18-19 cm x 8-9 cm” și cerința privind gama coloristică „Materialul din care sunt confecționate măștile (...) să aibă diverse culori (portocaliu, mov, cobalt, roșu, negru, albastru, galben, roz, turcoaz, verde) (...)”.

Consiliul apreciază că intervalul mic stabilit în caietul de sarcini pentru dimensiunea măștilor de protecție sanitară nu permite utilizarea de către toate categoriile vizate de autoritate, o astfel de dimensiune fiind caracteristică fizionomiei unei categorii de utilizatori aflați la limita superioară a dimensiunilor fizice (cum ar fi, de exemplu, personalul adult) însă nu și elevilor din clasele mici, al căror nivel de dezvoltare fizică este caracterizată de o suprafață a feței mai mică decât cea a adulților și necesită dimensiuni mai mici ale laturii lungi a măștii.

Totodată, apreciază că gama coloristică stabilită în mod limitativ de autoritatea contractantă în caietul de sarcini prin enumerarea „portocaliu, mov, cobalt, roșu, negru, albastru, galben, roz, turcoaz, verde” nu este caracteristică măștilor de protecție sanitară destinate adulților (cum este cazul celor cu dimensiunile prevăzute în caietul de

sarcini), motiv pentru care impunerea simultană a celor 2 condiții pentru un volum mare de măști de protecție (22.753.584 măști) care urmează a fi furnizate într-un timp foarte scurt (între 10 zile și 20 de zile, conform mențiunilor de la capitolul 7 din caietul de sarcini) este de natură să conducă la restrângerea accesului la procedura de atribuire operatorilor economici care nu dețin în stoc exact măști de protecție sanitară care îndeplinesc condițiile atipice impuse de autoritatea contractantă.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține incidența prevederilor art. 50 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „(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*”.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile SC SRL cu privire la dimensiunile și gama coloristică a măștilor de protecție sanitară, urmând a obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire în sensul stabilirii unui interval de dimensiuni suficient de larg pentru a permite utilizarea confortabilă a măștilor de către toate categoriile de vârstă, și menționarea că gama coloristică nu este limitativă ci minimă, astfel încât să poată fi oferite și alte culori în afara celor enumerate în forma actuală a caietului de sarcini.

Pe de altă parte, Consiliul va respinge ca nefondată critica contestatorului privind numărul de 4 straturi impus de autoritatea contractantă pentru măștile de protecție sanitară deoarece specificațiile tehnice din anexa Ordinului președintelui ANAP nr. 2376/2020 privind conținutul, modalitatea de completare și modul de utilizare a documentelor standard „*Instrucțiuni pentru ofertanți/candidați*” și „*Caiet de sarcini*” la atribuirea acordului-cadru/contractului de achiziție publică/sectorial având ca obiect măști de protecție de uz sanitar de tip II, II R, FFP2, FFP3 (act invocat de contestator în sprijinul susținerilor sale) au caracter orientativ, urmând a fi adaptate de către fiecare autoritate contractantă în funcție de necesitatea sa, aspect care rezultă din textul art. 3 din Ordinul nr. 2376/2020, potrivit căruia „*Exemplele și notele furnizate cu titlu orientativ în documentele standard prevăzute în anexele nr. 1 și 2 la prezentul ordin, pentru ilustrarea modului de completare a informațiilor relevante, nu se reproduc ca atare în conținutul documentației de atribuire*”.

Ori, raportat la acest aspect, necesitatea autorității contractante, constând în protecția elevilor și a personalului din unitățile de

învățământ, sunt îndeplinite mai bine de măști de protecție sanitară cu 4 straturi decât de măștile cu 3 straturi din exemplul prevăzut în anexa 3 la ordinul menționat de contestator.

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu produce, nu comercializează sau nu are în stoc produsele solicitate și nici pe considerentul că ar fi mai utilă autorității o altă variantă, mai restrictivă, a documentației de atribuire.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează; 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 tehnice ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

În ceea ce privește criticile SC SRL pentru lotul 2, Consiliul urmează a le respinge ca inadmisibile având în vedere faptul că societatea contestatoare nu a constituit pentru fiecare lot contestat câte o cauțiune conform algoritmului prevăzut la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 astfel cum avea obligația potrivit alin. (21) din aceeași normă juridică respectiv „În cazul unei proceduri de atribuire împărțite pe loturi, prevederile alin. (1) se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot contestat”, limitându-se la constituirea cauțiunii pentru

soluționarea criticilor cu privire la lotul 1, aspect subliniat în mod corect de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SRL, Consiliul reține că acesta solicită remedierea următoarelor aspecte din caietul de sarcini aferent lotului 2:

- precizarea expresă că specificațiile tehnice ale dezinfectanților și evaluarea tehnică a ofertelor se vor întemeia pe prevederile standardului EN 14885:2022 (critica 2.1.1);
- recunoașterea aplicabilității prevederilor OMS nr. 1761/2021 (critica 2.1.2);
- înlocuirea spectrului de activitate cu cel prevăzut de standardul EN 14885:2022 pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor fără acțiune mecanică (pulverizare) în aria instituțională (critica 2.2.1);
- acceptarea produselor dezinfectante încadrate dispozitive medicale (critica 2.2.2);
- eliminarea cerințelor de compoziție (critica 2.2.3);
- completarea caietului de sarcini cu cerința prezentării de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare sau echivalente) care să dovedească compatibilitatea produsului oferit cu materialul suprafețelor descrise (critica 2.2.4).

Totodată, Consiliul reține că ulterior luării la cunoștință a contestației formulată de SC SRL, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere în baza art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, publicând în SEAP caietul de sarcini remediat, în fișierul cu identificatorul „[CN1049594/00010] Caiet de sarcini - varianta 2.pdf.p7s”

Din analiza variantei anterior menționată caietului de sarcini, Consiliul reține că autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere menționând următoarele aspecte:

- la pag. 6: *„Specificațiile tehnice ale dezinfectanților pentru suprafețe (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide) ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază pe dispozițiile standardului general EN 14885:2022 și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standardul general EN 14885:2022”;*
- la pag. 4: *„se aplică prevederile OMS nr. 1761/2021 în ceea ce privește utilizarea dezinfectanților pentru suprafețe achiziționați, acolo unde nu exista prevederi speciale care să înlăture aplicarea sa”;*
- la pag. 6: *„Activitate antimicrobiană și standard / Spectrul de activitate: Bactericid : EN 1276 și EN 13697 Levuricid: EN 1650 și EN 13697 Fungicid: EN 1650 și EN 13697 Virucid : EN 14476”;*

- a fost eliminată specificația tehnică cu privire la compoziție;
- a menționat la pag. 4: *„atestări /probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească compatibilitatea produsului oferat cu suprafețele din orice material”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a remediat specificațiile din caietul de sarcini cu privire la standardul EN 14885:2022, Ordinul Ministerului Sănătății nr. 1761/2021, spectrul de activitate, compoziție, și cu privire la demonstrarea compatibilității cu suprafețele în sensul dorit de contestator, motiv pentru care criticile acestuia numerotate 2.1.1, 2.1.2, 2.2.1, 2.2.3 și 2.2.4 au rămas fără obiect.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de la punctul 2.2.2, ca autoritatea contractantă să accepte dezinfectanți pentru suprafețe încadrați dispozitiv medical, Consiliul reține că autoritatea contractantă a menționat la pag. 4 respectiv la punctul 3.1.b din caietul de sarcini remediat: *„Se vor prezenta, pentru produsele dezinfectante pentru suprafețe: aviz emis de Ministerul Sănătății (conform Ordinului Ministrului Sănătății, al Ministrului Mediului și al Pădurilor și al președintelui Autorității Naționale Sanitare Veterinare și pentru Siguranța Alimentelor nr. 10/368/11/2010, cu modificările și completările ulterioare) pentru produsele oferate / Ministerul Apărării Naționale /certificat de marcaj CE si/sau declarație de conformitate CE a producătorului, după caz; sau trebuie să dețină aviz eliberat de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România conform Legii nr. 95/2006”* iar pag. 6: *„Să prezinte aviz biocid in vigoare, emis de Comisia Națională pentru Produse Biocide sau aviz*

dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România”.

Față de cele de mai sus Consiliul reține că la pag. 4 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a menționat explicit faptul că acceptă fie dezinfectanți produse biocide fie dezinfectanți încadrați dispozitive medicale, astfel cum a solicitat contestatorul.

Cu toate acestea, Consiliul reține că atât la pag. 4 cât și la pag. 6 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea avizului dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România, document care nu este prevăzut în lista înscrisurilor obligatorii conform art. 6 alin. (3) din Ordinul Ministerului Sănătății nr. 1761/2021, care stipulează:

„La achiziția produselor biocide, încadrate ca dispozitive medicale, utilizate de unitățile sanitare publice și private, condiția obligatorie în vederea achiziției este ca furnizorii acestora să pună la dispoziție:

a) declarație de conformitate CE în conformitate cu Directiva 93/42/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind dispozitivele medicale, transpusă prin Hotărârea Guvernului nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările ulterioare, sau declarație de conformitate UE în conformitate cu Regulamentul (UE) 2017/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 2017 privind dispozitivele medicale, de modificare a Directivei 2001/83/CE, a Regulamentului (CE) nr. 178/2002 și a Regulamentului (CE) nr. 1.223/2009 și de abrogare a Directivelor 90/385/CEE și 93/42/CEE ale Consiliului;

b) certificatul sau certificatele de conformitate emise de organismul notificat implicat în evaluarea conformității pentru dispozitivul medical, la care se face referire în declarațiile prevăzute la lit. a);

c) recomandările producătorului cu privire la eficacitatea produsului și indicațiile de utilizare”.

Totodată, se reține că ulterior luării la cunoștință a adresei nr. 4361/20.12.2022, prin care SC SRL menționează că nu este de acord cu modalitatea de remediere a criticii 2.2.2, autoritatea contractantă a publicat în SEAP sub identificatorul „[CN1049594/00014] Masuri de remediere Lotul nr. 2.pdf,p7s” adresa nr. 30415/22.12.2022, în care menționează la punctul 1 că se înlocuiește cerința cu privire la avizul dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România cu cerința privind prezentarea actelor doveditoare ale calității de dispozitiv medical conform art. 6 alin. (3) din OMS nr. 1761/2021.

Cu toate acestea, Consiliul reține că la punctul 2 din adresa cu măsuri de remediere nr. 4361/20.12.2022, autoritatea contractantă a

reprodus specificațiile tehnice aferente dezinfectantului pentru suprafețe, din care nu a eliminat cerința cu privire la avizul dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că modalitatea în care a remediat autoritatea contractantă specificațiile tehnice criticate la punctul 2.2.2 din contestație nu întrunesc rigorile prevăzute la art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în sensul că nu precizează în mod complet, corect și precis operatorii economici interesați cu privire la documentele care trebuie depuse în cadrul lotului 2 în cazul ofertării dispozitivelor medicale.

Având în vedere modalitatea confuză în care a comunicat autoritatea contractantă potențialilor ofertanți măsurile de remediere adoptate cu privire la critica 2.2.2, Consiliul urmează să oblige autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a caietului de sarcini publicat anterior în data 15.12.2022 din care va fi eliminată sintagma „sau aviz dispozitiv medical emis de Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale din România” de la pag. 4 și pag. 6 și vor fi operate remedierile dispuse cu privire la lotul 1 urmare a soluționării contestației formulate de SC SRL.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă CONSILIUL JUDEȚEAN, DIRECTIA SERVICII SI ACHIZITII PUBLICE, respectiv admite criticile cu privire la dimensiunea și culoarea măștilor de protecție sanitară din contestația SC SRL și critica cu privire la acceptarea dispozitivelor

medicale din contestația formulată de SC SRL iar, pe cale de consecință, dispune remedierea caietului de sarcini 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 ca nefondate celelalte critici formulate de SC SRL în cadrul lotului 1, ca inadmisibilă partea din contestația SC SRL pentru lotul 2 și ca rămasă fără obiect restul criticilor din contestația SC SRL formulată în cadrul lotului 2.

Având în vedere admiterea în parte a contestației formulată de SC SRL, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SRL, în cuantum de 1.785 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, acordate proporțional cu criticile din contestație care au fost admise, cheltuieli dovedite cu factura fiscală seria CAVLV nr. 0479/29.11.2022 în valoare de 3.570 lei, emisă de Laura Vrabie, avocat, achitate prin ordinul de plată din 29.11.2022 în valoare de 3.570,00 lei.

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

DECIDE:

Admite în parte contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă CONSILIUL JUDEȚEAN, DIRECTIA SERVICII SI ACHIZITII PUBLICE, respectiv admite criticile cu privire la dimensiunea și culoarea măștilor de protecție sanitară din contestația SC SRL și critica cu privire la acceptarea dispozitivelor medicale din contestația formulată de SC SRL iar, pe cale de consecință, dispune remedierea caietului de sarcini cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate celelalte critici formulate de SC SRL în cadrul lotului 1, ca inadmisibilă partea din contestația SC SRL pentru lotul 2 și ca rămasă fără obiect restul criticilor din contestația SC SRL formulată în cadrul lotului 2.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC SRL, în cuantum de 1.785 lei.

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 5 (cinci) exemplare originale, conține 32(treizeci și trei) pagini