

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. 1212/C1/769

Data: 26.05.2023

Prin contestația nr. 2615/23.03.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15966/24.03.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în ..., ..., având cod unic de înregistrare, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin cabinet de avocat ..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractatului de achiziții publice, având ca obiect: „Achiziția de antiseptice și dezinfectante 7 loturi în cadrul Proiectului «Consolidarea capacității sistemului medical public de gestionare a situației de urgență cauzată de criza COVID-19 în cadrul Spitalului Orășenesc», Cod proiect 141108” cod CPV 33631600-8, s-a solicitat anularea în parte a răspunsului consolidat nr. 1693/17.03.2023 (răspunsurile nr. 6, nr.13 și nr.17) și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

SC SRL contestă documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini aferent loturilor 2,3 și 6.

În introducerea contestației, SC SRL, prezintă un scurt istoric al derulării procedurii.

În ceea ce privește răspunsul autorității contractante nr. 6 privind fișa tehnică a lotului 2, contestatorul afirmă că nu există nicio motivare a modificării caietului de sarcini al lotului 2 cerute și admise de autoritate.

În susținere face trimitere la prevederile art. 41 alin. (2) lit. c) din Carta europeană a drepturilor fundamentale a UE și jurisprudența CJUE și ICCJ.

Contestatorul apreciază că modificarea cerinței din caietul de sarcini al lotului 2 este nelegală.

Susține că în urma modificării rămâne cerința: „compatibilitatea produsului cu pielea”, fiind eliminată precizarea modului în care ofertanții trebuie să facă dovada îndeplinirii cerinței.

Invocă în susținere prevederile art. 18 anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021, art. 154 din Legea nr.98/2016, jurisprudența CNSC și jurisprudența Curții de Apel Cluj.

În opinia contestatorului, o cerință lipsită de mijlocul de control al îndeplinirii cerinței și al modului de evaluare efectuat de autoritatea contractantă, înseamnă încălcarea principiilor egalității de tratament și al transparenței.

Subliniază necesitatea stabilirii unui mijloc de probațiune obiectiv și tehnic precum un raport de testare (dermatologică).

În ceea ce privește răspunsul nr. 13, privind fișa tehnică a lotului 3, contestatorul menționează că nu există nicio motivare a modificării caietului de sarcini al lotului 3, cerute și admise de autoritatea contractantă.

Invocă aceleași motive de nulitate și nelegalitate ale modificării caietului de sarcini de la lotul 2.

În ceea ce privește răspunsul nr. 17, privind fișa tehnică a lotului 6, contestatorul face trimitere către solicitările din cuprinsul contestației sale, privind lotul 6 și finalizată prin decizia CNSC nr. 71/C1/2757/11.01.2023, invocând jurisprudența CNSC.

Contestatorul invocă autoritatea contractantă de lucru judecat a deciziei CNSC nr. 71/C1/2757/11.01.2023, și definitivarea măsurilor de remediere din 06.03.2023 în ceea ce privește stabilirea spectrului de activitate al dezinfectantului lotului 6 - bactericid, virucid, fungicid, levuricid, micobactericid, tuberculocid și sporicid dovedit prin testări conform standardului EN 17272.

Solicită admiterea contestației.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 22984/02.05.2023, ... transmite dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 2678/28.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 16633/28.03.2023, contestatorul depune, în original, contestația și recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209007623/1 tranzacția nr. 1318280866/31222806 din data de 23.03.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 2.110,50 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziții publice având ca obiect: „Achiziția de antiseptice și dezinfectante 7 loturi în cadrul Proiectului «Consolidarea capacității sistemului medical public de gestionare a situației de urgență cauzată de criza COVID-19 în cadrul

Spitalului Orășenesc», Cod proiect 141108”, cod CPV: 33631600-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. .../02.11.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 140.050,00 lei, fără TVA. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de modalitatea în care autoritatea contractantă a remediat

anumite specificații din caietul de sarcini aferent loturilor 2, 3 și 6 despre care susține că l-ar împiedica să depună ofertă corespunzătoare.

Având în vedere criticile SC SRL, Consiliul reține că anterior, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, tot SC SRL a formulat contestația nr. 3485/09.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55194/10.11.2022, care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. 2757/2022, solicitând modificarea caietului de sarcini.

Urmare a soluționării contestației anterior menționată, Consiliul a pronunțat Decizia nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023, prin care a dispus astfel:

„Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă prin achiesarea autorității contractate la criticile contestatorului iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Obligatorie.

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

Decizia Consiliului nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 nu a fost atacată cu plângere devenind definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de autoritate de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

În cadrul contestației care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă a eliminat 2 cerințe dintre specificațiile tehnice aferente loturilor 2 și 3 și de modalitatea în care a remediat spectrul de activitate al produsului care face obiectul lotului 6, despre care susține că nu este în concordanță cu măsurile dispuse prin Decizia CNSC anterioară, motiv pentru care Consiliul urmează să soluționeze contestația formulată verificând modalitatea în care a pus în aplicare autoritatea contractantă măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere.

Analizând pentru început criticile contestatorului cu privire la loturile 2 și 3, Consiliul reține că, în răspunsul consolidat nr. 1693/17.03.2023 publicat în SEAP în fișierul cu identificatorul

„[.../00161] Raspuns consolidat-semnat.pdf.p7s”, autoritatea contractantă a răspuns la solicitările de clarificare formulate de operatori economici interesați astfel:

- la punctul nr. 6, aferent lotului 2, a răspuns la întrebarea „vă solicităm să eliminați cerința restrictivă cu privire la «compatibilitatea produsului cu pielea, testat dermatologic»”, în sensul „(...) cerința privind «testat dermatologic» va fi eliminată. Astfel în loc de: «Compatibilitatea produsului cu pielea, testat dermatologic» se va citi: «Compatibilitatea produsului cu pielea»”;

- la punctul nr. 13, aferent lotului 3, a răspuns la întrebarea „la acest lot vă solicităm (...) eliminarea cerinței cu privire la compatibilitatea produsului cu pielea, demonstrată prin testări dermatologice” în sensul „Cerința privind «testat dermatologic va fi eliminată». Astfel în loc de: «Compatibilitatea produsului cu pielea, testat dermatologic» se va citi: «Compatibilitatea produsului cu pielea»„.

Consiliul reține că cele 2 modificări anterior reproduse nu sunt de natură să vatăme societatea contestatoare, aceasta având în continuare posibilitatea să oferteze produse pentru care deține rapoarte de testare dermatologică chiar dacă autoritatea contractantă a eliminat cerințele din caietul de sarcini cu privire la acest aspect.

Cu privire la cerințele din caietul de sarcini care nu sunt de natură să vatăme societatea contestatoare (astfel cum este cazul celor 2 modificări anterior reproduse), Consiliul a reținut următoarele considerente în Decizia nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 definitivă și irevocabilă prin neatacarea cu plângere la Curtea de Apel:

„Solicitățile contestatorului (...) urmează a fi respinse ca nefondate deoarece lipsa unei astfel de reglementări nu este de natură să vatăme societatea contestatoare câtă vreme autoritatea contractantă nu a limitat în vreun fel modalitatea de dovedire a cerințelor din caietul de sarcini sub acest aspect, SC SRL putând să participe la procedură indiferent dacă dispune sau nu de rapoarte de testare privind compatibilitatea cu suprafețele.

Totodată se reține că eventuala suplimentare a caietului de sarcini cu cerința privind demonstrarea compatibilității prin prezentarea unui anumit tip de documente emise de un alt operator economic terț față de procedură nu ar conduce în mod automat la ofertarea unor produse superioare calitativ însă ar determina cu siguranță împovărarea administrativă a operatorilor economici care, deși dețin în portofoliu produsele necesare autorității contractante, nu au procedat până în prezent la solicitarea testărilor din partea unor laboratoare autorizate și, implicit, restricționarea accesului la procedura de atribuire, diminuarea concurenței etc.

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.

Mai mult, Consiliul apreciază că solicitarea contestatorului de completare a documentației de atribuire cu anumite cerințe care nu se regăsesc în acesta cum este cerința cu privire la probe tehnice/rapoarte tehnice privind compatibilitatea cu suprafețele tratate nu au ca obiect eliminarea unor cerințe

restrictive care să fi împiedicat contestatorul să depună ofertă ci impunerea unora noi care să îngreuneze depunerea ofertelor de către alți operatori economici, aspect aflat în totală discordanță cu scopul pentru care a fost edictată Legea nr. 101/2016, prevăzut la art. 2 alin. (3) din aceasta respectiv „(...) asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și **remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale** privind atribuirea contractelor”.

Având în vedere caracterul său definitiv și irevocabil, Decizia nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 a dobândit putere de lucru judecat, în esență, semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Prin urmare, în prezenta procedură de atribuire autoritatea contractantă nu avea dreptul să refuze solicitarea operatorului economic interesat privind eliminarea rapoartelor de testare a compatibilității cu suprafețele, asupra acestor considerente existând putere de lucru judecat.

Consiliul reține că, autoritatea contractantă, aplicând principiul simetriei și al tratamentului egal coroborat cu solicitarea unui operator economic de remediere a celor 2 loturi, a luat în mod corect decizia de a elimina modalitatea de dovedire a compatibilității din cadrul loturilor 2 și 3.

Această remediere este în deplină concordanță și cu prevederile 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 anumii operatori economici*”.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe exprese, aparține autorității contractante.

Referitor la critica cu privire la remedierea spectrului de activitate al dezinfectantului lotului 6 – Bactericid, Virucid, Fungicid, Levuricid, Micobactericid, Tuberculocid și Sporocid dovedit prin testări conform standardului EN 17272, Consiliul urmează să o admită, având în vedere faptul că în cadrul punctului de vedere nr. 7307/09.12.2022 înregistrat la

CNSC sub nr. 60677/12.12.2022, formulat împotriva contestației nr. 3485/09.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55194/10.11.2022, ce a constituit obiectul dosarului nr. 2757/2022 autoritatea contractantă menționează că este de acord cu modificarea următoarelor cerințe ale documentației de atribuire în sensul solicitat de SC SRL.

Prin Decizia nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023, s-a constatat că *„autoritatea contractantă a achiesat la criticile contestatorului referitoare la cerințele din caietul de sarcini anterior menționate, motiv pentru care,*

în vederea respectării principiului transparenței statuat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că autoritatea contractantă avea obligația să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici, prin publicarea în SEAP, a cerințelor asupra cărora a achiesat conform celor reținute anterior”.

Indicarea în cadrul punctului de vedere nr. 7307/09.12.2022 înregistrat la CNSC sub nr. 60677/12.12.2022 pe lângă exprimarea expresă și clară că este de acord cu modificarea cerinței spectrului de activitate al dezinfectantului lotului 6 din documentația de atribuire în sensul solicitat de SC SRL, a standardului EN 13727 (2,2) în locul standardului EN 17272 a fost considerată la momentul pronunțării Deciziei nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 ca fiind o simplă eroare de redactare.

Constatând că urmare a publicării remedierilor, autoritatea contractantă nu a sesizat eroarea de redactare a standardului și ținând cont de acordul său expres din cadrul punctului de vedere nr. 7307/09.12.2022 înregistrat la CNSC sub nr. 60677/12.12.2022 reținut în cadrul Deciziei nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023, Consiliul va admite și va obliga autoritatea contractantă să remedieze eroarea de redactare a standardului de stabilire a spectrului de activitate al dezinfectantului lotului 6 – Bactericid, Virucid, Fungicid, Levuricid, Micobactericid, Tuberculocid și Sporucid.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă în ceea ce privește lotul 6 iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire pentru lotul 6 cu respectarea prevederilor legale, a motivării aferentă Deciziei nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

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

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă în ceea ce privește lotul 6 iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire pentru lotul 6 cu respectarea prevederilor legale, a motivării aferentă Deciziei nr. 71/C1/2757 din data 11.01.2023 și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge în rest ca nefondată contestația formulată de SC

SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practica deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) pagini