CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. 554/21.05.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 18679/21.05.2019, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ...., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă privind atribuirea acordului – cadru furnizare dezinfectanţi – loturile 1, 2, 3, 5, 6, 7 s-a solicitat:
- modificarea specificaţiilor tehnice din caietul de sarcini pentru loturile 1, 2, 3, 5, 6 şi 7 conform celor precizate în contestaţie,
- suspendarea procedurii de atribuire la loturile 1, 2, 3, 5, 6 şi 7, până la soluţionarea contestaţiei.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 554/21.05.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 18679/21.05.2019, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire aferente loturilor 1, 2, 3, 5, 6, 7.

Pentru loturile 1, 2, 3, 5, 6 şi 7, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să refacă împărţirea pe loturi şi să stabilească pentru fiecare produs pe care doreşte să îl achiziţioneze, un lot separat. Gruparea mai multor produse diferite într-un singur lot nu aduce beneficii nici autorităţii contractante, nici ofertanţilor. Mai exact, sunt foarte puţini ofertanţi, poate doar unul, care să poată îndeplini toate cerinţele autorităţii contractante, pentru toate produsele încadrate într-un lot.

În acest sens, contestatoarea prezintă, ca exemplu lotul 1, unde autoritatea contractantă doreşte să achiziţioneze atât produse concentrate, cât şi gata de utilizare, atât dezinfectanţi cât şi şerveţele. La o licitaţie organizată de către Spitalul Judeţean de Urgenţă Cluj Napoca, a existat un singur ofertant care a putut prezenta un produs conform pentru lotul unde se solicitau seveţele impregnate cu dezinfectant de nivel înalt. Prin urmare, dacă există pe piaţă un singur ofertant pentru acest tip de produs, rezultă că va fi singurul care se va putea califica şi caştiga acest lot şi de la care autoritatea contractantă va achiziţiona 3 tipuri de produse. Astfel, este inutilă încercarea de a mai participa la această licitaţie, atât timp cât autoritatea contractantă cunoaşte de la momentul iniţierii în SEAP, ofertantul căruia doreşte să îi atribuie contractul, fiind singurul care se poate califica la un aşa lot care conţine mai multe produse. Acelaşi raţionament se aplică şi celorlalte loturi, unde autoritatea contractantă a decis să grupeze mai multe produse în cadrul unui singur lot.

În sprijinul celor susţinute, contestatoarea invocă chiar definiţia lotului din Legea nr. 98/2018:

„dd) lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziţie publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorităţii contractante, precum şi capacităţii întreprinderilor mici si mijlocii, sau pe baza calitativă, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”.

Astfel contestatoarea consideră ca fiind nelegal modul în care autoritatea contractantă a decis să grupeze mai multe produse diferite în acelaşi lot şi solicită obligarea refacerii acestor loturi şi stabilirea fiecărui produs ca fiind un lot separat, dând astfel posibilitatea tuturor ofertanţilor interesaţi să participe la prezenta procedură.

Contestatoarea îşi bazează această solicitare pe faptul că autoritatea contractantă a ales să desfăşoare această procedură de achiziţie publică pe baza actualei legislaţii naţionale şi internaţionale în acest domeniu, legislaţie care nu prevede în componenţa OMS 1082/2016 modificat prin OMS 1071/2017 *"Ordin pentru aprobarea modelului de documentaţie de atribuire standard privind achiziţia de produse biocide”*, posibilitatea de a grupa mai multe produse dezinfectante într-un singur lot, pentru a se atinge un singur scop.

De fapt, lotul format din produse în diferite forme de condiţionare, ambalare şi utilizare având acelaşi spectru de eficientă şi utilizare, de exemplu pentru lotul 1 scopul este dezinfecţia de nivel înalt a suprafeţelor pentru toate cele trei produse, acestea fiind diferenţiate nu prin eficienţa biocidă - cea care constituie scopul acestei proceduri - ci prin moduri de ambalare, gata de utilizare, concentrat, şerveţele, bidoane de 1- 5 litri cu sau fără pulverizator şi prin analiza comparativă.

La toate loturile constituite din mai multe produse, pe lângă faptul că aceste produse din cadrul aceluiaşi lot au compoziţii, eficacitate, stare de agregare şi ambalare diferite, modul de evaluare şi adjudecare este diferit - preţ pe litrul gata de utilizare, preţ pe şerveţel sau preţ pe litrul soluţie

de lucru pentru diferiţi timpi de acţiune şi spectre de acţiune asupra microorganismelor patogene diferite - deci nu se poate întocmi un mod de adjudecare uniform valabil pentru toate aceste produse, un mod de adjudecare care să caracterizeze lotul ca un tot unitar, analiza comparativă în cadrul aceluiaşi lot având loc diferit şi individual pentru fiecare produs component al lotului.

Mai mult, autoritatea contractantă a mai organizat o procedură de achiziţie publică şi în 2018, având ca obiect tot achiziţia de produse dezinfectante şi antiseptice şi care a fost aproape identică cu cea contestată. Contestatoarea a formulat o contestaţie împotriva caietului de sarcini din 2018, iar CNSC i-a admis contestaţia, prin Decizia nr. .... din 17.01.2019. Această decizie CNSC nu a fost contestată de către autoritatea contractantă, la Curtea de Apel, prin urmare a rămas definitivă.

Contestatoarea consideră ca fiind total nelegală decizia autorităţii contractante de a publica a doua oară un caiet de sarcini cu aceleaşi greşeli, pe care le-a avut şi primul caiet de sarcini, cu atât mai mult cu cât prima procedură a fost anulată din cauza modului greşit în care a înţeles să întocmească caietul de sarcini şi împărţirea pe loturi.

2. De asemenea, pentru lotul 1 poziţia 3, lotul 2 poziţia 1, lotul 5 poziţia 2, lotul 7 poziţia 1, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să stabilească timpul de acţiune maxim în funcţie de standardele pe care le solicită.

Mai exact, dacă de exemplu pentru efectul micobactericid EN 14348 timpul de contact obligatoriu, conform standardului SR EN 14885:2015 este de 60 de minute, iar conform Ordinului 1071/2017, tot pentru acest standard, există un singur timp de acţiune, cel de 60 de minute, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă este obligată să le utilizeze aşa cum au fost ele aprobate, cu atât mai mult cu cât susţine că acestea sunt *„I. Proceduri şi legislaţie care stau la baza întocmirii dosarului tehnic”*. Modificarea unor texte de lege sau a unor standarde nu reprezintă utilizarea lor.

Dacă prin Ordinul nr. 1071/2017 se specifică exact timpul de acţiune de „<= 5 min pentru suprafeţele ce intră în contact cu pacienţii sau personalul medical" şi „<=60 min pentru alte tipuri de suprafeţe”, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligaţia de a utiliza aceste specificaţii şi aceşti timpi de acţiune şi nu de a solicita după un criteriu subiectiv necunoscut, ca unele produse să acţioneze la 30 de minute sau 20 minute.

Astfel contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să respecte legislaţia la care face referire în capitolul I şi să solicite un timp de acţiune de 60 minute pentru lotul 1 poziţia 3, lotul 2 poziţia 1, lotul 5 poziţia 2, lotul 7 poziţia 1, în acest sens contestatoarea făcând din nou referire la Decizia CNSC nr. 85/2019.

Autoritatea contractantă a transmis cu adresa nr. 12691/20.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 23375/24.06.2019, documentele necesare soluţionării contestaţiei formulate de către SC ...SRL.

Autoritatea contractantă învederează că nu formulează punct de vedere cu privire la contestaţie, lăsând la latitudinea Consiliului soluţionarea cauzei.

De asemenea, în ceea ce priveşte justificarea formării loturilor, autoritatea contractantă arată că dorește să folosească produse ce conţin aceeaşi substanţă activă (pentru a atinge de exemplu efectul de dezinfecţie de nivel înalt) în secţii şi servicii ale spitalului cu rang asemănător din punctul de vedere al riscului infecţios. De fapt este vorba despre a aplica acelaşi tip de substanţă, pentru a obţine acelaşi efect, doar că modul de aplicare va fi diferit (pulverizare sau ştergere cu şervete gata impregnate), în funcţie de necesităţile utilizatorilor.

SR EN 14885:2015 prevede timpi de testare obligatorii necesari pentru a valida în condiţiile de laborator, efectul dorit a fi atins. Este evident că aceşti timpi trebuie respectaţi la testare. Dar acelaşi standard, prevede şi condiţiile adiţionale de testare, la alte temperaturi decât cele obligatorii şi la alti timpi (respectiv la 5, 15 şi 30 minute). Condiţiile obligatorii de testare în laborator nu sunt aplicabile în condiţiile practice din spital, mai exact nici un utilizator nu-şi va permite să stea o oră aşteptând ca dezinfectantul să-şi facă efectul.

De asemenea, testarea la 60 de minute se corelează cu diluţii mai mari de dezinfectant, pe când cea la timpii adiţionali se corelează cu diluţii mai mici (concentraţia în substanţă activă trebuie să fie mai mare pentru a atinge efectul dorit într-un timp mai scurt). Dacă s-ar accepta achiziţionarea unui produs în concentraţia mai mică necesară pentru efectul la o oră, se ajunge în situaţia practică de a folosi în realitate produsul în concentraţii mai mari, pentru a acţiona mai rapid (adaptat la realităţile dintr-un spital judeţean de urgenţă), astfel că în realitate consumul de produs concentrat va fi mult mai mare decât cel calculat la licitaţie. Este cerinţa autorităţii contractante fermă ca produsele să fie testate şi la timpii adiţionali de testare prevăzuţi de SR EN 14885:2015, pentru ca achiziţia lor să aibă la bază realitatea din spital şi nu dorinţa operatorului economic contestator de a-şi vinde produsul mai diluat decât este nevoie.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă privind atribuirea acordului – cadru furnizare dezinfectanţi. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. CN1011197/09.05.2019, valoarea estimată a procedurii de achiziție fiind situată între 3.973.200 și 4.767.840 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație SC ...SRL, solicitând modificarea specificațiilor tehnice din caietul de sarcini pentru loturile 1, 2, 3, 5, 6 şi 7 conform celor precizate în contestaţie și suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea contestaţiei pentru aceleași loturi.

Din motivarea contestației, Consiliul observă că societatea contestatoare solicită ca pentru loturile 1, 2, 3, 5, 6 şi 7, în care sunt

cuprinse mai multe tipuri de dezinfectanți, să se restructureze achiziția astfel încât fiecare produs să fie un lot separat, arătând că există categorii de dezinfectanți unde pot participa foarte puțini ofertanți. Contestatoarea invocă practică a Consiliului relevantă în acest sens.

analizând prevederile caietului de sarcini, Consiliul reține că loturile criticate au următoarea componență:

Lot 1 Produse pentru curățarea si dezinfecția suprafețelor din zona 4 –sectoare protejate
Detergent-dezinfectant de nivel înalt, produs gata de utilizare
Detergent-dezinfectant de nivel înalt, servete impregnate
Detergent-dezinfectant de nivel înalt, produs concentrat
Lot 2 Produse pentru curatarea suprafețelor din zona 3 și din zona 2
Detergent-dezinfectant de nivel intermediar, produs concentrat
Detergent-dezinfectant de nivel intermediar, șervete impregnate
Lot 3 Produse pentru curatarea rapida a suprafețelor
Dezinfectant rapid, produs gata preparat
Dezinfectant rapid, servete impregnate
Lot 5 Produse pentru prelucrarea instrumentarului reutilizabil
Agenti pentru curatarea instrumentarului cu enzime
Detergent dezinfectant pt. instrumentar
Lot 6 Produse pentru dezinfecția de nivel înalt a echipamentelor termosensibile
Dezinfectant de nivel înalt pentru dispozitive medicale termosensibile reutilizabile de clasa ii.b invazive: produs concentrat
Dezinfectant de nivel înalt pentru dispozitive medicale termosensibile reutilizabile de clasa ii.b invazive: șervete impregnate cu dezinfectant de nivel înalt pentru dispozitive medicale invazive
Lot 7 Produse avizate pentru dezinfectia saloanelor de izolare pentru infectia cu Clostridium difficile
Dezinfectant de nivel înalt concentrat cu efect asupra sporilor de clostridium difficile
Detergent-dezinfectant de nivel înalt cu efect asupra sporilor de clostridium difficile, șervete impregnate cu detergent-dezinfectant de nivel înalt

Totodată, Consiliul mai reține că practica invocată de contestatoare a stabilit că, în situația în care compunerea loturilor este una de natură să restricționeze concurența, se impune anularea procedurii, nefiind posibilă restructurarea loturilor după publicarea documentației.

Prin urmare, restructurarea loturilor conducând la o măsură atât de drastică, anularea procedurii fiind o măsură de excepție, se impune a se verifica în ce măsură compunerea loturilor în maniera rezultată din caietul de sarcini citat mai sus, este de natură a restricționa concurența.

Autoritatea contractantă nu formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă, lăsând la latitudinea Consiliului modul în care va soluționa contestația, dar justifică maniera de compunere a loturilor, arătând că dorește să folosească produse ce conţin aceeaşi substanţă activă (pentru a atinge, de exemplu, efectul de dezinfecţie de nivel înalt) în secţii şi servicii ale spitalului cu rang asemănător din punctul de vedere al riscului infecţios, arătând că, de fapt, este vorba despre a aplica acelaşi tip de substanţă, pentru a obţine acelaşi efect, doar că modul de aplicare va fi diferit (pulverizare sau ştergere cu şervete gata impregnate), în funcţie de necesităţile utilizatorilor.

Consiliul observă că autoritatea dorește să obțină mai multe tipuri de produse, pe care le-a grupat deja în 12 loturi. Contestatoarea este nemulțumită de asocierea realizată la loturile 1, 2, 3, 5, 6 şi 7, însă Consiliul nu va da curs solicitării acesteia de redivizare a loturilor prin formarea fiecăruia doar dintr-un singur produs. Cu excepția lotului 1, care are 3 produse, celelalte loturi au doar două produse din aceeași gamă de dezinfectanți, care pot fi comercializate împreună de furnizorii specializați, astfel încât nu se justifică separarea loturilor respective.

Potrivit art. 141 alin. (1) 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.

Astfel, din textul citat reiese că autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea contractului pe loturi cu condiția de a preciza acest lucru în documentația de atribuire. Așadar, autoritatea contractantă are opțiunea fie de a atribui un contract global, pentru toate produsele, fie de a recurge la divizarea pe loturi a achiziției. În plus, nicăieri nu se prevede obligația autorității de a alcătui loturile numai din produse identice ori din aceeași clasă, cum sugerează contestatoarea.

În Strategia națională în domeniul achizițiilor publice, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 901/2015, referitor la „Dreptul sau obligația de a lotiza” se arată:

1) Statele membre pot face obligatorie atribuirea contractelor sub formă de loturi separate în temeiul anumitor condiții care urmează să fie specificate în conformitate cu dreptul intern și având în vedere dreptul Uniunii.

cu opțiunea României:

Art. 46 alin. (4)

NU

De ce?

Deși divizarea pe loturi încurajează accesul IMM-urilor, decizia privind împărțirea sau nu în loturi, iar în caz afirmativ numărul și tipurile de loturi, **ar trebui să fie lăsată la latitudinea fiecărei autorități contractante**. În acest fel, **lăsând la latitudinea autorităților contractante împărțirea în loturi, achizițiile publice care se vor face vor reflecta mai bine circumstanțele specifice fiecărei cerințe/nevoi în parte**.

Faptul că dacă autoritățile contractante nu decid să împartă în loturi trebuie să justifice/explice decizia lor în documentele achiziției ar trebui să încurajeze autoritățile contractante să ia în considerare în mod activ posibilitatea de a lotiza.

Legislația în vigoare prevede posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea subcontractanți în vederea participării la procedura de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea de furnizare a tuturor produselor sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului. Nimic nu împiedică operatorul economic contestator să se asocieze cu furnizorii sau comercianții de produse pe care nu le poate comercializa el, ori să subcontracteze furnizarea acestora, după cum nimic nu împiedică operatorul să realizeze el însuși furnizarea lor, prin comenzi de pe piața internă sau externă.

La dosarul cauzei, contestatoarea nu a depus nicio dovadă din care să rezulte restricționarea participării sale prin nedivizarea și mai mult a loturilor care grupează produse din aceeași categorie sau cu aceeași destinație spitalicească. Prin alegerea atribuirii unui singur contract de achiziție publică pentru întreaga gamă de produse ce compun cele 6 loturi nu se poate concluziona că autoritatea contractantă a adus o atingere substanțială principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică sau că îngrădește accesul operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere/subcontractare.

Pot exista situații în care autoritățile contractante să abuzeze de dreptul pe care li-l conferă legea, într-o asemenea măsură încât să încalce principiile care guvernează atribuirea contractelor de achiziție, cu precădere nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea. Dar, în circumstanțele concrete ale speței de față, având în vedere că achiziția este una de complexitate redusă și că produsele sunt din aceeași gamă, ceea ce face ca asocierea sau subcontractarea să nu constituie o dificultate insurmontabilă pentru operatorii economici care nu au în oferta lor toată gama de articole cerute de autoritate, Consiliul stabilește că autoritatea, prin achiziționarea împreună a produselor specifice care compun loturile contestate, nu și-a exercitat în mod abuziv dreptul pe care i-l conferă dispozițiile normative citate.

Consiliul reține că și Curtea de apel București, în dosarul nr. 476/2/2019, a reținut în decizia sa nr. 25/2019, următoarele: *,,În raport cu prevederile citate (notă: art. 141 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016), divizarea obiectului contractului are în vedere fie componenta cantitativă, fie pe cea calitativă. În cazul celei dintâi divizarea are ca scop adaptarea dimensiunii obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacităților întreprinderilor mici și mijlocii. În cazul celei de-a doua, divizarea se realizează prin raportare la 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 ale ulterioare ale proiectului.*

Prin urmare, legea stabilește elementele pe care autoritatea contractantă trebuie să le aibă în vedere în a decide divizarea achiziției pe loturi. În raport cu aceste criterii, care presupun o anumită evaluare din partea achizitorului, și în limita lor, în mod evident autoritatea are un drept de apreciere a oportunității divizării pe loturi. (...)

Este evident că pot exista societăți doritoare cărora lotizarea propusă de autoritate să le depășească capacitatea. Însă, astfel cum a arătat CNSC, participarea la achiziții este posibilă și prin asocieri ale furnizorilor în situația în care capacitatea de producție sau de livrare a unei singure societăți nu satisface cererea. (..) Este de subliniat faptul că agenții economici sunt cei care trebuie să se adapteze solicitărilor autorităților, și nu invers.

Dacă este adevărat că legea este restrictivă în ceea ce privește dreptul autorităților de a face atribuiri fără lotizare sau cu o lotizare care să ducă la îngrădirea concurenței (prin includerea unor condiții restrictive care să creeze vocație exclusivă unui anumit ofertant), trebuie observat,

totuși, că nicio dispoziție legală sau principiu general nu conduce la ideea că autoritatea contractantă ar trebui să-și întocmească documentația de atribuire după criterii care să pună interesele potențialilor ofertanți înaintea interesului său de atingere a interesului public urmărit(...)

În mod evident în speță achizitorul nu a încălcat acest criteriu, ceea ce ar fi presupus, de exemplu, achiziția într-un singur lot a unor produse/servicii foarte diverse și care aparțineau/țineau de meserii sau cel puțin specializări complet diferite. (...) Deși gama de produse ce face obiectul achiziției este foarte redusă, loturile sunt foarte specializate, criteriul de formare fiind suprafața sau locul unde urmează să fie aplicat (suprafețe, instrumentar, plăgi). De exemplu, Lotul 1, care conține mai mult decât un singur produs, conține ,,Dezinfectanți concentrați pentru suprafețe'', iar ,,natura diferită a produselor'' la care se referă petenta înseamnă, de fapt, doar suportul diferit/modalitatea de aplicare a dezinfectanților respectivi: pulverizare, șervețele, lavetă.''

Consiliul mai reține ca relevantă și o altă decizie a Curții de apel ... nr. 2/2019, pronunțată în dosarul 342/43/2018, în care instanța a mers mai departe, reținând următoarele:

,,În cauză, nu se poate reține că împărțirea pe loturi a produselor ce fac obiectul procedurii de achiziție publică în litigiu a avut ca scop restrângerea artificială a concurenței atât timp autoritatea contractantă a fundamentat în mod obiectiv compunerea loturilor 1-14 pe prevederile Protocoalelor operaționale specifice fiecărui tip de operație, neutilizând o denumire comercială a firelor de sutură, ci indicând compoziția firelor de sutură solicitate.(...)

Compunerea loturilor nu a generat o restricționare artificială a concurenței în sensul art. 50 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 atât timp cât într-o etapă prealabilă desfășurării licitației deschise online pentru atribuirea acordului-cadru, pentru estimarea valorii contractului s-au primit de către autoritatea contractantă oferte de preț de la două societăți (filele 101-105 volum 2 dosar CNSC), altele decât cea cu privire la care contestatoarea invocă calitatea de distribuitor exclusiv a firelor de sutură polibutester elastic acoperit cu politriboalat, pacemaker, poliglactine 910.

Mai mult, întrucât contestatoarea nu a depus oferte decât pentru 3 loturi din loturile 1-14 (potrivit Punctului de vedere comunicat de contestatoare CNSC la data de 07.11.2018 – fila 115 vol. 1 dosar CNSC), iar pentru fiecare lot au fost depuse oferte de către doi operatori economici, apare ca nesusținută afirmația contestatoarei privind existența unui distribuitor exclusiv.

De altfel, plecând de la premisa susținută de contestatoare privind existenței unui distribuitor exclusiv a firelor de sutură polibutester elastic acoperit cu politriboalat, pacemaker, poliglactine 910, oricare ar fi modalitatea de lotizare, la licitație ar participa doar cei care au calitatea de distribuitori ai produselor ce fac obiectul achiziției publice.

Curtea apreciază că modalitatea de configurare a loturilor 1-14 este de natură să reducă, pe cât posibil, riscurile de erori în utilizare, cu luarea în considerare a cunoștințelor tehnice, a experienței, a educației și a formării profesionale a personalului medical din cadrul autorității

contractante, conform Protocoalelor operaționale depuse la dosar și conform art. I.1 din Anexa 1 HG nr. 54/2009.

De asemenea, instanța reține că potrivit pct. 78 din expunerea de motive a Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE , achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor, în scopul facilitării participării IMM-urilor și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari, în funcție de criterii cantitative sau calitative, însă dimensiunea și obiectul loturilor ar trebui să fie determinate în mod liber de către autoritatea contractantă.

În consecință, în desfășurarea procedurilor de achiziție publică, lotizarea este regula, în scopul facilitării participării IMM-urilor și pentru a stimula concurența, iar autoritatea contractantă trebuie să aibă o marjă de apreciere atunci când determină obiectul loturilor, aceste aspecte fiind valabile și în prezenta cauză.

În contextul în care se achiziționează produse cu un grad mare de specificitate, aprecierea privind numărul redus de ofertanți nu poate fi asociată, în mod necesar, unei conduite a autorității contractante contrare dispozițiilor normative incidente în materia achizițiilor publice. În condițiile în care, pentru cele 28 de loturi au depus oferte 5 operatori economici, existența a doi ofertanți pentru loturile 1-14 nu poate duce la concluzia că a fost restricționată artificial concurența.

De altfel, chiar dacă loturile ar fi structurate în raport de alte criterii (spre exemplu: compoziția firului de sutură), pornind de la afirmațiile contestatoarei conform cărora pentru anumite tipuri de fi re de sutură există exclusivitate în distribuție, s-ar ajunge la situația în care contestatoarea nu ar putea depune oferte admisibile pentru toate loturile''.

Față de practica recentă a instanțelor citată mai sus, văzând că loturile criticate sunt unele specializare, corespunzând aceleași destinații, de pildă Lot 1 Produse pentru curățarea si dezinfecția suprafețelor **din zona 4 –sectoare protejate,** Lot 7 Produse avizate **pentru dezinfectia saloanelor de izolare pentru infectia cu Clostridium difficile,** singura diferență fiind suportul diferit/concentrația dezinfectanților respectivi - produs concentrat, produs gata de utilizare sau șervețele, având în vedere că toate produsele dintr-un lot au aceeași destinație, precum și dreptul de apreciere al autorității contractante, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei referitoare la restructurarea achiziției pentru loturile criticate, în sensul în care fiecare lot trebuie să aibă ca obiect un singur produs, nefiind reținută vreo încălcare a legii care să impună admiterea acțiunii și anularea procedurii, în condițiile în care relotizarea este imposibilă, practic, după inițierea procedurii.

La punctul 2 din contestație, contestatoarea solicită pentru lotul 1 poziţia 3, lotul 2 poziţia 1, lotul 5 poziţia 2, lotul 7 poziţia 1, obligarea autorităţii contractante **să stabilească timpul de acţiune maxim în funcţie de standardele pe care le solicită**. Astfel, aceasta justifică, de exemplu, pentru efectul micobactericid, standardul EN 14348, timpul de contact obligatoriu, conform standardului SR EN 14885:2015, este de 60

de minute, iar conform Ordinului 1071/2017, tot pentru acest standard, există un singur timp de acţiune, cel de 60 de minute, consideră că autoritatea contractantă este obligată să le utilizeze aşa cum au fost ele aprobate, cu atât mai mult cu cât susţine că acesta sunt : *„I. Proceduri şi legislaţie care stau la baza întocmirii dosarului tehnic”*. Astfel, aceasta argumentează că dacă prin Ordinul nr. 1071/2017 se specifică exact timpul de acţiune de „<= 5 min pentru suprafeţele ce intră în contact cu pacienţii sau personalul medical" şi „<=60 min pentru alte tipuri de suprafeţe”, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligaţia de a utiliza aceste specificaţii şi aceşti timpi de acţiune, şi nu de a solicita după un criteriu subiectiv necunoscut, ca unele produse să acţioneze la 30 de minute sau 20 minute. Prin urmare, contestatoarea solicită impunerea timpilor diferențiați din actele normative în materie, și renunțarea la timpul unic de 30 minute pentru tot spectrul, inclusiv micobactericid.

Ca și în cazul celorlalte critici, contestatoarea invocă practică relevantă în materie.

Autoritatea arată că SR EN 14885:2015 prevede timpi de testare obligatorii necesari pentru a valida, în condiţiile de laborator, efectul dorit a fi atins. Este evident că aceşti timpi trebuie respectaţi la testare. Dar acelaşi standard, **prevede şi condiţiile adiţionale de testare, la alte temperaturi decât cele obligatorii şi la alti timpi (respectiv la 5, 15 şi 30 minute**). Condiţiile obligatorii de testare în laborator nu sunt aplicabile în condiţiile practice din spital, **mai exact nici un utilizator nu-şi va permite să stea o oră aşteptând ca dezinfectantul să-şi facă efectul**. De asemenea, **testarea la 60 de minute se corelează cu diluţii mai mari de dezinfectant, pe când cea la timpii adiţionali se corelează cu diluţii mai mici (concentraţia în substanţă activă trebuie să fie mai mare pentru a atinge efectul dorit într-un timp mai scurt)**. Dacă s-ar accepta achiziţionarea unui **produs în concentraţia mai mică necesară pentru efectul la o oră, se ajunge în situaţia practică de a folosi în realitate produsul în concentraţii mai mari, pentru a acţiona mai rapid (adaptat la realităţile dintr-un spital judeţean de urgenţă), astfel că în realitate consumul de produs concentrat va fi mult mai mare decât cel calculat la licitaţie**. Este cerinţa autorităţii contractante fermă ca produsele să fie testate şi la timpii adiţionali de testare prevăzuţi de SR EN 14885:2015, pentru ca achiziţia lor să aibă la bază realitatea din spital şi nu dorinţa operatorului economic contestator de a-şi vinde produsul mai diluat decât este nevoie.

Consiliul reține că Ordinul nr. 1082/731/2016, astfel cum a fost modificat de Ordinul nr. 1071/2017, stabilește anumiți timpi de contact pentru testarea dezinfectanților:

Spectrul de activitate conform EN 14885/2015

- Bactericidă: EN 13727 (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. ≥ 5,0
- Bactericidă/Fungicidă: EN 13697 (2,2), timp de contact 5 min., reducere lg. ≥ 4,0 pentru activitate bactericidă
- Fungicidă lg mai mare sau egal cu 3

- Levuricidă: EN 13624 (Candida albicans) (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. ≥ 4,0

- Fungicidă: EN 13624 (Candida albicans + Aspergillus brasilliensis) (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. ≥ 4,0

- Micobactericidă EN 14348 (2,1), timp de contact 60 min., reducere lg. ≥ 4,0

- Virucidă: EN 14476 (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. ≥ 4,0

- Sporicidă: EN 13704 reducerea log ≥ 3,0 (conform Ordinului ministrului sănătății nr. 961/2016, cu modificările ulterioare)

Contestatoarea critică solicitarea pentru activitatea micobactericidă a unui timp de contact de 30 minute, prin derogare de la prevederile Ordinul nr. 1082/731/2016 modificat. Astfel cum rezultă din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat Timp de acţiune maxim: **30 min, pentru efect de dezinfecţie de nivel înalt, conform testărilor.**

Consiliul reține că la finalul Ordinului nr. 1082/731/2016, modificat de Ordinul nr. 1071/2017, există o notă, unde se precizează următoarele:

,,NOTĂ:

Aceste criterii **au caracter de recomandare menite să sprijine activitatea epidemiologului de spital în selectarea produselor biocide de dezinfecţie adecvate situaţiei specifice a unităţilor sanitare în conformitate cu Planul de supraveghere al infecţiilor nosocomiale (circulaţia germenilor, etiologie infecţii nosocomiale etc.) şi se aplică în funcţie de nivelul de dezinfecţie necesar suprafeţelor din unităţile sanitare critice sau noncritice şi nivelul de dezinfecţie indicat acestora:**

- dezinfecţie de nivel scăzut, intermediar sau înalt în conformitate cu recomandările Ordinului ministrului sănătăţii nr. 961/2016 şi conform SR EN 14885/2015.

Standarde:

• obligatorii: bactericidă şi levuricidă (destinată suprafeţelor din arii noncritice, respectiv săli de aşteptare, pavimente spaţii comune, grupuri sanitare etc.)

• **adiţionale (destinată suprafeţelor, instrumentarului şi tegumentelor din săli de intervenţii chirurgicale, săli de pansamente, secţii terapie intensivă, neonatologie etc.)**''.

După cum rezultă din analiza Ordinului menționat, acesta cuprinde prevederi minimale de atins de autoritate atunci când redactează documentația de atribuire pentru dezinfectanți. În funcție de specificul activității și al spitalului, nicio dispoziție nu o îngrădește pe autoritate să impună exigențe crescute, așa cum s-a arătat, ordinul având caracter de recomandare, dispozițiile lui fiind unele minimale. Dimpotrivă, la finalul paragrafului citat se arată că se pot utiliza condiţiile adiţionale de testare, așa cum a procedat autoritatea contractantă.

Consiliul reține că există două categorii de timpi de contact cu care operează expres Ordinul nr. 1082/2016 pentru dezinfectanții de nivel înalt, respectiv sub formă de interval și sub formă de timp fix. Autoritatea contractantă a precizat un timp maxim de 30 minute pentru tot spectrul, inclusiv micobactericid. Cerința timpului de contact pentru dezinfectanți se

situează în marja de apreciere pe care legea o permite autorității achizitoare, Ordinul nr. 1082/2016 neinterzicând autorității timpi de acțiune diferiți de cei precizați în Ordin, acesta având caracter de recomandare și cuprinzând dispoziții minimale. Astfel, nimic nu o împiedică pe autoritate să solicite produse mai concentrate, care să acopere tot spectrul la un timp maxim de 30 minute, specificul unității, unitate de urgență, și traficul mare de bolnavi impunând o dezinfecție rapidă și eficientă.

În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de Apel ....-Secția a IX contencios administrativ și fiscal în Decizia nr. 25/2019 din 29.03.2019, potrivit căreia:

«Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante (art. 2 și art. 3 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016).

Impunerea caracteristicilor produselor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natura să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorității contractante de a achiziționa produse cu astfel de caracteristici, performante calitativ, nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, care reglementează achizițiile publice. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.

Reținând că societățile comerciale autoare a contestațiilor se referă în principal la cerințele autorității contractante de a achiziționa produse cu anumite caracteristici tehnice, iar susținerile acestora nu conduc la concluzia că cerințele sunt restrictive, Curtea stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condițiilor criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse cu caracteristicile de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, prin acceptarea de produse cu alte caracteristici (și care nu îndeplinesc aceste cerințe referitoare la performanțele produselor), **existând riscul de a nu asigura o intervenție rapidă, eficientă de dezinfecție. Nu există o prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora.**

Curtea constată ca cerințele criticate sunt în concordanță cu prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora specificațiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini urmăresc descrierea în mod obiectiv a produsului care se dorește a fi achiziționat, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante. **Doar autoritatea contractantă este cea în măsură să cunoască cu ce infecții s-a confruntat de-a lungul timpului, care ar fi concentrația de alcool minim pe care să o conțină un antiseptic apt să combată chiar și infecțiile cu risc maxim**. (...) **Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele autorității contractante.**

Curtea consideră ca autoritatea contractantă a ținut seama de scopul legislației privind achizițiile publice, anume acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal nediscriminatoriu.

Raportat la dispozițiile legale mai sus enunțate, Curtea determină că, prin cerințele impuse nu s-a restricționat participarea la procedură.

La stabilirea în documentația de atribuire a anumitor cerințe tehnice pentru ofertanți, autoritatea contractantă s-a limitat doar la cele absolut necesare în vederea îndeplinirii obiectului contractului în cauză, nu a îngrădit participarea la procedura a operatori lor economici. Oricum, potrivit art. 22 din Normele tehnice din 19 august 2016 privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private: Criteriile de alegere corectă a dezinfectantelor sunt următoarele: a) spectrul de activitate adaptat obiectivelor fixate;

Așadar autoritatea contractantă a arătat, în mod clar, că dorește produse performante, care să poată fi folosite și în sectoarele cu risc maxim de infecții nozocomiale și alte infecții grave, iar caracteristicile tehnice ale produselor cerute prin documentația de atribuire respectă întocmai aceste prevederi legale.

Autoritatea este competentă să introducă cerințe tehnice și a fost preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

Separat de dispozițiile legale amintite, care trebuie avute în vedere de autoritățile contractante, ținând seama de normele legale în vigoare, Curtea stabilește că cerințele solicitate nu sunt disproporționate.

(...)Consiliul a admis această critică având în vedere că „Ordinul nr. 1.082/731/2016 prescrie anumiți timpi de contact, iar dacă autoritatea achizitoare dorește să se abată de la acești timpi, ea este obligată să explice potențialilor ofertanți rațiunea derogării, în caz contrar situându-se în afara dispozițiilor ordinului. Argumentarea trebuie să fie una plauzibilă, mai cu seamă că produsele dezinfectante au parcurs deja testările SR EN 14885/2015, înainte de a fi puse pe piață, iar o retestare a lor în alte condiții este de natură a restricționa substanțial participarea la licitație, separat de durata și costurile pe care le presupune".

Critica este nefondată contrar celor reținute de CNSC așa cum reiese din dacumentația de atribuire, în lotul 1 intră dezinfectanți de nivel înalt pentru suprafețe soluție concentrată.

În caietul de sarcini s-a specificat standardul care trebuie respectat, conform cu art. 156 din Legea nr. 98/2016.

Pentru această categorie de dezinfectanți, s-a indicat spectrul de activitate astfel:

"Spectrul de activitate conform EN 14885/2015

Bactericidă: EN 13727 (2,1), timp de contact <= 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical) reducere lg. >= 5.0

Bactericidă/Fungicidă: EN 13697 (2,2), timp de contact 5 min., reducere lg. >=4,0 pentru activitate Bactericidă

Fungicidă: EN 13624 (Candida albicans + Aspergillus brasilliensis) (2,1), timp de contact <= 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical), reducere lg. >= 4,0

Microbactericidă EN 14348 (2,1), timp de contact 60 min., reducere lg. >= 4.0

Virucidă: EN 14476 (2,1), timp de contact <= 5 min. (pentru suprafețele ce intră în contact cu pacienții sau personalul medical), reducere lg. >= 4,0

Sporicidă: EN 13704 timp de contact maxim 5 minute reducerea log >= 3,0”.

(...) Așadar, nu i se poate imputa autorității contractante că a ales să reducă timpii de contact, în condițiile în care dispunea de o marjă de apreciere, iar alegerea a respectat intervalul stabilit de lege, rezultatul urmărit fiind acela al achiziționării unor produse calitativ superioare, cu eficiență sporită. (..)

Toate aceste reținere ale instanței sunt în deplină concordanță cu hotărârea CJUE în cauza C-413/17 Roche Lietuva UAB, în care Curtea a stabilit că principiul proporționalității se aplică în mod special în domeniul sensibil al sănătății publice. Astfel, rezultă dintr-o jurisprudență constantă a Curții că, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în acest domeniu, trebuie să se țină seama de faptul că sanătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul FUE și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins. Întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă

de apreciere (Hotărârea din 8 iunie 2017, Medisanus. 0-296/15, EU:C:2017:431. punctul 82 și jurisprudența citată).

În realitate, petentele au criticat cerințele menționate mai sus doar prin prisma oportunității.

Însă, așa cum s-a reținut anterior, în privința oportunității, organele de jurisdicție nu pot cenzura soluția adoptată de autoritate decât în situația excesului de putere, respectiv în măsura în care constată că soluția adoptată contravine unor drepturi fundamentale. Prin urmare, adoptarea soluției care răspunde cel mai bine interesului general, intră în marja de apreciere a autorității și nu poate fi cenzurată de organele judiciare decât în situația excesului de putere.

În aceste condiții, Curtea constată că autoritatea a prezentat elementele obiective, de natură tehnică, care au justificat impunerea cerințelor, ceea ce exclude incidența excesului de putere.»

Prin urmare, având în vedere că autoritatea achizitoare este un spital de urgență, argumentația sa potrivit căreia ,,condiţiile obligatorii de testare în laborator nu sunt aplicabile în condiţiile practice din spital, **mai exact nici un utilizator nu-şi va permite să stea o oră aşteptând ca dezinfectantul să-şi facă efectul'',** fiind una validă, iar Consiliul nu are competența legală de a se substitui autorității și epidemiologului spitalului în sensul obligării acestora de a accepta dezinfectanți mai puțin concentrați decât necesitățile sale. Așa cum s-a arătat și cum reține practica judecătorească, dreptul de apreciere al autorității contractante îi permite acesteia să achiziționeze produse superioare, ordinul menționat de contestatoare nefiind unul imperativ, în sensul obligării autorității la acceptarea timpilor maximi, ci el prevede niște timpi maximi peste care autoritatea nu poate trece. Astfel, autoritatea nu poate accepta niciodată ca spectrul de acțiune micobactericid să fie atins la o oră și jumătate, dar poate accepta ca acesta să fie atins la o jumătate de oră, chiar dacă în ordin se prevede o oră. Dacă s-ar accepta interpretarea că timpul de o oră este unul obligatoriu, contrar notei care stabilește că are caracter de recomandare, atunci spitalul ar fi lipsit de orice răspundere în situația unor infecții nosocomiale, în situația în care a achiziționat dezinfectanți urmând strict prevederile ordinului, și nu urmând propria sa necesitate, așa cum prevede, de fapt, ordinul. De altfel, Ordinul stabilește, așa cum s-a arătat, dreptul autorității de a apela și la testările adiționale, potrivit standardului 14885:2015, așa cum arată autoritatea contractantă în punctul de vedere.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu ....

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 14 (paisprezece) pagini.