

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. 2208/C1/2276

Data: 20.10.2022

Prin contestația nr. 2381/16.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46271/19.09.2022, formulată de SC GB INDCO SRL, cu sediul în București, str. B-dul Dimitrie Cantemir nr. 9, bloc 7, ap. 8, sector 4, 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, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, str. Primăriei nr. 26, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Achiziție dezinfectanți în cadrul proiectului – Dotarea unităților de învățământ din cu echipamente de protecție și dispozitive medicale”, cod CPV: 33631600-8, s-a solicitat,

- în principal, anularea achiziției;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al achiziției în raport de cererile din contestație - cu referire numai la produsele dezinfectante incluse în achiziție.
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată pe cale separată.

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

Contestatorul arată că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 09.09.2022 și, având în vedere că valoarea estimată a achiziției este de 327.580 lei, în raport de dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) Legea nr. 101/2016, a formulat prezenta contestație în termen legal.

Anularea achiziției

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea achiziției în 6 loturi (câte un produs per lot).

Susține că, actualmente, procedura de atribuire a contractului impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru 6 produse astfel descrise în anunțul de participare:

„II. 1.4) Descrierea succintă

Achiziție de dezinfectanți în cadrul proiectului: «Dotarea unităților de învățământ din cu echipamente de protecție și dispozitive medicale»-MySMIS 149712:

Porți dezinfectare - 5 buc.

Soluție porți - 1920 litri

Dezinfectant suprafețe expuse la atingere - 910 litri

Dezinfectant doza cu pompa -910 litri

Dozator dezinfectând doza cu pompa - 34 buc.

Dezinfectant suprafețe - 2900 litri”.

Contestatorul arată că în caietul de sarcini (p. 4), o primă descriere a produselor componente ale achiziției a fost prin prezentarea cantității fiecărui produs. Pentru ca apoi, fără vreo clarificare a echivalenței produselor, tot în caietul de sarcini (fișele de specificații tehnice), produsele să fie menționate, în parte, diferit:

„(1) Porți dezinfectare

(2) Soluție porți

Dozator pentru dezinfectanți, cu pompa dozatoare

Detergent - dezinfectant spray pentru curățarea și dezinfecția ultra-rapidă a suprafețelor

Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfecția suprafețelor (podelelor)

Dezinfectant lichid, pentru dezinfecția igienică a mâinilor, prin frecare”.

Preliminar arată că autoritatea contractantă aplică un tratament nivelator tuturor produselor achiziției, inclusiv produselor lotului 1, considerându-le ca fiind dispozitive medicale (caiet de sarcini achiziție):

„3.3.2. Produsele finite/echipamentele trebuie să îndeplinească toate condițiile legale pentru introducerea pe piață și punerea în funcțiune a dispozitivelor medicale în România”.

Ori, din chiar cerințele enunțate în cazul produselor

„(2) Soluție porți

Detergent - dezinfectant spray pentru curățarea și dezinfecția ultra-rapida a suprafețelor

Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfecția suprafețelor (podelelor)

Dezinfectant lichid, pentru dezinfecția igienică a mâinilor, prin frecare,

acestea trebuie să fie, respectiv pot fi produse biocide.

Totodată arată și că există contradicții între prevederile documentației de atribuire în ce privește criteriul de atribuire; dacă cel general enunțat este cel mai bun raport calitate-preț, în cazul produsului

Dezinfectant lichid, pentru dezinfectia igienică a mâinilor, prin frecare și a produsului Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfectia suprafețelor (podelelor) să fie enunțat (în mod implicit) criteriul prețul cel mai scăzut, fiind impusă evaluarea în funcție de preț: „Prețul ofertat va fi pe litru soluție”, respectiv „Prețul ofertat este /litru soluție gata de utilizare”.

În opinia sa observațiile sale de mai sus creează cadrul factic general pe care se grefează celelalte critici care conduc la soluția anularii achiziției.

Astfel arată că în cuprinsul lotului se afla 4 produse calificate dezinfectanți:

(2) Soluție porți

Detergent - dezinfectant spray pentru curățarea și dezinfectia ultra-rapidă a suprafețelor

Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfectia suprafețelor (podelelor)

Dezinfectant lichid, pentru dezinfectia igienică a mâinilor, prin frecare,

iar două calificate echipamente medicale:

(1) Porți dezinfectare

Dozator pentru dezinfectanți, cu pompa dozatoare.

Consideră că adăugarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert/logic/aritmetic fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 6 produse ale lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

De altminteri, precizează că operatorii cărora li se adresează achiziția sunt specializați pe două piețe diferite: cea a echipamentelor medicale și cea a dezinfectanților medicali.

În cazul societății sale (întreprindere mijlocie), precizează că este specializată pe piața dezinfectanților medicali și, prin obligarea sa de a prezenta oferte și pentru echipamente medicale, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa asemenea restricționare are efecte și asupra formării prețurilor de achiziție, care, în prezența unei concurențe sporite (precum în cazul organizării achiziției prin atribuirea contractelor în cadrul a 6 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

În continuare prezintă jurisprudență care consideră că susține cererea sa (menționând că în speță este vorba de un lot compozit în care se numără nu numai produse dezinfectante, dar și echipamente medicale).

Dacă cererea sa de restructurare va fi considerată întemeiată, atunci susține că se impune anularea procedurii „pentru Lotul 1”.

Modificarea caietului de sarcini achiziție (partea de dezinfectanți)

Cerere generală.

În raport de obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin art. 154 din Legea nr. 98/2016, solicită obligarea acesteia la precizarea expresă ca specificațiile tehnice ale produselor dezinfectante ale „lotului 2” (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), că 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.

Cele 4 produse dezinfectante ale achiziției sunt, respectiv pot fi produse biocide (prin indicarea ca atare de către autoritatea contractantă), astfel încât punerea lor la dispoziție pe piața României se poate face doar în condițiile prevăzute de art. 4 alin. (1) lit. g) din OMS nr. 10/2010, între care:

„g) rapoartele de testare pentru demonstrarea eficacității biocide în funcție de tipul de produs, activitatea afirmată pe eticheta produsului și în recomandările de utilizare vor fi efectuate conform unor metode elaborate de Organizația Internațională de Standardizare (ISO), de Comitetul European de Standardizare (CEN)”.

Standardul a devenit standard național la 31 august 2022.

Așadar, atât în temeiul prevederilor speciale referitoare la punerea la dispoziție pe piață numai de produse biocide testate conform standardelor CEN, grupate în STANDARD, cât și a regulii de stabilire a specificațiilor tehnice prin raportare (prioritară) la standardele naționale care transpun standarde europene - art. 156 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, consideră că se impune obligarea autorității contractante la respectarea prevederilor standardului în ce privește caracteristicile produselor ce dorește a achiziționa în scop de dezinfectare, cât și în ce privește modul de evaluare a ofertelor.

Totodată, susține că pentru „două” produse:

Detergent - dezinfectant spray pentru curățarea și dezinfecția ultra-rapidă a suprafețelor

Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfecția suprafețelor (podelelor)

Dezinfectant lichid, pentru dezinfecția igienică a mâinilor, prin frecare,

este stabilit spectrul de activitate prin raportare la prevederile ediției 2015 a standardului EN 14885, înlocuită prin ediția 2018, iar aceasta din urmă înlocuită prin ediția 2022 - potrivit Standardului, p. 4, ediția 2022 a înlocuit ediția 2018.

Așadar produsul ofertat, respectiv evaluarea sa, trebuie să aibă în vedere eficacitatea dovedită prin standardul EN 14885:2022, respectiv prin standardele specializate stabilite de acesta.

Produsul – Soluție porți:

Solicită obligarea autorității contractante la precizarea tipului de produs biocid solicitat prin cerința: „Soluție dezinfectantă, avizată Comisia Națională pentru Produse Biocide, prin indicarea tipului de produs - care trebuie să fie TP 1.

Contestatorul precizează că potrivit descrierii de tip din ANEXA V la REGULAMENTUL UE nr. 528/2012, produsul vizat de autoritatea contractantă trebuie să fie clasificat (și avizat CNPB) TP 1:

„ANEXA V

TIPURILE DE PRODUSE BIOCID E ȘI DESCRIEREA ACESTORA
PREVĂZUTE LA ARTICOLUL 2 ALINEATUL (1)

GRUPA PRINCIPALĂ 1: Dezinfectanți

Tipul de produs 1: Igienă umană

Produsele din această categorie sunt produse biocide utilizate pentru igiena umană, aplicate pe sau care intră în contact cu pielea umană sau cu pielea capului în scopul principal de a dezinfecta pielea sau pielea capului”.

În speță, susține că produsul utilizat de porțile de dezinfectare trebuie să intre în contact cu suprafețele neacoperite ale corpului uman (fața, mâini, etc.).

PRODUSUL „Detergent - dezinfectant spray pentru curățarea și dezinfecția ultra-rapidă a suprafețelor”.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea actualului spectru de acțiune microbică:

„Bactericida/Levuricidă EN16615 - timp de acțiune maxim 5 minute
Bactericida: EN 13727 și Virucid complet: EN 14476 - timp de acțiune 30 secunde”,

în sensul:

- eliminării dovedirii efectelor BACTERICID/LEVURICID prin testări conform standardului EN 16615.

Întrucât: standardul EN 16615 este dedicat produselor ce sunt aplicate prin mijloace mecanice (prin ștergere), în timp ce solicitarea autorității contractante este pentru produs care acționează prin pulverizare/ sprayere (adică fără mijloace mecanice) și așa cum rezultă și din titulatura produsului + specificația Ambalare în flacoane de min. 500 ml-max. 1000 ml prevăzute cu pulverizator”;

- precizării dovedirii efectului VIRUCID conform standardului EN 14476 prin testări efectuate cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV 2),

Întrucât, pe de o parte, ținta dezinfecției o constituie prevenirea infectării cu virusul anvelopat SARS COV 2, iar pe de altă parte, se realizează o lărgire a competiției (fiind un număr mai mare de ofertanți care pot îndeplini cerința testării VIRUCIDE la acest nivel minimal, dar strict necesar, decât cel al ofertanților care pot îndeplini cerința testării efectului VIRUCID la nivel deplin, nenecesar în mod strict) fără afectarea obiectului achiziției.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de compoziție a dezinfectantului „Să nu conțină fenoli, aldehide, alcooli, clor, compuși cuaternari de amoniu”, în sensul menținerii doar a interdicției prezenței aldehydelor, interzisă prin normele UE.

Cu privire la acest aspect susține că toate celelalte substanțe nu sunt interzise prin 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.

Contestatorul susține că cerința autorității contractante contravine prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Totodată subliniază 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 principiile fundamentale ale achizițiilor publice, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal.

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

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

Cu privire la acest aspect arată că asemenea cerințe au fost, principal, desființate de CNSC și de curțile de apel din țară (exemplu dosar 431/45/2021 Curtea de Apel Iași, dosar nr. 2969/2/2021 Curtea de apel București).

Produsul Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfecția suprafețelor (podelelor).

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante:

- la înlocuirea actualului spectru de activitate:

- Bactericidă: EN 13727
- Virucidă completă: EN 14476

Timp de acțiune : maxim 5 minute,

cu cel prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor în aria instituțională (în speță, autoritatea contractantă achiziționează pentru unități de învățământ) - cu acțiune mecanică de aplicare - p.48.

- cu adăugarea efectului VIRUCID (justificarea achiziției constă în necesitatea combaterii pandemiei COVID 19), dovedit prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virușilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2) - p.33:

- cu excluderea efectului VIRUCID dovedit prin testări conform standardului EN 13610 (specific ariilor alimentară și industrială);

- cu eliminarea efectului SPORICID (specific zonei alimentare și caracteristic pentru o dezinfecție de nivel înalt - a se definiția legală a unei asemenea dezinfecții - art. 1 lit. d) ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/ 2021 - „d) dezinfecție de nivel înalt - procedura de dezinfecție prin care se realizează distrugerea bacteriilor în formă vegetativă, fungilor, virusurilor, micobacteriilor și a majorității sporilor bacterieni” inutilă în speță, fiind vorba de suprafețe care nu impun asemenea nivel de dezinfecție)

și

- cu dovedirea efectelor microbicide astfel stabilite prin testări în condiții de murdărie (produsul trebuie să realizeze atât CURĂȚAREA, cât și DEZINFECȚIA suprafețelor

- „Să prezinte simultan acțiune de curățare și dezinfecție” - , ceea ce impune respectarea regulii de testare prevăzute de autoritatea UE în materie de produse chimice - ECHA - în „Guidance on the BPR: Volume II Parts B+C Version 3.0 April 2018 p.57.

Produsul Dezinfectant lichid, pentru dezinfecția igienică a mâinilor, prin frecare.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de acțiune al produsului conform prevederilor standardului privitoare la activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională (în speță, autoritatea contractantă achiziționează pentru unități de învățământ) — p.48.

Eventual cu adăugarea activității VIRUCIDE (justificarea achiziției constă în necesitatea combaterii pandemiei COVID 19), dovedită prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusurilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2) - p.32.

Urmare acestei alinieri depline la prevederile standardului, consideră că se impune înlocuirea actualului spectru de activitate:

„Bactericidă: EN 13727

Bactericidă EN 1500

Levuricidă: EN 13624

Virucidă: EN 14476

Micobactericidă/Tuberculocidă EN 14348

Să fie testat împotriva SARS Cov-2 cu timp de acțiune de maxim 30 secunde”,

care, prin caracterul excesiv al structurii sale (depășește aria necesarului tehnic stabilit prin standard) sau prin imprecizia/neadaptarea standardelor indicate, restricționează competiția.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea specificațiilor:

„Să nu producă iritații la utilizări repetate”,

„Să fie specificat factorul de protecție tegumentară”

prin solicitarea de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

În opinia sa aceasta este o cerință venind în interesul sănătății comunității pentru protecția căreia achiziționează autoritatea contractantă, care totodată stabilește un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerințelor existente ale caietului de sarcini produs.

De asemenea contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea cerinței,

„Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului”,

prin:

- stabilirea unei perioade pe care autoritatea contractantă o consideră a fi corespunzătoare necesităților sale pentru menținerea unei stări de siguranță a utilizării produsului după deschiderea recipientului în care se află;

- impunerea obligației pentru ofertanți de a dovedi (prin probe obiective, precum rapoarte de testare etc.) durata perioadei de „valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului.

Fără completările de mai sus, consideră că autoritatea contractantă va putea ajunge în situația de a achiziționa un produs a cărui valabilitate post-deschidere recipient să fie de (exemplu) 1 zi sau să nu existe nicio dovadă obiectivă a declarației producătorului că produsul său are o valabilitate post-deschidere recipient de (exemplu) 200 zile.

Pentru justificarea legalității cererii sale, face trimitere la prevederile OMS nr. 1761/2021, respectiv art.19 alin. (2) din ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/2021 și art.2 din ANEXA nr. 3 la OMS nr. 1761/2021.

Chiar dacă aceste norme privesc unitățile din aria medicală, contestatorul consideră că utilitatea lor în orice arie de activitate socială (prin raportare la obligația în sarcina tuturor persoanelor - fizice și juridice - din România de a asigura protecția sănătății publice - art. 3 din Legea nr. 95/2006) este indiscutabilă.

Pentru motivele arătate solicită admiterea contestației.

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

Prin punctul de vedere nr. 6156/22.09.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 47006/22.09.2022 autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca:

- fiind pur speculativă, neprobată și, în consecință, nefondată, precum și netemeinică.

- ca fiind depusă de un operator economic lipsit de interes.

Autoritatea contractantă face inițial un scurt istoric al derulării procedurii de achiziție.

A. Aspecte prealabile (excepții):

Autoritatea contractantă solicită a se observa faptul că asigură atât transparența, cât și respectarea tratamentului egal, tuturor operatorilor economici interesați, publicând în cuprinsul documentației de atribuire toate detaliile necesare întocmirii unei oferte corecte, complete și perfect acceptabilă. În acest sens, indică faptul că Fișa de date a achiziției prevede în mod clar faptul că: «Număr zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor: 5».

Raportat la data limită de depunere a ofertelor, respectiv la data de 26.09.2022, poate concluda fără a greși că, în cazul în care ar aprecia că există elemente de ambiguitate sau chiar elemente de încălcare a legislației, orice operator economic interesat va putea solicita autorității contractante clarificări.

Față de acest aspect, aduce în atenție art. 160 din Legea nr. 98/2016, conform căruia:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege”.

Cu toate acestea, arată că contestatorul apelează la acest remediu, respectiv formulează o contestație, în loc de a solicita clarificări, la fel cum au solicitat, de altfel, și ceilalți operatori economici.

În opinia sa importanța acestei precizări rezidă în aceea că acest demers nu are nicio justificare, cu excepția celeia de a forța prevederile documentației doar pentru a-și putea comercializa produsele. Un argument suplimentar, în acest sens, îl reprezintă inclusiv cererea contestatorului de a se suspenda procedura până la soluționare.

În aceste condiții, în care a stabilit faptul că contestatorul ar avea și alte pârghii pentru a obține eventuale îndreptări, în opinia sa cererea acesteia apare ca fiind lipsită de interes sau chiar prematur depusă.

Înainte de toate, autoritatea contractantă precizează că demontează insinuările contestatorului conform cărora modul de formulare a cerințelor nu cuprinde faptul că autoritatea contractantă acceptă orice specificație echivalentă sau chiar superioară, în legătură cu echipamentele și produsele dorite, relevând un pasaj din caietul de sarcini aferent procedurii în discuție, respectiv:

„Referirile/specificațiile tehnice din cuprinsul prezentei documentații de atribuire, prin care se indică/precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele furnizate/operațiunile accesorii de un anumit operator economic sau se referă la denumiri comerciale, mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică au ca scop descrierea suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului, identificarea cu ușurință a caracteristicilor produselor ce urmează a fi achiziționate și nu au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici fiind însoțite de mențiunea „sau echivalent”.

În altă ordine de idei, solicitarea conform căreia autoritatea contractantă ar trebui obligată la organizarea achiziției în 6 loturi (câte un produs per lot), în opinia sa nu reușește decât să confirme o neînțelegere vădită a principiilor achizițiilor publice, precum și a legislației aplicabile, așa cum susține că va arăta de altfel în cele ce urmează.

Astfel arată că ea își exercită dreptul și nu obligația, conform Art. 141 „(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” al Legii nr. 98/2016, de a lotiza bazat pe destinația echipamentelor și pe faptul că o gamă variată de operatori economici au în portofoliu tipurile de produse dorite de autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri.

De asemenea, susține că relevant este și art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, conform căruia:

„(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.[...]”.

Per a contrario, în situația în care autoritatea contractantă recurge la atribuirea pe loturi, aceasta nu are obligația de a justifica decizia.

Odată stabilită lipsa obligației în acest sens, solicită a se observa că, din rațiuni de transparentă și de eficiență, autoritatea contractantă a efectuat totuși justificări detaliate ale motivelor care au stat la baza manierei de lotizare.

Autoritatea contractantă precizează că va arăta în cele ce urmează considerentele reale ale modului de lotizare – considerente pe care le-ar fi expus și contestatorului (dacă ar fi avut un interes real) în urma unei solicitări de clarificare de natură să nu impieteze graficul de implementare al unui proiect european, așa cum impietează depunerea unei contestații.

Astfel, arată că indicatorii avuți în vedere de ea în ceea ce privește lotizarea sunt:

- cel ECONOMIC: presupune realizarea unei investiții care în perioada de sustenabilitate:

- să nu genereze costuri suplimentare și nedorite pentru instituție, prin realizarea unui plan de implementare eficient al garanției, împreună cu furnizorii;

- să ofere posibilitatea instituției de a-și adapta bugetele de cheltuieli progresiv pentru acoperirea cheltuielilor de exploatare, în pas cu creșterea nivelului de performanță a actului medical;

De asemenea prin modalitatea de lotizare, precum și prin cerințele minimale și obligatorii ale acestui caiet de sarcini, apreciază că pune premisele asigurării unui înalt standard de calitate, unitar pentru toate echipamentele furnizate și în consecință cheltuieli în garanție și post-garanție diminuate prin fiabilitatea crescută.

- cel SOCIAL: presupune asigurarea neperturbării activității medicale prin prezența permanentă și diferențiată a personalului de service aferent furnizorilor multipli, prin asigurarea unei relații a fiecărei secții ce face obiectul lotizării cu o echipă nominalizată de furnizorii câștigători ai fiecărui lot în vederea asigurării mentenanței.

Apreciază că în acest fel este sporită calitatea atât a serviciilor de garanție, cât și a mentenanței echipamentelor și este scăzută frecvența intervențiilor de service ce pot perturba activitatea precum și evitarea situațiilor în care activitatea devine imposibilă datorită defectării echipamentelor.

Consideră că se observă că prin lotizarea propusă pentru școlile din coordonare, este posibilă organizarea mult mai eficientă pentru ambele părți implicate a unui program eficient de service și o implementare corectă a garanției și post-garanției.

De asemenea, susține că prin lotizarea efectuată este asigurată o instruire unitară și eficientă a beneficiarilor finali la momentul instalării, inclusiv prin asigurarea compatibilității tehnice și calitative a produselor, avantaj cu puternic impact social prin îmbunătățirea actului de prevenție și de combatere a efectelor SARS CoV 2.

- cel DE MEDIU, prin asigurarea livrării produselor, instalării coordonate și eficiente a noilor echipamente în vederea eliminării și dislocării rapide a echipamentelor vechi și uzate moral ce vor deveni deșeuri WEEE și a ambalajelor echipamentelor noi fără a perturba activitatea instituției.

- La sfârșitul perioadei de exploatare în baza unui plan realizat împreună cu furnizorul se pot elimina echipamentele ce vor urma a deveni deșeu WEEE.

- Realizarea în mod eficient și coordonat fără perturbarea activității și fără a dăuna mediului a modificărilor de structura internă și/sau modificărilor spațiilor aferente instalării echipamentelor furnizate.

De asemenea, vine în întâmpinarea afirmațiilor pârținitoare ale contestatorului - afirmații total în antiteză cu principiul acordării prezumției de nevinovăție și aduce la cunoștință faptul că afirmațiile tehnice ale acesteia, modul de interpretare a legislației naționale și

europene precum și documentelor de jurisprudență sunt o interpretare pur personală, nefondată și chiar tendențioasă.

Astfel, solicită a se avea în vedere faptul că intenția contestatorului negativă este dovedită de faptul că, nu a exercitat un drept fundamental pentru a putea evalua disponibilitatea instituției de a accepta și alte soluții echivalente și/sau superioare și acela este înaintarea către autoritatea contractantă a unei cereri de clarificări, în acest fel neacordând autorității contractante dreptul de a justifica opțiunea tehnică și de a accepta și alte soluții.

Precizează că justificările manierei de lotizare sunt tratate, pentru transparență și pentru consecvență, inclusiv la nivelul Strategiei de contractare.

Cu privire la cerințele de modificare a caietului de sarcini, face următoarele precizări:

- Toate produsele care urmează a se achiziționa intră în categoria Biocide, cu excepția porților și a dispenser-ului care intră în categoria de echipamente care vor folosi o parte din biocidele achiziționate;

- Totodată, așa cum a arătat și contestatorul și rezultă și din fișele tehnice anexate caietului de sarcini, este vorba de produse biocide pentru care se aplică standardul EN14885:2018. Pentru a nu restricționa concurența și având în vedere faptul că produsele dezinfectante se vor utiliza în cadrul instituțiilor de învățământ din localitate și nu în unități spitalicești, autoritatea contractantă nu a solicitat în mod expres acest standard. Cu toate acestea, autoritatea va publica o clarificare din oficiu prin care va preciza în mod expres incidența standardului EN14885:2018.

- În ceea ce privește critica:

„ Produsul – Soluție porți:

Solicităm obligarea autorității contractante la precizarea tipului de produs biocid solicitat prin cerința: „Soluție dezinfectantă, avizată Comisia Națională pentru Produse Biocide, prin indicarea tipului de produs - care trebuie să fie TP 1”.

Arată că autoritatea contractantă nu a impus și nu poate impune un anumit produs. Singura cerință fiind cea de asigurare a compatibilității folosinței acestora cu porțile ce urmează a fi achiziționate și despre care contestatorul nu face nicio referire în contextul contestației depuse.

- În ceea ce privește produsul „Detergent – dezinfectant spray pentru curățarea și dezinfecția ultra rapidă a suprafețelor”, autoritatea contractantă precizează că solicită în continuare testarea pentru standardul EN 16615 pentru produsele SPRAY care au ca indicație de Utilizare/Metodă de Aplicare în AVIZUL Bio – PLUVERIZARE/ȘTERGERE.

De asemenea, susține menținerea acestei solicitări și prin prisma locului în care se face dezinfecția cu produsele respective și anume sălile de curs în cadrul școlilor. Nu poate lăsa un produs lichid să rămână pe

suprafața de lucru (pupitre, catedre etc) până la uscare (5-10....20 minute).

Totodată dorește menținerea timpului de acțiune, inițial solicitat, al produselor utilizate pentru dezinfectia suprafețelor de lucru, deoarece timpul scurt în care se poate face dezinfectia suprafețelor din sălile de curs, este necesar pentru a nu perturba desfășurarea orelor de curs. Specificul orelor de curs, este bine cunoscut de toată lumea și dorește ca desfășurarea acestora să nu fie condiționată de această dezinfectie a suprafețelor de lucru (pupitre, catedre etc). Cu siguranță sunt produse pe piață care pot îndeplini aceste cerințe și care respectă standardele în vigoare (EN 14885/2018).

Autoritatea susține că nu vrea să restricționeze participarea operatorilor economici, dar specificitatea programului școlar face ca aceste cerințe ale autorității contractante să fie normale și aplicabile.

- În ceea ce privește critica:

„Solicităm obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de compoziție a dezinfectantului „Să nu conțină fenoli, aldehide, alcooli, clor, compuși cuaternari de amoniu”, în sensul menținerii doar a interdicției prezenței aldehydelor, interzisă prin normele UE”,

menționează că autoritatea va publica o clarificare din oficiu prin care se va modifica cerința conform criticilor contestatorului.

- În ceea ce privește critica:

„Produsul Detergent și dezinfectant pentru curățarea și dezinfectia suprafețelor (podelelor).

Solicităm obligarea autorității contractante:

- la înlocuirea actualului spectru de activitate:

- Bactericidă: EN 13727

- Virucidă completă: EN 14476

Timp de acțiune : maxim 5 minute,

cu cel prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfectiei suprafețelor în aria instituțională (în speță, autoritatea contractantă achiziționează pentru unități de învățământ) - cu acțiune mecanică de aplicare - p.48”, autoritatea contractantă precizează:

„Se acceptă modificările referitoare la standardele solicitate astfel:

EN 1276/EN 13697 – Bactericid

EN 1650/EN 13697 – Fungicid

EN 1650/EN 13697 – Levuricid

Toate testările trebuie să fie realizate și în condiții de murdărie.

Nu se aplică standardul EN 13704 care face referire la dezinfectia „bacteriilor sporulate”.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că prevederea caietului de sarcini, conform căreia:

„Orice referire în cuprinsul prezentului caiet de sarcini prin care se indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabricație sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de

fabricație, sunt menționate doar pentru identificarea cu ușurință a tipului de produs și nu au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. Aceste specificații vor fi considerate ca având mențiunea „sau echivalent” în sensul prevederilor art.156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016”, nu este formală, atât timp cât pentru fiecare tip de produs propus există minim doi distribuitori/producători.

- În ceea ce privește critica:

„Produsul Dezinfectant lichid, pentru dezinfectia igienică a mâinilor, prin frecare.

Solicităm obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de acțiune al produsului conform prevederilor standardului privitoare la activitățile microbicide ale unui produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională (în speță, autoritatea contractantă achiziționează pentru unități de învățământ) — p. 48”, autoritatea contractantă precizează:

Se acceptă modificarea Standardelor pentru produsul destinate dezinfectiei mâinilor, după cum urmează:

- EN 1276 Bactericid
- EN 1650 – Levuricid
- EN 1500 – Dezinfectia igienică (bactericid)
- EN 14476 Virucid/cu menținerea solicitării timpului de acțiune

asupra SARS CoV-2 în cel mult 30 secunde, ca parte a aplicabilității și destinației fondurilor achiziției.

- În ceea ce privește critica:

„Solicităm obligarea autorității contractante la completarea specificațiilor:

„Să nu producă iritații la utilizări repetate”,

„Să fie specificat factorul de protecție tegumentară”

prin solicitarea de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini, autoritatea contractantă precizează:

Se acceptă introducerea textului:

a. Să nu producă iritații la utilizări repetate

b. Să fie specificat factorul de protecție tegumentară

c. Se solicită ofertanților să prezinte documente care să ateste perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului de minim 90 de zile de la deschidere.

- În ceea ce privește critica:

„Solicităm obligarea autorității contractante la completarea cerinței,

„Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului”,

prin:

- stabilirea unei perioade pe care autoritatea contractantă o consideră a fi corespunzătoare necesităților sale pentru menținerea unei stări de siguranță a utilizării produsului după deschiderea recipientului în care se află;

- impunerea obligației pentru ofertanți de a dovedi (prin probe obiective, precum rapoarte de testare etc.) durata perioadei de „valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului”, autoritatea contractantă precizează:

Se acceptă introducerea textului:

- Se solicită ofertanților să prezinte documente care să ateste perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului de minim 90 de zile de la deschidere.

Astfel, arată că intenția negativă a contestatoarei este dovedită de faptul că, nu a exercitat un drept fundamental pentru a putea evalua disponibilitatea instituției de a accepta și alte soluții echivalente și/sau superioare și acela este înaintarea către autoritatea contractantă a unei cereri de clarificări, în acest fel neacordând autorității contractante dreptul de a justifica opțiunea tehnică și de a accepta și alte soluții.

Autoritatea contractantă precizează că indiferent de sorții contestației depuse, nu este de acord cu plata cheltuielilor de judecată, atât timp cât contestatorul avea la îndemână mecanismul solicitării de clarificări, față de care – așa cum se poate observa – autoritatea contractantă ar fi manifestat maleabilitate, în limitele legislației aplicabile și în spiritul promovării competitivității.

Prin adresa nr. 2477/23.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 47330/23.09.2022 SC SRL transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul solicită respingerea excepției lipsei de interes a contestației sale invocate de autoritatea contractantă.

Procesual, consideră că orice contestație poate viza modificarea documentației de atribuire, dacă aceasta conține măsuri ce încalcă legalitatea care trebuie respectată atât în faza de concepere și derulare a procedurii de atribuire, cât și în cea de atribuire a contractului/acordului cadru (a se art. 3 (1) lit. a) și art. 8 alin. (2) din Legea nr. 98/2016).

În ce privește caracterul personal al interesului său de înlăturare a nelegalităților ce le-a detectat în cuprinsul organizării achiziției lotului 1, este suficient a se considera vătămat de existența acestor nelegalități (art. 2).

Legitimitatea cererii sale de eliminare a ceea ce a considerat că îi vătămă interesele rezidă în însuși faptul încălcării legii; legea se presupune a fi neutră, iar încălcarea ei înclină balanța în favoarea unor (în speță) operatori economici - între care el nu se numără.

Cel mai vizibil semn al acestei încălcări a legalității achiziției organizate de autoritatea contractantă - și care îl prejudiciază în mod decisiv - este obligarea sa de a prezenta oferte pentru produse care nu se numără în specializarea activității sale - cu încălcarea flagrantă a prevederilor art. 141 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul solicită respingerea excepției prematurității contestației sale.

În opinia sa adresarea de solicitări de clarificări către o autoritate contractantă este un drept al operatorului economic, iar nu o obligație a acestuia; eșecul și inutilitatea stabilirii unei etape procesuale prealabile (notificarea autorității contractante) introducerii contestației împotriva unei decizii a vreunei asemenea autorități a fost recunoscută de legiuitor atunci când a abrogat prevederile referitoare la această etapă din Legea nr. 101/2016.

Toate declarațiile autorităților contractante că, dacă ar fi fost sesizate în prealabil cu vreo solicitare de clarificări, ar fi soluționat-o favorabil, sunt simple declarații pe care practica a arătat că nu pot fi crezute.

Și în speța de față, opoziția autorității contractante la cererile sale arată că, în fapt, adresarea de solicitări de clarificare nu ar fi soluționat aceste cereri - deci demersul său petiționar ar fi fost oricum inutil.

În ce privește anularea achiziției, argumentarea de opunere la această măsură se referă la ipoteza lotizării - ori, în speță, nu există asemenea lotizare (cerință a contestației sale).

Contestatorul arată că refuzul autorității contractante de a realiza lotizarea achiziției se întemeiază pe argumente de ordin economic, social (în care vorbește de asigurarea neperturbării activității medicale deși achiziționează pentru unități de învățământ) și de mediu. Nici un argument care să se refere la legalitatea achiziției.

Referitor la cererea 2.2.1 din contestație.

Contestatorul arată că deși nu înțelege că standardul EN 14885 (ediția 2018 la data lansării achiziției) se aplică tuturor produselor chimice utilizate în procedurile de dezinfecție (produse biocide și dispozitive medicale), indiferent de sfera vieții sociale, totuși autoritatea contractantă face „concesia” de a accepta cererea sa.

În eventualitatea supraviețuirii procedurii în actuala formă de organizare, solicită obligarea autorității contractante la publicarea acestei achiesări în SEAP.

Oricum, consideră că trebuie semnalat că ediția 2018 a standardului EN 14885 a fost înlocuită de ediția 2022, devenită standard național la 31.08.2022.

Referitor la cererea 2.2.2 din contestație.

Contestatorul precizează că își menține solicitarea sa, autoritatea contractantă vădind din nou că nu înțelege obligativitatea respectării legii - acum măcar a reglementărilor UE.

Cat privește logica formulărilor, contestatorul susține că autoritatea contractantă omite să aibă în vedere că, nefiind specialiști pe piața porților de dezinfectare, nu poate face observații tehnice cu privire la acestea; dar poate face asemenea observații cu privire la dezinfectantul pe care dorește să-l folosească în echipamentul medical numit - și aceste observații au în vedere obligarea sa la respectarea normelor în materie de dezinfectanți produse biocide.

Consideră că probabil nemulțumirea autorității contractante derivă din faptul că cererea sa ar putea scoate din competiție produse care nu sunt compatibile cu regulile UE în materie de clasificare a produselor biocide.

Referitor la cererea 2.2.3.1 din contestație.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a înțeles solicitarea sa, care nu privește nici modalitatea de aplicare a dezinfectantului, nici timpul de contact al activităților microbicide din spectrul de activitate al dezinfectantului.

Precizează că a solicitat modificarea spectrului de activitate (cu argumentările din contestație):

- prin eliminarea dovedirii efectelor bactericid/levuricid prin testări conform standardului EN 16615;

- prin precizarea dovedirii efectului virucid conform standardului EN 14476 prin testări efectuate cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV 2).

Pentru informarea autorității contractante (căci nu acesta este obiectul contestației sale), timpul de contact al oricărei activități microbicide nu poate fi scurtat sau extins (așa cum doresc autoritățile contractante din România cu motivări din cele mai nelegale) dincolo de limitele prevăzute în standardele specializate, concepute de autoritatea UE în materie de standarde - C.E.N. - și prevăzute de standard.

Citează regula stabilită prin standard:

„4.2.3 When recommendations for use are made based on the standards referenced in EN 14885 these shall be supported by test results relevant for this recommendation, e.g. a result for 30 min contact time does not allow a claim for 10 min (but a result for 10 min allows a claim for 30 min if the same product concentration is recommended for use). It is not possible to extend or shorten the time for use beyond the limits (i.e. the minimum and maximum additional contact times in the medical, veterinary, food, industrial, domestic and institutional areas) specified in standards referred to in EN 14885”.

Prin urmare precizează că își menține cererea sa.

Referitor la cererea 2.2.3.2 din contestație.

Arată că autoritatea contractantă acceptă cererea sa; în eventualitatea supraviețuirii procedurii în actuala formă de organizare, solicită obligarea autorității contractante la publicarea acestei achiesări în SEAP.

Referitor la cererea 2.2.4 din contestație.

Contestatorul precizează că spectrul de activitate stabilit de autoritatea contractantă în urma contestației sale nu respectă cerințele standardului pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor în aria instituțională.

În opinia sa acesta trebuie să fie:

BACTERICID - EN 1276 (fără vreo adăugire alternativă)

LEVURICID - EN 1650 (fără vreo adăugire alternativă)

FUNGICID - EN 1650 (fără vreo adăugire alternativă).

Și, dacă se are în vedere obiectivul achiziției - prevenirea și combaterea pandemiei CO VID 19 - (adică necesitatea care devine acum lipsită de consecințe pe planul specificațiilor tehnice) - efectul VIRUCID dovedit prin testări conform standardului EN 14476 cel puțin la nivelul inactivării virusilor anvelopați (din categoria cărora face parte virusul SARS-COV2).

Celelalte cereri ale contestației sale au fost admise de autoritatea contractantă, respectiv:

Toate testările trebuie să fie realizate și în condiții de murdărie.

Nu se aplică standardul EN 13704 care face referire la dezinfecția „bacteriilor sporulate”. Prin urmare trebuie publicate în SEAP.

Referitor la cererea 2.2.5.1 din contestație.

Contestatorul precizează că își menține cererea sa doar în ce privește dovedirea eficacității VIRUCIDE în modul solicitat în contestație.

Arată că potrivit standardului, p. 13

„pct. 3.3.6

test organism

strain of a microorganism selected for testing products or active substances within a standardized test”

respectiv p.5

„The CEN standards relate to only a limited range of microbial species, These have been chosen as; representative species taking into account their relative resistance and their relevance to practical use The handling properties and the microbiological safety have also been considered in choosing the test organisms”.

Așadar, recunoașterea unui anumit efect microbicide - în speță, a celui VIRUCID - se face în urma testării conform metodologiei fiecărui standard specializat - în speță, a EN 14476, care prevede folosirea anumitor organisme de testare (alese pentru reprezentativitatea lor pentru specia respectivă).

Virusul SARS COV 2 nu este considerat un asemenea exemplar reprezentativ pentru specia sa - și ca urmare nu este folosit pentru dovedirea eficacității VIRUCIDE a unui produs.

Contestatorul susține că în cazul unui produs pentru dezinfecția igienică a mâinilor, eficacitatea VIRUCIDA conform standardului EN

14476 este stabilită a se face în 3 modalități (prin testări pe tulpini considerate reprezentative) - standard, p.27,

dintre care ultimele două sunt specializate împotriva virusilor capsulați (din categoria cărora face parte SARS COV 2).

Așadar, consideră că oricare dintre cele 3 modalități de testare sunt admisibile pentru dovedirea efectului VIRUCID conform standardului EN 14476 pentru un produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor (prin frecare sau prin spălare).

A restrânge sfera ofertanților la cei care, fără a respecta regulile standardului, și-au testat produsele pe un organism de testare lipsit de relevanță - cu caracter deci opțional arată clar în opinia sa dorința autorității contractante de dirijare a atribuirii contractului către acești operatori economici (mult mai puțini decât cei care și-au testat produsele conform standardului și care au avut încredere în caracterul obligatoriu al regulilor acestuia).

Referitor la cererea 2.2.5.2 din contestație.

Contestatorul precizează că menține cererea sa față de refuzul autorității contractante de a o accepta (căci a cerut ca dovedirea calităților solicitate să se facă cu documente cu caracter tehnic neutru precum rapoarte de testare - sau echivalente acestora -, capabile să elimine subiectivismul, atât al ofertanților, cât și al autorității contractante, iar nu cu orice fel de documente, cum formulează fără nicio nuanțare autoritatea contractantă în punctul său de vedere).

Referitor la cererea 2.2.5.1 din contestație.

Autoritatea contractantă acceptă să admită în parte cererea sa, fără însă a da curs și cererii ca dovada îndeplinirii cerinței să se facă (nu prin „documente” - formularea autorității) ci prin probe obiective, precum rapoarte de testare și echivalente.

În eventualitatea supraviețuirii procedurii în actuala formă de organizare, solicită obligarea autorității contractante la publicarea acestei achiesări - completată prin admiterea probării în modul solicitat - în SEAP.

Prin adresa nr. 2439/20.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 46728/21.09.2022, SC GB INDCO SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208401226/1, tranzacția: 1252023020/2085627060 din data de 16.09.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 6.551,60 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, o pentru atribuirea contractului având ca obiect „Achiziție dezinfectanți în cadrul proiectului – Dotarea unităților de învățământ din cu echipamente de protecție și dispozitive medicale”, cod CPV: 33631600-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat

SCN1113858/09.09.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 327.580,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, Consiliul reține că în punctul de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de interes și/sau prematurității contestației formulată de SC SRL.

În opinia autorității contractante, excepțiile invocate ar fi justificate de faptul că SC SRL nu a solicitat în prealabil clarificări autorității contractante, în baza art. 160 din Legea nr. 98/2016, formulând contestația fără a proceda la acest demers.

În soluționarea excepțiilor, Consiliul reține prevederile 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră ***„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante (...) 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”***.

Sintagma „persoană care se consideră vătămată” este definită la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 astfel: *„orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

*(i) **are sau a avut un interes** în legătură cu o procedură de atribuire; și*

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.

În fine, Consiliul reține prevederile alin. (3) al normei juridice anterior menționate, potrivit căroră ***„În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”***.

Consiliul reține că SC SRL întrunește caracteristicile din definiția anterior reprodusă, în sensul că este operator economic care nu a fost exclus definitiv de la prezenta procedură, motiv pentru care acesta are interes, constând în posibilitatea participării la procedură, obținerea calității de ofertant desemnat câștigător și, implicit, obținerea profitului din derularea contractului.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează a respinge ca nefondată excepția lisei de interes a contestatorului SC GB INDCO SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește excepția prematurității contestației, în sensul că SC SRL nu ar fi formulat vreo solicitare de clarificare și nici nu ar fi așteptat răspunsul la solicitările formulate de alți operatori economici interesați, Consiliul reține că Legea nr. 101/2016 nu prevede vreo condiție în sensul îndeplinirii vreunei formalități de natura plângerii prealabile, prevederile art. 6 și 7 din Legea nr. 101/2016 care reglementau notificarea prealabilă fiind abrogare prin OUG nr. 45/2018 și nici nu condiționează formularea contestației de solicitarea în prealabil a unor clarificări în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondată excepția prematurității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la analiza pe fond a contestației formulată de SC SRL împotriva documentației de atribuire, se reține că o primă critică o constituie includerea mai multor produse/echipamente în cadrul unui singur contract, respectiv:

Porți dezinfectare - 5 buc.

Soluție porți - 1920 litri

Dezinfectant suprafețe expuse la atingere - 910 litri

Dezinfectant doza cu pompa - 910 litri

Dozator dezinfectanți doza cu pompa - 34 buc.

Dezinfectant suprafețe - 2900 litri,

sens în care analizând modul în care autoritatea contractantă a optat pentru stabilirea obiectului achiziției aferente prezentei proceduri, respectiv gruparea mai multor tipuri de produse (echipamente și dezinfectanți), unele cu utilizări diferite, Consiliul reține incidența următoarelor texte legale în materie, relevante în speță:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: *„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 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. (3) din Legea nr. 98/2016: *„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”.*

Din analiza normele legale anterior precizate, rezultă că:

- la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valorile estimate ale tuturor achizițiilor de produse destinate unor utilizări identice sau similare, în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție;

- alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;

- suplimentar, legislația în materie statuează că 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.

Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 6 produse (echipamente și dezinfectanți) ca obiect al unui singur contract, Consiliul reține că, deși aceste produse sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de igienă și dezinfecție, cu excepția „dezinfectanților pentru suprafețe”, acestea sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite, ca de exemplu:

- poartă dezinfecție este un echipament integrat setat să vaporizeze substanță dezinfectantă un interval de timp (5 - 30 sec) care

poate fi utilizată la interior sau la exterior și se poate amplasa în spitale, unități de producție aeroporturi, gări, instituții publice, centre comerciale sau clădiri de birouri,

spre deosebire de

- dezinfectantul pentru suprafețe expuse la atingere care este un produs gata preparat, conceput pentru dezinfectare rapidă prin pulverizarea și ștergerea suprafețelor, pieselor de mobilier și a instrumentelor utilizate în diverse domenii profesionale,

în timp ce

- dezinfectantul pentru suprafețe (pardoseli) este folosit pentru a dezinfecta și curăța toate tipurile de pardoseli - mozaic, marmura, gresie, parchet natural sau parchet laminat).

Prin urmare, este lipsită de relevanță argumentația autorității contractante referitoare la posibilitatea includerii celor 6 produse în cadrul aceluiași contract, pe motiv că sunt destinate protejării răspândirii virusului Sars Cov 2 în rândul elevilor și a cadrelor școlare în condițiile în care astfel cum s-a arătat mai sus ele au utilizări și destinații diferite, fiecare din produsele care compun achiziția au coduri CPV diferite, ca de exemplu: produsul dezinfectant pentru mâni din categoria Antiseptice și Dezinfectante COD CPV-33631600-8 – iar produsul dezinfectanți pentru suprafețe din COD CPV-24455000-8 - Dezinfectanți.

Mai mult, nu este lipsită de relevanță faptul că, pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, astfel încât toți operatorii economici interesați vor avea posibilitatea reală să depună oferte (individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot (fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii),

iar,

pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi va asigura o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de produse de igienă/dezinfectanți în condiții de eficiență economică și socială, dat fiind că potrivit criteriului de atribuire selectat de autoritatea contractantă, „prețul ofertei”, reprezintă o pondere de 70 % din punctajul total.

În consecință, justificările autorității contractante anterior precizate nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 3 lit. dd) și art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 deoarece produsele care compun prezenta achiziție trebuie să facă obiectul unor atribuirii distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Desigur că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr.

98/2016 mai sus iterate, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Deși operatorii economici au dreptul și posibilitatea să se asocieze în vederea satisfacerii necesității autorității contractante cu alți operatori economici, această posibilitate însă nu trebuie să fie de natură a îngreuna participarea acestora la procedură în mod individual, deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Raționamentul de mai sus se regăsește și în **Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 de Curtea de Apel București** în dosarul nr. 8396/2/ 2018, respectiv: *„Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei”*.

Analizând Strategia de contractare (pag. 3-76, din dosarul achiziției), Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a justificat în mod real, raportat la prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, decizia de a nu atribui pe loturi distincte cele 6 produse, care ar fi trebuit bazată cel puțin pe o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante, aceasta s-a limitat ca justificare a nedivizării pe loturi a achiziției doar pe argumentul că sunt destinate desfășurării în bune condiții a activităților școlare/didactice.

În consecință, justificările autorității contractante de includere a mai multor tipuri de produse în cadrul unui singur lot pe considerentul destinație / loc de utilizare nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 141 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, deoarece produsele incluse în cadrul unui contract trebuie să facă obiectul unor atribuiri distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate proiectului de Uniunea Europeană (POIM/Axa prioritară 9).

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind structura contractului motiv pentru care, constatând că se impune obligarea autorității contractante la remedierea întregii documentații de atribuire, măsură care ar avea drept consecință reorganizarea loturilor de produse, stabilirea de noi specificații tehnice, stabilirea noilor valori estimate ale loturilor, stabilirea

criteriilor de calificare și a valorilor garanțiilor de participare în raport de noile valori estimate ale loturilor, publicarea anunțului de tip erată și stabilirea de noi termene limită de depunere a ofertelor etc., situație ce echivalează efectiv cu o nouă inițiere a procedurii de atribuire, aspecte care atrag incidența dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră: „În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire”, Consiliul va dispune anularea lotului 1 al procedurii de atribuire.

Raționamentul anterior se regăsește și în **Decizia nr. 223/04.03.2019 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 54/64/2019.**

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC iar, pe cale de consecință, va dispune anularea procedurii de atribuire.

Ținând seamă de măsura anulării procedurii, Consiliul urmează a respinge ca rămase fără obiect celelalte critici aferente lotului referitoare la specificațiile tehnice ale produselor care compun lotul, rezultatul fiind același.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondate excepțiile lipsei de interes și prematurității contestației, invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, dispune anularea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 24 (douăzecisipatru) pagini