

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. 638/C1/417

Data: 24.03.2022

Prin contestația nr. 362/21.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 9188/22.02.2022, formulată de, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin „..... – CABINET DE AVOCAT” cu sediu profesional în, împotriva documentației de atribuire întocmită de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, str., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Lot 1 - Achiziție consumabile medicale - măști de protecție de uz sanitar , Lot 2 - Achiziție echipament și consumabile: nebulizator cu soluție nebulizator, Lot 3 - Achiziție dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe, Lot 4 - Achiziție covoare dezinfectante și termometre”, cod CPV: 33140000-3, s-a solicitat,

- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini al lotului 3 al achiziției în raport de cererile din contestația sa.

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, conform art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 (onorariu avocat în sumă de 2.500 lei).

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

1. În fapt, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la restructurarea lotului 3 (Achiziție dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe”) prin organizarea achiziției în 2 loturi, câte un produs per lot.

Actualmente, susține că procedura de atribuire a contractului pentru lotul 3 impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru 2 produse:

1. Dezinfectant de suprafețe pe bază de BIOCID 1 l cu pulverizator,
2. Dezinfectant de mâini pe bază de BIOCID cu pompiță la 1 l.

Contestatorul susține că între cele 2 produse nu există nicio legătură funcțională, care să impună atribuirea unui singur contract.

Totodată, susține că alăturarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru cele 2 produse ale lotului în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

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 2 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

În susținerea cererii sale invocă decizia CNSC nr. 2708/C1/2930/08.12.2021 și decizia Curții de Apel Iași nr. 36/12.01.2022, emisă în dosarul nr. 768/45/2021.

2. În raport de obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin art. 154 din Legea nr. 98/2016, contestatorul solicită obligarea acesteia la precizarea că specificațiile tehnice ale produselor lotului 3 (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide) se întemeiază pe dispozițiile OMS nr. 1082/2016 și/sau pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standardul general EN 14885 ediția 2018.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse capabile să asigure protecția impusă de existența pandemiei COVID 19.

În acest sens citează din anunțul de participare al achiziției:

„II. 1.4) Descrierea succintă:

Pentru a face față provocărilor crizei de sănătate Covid 19, este esențială consolidarea capacității de răspuns rapid și în timp util a Școlii și Grădiniței în vederea gestionării eficiente a situației pandemice generată de virusul SARS-COV-2, în sensul de a preveni îmbolnăvirea și limitarea răspândirii virusului SARS-CoV-2, inclusiv creșterea rapidă a numărului de cazuri de infecție, atât pentru beneficiarii direcți - 545 elevi înmatriculați în Școală conform Registrului Matricol și SIIR: 44 cadre didactice care predau la Școală; un număr de 15 persoane personal auxiliar și administrativ încadrat la Școală cât și pentru comunitatea lărgită a comunei”.

Prin urmare susține că autoritatea contractantă vrea să confrunte o criză sanitară, iar mijloacele de confruntare ar trebui să fie cele adecvate unei asemenea situații medicale - adică cele puse la dispoziție de remediile oferite de sistemul de achiziție și dezinfecție din aria medicală. Oricum, susține că ar trebui să fie cele impuse de necesitatea asigurării adecvării dezinfectanților la scopul urmărit prin respectarea prevederilor standardului general EN 14885:2018.

De asemenea, arată că OME&MS nr. 5338/2015/2021 pentru aprobarea măsurilor de organizare a activității în cadrul unităților/instituțiilor de învățământ în condiții de siguranță epidemiologică pentru

prevenirea îmbolnăvirilor cu virusul SARS-CoV-2 stabilește obligația entităților menționate de „asigurare a materialelor de curățenie, igienă și dezinfecție” și utilizarea de „produse de curățenie și dezinfecție avizate” - cereri de care autoritatea contractantă trebuie să țină seama, ea acționând în numele unor asemenea instituții.

De altfel, arată că în cuprinsul caietului de sarcini pe lot, autoritatea contractantă face repetate trimiteri (chiar dacă sunt improprii sub aspectul terminologiei) justificând cerința sa de precizare:

„Dezinfectant de suprafețe pe bază de BIOCID

Aviz de conformitate emis de Ministerul Sănătății Comisia Națională pentru produse Biocide valabile la data depunerii ofertei”.

și

„Dezinfectant de mâini pe bază de BIOCID

Aviz de conformitate emise de ANPC și de la Ministerul Sănătății Comisia Națională pentru produse Biocide valabile la data depunerii ofertei”.

Contestatorul arată că potrivit Regulamentului (UE) nr. 1025/2012 din 25 octombrie 2012 privind standardizarea europeană,

„(4) Standardele europene sunt adoptate de organizațiile de standardizare europene, respectiv CEN, Cenelec și ETSI” (a se vedea și anexa nr.1 la Regulamentul citat).

Standardul european armonizat, general valabil pe teritoriul UE în materie de dezinfectanți, este EN 14885 (aflat acum la ediția 2018), intitulat:

Antiseptice și dezinfectante chimice

Aplicarea standardelor europene la antiseptice și dezinfectante chimice.

Potrivit acestui standard (p.1):

„This European Standard was approved by CEN on 12 October 2018.

CEN members are bound to comply with the CEN/CENELEC Internal Regulations which stipulate the conditions for giving this European Standard the status of a national standard without any alteration. Up-to-date lists and bibliographical references concerning such national standards may be obtained on application to the CEN-CENELEC Management Centre or to any CEN member.

CEN members are the national standards bodies of Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Former Yugoslav Republic of Macedonia, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey and United Kingdom”.

De asemenea, arată că potrivit acestui standard (ediția 2018, în vigoare la data întocmirii documentației de atribuire), p.38

„4.5.1 In order to make a claim that a product has disinfectant properties, suitable for use in food, industrial, domestic and institutional areas, the product shall be tested in accordance with and shall conform to the relevant European Standards as given in Table 11 as specified for the particular type of product and its claimed spectrum of activity (e.g. bactericidal, fungicidal etc.)”.

(„Spre a formula o pretenție că un produs are proprietăți dezinfectante, potrivit pentru folosire în ariile alimentație, industrială, domestică și instituțională, produsul va trebui să fie testat potrivit cu și se va conforma STANDARDELOR EUROPENE relevante așa cum sunt stabilite în Tabelul 11, specificate pentru tipul particular de produs și spectrul sau de activitate (exemplu bactericid, fungicid etc.)”.

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 when choosing the test organisms”.

(„Standardele C.E.N, se raportează doar la o sferă restrânsă de specii microbiene. Acestea au fost alese drept specii reprezentative luând în considerare relativa lor rezistență și relevanța lor pentru uzul practic. Au fost luate de asemenea în considerare în alegerea organismelor de testare proprietățile de manipulare și securitatea microbiologică.”)

p. 13: 3.3.6

„test organism

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

(„organism de testare - tulpină a unui microorganism ales pentru testarea produselor sau substanțelor active în cadrul unui test standardizat”).

Această normă tehnică UE - standardul EN 14885:2018 - a fost asimilată în normatorul tehnic național prin decizia organismului național de standardizare (ASRO).

Această normă tehnică UE - standardul EN 14885 - a fost totodată transpusă în legislația națională referitoare la dezinfectanții clasificați produse biocide (obiectul achiziției lotului 3), devenind o normă juridică cu caracter obligatoriu pentru toate entitățile de drept public și privat din România.

Contestatorul face trimitere la prevederile relevante din: HGR nr. 617/2014, OMS nr. 10/2010, ANEXA nr. 3 la OMS nr. 1082/2016.

De asemenea, contestatorul precizează că toți dezinfectanții solicitați de autoritatea contractantă trebuie să fie produse biocide (grupa I, tip 1 și 2), care trebuie să fie avizate de CNPB - cerințele actuale ale caietului de sarcini produse lot 3 suscitute.

Consideră că autoritatea contractantă, ca autoritate contractantă supusă reglementarilor tehnice și juridice obligatorii europene și naționale, trebuie să admită că prevederile caietului de sarcini lot 3 trebuie să respecte aceste reglementări.

PRODUSUL 1. Dezinfectant de suprafețe pe bază de BIOCID 1 I cu pulverizator.

1. Solicită obligarea autorității contractante la admiterea în competiția atribuirii contractului și a dezinfectanților clasificați dispozitive medicale.

În opinia sa, dacă există aceeași eficacitate de dezinfecție (în speță, cea solicitată de autoritatea contractantă), nu există motiv rezonabil de excludere din competiție a produselor dezinfectante clasificate dispozitive medicale.

În cazul aditerii cererii sale, contestatorul consideră că autoritatea contractantă trebuie să solicite ofertanților următoarele documente (prevăzute în art. 6 alin. (3) OMS nr. 1761/2018 și singurele care, indiferent de achizitor/de natura activității pe care acesta o desfășoară, pot dovedi calitatea de dispozitiv medical):

„a) dovada înregistrării produsului ca dispozitiv medical, în baza de date a Ministerului Sănătății, în baza prevederilor art. 31 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările ulterioare, și ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 46/2021 privind stabilirea cadrului instituțional și a măsurilor pentru punerea în aplicare a Regulamentului (UE) 2017/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 2017 privind dispozitivele medicale, de modificare a Directivei 2001/83/CE, a Regulamentului (CE) nr. 178/2002 și a Regulamentului (CE) nr. 1.223/2009 și de abrogare a Directivelor 90/385/CEE și 93/42/CEE ale Consiliului;

b) certificatul de marcaj CE, cu încadrarea în categoria dispozitiv medical în conformitate cu Directiva 93/42/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind dispozitivele medicale, transpusă prin Hotărârea Guvernului nr. 54/2009 privind condițiile introducerii pe piață a dispozitivelor medicale, cu modificările ulterioare;

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

d) încadrarea în clasele II a și II b”.

2. Solicită obligarea autorității contractante la eliminarea specificației impunând o anumită compoziție a dezinfectantului:

„Concentrație de: etanol 71,7%. COMPUȘI DE AMONIU CUATERNAR, BENZIL c12-16 - alchil dimetil, cloruri: 0,25%

Contestatorul precizează că cerința caietului de sarcini pe produs se înscrie între cele cu caracter restrictiv întrucât încalcă prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Impunerea unei anumite substanțe active - și mai mult chiar, stabilirea unui procentaj fix al unei substanțe active în compoziția unui dezinfectant, în opinia sa înseamnă favorizarea explicită a producătorului acelui dezinfectant care are exact compoziția solicitată, cu înlăturarea celorlalți operatori economici care pot oferi produse cu aceleași calități ale activității de dezinfecție, dar având o compoziție diferită (substanțe active diferite, procente diferite de alcătuire a compoziției dezinfectantului).

De asemenea, arată că nicio reglementare tehnică sau juridică - europeană sau națională - nu impune, pentru dezinfecția suprafețelor, o anumită compoziție a dezinfectantului, și atunci consideră că specificația respectivă este restrictivă de competiție.

În susținere invocă decizia CNSC nr. 85/C8/3520,3532/17.01.2019 și decizia Curții de Apel Iași nr. 618/21.07.2021.

3. Solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualelor specificații de spectru și standarde de testare:

„cu efect bactericid, virucid și fungicid, cu spectru larg.

și

Eficient în cazul:

- fungicidă: *Aspergillus brasiliensis*,

- levuricidă: *Candida albicans*

- virucidă: Murine norovirus S99 Berlin, Adenovirus tip 1 5ATCC VR-5, Vaccinia virus”,

cu spectrul de activitate stabilit prin standardul EN 14885:2018 pentru eficacitatea unui dezinfectant de suprafețe adecvat utilizării în aria instituțională (în care acționează entitățile pentru care achiziționează autoritatea contractantă).

Concret, solicită ca precizarea dovedirii eficacității spectrului de activitate să se facă prin testările prevăzute în standardul EN 14885:2018 pentru un dezinfectant de suprafețe utilizabil în zona instituțională (în care se încadrează autoritatea contractantă) - pentru activitățile bactericidă și fungicidă, și cu dovedirea eficacității virucide (care nu este solicitată în mod normal pentru aria instituțională) conform testărilor standardului EN 14476 (specific ariei medicale) - dar care pare a fi de interes pentru autoritatea contractantă (așa cum reiese din specificațiile a căror înlocuire solicita).

Contestatorul susține că standardele menționate au prevăzute metodologii specializate pentru dovedirea eficacității prin utilizarea unor tulpini de referință obligatorii - iar rezultatul acestor testări este valabil pentru orice alte microorganisme din clasa respectivă (chiar dacă nu sunt menționate expres în metodologia de testare).

Totodată, susține că testările doveditoare ale eficacității microbicide trebuie efectuate în condiții de murdărie, avându-se în vedere specificația/ necesitatea declarată a autorității contractante:

„Pentru utilizare pe toate suprafețele care necesită igienă, curățenie”,

(deci dezinfectantul trebuie să realizeze atât curățenia, cât și dezinfecția).

PRODUSUL 2. Dezinfectant de mâini pe bază de BIOCID cu pompă la 1 l.

Contestatorul arată că din definirea produsului dorit a fi achiziționat, respectiv:

„Gel dezinfectant hidroalcoolic mâini și piele

Ideal pentru cazul în care apa și săpunul nu sunt accesibile

Nu necesită clătire și nu lasă reziduuri pe mâini”,

rezultă că acesta trebuie să fie un dezinfectant pentru dezinfecția igienică a mâinilor cu utilizare prin frecare.

În opinia sa, această definire impune și alegerea specificațiilor tehnice care să asigure scopul urmărit.

1. Solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea specificației indicând compoziția dezinfectantului Concentrație de: etanol 80%, peroxid de hidrogen: 0,125%

Consideră că cerința se înscrie între cele cu caracter restrictiv întrucât încalcă prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește sensul în care solicită a se face înlocuirea cerinței de compoziție în discuție, face trimitere la constatările „Ghidului OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale care pot constitui un reper științific în această chestiune.

Astfel, în GHID se afirmă (p.34): „Activitatea antimicrobiană a alcoolilor rezultă din capacitatea acestora de a denatura proteinele²⁸⁷. Soluțiile de alcooli care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută.^{288,289}. Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei²⁸⁷”.

Contestatorul susține că chiar dacă autoritatea contractantă nu este o unitate medicală, totuși scopul achiziției - descris mai sus ca și, pe plan general, al asigurării protecției sănătății publice la cel mai înalt nivel în toate statele membre ale UE (art. 168 TFUE) impun luarea în considerare a atestărilor tehnico-științifice ale OMS.

Așadar, solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea indicației de conținut a dezinfectantului achiziției criticate cu specificația „pe baza de alcool între 60% și 80 %”.

2. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea specificației „Produsul va fi însoțit de avizul biocid eliberat de Ministerul Sănătății în care să fie precizată eficacitatea împotriva Corona virusului” prin eliminarea sintagmei „în care să fie precizată eficacitatea împotriva Coronavirusului”,

Respectiv, la eliminarea specificației

„Eficient în cazul:

- bactericia tulpine: P. aeruginosa, E.coli. S. aureus, E. hirae.
- fungicidă și levuricidă: Candida albicans,
- virucidă: Poliovirus type I LSc2ab/HeLa cells, Adenovirus type5 /HeLa cells, Murine norovirus S99 Berlin, Vaccinia virus/BHK-21 cells”

și înlocuirea acestui spectru de activitate într-unul din modurile arătate mai jos.

Așa cum a argumentat mai sus, consideră că orice entitate publică sau privată din UE trebuie să-și exprime necesitățile de dezinfectanți prin raportare la prevederile standardului EN 14885:2018 (sub aspectul solicitării de eficacitate microbicidă și al testărilor doveditoare ale diverselor eficacități în condițiile obligatorii prevăzute de metodologiile standardelor specializate corespunzătoare).

Așadar, cu referire la solicitarea dovedirii efectului VIRUCID printr-o testare pe tulpina CORONAVIRUS (care este oricum de mai multe feluri, neprecizată în cerința criticată) consideră că trebuie respinsă întrucât această tulpină nu este tulpină de standardizare a standardului specializat EN 14476.

În continuare contestatorul redă prevederile relevante ale standardului EN 14885:2018 (pag. 27 și 39).

De asemenea susține că în situația în care autoritatea contractantă dorește să-și bazeze crearea spectrului de activitate pe prevederile recomandate (pentru unitățile sanitare) în ANEXA nr. 3 la OMS nr. 1082/2016, atunci aceasta trebuie să-l configureze astfel:

- „• Bactericida: EN 13727 (2,1), timp de contact între 30 sec. și 1 min., reducere lg, pentru produs de frecare >= 5,0
EN 1500 (2,2), timp de contact între 1 min. și 5 min.
- Levuricidă: EN 13624 (Candida albicans) (2,1), timp de contact între 30 sec. și 1 min., reducere lg. pentru produs de frecare >= 4,0
- Virucidă: EN 14476 (2,1), timp de contact între 0,5 și 1 min., reducere lg. >= 4,0
- Micobactericidă/Tuberculocidă (2/1): SR EN 14348”.

3. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței:

„Aviz de conformitate emis de ANPC și de la Ministerul Sănătății Comisia Națională pentru produse Biocide valabile la data depunerii ofertei”,

Întrucât, pe de o parte, este redundantă (în partea referitoare la avizul emis de CNPB - solicitat și conform cerinței „Produsul va fi însoțit de avizul biocid eliberat de Ministerul Sănătății”), respectiv este inaplicabilă (în partea referitoare la „avizul de conformitate emis de ANPC”, întrucât ANPC nu are în competențele sale emiterea de asemenea avize - a se vedea art. 3 alin. (1) și (4) din HG nr. 700/2012).

Pentru aceste motive solicită admiterea contestației.

În drept își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și pe celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 379/22.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 9379/22.02.2022, ... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207849104/1, tranzacția: 1178044408/1994440890 din data de 21.02.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 10.455,90 lei.

Prin punctul de vedere nr. 1076/25.02.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 10261/25.02.2022 autoritatea contractantă precizează că își menține cerințele documentației de atribuire și solicită respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la aspectele invocate în contestație de către contestator, cu privire la restructurarea lotului 3 prin organizarea achiziției în 2 loturi, autoritatea contractantă precizează că nu restructurează lotul 3 în 2 loturi, având în vedere următoarele:

- prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, prin care se specifică că: „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”;

- în cadrul anunțului de participare și în cadrul fișei de date cap. II. 1.4 autoritatea contractantă a menționat, în mod clar, informațiile cu privire la cele 4 (patru) loturi ce urmează a fi achiziționate, cât și produsele din cadrul acestora;

- prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia: „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”.

- dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, noțiunea de lot este definită ca fiind: „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”.

Ținând cont de cele de mai sus menționate, autoritatea contractantă susține că la abordarea achiziției pe 4 loturi, a luat în considerare principalele categorii de produse, prin raportare la termenul de implementare al proiectului aferent cererii de finanțare.

Pentru considerentele de mai sus, solicită respingerea contestației formulată de contestator, cu privire la restructurarea lotului 3 prin organizarea achiziției în 2 loturi, ca nefondată.

Referitor la aspectele invocate în contestație de către contestator, cu privire la obligarea autorității contractante la precizarea că, „specificatiile tehnice ale produselor lotului 3 (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide) se întemeiază pe dispozițiile OMS nr. 1082/2016 și/sau pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standardul general EN 14885 ediția 2018, autoritatea contractantă precizează că a decis să nu modifice cerințele produselor de la lotul 3 din următoarele motive:

- Potrivit prevederilor din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, art. 3 alin. (1) lit. rr): „Specificatiile tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante”.

- Prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia: „Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”.

- În cadrul caietului de sarcini pentru produsele oferite se specifică: „(...) dezinfectant de mâini GEL, dezinfectant se solicită în cadrul propunerii tehnice prezentarea avizelor de conformitate emise de ANPC și de la Ministerul Sănătății Comisia Națională pentru produse Biocide valabile la data depunerii ofertei. Totodată ofertantul va prezenta o declarație pe propria răspundere din care să rezulte că produsele mai sus menționate vor avea avize valabile pe toată perioada de garanție a produselor oferite”.

- Ministerul Sănătății prin avizele emise certifică faptul că produsul/produsele îndeplinesc toți parametrii tehnici necesari pentru a combate bacterii/virusi după cum este menționat în cadrul respectivului aviz.

- Prevederile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: „Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se

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

- Prin introducerea dispozițiilor OMS nr. 1082/2016 și /sau având în vedere prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standardul general EN 14885 ediția 2018, autoritatea contractantă consideră că nu ar asigura concurența, respectiv prin cerința respectivă ar favoriza anumiți operatori economici sau ar restricționa participarea la prezenta procedură de atribuire.

Pentru considerentele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de contestator, cu privire la „specificatiile tehnice ale produselor lotului 3 (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide) se întemeiază pe dispozițiile OMS nr. 1082/2016 și/sau pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin standardul general EN 14885 ediția 2018”, ca nefondată.

Referitor la aspectele invocate în contestație de către contestator, cu privire la produsul dezinfectant de suprafețe pe bază de BIOCID 1 I cu pulverizator, autoritatea contractantă precizează că a decis să nu modifice specificațiile tehnice ale produselor de la lotul 3 din următoarele motive:

- dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. rr), art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

- în cadrul fișei de date cap.VI Informații suplimentare, pct. 13 se specifică: „Cerințele tehnice definite la nivelul anunțului de participare, caietului de sarcini sau altor documente complementare, prin trimiterea standardelor, la un anumit producător, la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție/metodă specifică de fabricație/prestare/execuție, vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea „sau echivalent”.

- Organizația Mondială a Sănătății (OMS) recomandă utilizarea unor dezinfectanți cu etanol în concentrație cuprinsă între 70%-85%, de aceea autoritatea contractantă, a ales să stabilească specificația tehnică minimă de 71,7% a concentrației de etanol.

- Ministerul Sănătății prin avizele emise certifică faptul că produsul/produsele îndeplinesc toți parametrii tehnici necesari pentru a combate bacterii/virusi după cum este menționat în cadrul respectivului aviz.

În continuare autoritatea contractantă redă cerințele caietului de sarcini.

Pentru considerentele de mai sus, autoritatea solicită respingerea contestației formulată de contestator, cu privire la produsul dezinfectant de suprafețe pe bază de BIOCID 1I cu pulverizator, ca nefondată.

Referitor la aspectele invocate în contestație de către contestator, cu privire la produsul dezinfectant de mâini pe baza de BIOCID cu pompiță la 1 I, autoritatea contractantă a decis să nu modifice

specificațiile tehnice ale produselor de la lotul 3 și invocă aceleași considerente ca și în cazul primului produs.

Pentru considerentele de mai sus, solicită respingerea contestației formulată de contestator, cu privire la produsul dezinfectant de mâini pe baza de BIOCID cu pompiță la 1 l, ca nefondată.

Față de cele mai sus menționate, consideră că susținerile contestatorului sunt neîntemeiate. Totodată, susține că din conținutul contestației rezultă clar și echivoc scopul contestatorului de a stopa și de a împiedica organizarea licitației pentru Lotul 3.

Prin adresa nr. 439/28.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 10761/01.03.2022 transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante prin care precizează că își menține criticile din contestație astfel cum au fost formulate.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect „Lot 1 - Achiziție consumabile medicale - măști de protecție de uz sanitar, Lot 2 - Achiziție echipament și consumabile: nebulizator cu soluție nebulizator, Lot 3 - Achiziție dezinfectanți mâini și dezinfectanți de suprafețe, Lot 4 - Achiziție covoare dezinfectante și termometre”, cod CPV: 33140000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN1039159/10.02.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.028.549,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, ... este nemulțumit atât de faptul că autoritatea contractantă a grupat în cadrul lotului 3 un număr de 2 produse despre care susține că ar fi trebuit să facă obiectul unor loturi distincte (dezinfectant pentru mâini și dezinfectant pentru suprafețe), cât și de specificațiile tehnice aferente celor 2 produse, despre care susține că nu respectă prevederile legale în vigoare.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a optat pentru stabilirea obiectului achiziției prin gruparea a 2 tipuri de dezinfectanți cu utilizări diferite (***unul pentru mâini și altul pentru suprafețe***) în cadrul unui singur lot, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- 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.

Din analiza modului de grupare a celor 2 categorii de dezinfectanți ca obiect al unui singur lot și implicit a unui singur contract, Consiliul

reține că, deși acești dezinfecțanți sunt destinați pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție și igienă a beneficiarilor și a spațiilor, cele 2 categorii de dezinfecțanți sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (pentru mâini și pentru suprafețe), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

Față de acest aspect, se reține că achiziționarea celor 2 produse prin intermediul unor loturi distincte ar fi profitat atât operatorilor economici interesați cât și autorității contractante deoarece,

pe de o parte, aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, de valoare mai mică și specializare crescută (*fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii*), astfel încât toți operatorii economici interesați ar fi avut 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, iar,

pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi ar fi asigurat o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de dezinfecțanți în condiții de eficiență economică și socială, dată fiind ponderea mare (de 90%) alocată prețului ofertei, din criteriul de atribuire „*Cel mai bun raport calitate – preț*” selectat de autoritatea contractantă pentru lotul 3.

În consecință, Consiliul apreciază drept pertinente susținerile contestatorului potrivit cărora dezinfecțanții din cadrul lotului 3 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.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia nr. 36/12.01.2022, pronunțată de Curtea de Apel Iași în dosarul nr. 768/45/2021.

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.

Nici faptul că mai mulți operatori economici ar putea să se asocieze în vederea ofertării produselor eterogene din cadrul lotului 3 nu poate fi reținut 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.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București în Decizia civilă nr. 7264 pronunțată la 20.12.2018 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 nr. 313/19.01.2022 aflată la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a justificat în niciun fel, raportat la prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, decizia de a nu atribui pe loturi distincte cele 2 produse, care ar fi trebuit bazată cel puțin pe o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante, aceasta consemnând în schimb, în punctul de vedere la contestație, în mod nesusținut temeinic, ca justificare a nedivizării pe loturi a achiziției, faptul că *„(...) a luat în considerare principalele categorii de produse, prin raportare la termenul de implementare al proiectului aferent cererii de finanțare”.*

În acest condiții Consiliul urmează să admită criticile contestatorului de la pct.-ul **2.1.** din contestație, referitoare la obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea acesteia în 2 loturi distincte, cu câte o categorie de dezinfectanți per lot.

Totodată, Consiliul reține că, potrivit manualului de utilizare al Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), înscris disponibil prin accesarea adresei internet www.e-licitatie.ro, butonul *„Manual utilizare autoritate contractantă”* subiectul/tema *„documentații de atribuire”* capitolul *„completarea documentației de atribuire”* secțiunea II, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, în starea *„în definire”* a documentației, înainte de publicarea acesteia în SEAP, aspect din care rezultă că după publicarea acesteia nu mai este posibilă din punct de vedere tehnic nicio modificare, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind structura lotului 3 motiv pentru care, constatând că se impune obligarea autorității contractante la remedierea întregii documentații de atribuire a lotului 3, măsură care ar avea drept consecință reorganizarea loturilor de produse, 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 3 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.

În ceea ce privește celelalte critici din contestația formulată de, cu privire la pretinsa nelegalitate a specificațiilor tehnice aferente produselor care fac obiectului lotului nr. 3, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, câtă vreme datorită motivelor anterior menționate nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, rezultatul fiind același.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Având în vedere admiterea contestației formulată de, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către, în cuantum de 2.500 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, conform facturii fiscale seria 1 nr. 549/12.02.2022 emisă de Tomescu Grigore, avocat și achitate cu ordinul de plată număr 208 din data 21.02.2022.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către, în cuantum de 2.500 lei.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini