

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. 2750/C1/2807

Data: 27.12.2022

Prin contestația nr. 3570/14.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55972/15.11.2022, formulată de SC SRL, cu sediul social în, str. nr., bl., sc. ..., et. ..., ap., sector ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin și convențional prin „..... – Cabinet De Avocat”, împotriva documentației de atribuire aferentă loturilor 1 și 3, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în Com., Sat, str. nr. ..., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Dotarea unităților de învățământ din cu dispozitive și echipamente de protecție necesare prevenirii răspândirii infecției cu virusul SARS CoV-2, județul, cod CPV 24455000-8, s-a solicitat:

- anularea loturilor 1 – „Aparate de sterilizare, de dezinfectare și de igienizare” și 3 - „Dezinfectanți” - ale achiziției;
- în subsidiarul primului petit, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini pentru loturile 1 și 3, în raport de cererile din contestație.

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

Preliminar, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la restructurarea loturilor 1 și 3, precum și organizarea achiziției acestor loturi prin relotizarea lor.

Susține faptul că, actualmente, procedura de atribuire a contractului achiziției impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru produsele astfel descrise în fișa de date a achiziției, pct. 11.2.4, pe care îl detaliază în cadrul contestației.

În opinia contestatorului, prin modul de compunere al celor 2 loturi, regula prevăzută de art. 18 din Legea nr. 98/2016 este încălcată de către autoritatea contractantă.

Astfel, susține faptul că produsele achiziției sunt echipamente medicale - lotul 1, respectiv dezinfectanți medicali - lotul 3, pentru ambele loturi nu este întrunită condiția de similaritate a utilizării lor, ele nefiind destinate unor utilizări identice sau similare (un echipament medical pentru dezinfecția mâinilor nu va putea fi niciodată utilizat în mod similar/identic cu un echipament destinat dezinfecției și sterilizării aerului, iar un dezinfectant pentru suprafețe nu va avea aceeași utilizare cu a unui dezinfectant pentru suprafețe, invocând în acest sens decizii ale Consiliului, precum jurisprudența instanțelor naționale.

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

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

Invocând prevederile Regulamentului (UE) nr. 1025/2012 din 25 octombrie 2012 privind standardizarea europeană, contestatorul susține

faptul că standardul european armonizat, general valabil pe teritoriul UE în materie de dezinfectanți este EN 14885 (aflat acum la ediția 2022), aplicabil tuturor dezinfectanților și antisepticelor chimice (produse biocide și dispozitive medicale deopotrivă), transpus în legislația națională, devenind o normă juridică cu caracter obligatoriu.

Făcând trimitere la prevederile pe care le apreciază ca fiind relevante, respectiv: art. 5 și art. 6 din HG nr. 617/2014, art. 2 și art. 4 din OMS nr. 10/2010, contestatorul apreciază că dezinfectantele solicitate de autoritatea contractantă trebuie să fie (în mod unic sau alternativ cu produsele dispozitive medicale) produse biocide, care trebuie să fie avizate de CNPB.

Totodată, potrivit art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, consideră că, ca autoritate contractantă supusă reglementarilor tehnice și juridice obligatorii europene și naționale, trebuie să admită că prevederile caietului de sarcini loturi achiziție, trebuie să respecte aceste reglementari.

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

În opinia contestatorului, produsele chimice dezinfectante sunt achiziționate spre realizarea dezinfecției, așadar, ele trebuie să fie apte a îndeplini și a se conforma procedurilor aferente realizării dezinfecției, calitățile solicitate la achiziționare trebuie să concorde cu modul în care trebuie folosite în cadrul procedurilor de dezinfecție.

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

De asemenea, precizează și faptul că singurul domeniu al vieții sociale în care există reguli de efectuare a dezinfecției este cel medical, fiind consemnate normativ în OMS nr. 1761/2021, neexistând asemenea reguli de efectuate a dezinfecției în sfera instituțională.

Avându-se în vedere obligația prevăzută în sarcina tuturor persoanelor juridice din Romania de art. 3 din Legea nr. 95/2006, contestatorul apreciază că nu poate exista un vid de reglementare în ce privește dezinfecția în zona instituțională.

Neexistând nici lege aplicabilă, nici uzanțe care să reglementeze dezinfecția în aria instituțională, contestatorul apreciază că se aplică „dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare”, în speță, dispozițiile legale privind dezinfecția în aria medicală.

În ceea ce privește lotul 1, contestatorul precizează faptul că acesta include următoarele produse: „Aparate de sterilizare, de dezinfectare și de igienizare” – produsul 1 și „Dispensere” – produsul 2.

Prealabil, contestatorul menționează faptul că scopul achiziției este contradictoriu stabilit, potrivit caietului de sarcini produs 1, acesta ar trebui să fie „Aparat portabil pentru dezinfectare chimică a aerului și suprafețelor”.

Astfel, susține că, potrivit singurelor norme existente în materie de dezinfecție, cele două tipuri de dezinfecție comportă mijloace tehnice și specificități diferite, detaliind în contestație prevederile art. 8 alin. (2) din Anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021.

Așadar, afirmă că pentru realizarea dezinfecției aerului în spațiile închise se utilizează aparate de dezinfecție cu raze ultraviolete, neexistând o procedură de dezinfecție chimică a aerului.

Contestatorul precizează și faptul că nebulizatorul solicitat de autoritatea contractantă nu poate servi decât la dezinfecția chimică pe cale aeriană a suprafețelor, astfel cum prevede explicit art. 9 din Anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021, iar dacă autoritatea contractantă dorește un aparat pentru dezinfecția aerului, atunci trebuie să schimbe obiectul achiziției (în loc de nebulizator, un aparat de dezinfecție cu ultraviolete).

În legătură cu eventuala decizie a autorității contractante de a achiziționa „dezinfectant” (prezent și el în structura actuală a lotului 3 – „Dezinfectanți pentru nebulizatoare” și „nebulizator” pentru dezinfecția suprafețelor pe cale aeriana, contestatorul susține că în mod just a observat autoritatea contractantă că cele două produse trebuie să acționeze împreună, să fie compatibile.

Însă, susține că mai departe autoritatea contractantă vădește inconsecvență, nestabilind cerințele tehnice/specificațiile tehnice ale celor două produse în raport de această situație de compatibilitate și de scopul achiziției, respectiv de asigurarea dezinfectiei pe cale aeriană a suprafețelor.

În opinia contestatorului, scopul achiziției impune ca autoritatea contractantă să solicite un produs capabil să-l realizeze însoțit de dispozitivul de difuzare/aplicare, precizând și faptul că fiecare producător de dezinfectanți pentru suprafețe pe cale aeriană are în vedere asigurarea unui dispozitiv de difuzare/aplicare compatibil cu dezinfectantul său.

Așadar, a pretinde un dispozitiv de difuzare/aplicare cu anumite caracteristici specifice (nu de ordin general) înseamnă a dirija atribuirea contractului pentru dezinfectant și nebulizator către producătorul care întrunește respectivele caracteristici tehnice, ceea ce înseamnă încălcarea prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, susține contestatorul.

De asemenea, afirmă faptul că în ceea ce privește autoritatea contractantă, important pentru aceasta trebuie să fie realizarea scopului achiziției, acesta putându-se realiza pe căi tehnice diferite, astfel încât stabilirea unor cerințe care favorizeze doar anumite produse este contrară principiului asigurării unei deschideri cât mai largi a concurenței.

Astfel, susține că util pentru autoritatea contractantă este stabilirea unei metode de evaluare a eficacității dezinfectant – dispozitiv, prin raportare la scopul achiziției, acest mijloc de evaluare fiind furnizat de standardul EN 17272.

Pentru toate acestea, contestatorul apreciază că este greșită abordarea autorității contractante de a solicita în mod separat două produse care nu pot acționa decât împreună pentru a realiza dezinfectia pe cale aeriană a suprafețelor, și de aceea susține ca relotizarea corectă a achiziției trebui să aibă în vedere crearea unui lot - dezinfectant pentru dezinfectia pe cale aeriana a suprafețelor.

Din punctul de vedere al contestatorului, trebuie să existe o singură condiționalitate esențială și anume, aceea ca produsele oferite, indiferent de particularitățile lor tehnice, să realizeze scopul achiziției, și modul în care dezinfectantul și nebulizatorul realizează acest scop, urmând a se aprecia prin testări efectuate conform standardului EN 17272.

Din aceste considerente solicită eliminarea tuturor caracteristicilor tehnice care sunt specifice doar anumitor produse.

Referitor la produsul 2, contestatorul susține că autoritatea contractantă în mod just a observat că acesta trebuie să acționeze

împreună cu produsul „Dezinfectanți mâini pentru fiecare dispenser” prezent în actuala structură a lotului 3, să fie compatibile.

Susține că relotizarea corectă a achiziției ar trebui să aibă în vedere crearea unui lot - Dezinfectant pentru mâini (ofertanții urmând a fi obligați a furniza și dispozitivul de aplicare - dispenserul, în speță de față, cele două componente ale procesului de dezinfecție - dezinfectantul și dispenserul trebuind să fie compatibile).

Și cum caracteristicile tehnice, atât ale dezinfectantului, cât și ale dispenserului, diferă de la un producător la altul, fără însă a fi afectată eficacitatea procesului de dezinfecție, a stabili caracteristici care sunt specifice doar anumitor produse, înseamnă încălcarea prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în opinia contestatorului.

În ceea ce privește lotul 3 „Dezinfectanți”, contestatorul precizează faptul că acesta include următoarele produse: „Săpun lichid antibacterian” – produsul 1, „Dezinfectanți pentru nebulizatoare” – produsul 2, „Dezinfectanți pentru suprafețe” – produsul 3 și „Dezinfectanți mâini pentru fiecare dispenser” – produsul 4.

Referitor la produsul 1, contestatorul solicită autorității contractante eliminarea contradicției din caietul de sarcini produs privind capacitatea ambalajului „Mod de ambalare min 0,5 litru/flacon”, în sensul stabilirii unei marje de capacitate 0,5 - 1 litru (ușoară manipulare a flaconului + deschiderea competiției).

Totodată, solicită obligarea autorității contractante la modificarea analizei comparative a prețului ofertelor, actualmente, analiza comparativă a prețului făcându-se pe litru de soluție dezinfectantă, în

sensul preț per cantitatea de produs necesară pentru realizarea unei proceduri de dezinfecție, invocând în susținere decizii ale Consiliului.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la introducerea cerinței „Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranță post-deschidere recipient (care trebuie arătată de autoritatea contractantă, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”.

În viziunea contestatorului, fără această cerință, 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, făcând trimitere la prevederile OMS nr. 1761/2021.

Chiar dacă aceste norme privesc unitățile din aria medicală, contestatorul apreciază că utilitatea lor în orice arie de activitate socială (prin raportare la art. 3 din Legea nr. 95/2006) este indiscutabilă.

Referitor la produsul 2, contestatorul solicită autorității contractante eliminarea contradicției din caietul de sarcini produs privind capacitatea ambalajului „Mod de ambalare min 1 litru/flacon”, în sensul stabilirii unei marje de capacitate 1 - 6 litri (ușoară manipulare a flaconului + deschiderea competiției).

Față de mențiunea din caietul de sarcini produs „Să dețină aviz pentru produs biocid valabil”, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la admiterea în competiție și a produselor chimice dezinfectante clasificate dispozitive medicale.

În opinia contestatorului, utilizarea în egală măsură a ambelor tipuri de produse dezinfectante decurge din respectarea principiilor achizițiilor publice, respectiv art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, considerând că în măsura în care produsul solicitat îndeplinește scopul dezinfecției, atunci trebuie admisă participarea și a produselor clasificate dispozitive medicale, invocând în susținere jurisprudența CJUE, precum și a instanțelor naționale.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate microbică cu cel prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor cu acțiune mecanică în aria instituțională, respectiv - bactericid - EN 1276, levuricid - EN 1650, fungicid - EN 1650, cu înlăturarea efectului sporicid - EN 13704 (întrucât dezinfecția de nivel scăzut, non-critic pentru suprafețele din spațiile de învățământ, nu prevede eficacitate antispori, cu adăugarea activității virucide dovedita prin standardul EN 14476, specific ariei

medicale, dar aplicabil și ariei instituționale, unde acest efect lipsește, conform regulii din standard, pentru o acțiune (cel puțin) limitată la virușii anvelopanți (între care se numără și virusul SARS COV-2) - acesta fiind motivul lansării achiziției (face din nou trimitere la definiția legală a dezinfecției de nivel scăzut).

Totodată, solicită obligarea autorității contractante la completarea caietului de sarcini produs cu cerința prezentării de probe tehnice obiective/neutre (rapoarte de testare și altele asemenea) pentru dovedirea compatibilității produsului cu suprafețele pe care urmează a fi aplicat, fiind apreciată ca o cerință venind în interesul asigurării protecției bunurilor unităților școlare pentru care achiziționează autoritatea contractantă, și care totodată stabilește un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerinței caietului de sarcini produs.

Raportat la produsul 3, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „Pe ambalaj trebuie să existe marcaj CE”, întrucât produsul este clasificat ca biocid, nu necesită marcajul CE, invocând în acest sens decizii ale CNSC.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate cu cel prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor pe cale aeriană în aria instituțională.

De asemenea, solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței de compatibilitate cu nebulizatorul descris în cadrul lotului 1, cu motivarea aferentă.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea caietului de sarcini produs cu cerința prezentării de probe tehnice obiective/neutre (rapoarte de testare și altele asemenea) pentru dovedirea compatibilității produsului cu suprafețele pe care urmează a fi aplicat.

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

Referitor la produsul 4, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea cerinței de compoziție „pe bază de Etinol min. 70%” în sensul „pe bază de alcoolii în concentrație de 60 - 80 %”, recomandat prin Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale.

Totodată, solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate „Dezinfectant pentru mâini de tip bactericid, virusocid eficient împotriva infectării cu Virusul SARS -CoV-2” cu cel prevăzut de standard pentru un produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională, respectiv - bactericid - EN 1276 și EN 1500, levuricid - EN 1650, cu adăugarea activității virucide dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale, dar aplicabil și ariei instituționale, pentru care nu există un standard specializat, conform regulii standardului, pentru o acțiune cel puțin limitată la virușii anvelopați, între care se numără și virusul SARS COV 2.

De asemenea, contestatorul solicită și:

- obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței de compatibilitate cu produsul 2 al lotului 1 - cu motivarea anterioară;
- obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „spumă cremoasă” ca fiind inutilă (nu are legătură cu eficacitatea produsului) și lipsită de tehnicitatea necesară pentru evaluarea precisă și obiectivă a modului său de îndeplinire;
- obligarea autorității contractante la completarea cerinței „Se folosește zilnic pentru îngrijirea și protejarea pielii”, cu solicitarea de probe tehnice obiective/neutre (rapoarte de testare și altele asemenea) pentru dovedirea compatibilității produsului cu pielea/mâinile, fiind o cerință în interesul asigurării protecției comunității școlare pentru care achiziționează autoritatea contractantă, și care totodată stabilește un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerinței caietului de sarcini produs.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la introducerea cerinței „Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de

valabilitate/stabilitate/siguranță post-deschidere recipient (care trebuie arătată de autoritatea contractantă, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”.

Prin corespondența transmisă electronic nr. 11136/18.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56856/18.11.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere.

Sub aspectul motivelor invocate de către contestator și a modalității de formulare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

În principal, autoritatea contractantă arată că SC SRL susține faptul că modalitatea de lotizare nu ar fi conformă, pentru loturile 1 și 3, motiv pentru care solicită Consiliului să constate faptul că, contrar susținerilor contestatorului, a respectat prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016.

Analizând componența loturilor, solicită să se constate faptul că, pentru lotul 1, categoriile de produse din componența acestuia au valență de produse similare, la fel ca cele stabilite pentru lotul 3, în acest context devenind aplicabile și prevederile art. 141 din Legea nr. 98/2016, care au fost avute în vedere la elaborarea și modalitatea de lotizare.

Așadar, autoritatea contractantă apreciază că alegerea lotizării este un drept al său, de a stabilit dimensiunea și obiectul loturilor în funcție de destinația acestora și categoriile produselor, în mod conform cu scopul achiziției. Produsele pe care ofertanții trebuie să aibă capacitatea

de a le furniza sunt în mod clar specificate, identificate conform standardelor aplicabile.

În opinia autorității contractante, de notat este tocmai faptul că, deși contestatorul arată că anumite produsele incluse în loturile 1 și 3 ar trebui circumscrise unor specificații exacte cu produsele utilizate în mediul medical, tot acesta afirmă faptul că regulile din domeniul medical sunt reglementate distinct, cu strictețe doar în raport de acesta, fără a se aplica în mod automat și în alte medii, respectiv în medii instituționale (sistemul de învățământ).

De asemenea, solicită Consiliului să constate faptul că produsele care sunt incluse în loturile 1 și 3 au specificații exacte, alese potrivit standardelor aplicabile în materie, au caracter general, dar care să permită realizarea scopului achiziției, nefiind necesar ca acestea să aibă și caracteristicile suplimentare aplicabile pentru sistemul medical.

Autoritatea contractantă opiniază că dacă ar fi restricționat în asemenea măsură produsele care se vor a fi achiziționate în vederea realizării scopului achiziției, atunci ar fi putut vorbi chiar de o restrângere nejustificată a concurenței. Or, din analiza documentației rezultă faptul că alegerea caracteristicilor și specificațiilor produselor au un caracter general, ele nu tind să restrângă în vreun fel piața concurențială, or să aducă vreo ingerință în sfera principiilor achizițiilor publice, astfel că sunt prevăzute caracteristici în concordanță cu scopul și obiectul achiziției.

Pe cale de consecință solicită, în urma analizării legalității și temeiniciei contestației, să se dispună respingerea acesteia ca fiind vădit nefondată.

Prin corespondența transmisă electronic nr. 3797/22.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 57484/22.11.2022, SC SRL depune răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă.

Contestatorul susține faptul că produsele loturilor 1 și 3 nu au utilizări identice sau similare: un nebulizator nu poate fi folosit în locul unui dispenser pentru dezinfectant mâini, un dezinfectant pentru mâini nu poate fi folosit în locul unui dezinfectant pentru suprafețe etc., și apreciază că regula de lotizare prevăzută de art. 18 alin. (3) lit. a) Legea nr. 98/2016 este astfel încălcată.

Referitor la solicitarea de modificare a caietului de sarcini loturi 1 și 3, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă nu exprimă nicio opinie, nici măcar spre a apăra alegerile de cerințe și specificații din caietul de sarcini loturi.

În opinia contestatorului, un alt motiv de anulare a loturilor 1 și 3 apare întrucât autoritatea contractantă nu motivează/justifică actul administrativ întocmit (așa cum prevăd dispozițiile art. 50 și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016).

Astfel, ridică excepția nulității specificațiilor și cerințelor atacate, în raport de această nemotivare.

Contestatorul invocă în susținere jurisprudența ICCJ, a curților de apel, precum și literatură juridică.

Totodată, apreciază că obligația motivării actului administrativ urmărește o dublă finalitate, în primul rând, o funcție de transparență în profitul beneficiarilor actului, care vor putea, astfel, să verifice dacă actul este sau nu întemeiat, iar în secundar, permite instanței să realizeze controlul său jurisdicțional, deci în cele din urmă permite reconstituirea raționamentului efectuat de autorul actului pentru a ajunge la adoptarea acestuia.

Contestatorul susține că acest raționament trebuie să figureze chiar în cuprinsul actului, iar lipsa motivării nu poate fi complinită ulterior.

Așadar, menționează că, a motiva implică a face cunoscute cu claritate elementele de fapt și de drept care permit înțelegerea și aprecierea legalității sale, iar importanța acestei exigențe depinde în mod considerabil de natura actului, de contextul juridic în care el intervine, precum și de interesele pe care destinatarii actului ar putea să le aibă în primirea acestor explicații.

Continuă prin a susține faptul că motivarea trebuie să permită judecătorului să exercite un control asupra elementelor de fapt și de drept care au servit drept bază de exercitare a puterii de apreciere a organului administrativ, deci trebuie realizată într-un mod suficient de detaliat.

Contestatorul susține că își întemeiază excepția și pe dispozițiile art. 41 alin. (2) lit. c) din Carta Drepturilor Fundamentale ale UE, care impun motivarea oricărei decizii/oricărui act administrativ.

Prin adresa nr. 11335/25.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 59374/06.12.2022, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției publice, în copie.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 63350/23.12.2022, SC SRL depune standardul EN 14885:2022.

Prin adresa nr. 3604/15.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56268/16.11.2022, SC SRL depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208575597/1, tranzacția nr. 1274004364/2113553653, din data de 14.11.2022, emisă de CEC Bank: Unitatea - Sucursala Victoria, în cuantum de 16.822,94 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Dotarea unităților de învățământ din cu dispozitive și echipamente de protecție necesare prevenirii răspândirii infecției cu virusul SARS CoV-2, județul”, cod CPV 24455000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare CN...../06.11.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 1.165.747,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Din analiza contestației care face obiectul prezentei, se reține că SC SRL formulează critici cu privire la 2 categorii de aspecte respectiv:

- cu privire la faptul că autoritatea contractantă a grupat produse diferite în cadrul lotului 1 (2 produse) și lotului 3 (4 produse)

și

- cu privire la specificațiile tehnice stabilite în caietul de sarcini pentru produsele din cadrul lotului 2.

Cu privire la primul aspect, respectiv cel referitor la modalitatea de alcătuire a loturilor, se reține că în opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu ar fi aplicat corespunzător prevederile art. 18 din Legea nr. 98/2016 deoarece produsele grupate în cadrul fiecărui lot nu ar fi destinate unor utilizări identice sau similare (în acest sens, susține cu titlu exemplificativ că un echipament medical pentru dezinfectia mâinilor nu va putea fi niciodată utilizat în mod similar/identic cu un echipament destinat „dezinfecției și sterilizării aerului” iar un dezinfectant pentru suprafețe nu va avea aceeași utilizare cu a unui dezinfectant pentru suprafețe).

Trecând peste susținerea evident eronată că *„un dezinfectant pentru suprafețe nu va avea aceeași utilizare cu a unui dezinfectant pentru suprafețe”*, despre care se poate aprecia ca fiind cel mult rezultatul unei simple erori materială, se reține că motivul invocat de contestator cu privire la structura celor 2 loturi constă în faptul că fiecare dintre produsele din componența loturilor ar avea o altă modalitate de utilizare decât celelalte produse.

Totodată, Consiliul reține că potrivit informațiilor de la secțiunea II.2.1 aferentă loturilor 1 și 3 din anunțul de participare, denumirile date de autoritate acestora sunt:

- lot 1 *„Aparate de sterilizare, de dezinfectare și de igienizare”*, cu descrierea: *„aparatură destinată dezinfecției și sterilizării aerului de tipul nebulizatoarelor - 8 bucăți, Dispensere - 113 bucăți”*;

- lot 3 *„Dezinfectanți”* cu descrierea *„Săpun lichid antibacterian - 160 bucăți , Dezinfectanți pentru nebulizatoare - 63 BUC , Dezinfectanți pentru suprafețe - 225 BUC, Dezinfectanți mâini pentru fiecare dispenser - 405 bucăți”*.

Totodată, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016 care cuprinde definiția pentru *„lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau*

în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”;

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: „(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”;

- art. 50 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”;

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței”;

- art. 141 alin. (1) – (4) din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției. (2) În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. (3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi. (4) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile”;

- art. 9 alin. (3) lit. f) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016: „(3) Prin intermediul strategiei de contractare se

documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu: (...) f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați.

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 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.

Totodată, Consiliul reține că, potrivit manualului de utilizare al Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), înscris disponibil spre consultare publică 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, ambele modalități fiind precedate de anularea lotului contestat din actuala documentație de atribuire.

Având în vedere gravitatea unei eventuale anulări a loturilor contestate (măsură solicitată de SC SRL prin contestația care face obiectul prezentei), analiza criticilor societății contestatoare va avea în vedere urmărirea aspectelor de nelegalitate, și nu de oportunitate, aspectele de oportunitate intrând în marja de apreciere a autorității contractante.

Astfel, Consiliul va urmări doar aspectele vădit nelegale de natură a atrage anularea procedurii de atribuire, urmând astfel vocația sa de organism de remedii statuată la art. 1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, Consiliul reține că cele 2 reguli stabilite la art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 prin sintagma „(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” se regăsește explicită și exemplificată în considerentul 19 la Directiva 2014/24/UE care statuează că „(...) ar trebui să se clarifice faptul că, în scopul estimării pragurilor, **noțiunea de produse similare** ar trebui să fie înțeleasă ca produse care sunt destinate utilizărilor identice sau similare, cum ar fi **livrarea unei game de produse alimentare** sau de **articole diferite de mobilier de birou**. În mod normal, un operator economic activ în domeniul respectiv ar putea să prezinte astfel de produse ca făcând parte din gama sa normală de produse”.

Prin urmare, noțiunea de similitudine prevăzută în Legea nr. 98/2016 trebuie interpretată în sensul Directivei 2014/24/UE pe care Legea nr. 98/2016 o transpune și a considerentelor acesteia, care definesc caracterul similar prin referire la „*gama normală de produse*”.

Ori, sub acest aspect, gama normală de produse destinate dezinfecției include toți dezinfectanții indiferent de suprafața tratată sau de modalitatea de aplicare, tot astfel cum include dispozitivele de aplicare a dezinfectanților chimici indiferent de modalitatea lor de funcționare.

Aplicând considerațiile teoretice anterior reținute la speța dedusă soluționării, Consiliul reține că autoritatea contractantă a grupat în lotul 3 un număr de 4 tipuri de dezinfectanți respectiv săpun lichid antibacterian destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin spălare, dezinfectanți pentru nebulizatoare, dezinfectanți pentru suprafețe și dezinfectanți mâini pentru fiecare dispenser (sintagmă din care reiese că dezinfectantul ar fi destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin frecare) și a grupat în lotul 1 un număr de 2 tipuri de produse, ambele fiind destinate aplicării dezinfectanților chimici pe câte un tip de suprafață.

Toate cele 4 produse din lotul 3 sunt destinate aceluiași scop respectiv dezinfecția prin aplicarea de substanțe chimice și ar trebui să se regăsească în gama normală de produse a unui comerciant de dezinfectanți, nefiind sesizate diferențe majore între natura celor 4 produse cum sunt cele din exemplul menționat la considerentul 19 la Directiva 2014/24/UE respectiv cum ar fi diferența dintre gama de produse alimentare și cea de mobilier de birou.

Tot în acest sens, apare drept rezonabilă alegerea autorității

contractante de a grupa în lotul 1 cele 2 tipuri de aparate pentru aplicarea dezinfectanților chimici, nefiind invocate de către contestator alte susțineri cu privire la alcătuirea lotului decât modalitatea strict tehnică în care realizează cele 2 aparate împrăștierea/dozarea substanței chimice dezinfectante pe suprafețele care urmează a fi tratate.

Mai mult, în cadrul criticilor 2.2.2.1 (pag. 16 din contestație), societatea contestatoare susține că varianta corectă de achiziționare a nebulizatoarelor ar fi împreună cu dezinfectantul aferent acestora iar la punctul 2.2.2.2 faptul că dezinfectanții de mâini trebuie să funcționeze cu dozatoarele aferente, aspect din care rezultă că, SC SRL nu neagă apartenența nebulizatoarelor și dispenserelor la gama normală de produse a unor comercianți de dezinfectanți cu destinațiile respective.

Față de cele de mai sus, se reține că deși nu avea nicio obligație în sensul achiziționării dezinfectanților separat de aparatele necesare aplicării acestora (dată fiind apartenența ambelor tipuri de produse la gama normală a unui comerciant de dezinfectanți chimici), autoritatea contractantă a procedat la această separare.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă stabilește în documentația de atribuire a lotului 3 cantități mici, caracteristice unor achiziții directe, respectiv: Săpun lichid antibacterian - 160 de bucăți, valoare estimată 11.520,00 lei, Dezinfectanți pentru nebulizatoare - 63 de bucăți, valoare estimată 151.200,00 lei, dezinfectanți pentru suprafețe - 225 de bucăți, valoare estimată 63,450 lei, dezinfectanți mâini pentru fiecare dispenser - 405 bucăți, 29.656 lei, ceea ce ar putea face neatractivă participarea la procedură a marilor producători, iar procedura astfel cum este acum împărțită să fie destinată aproape exclusiv IMM, întreprinderi care sunt capabile să furnizeze produse din aceeași gamă, așa cum sunt cele anterior menționate, în cantități mai mici, așa cum este cazul acestei proceduri.

Consiliul apreciază că acele produsele care fac obiectul fiecăruia dintre loturile criticate îndeplinesc cumulativ cele două condiții de la art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, fiind destinate unor utilizări identice sau similare, respectiv destinate dezinfecției în unitatea de învățământ, și făcând parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv. În acest ultim sens, pe lângă faptul verificabil facil pe internet cu privire la existența unui număr mare de furnizori ai tuturor celor produselor din cadrul celor 2 loturi, Consiliul va reține precizările din considerentul 19 la Directiva 2014/24/UE care statuează că „(...) ar trebui să se clarifice faptul că, în scopul estimării pragurilor, **noțiunea de produse similare** ar trebui să fie înțeleasă ca produse care sunt destinate utilizărilor identice sau similare, cum ar fi **livrarea unei game de produse alimentare sau de articole diferite**

de mobilier de birou. *În mod normal, un operator economic activ în domeniul respectiv ar putea să prezinte astfel de produse ca făcând parte din gama sa normală de produse”.*

Prin urmare, noțiunea de similitudine prevăzută în Legea nr. 98/2016 trebuie interpretată în sensul Directivei 2014/24/UE, pe care Legea nr. 98/2016 o transpune, și a considerentelor acesteia, care definesc caracterul similar prin referire la „gama normală de produse”.

Or, sub acest aspect, gama normală de produse destinate dezinfecției include toți dezinfectanții indiferent de suprafața tratată sau de modalitatea de aplicare.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondată critica contestatorului privind pretinsul caracter nelegal al structurii lotului 1 și pe cele aferente structurii lotului 3.

Totodată, Consiliul reține că reproducerea unor paragrafe extrase din motivarea unor decizii pronunțate anterior de CNSC și de către Curțile de Apel în cadrul altor proceduri de atribuire nu poate fi considerată argumentație cu privire la pretinsul caracter nelegal al prezentei proceduri de atribuire, sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor,

deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost învestite”*.

În acest sens, se reține că în jurisprudența națională pot fi identificate și soluții pronunțate în sens contrar celui solicitat de contestator, cum ar fi Decizia nr. 511/2022 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în, pronunțată în dosarul nr. 264/57/2022:

«Petenta SC ... SRL, în concret solicită remedierea documentației de atribuire, prin obligarea autorității la atribuirea pe trei loturi a contractului, iar în situația în care acest lucru nu este posibil, anularea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește cererea petentei de atribuire pe trei loturi a contractului de achiziție, Curtea constată că s-a reținut de către Consiliu, în considerente, în esență că, din moment ce contestatoarea susține că este unul din cei doi operatori economici din România care poate livra cele 3 tipuri de gaz, ea nu justifică un interes personal și direct.

În susținerea plângerii, contestatoarea arată că este interesul său să verifice și să supună controlului administrativ-jurisdicțional toate aspectele de nelegalitate referitoare la documentația de atribuire, pentru asigurarea unei proceduri de atribuire legale și conforme, care să nu poată fi contestată ulterior, iar, prin acest mod de întocmire a documentației de atribuire, s-a încălcat principiul egalității de tratament și restrângerea artificială a concurenței.

Deși a reținut Consiliul că nu justifică un interes personal, nu se poate susține că nu a fost analizată legalitatea documentației de atribuire prin prisma acestui aspect.

Astfel, Consiliul a reținut că în adresa Agenției pentru Agenda Digitală a României nr. 65869/18.10.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 31552/18.10.2016, se precizează că loturile pot fi configurate doar odată cu documentația de atribuire, aceste informații nemaiputând fi modificate pe toată perioada de desfășurare a procedurii respective.

În atare condiții, corect a reținut că analiza criticilor contestatoarei va avea în vedere urmărirea aspectelor de nelegalitate, și nu de oportunitate, chestiunile de oportunitate intrând în marja de apreciere a autorității contractante.

Așadar Curtea va analiza dacă Autoritatea Contractantă a depășit marja de apreciere, iar lipsa divizării pe loturi pentru fiecare gaz medical în parte, este de natură să încalce principiile de nediscriminare și de egalitate de

tratament.

În art. 142 din Legea nr. 98/2016 se arată:

1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(2) în sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

(3) în situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.

Curtea constată că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante, și nu o obligație, așa cum reiese din conținutul art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, potrivit dispozițiilor alin. (3) al aceluiași articol, obligația autorității contractante, în situația în care nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, constă în justificarea deciziei de a nu atribui contractul pe loturi.

Chiar dacă legislația încurajează lotizarea prin introducerea obligației autorității contractante de a justifica alegerea de a nu lotiza, oportunitatea de a lotiza depinde în mod direct de posibilitatea împărțirii contractului pe segmente ce pot fi realizate independent, de operatori economici diferiți.

Astfel, în cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, în motivarea acestui fapt se vor avea în

vedere inclusiv prevederile recitalului 78, paragraful al doilea, teza finală din Directiva 2014/24/UE, potrivit căreia „raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferențele contractanților pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului”.(...)

Așadar, având în vedere cele prezentate mai sus, se poate concluziona că împărțirea celor trei gaze medicale în 3 loturi distincte, câte unul pentru fiecare gaz medical în parte, face executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic și costisitoare, iar necesitatea de a coordona diferențele contractanților pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.

Curtea mai are în vedere că nici dispozițiile Legii nr. 98/2016 și nici cele ale HG nr. 395/2016 nu instituie obligația autorității contractante de a împărți pe loturi obiectul contractului, așa cum susține petenta.

Or, absența unei astfel de obligații este corectă, întrucât **autoritatea contractantă trebuie să evalueze fiecare procedură de achiziție publică, în parte, și să aleagă modalitatea de organizare a procedurii aplicabile și de întocmire a documentației de atribuire, care să asigure cel mai bine atingerea scopului urmărit prin încheierea contractului și o utilizare cât mai eficientă a fondurilor publice.**

Fragmentarea obiectului contractului, în vederea asigurării accesului sporit al ofertanților la procedură și libera competiție dintre aceștia, nu poate constitui singurul deziderat al procedurii de achiziție publică, autoritatea contractantă fiind aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale.

Așa fiind, în lipsa unor dispoziții legale exprese și imperative, revine autorității contractante rolul de a asigura un echilibru între interesele sale (în condițiile în care regula este aceea a priorității interesului publice, în dauna celui privat, al operatorilor economici) modalitatea de atingere a acestora - ceea ce presupune stabilirea obiectului contractului, a documentației și a întregii proceduri de atribuire precum și respectarea legislației în materia achizițiilor publice.

Drept urmare neutilizarea împărțirii pe loturi a acestei achiziții este justificată de către autoritatea contractantă, chiar în cuprinsul documentației, iar necesitatea de asigurare a gazelor medicale, nu încalcă limitele de exercitare a marjei de apreciere, mai ales dacă se ia în considerare natura produselor și obiectul contractului cadru.

Pentru aceste considerente, Curtea la fel ca și Consiliul concluzionează că nu se justifică remedierea documentației sau anularea procedurii, motiv pentru care va respinge ca neîntemeiată plângerea»

Mai mult, și în situația în care cuprinderea celor 2 și, respectiv 4

produse în același lot (lotul 1 și, respectiv, lotul 3) ar fi eronată, Consiliul trebuie să aibă în vedere dacă gravitatea acestei erori justifică măsura anulării procedurii pentru aceste loturi. În luarea deciziei Consiliul trebuie să aibă în vedere proporționalitatea între pretinsa eroare a documentației de atribuire cu privire la componența lotului și măsura cea mai dură care se poate lua cu privire la remedierea documentației de atribuire, care este cea de anulare a procedurii.

În acest caz, cu siguranță măsura extremă a anulării procedurii ar fi mult disproporționată, raportat la numărul mic de potențiali ofertanți care sunt ultraspecializați în furnizarea doar a 1-2 produse din cele care fac obiectul loturilor 1 sau 3.

Nu în ultimul rând, Consiliul apreciază că fragmentarea excesivă a loturilor în produse individuale, astfel cum solicită contestatorul, este de natură să conducă la încălcarea prevederilor art. 11 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care stabilesc în sarcina autorității contractante interdicția de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire motivat de faptul că valoarea estimată a fiecărui produs în parte se situează sub pragul de achiziție directă prevăzut la art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 19 din același act normativ.

Pe de altă parte, Consiliul reține că atât legislația achizițiilor publice, cât și dispozițiile dreptului administrativ dar și cele de drept comun, stabilesc condiția interesului direct și personal. În acest sens, dispozițiile Legii nr. 101/2016 stabilesc următoarele:

- art. 2 alin. (1): *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități*

contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;

- art. 3 alin. (1) lit. f): „*persoană care se consideră vătămată - 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 acest context, Consiliul va reține că vătămarea produsă societății contestatoare de alcătuirea actuală a loturilor 1 și 3, ar putea fi dată de faptul că aceasta nu ar avea în portofoliu toate cele 4 produse care fac obiectul acestor loturi.

Însă, formulând critici cu privire la specificațiile tehnice ale tuturor celor 6 produse și solicitând reformularea documentației de atribuire în sensul punerii la dispoziție a nebulizatoarelor și dozatoarelor împreună cu dezinfectanții aferenți, SC SRL dovedește că are interes în modificarea acestor specificații tehnice astfel încât să-i permită participarea la procedura de atribuire cu toate produsele care fac obiectul loturilor 1 și 3.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica referitoare la structura loturilor 1 și 3.

Criticile analizate anterior, cu privire la structura loturilor 1 și 3, sunt în strânsă legătură cu cele privind legătura dintre nebulizator și dezinfectantul pentru nebulizare (punctul 2.2.2.1) și cele privind legătura dintre dozatorul pentru dezinfectanți și dezinfectantul pentru mâini (punctul 2.2.2.2), motiv pentru care Consiliul le va analiza în această ordine.

Referitor la nebulizator, Consiliul reține că un prin aspect criticat de SC SRL se referă la specificația aflată la prima linie de la punctul 3.4.1.1 din caietul de sarcini, prin care s-a solicitat „*aparat portabil pentru dezinfectare chimică a aerului și a suprafețelor prin nebulizare (...)*”.

În opinia contestatorului, nebulizarea nu poate fi utilizată pentru sterilizarea aerului, ci doar a suprafețelor.

În soluționarea contestației, Consiliul reține prevederile art. 8 alin. (2) din Normele tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în

unitățile sanitare publice și private aprobate prin Ordinul nr. 1761/2021, care statuează la lit. d) faptul că *„dezinfecția cu raze ultraviolete este indicată în dezinfecția suprafețelor netede și a aerului (...)”* și la lit. e) faptul că *„dezinfecția prin mijloace chimice se realizează prin utilizarea produselor de dezinfecție avizate/autorizate ca biocide sau notificate ca dispozitive medicale clasa II a și II b, conform prevederilor legale în vigoare, și care se utilizează pentru suprafețe, obiecte, care necesită dezinfecție, instrumentar medical, chirurgical, stomatologic, aparatură medicală, dispozitive medicale, material moale”*.

Din analiza prevederilor legale anterior reproduse (prevederi aplicabile în domeniul sanitar), se reține că dezinfecția suprafețelor poate fi realizată prin aplicarea dezinfectanților chimici cum sunt cei care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, în vreme ce dezinfecția aerului se poate face cu raze ultraviolete.

Rezultă faptul că nebulizatorul solicitat de autoritatea contractantă va fi utilizat pentru dezinfectarea suprafețelor, astfel cum se menționează în partea introductivă a specificațiilor tehnice, prin sintagma *„Sistem automat de nebulizare, pentru dezinfecția suprafețelor pe cale aeriană (...)”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită critica contestatorului de la punctul intitulat *„chestiune prealabilă (I)”*, urmând să dispună eliminarea din caietul de sarcini și anunțul de participare a referirilor la dezinfecția aerului.

În continuare, la punctul intitulat *„chestiune prealabilă (II)”*, contestatorul susține că autoritatea contractantă ar fi trebuit să se limiteze, în ceea ce privește specificațiile tehnice aferente *„cuplului”*

dezinfectant-dispozitiv, la simpla indicare a standardului EN 17272, fără a formula cerințe funcționale cu privire la nebulizator, despre care susține că ar conduce spre un anumit produs.

Ca un prim aspect, Consiliul reține că standardul EN 17272 se regăsește în specificațiile tehnice aferente dezinfectantului pentru nebulizare, relevanța acestei mențiuni urmând a fi apreciată în analiza criticilor contestatorului formulate cu privire la respectivul dezinfectant.

Totodată, se reține că societatea contestatoare enumeră 4 specificații tehnice despre care susține că ar direcționa achiziția către un anumit produs, după cum urmează:

- „substanțe avizate ECHA pe bază de peroxid de hidrogen”;
- „posibilitate de programare a volumului ce urmează a fi tratat, capacitate între 10-1000 m³”;
- „consum cât mai redus 1-2 ml produs/m³ profilactic și 3-5 ml produs/m³ pentru tratamente curative”;
- „opțiuni și accesorii: telecomandă pentru lansarea comenzilor din afara camerei dezinfectate”.

Cu privire la prima cerință, Consiliul apreciază că solicitarea avizării ECHA pentru substanța folosită de nebulizator nu poate fi considerată nelegală câtă vreme prevederile art. 5 intitulat „Fără informații, nu este pe piață (No data, no market)” din Regulamentul (CE) nr. 1907/2006 stabilesc faptul că „Sub rezerva articolelor 6, 7, 21 și 23, substanțele ca atare, în preparate sau în articole nu pot fi produse sau introduse pe piață în Comunitate decât dacă au fost înregistrate în conformitate cu dispozițiile relevante ale prezentului titlu, atunci când se solicită aceasta” iar cele ale art. 6 și 7 stabilesc cantitatea de la care este obligatorie înregistrarea la Agenția Europeană pentru Produse Chimice instituită prin acest Regulament (în limba engleză ECHA – acronim de la European Chemicals Agency).

În ceea ce privește partea finală a cerinței, respectiv cea prin care s-a impus o anumită substanță respectiv peroxidul de hidrogen, Consiliul reține că, tot în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a formulat specificația „nu necesită nicio acțiune după tratament de tipul aerisire, uscare, clătire”.

O solicitare similară se regăsește și în specificațiile tehnice aferente dezinfectantului pentru nebulizare, prin sintagma „(...) după dezinfectie să nu fie necesare măsuri suplimentare măsuri suplimentare de spălare, clătire, ștergere etc.”.

Consiliul reține că peroxidul de hidrogen (cunoscut sub denumirile de „apă oxigenată” sau „perhidrol”) este o substanță cu formula chimică H₂O₂ care, fiind instabilă în soluție concentrată, se descompune spontan, rezultând apă și oxigen, fenomen care are efect dezinfectant fără a produce reziduuri.

Prin urmare, în lipsa unei justificări a impunerii peroxidului de hidrogen (în punctul de vedere autoritatea contractantă limitându-se la susțineri generice privind specificațiile tehnice în ansamblu), Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a solicitat această substanță activă deoarece nu produce reziduuri care să pună în pericol elevii sau personalul din unitățile de învățământ însă această finalitate se va obține prin efectul cerințelor de forma *„după dezinfecție să nu fie necesare măsuri suplimentare măsuri suplimentare de spălare, clătire, ștergere etc.”*, fără a restricționa accesul la procedura de atribuire, motiv pentru care nu au fost criticate de către contestator.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită critica contestatorului privind substanța activă solicitată pentru dezinfectarea prin nebulizare.

În ceea ce privește criticile privind anumite funcții solicitate pentru nebulizator (posibilitatea de programare a volumului care urmează a fi tratat și telecomanda), Consiliul urmează a le respinge ca nefondate deoarece respectivele cerințe reprezintă specificații tehnice de natura celor prevăzute la art. 156 din Legea nr. 98/2016, prin care autoritatea contractantă a descris nebulizatoarele astfel încât să corespundă necesității sale.

Consiliul apreciază că atât funcția de programare a volumului care urmează a fi tratat cât și cea privind telecomanda descriu în mod corespunzător necesitatea autorității contractante de asigurare a dezinfecției în spațiile de învățământ, în condiții de siguranță, existând astfel premisele manipulării corecte de către personal fără specializare în domeniul sanitar.

Totodată, Consiliul urmează să respingă criticile contestatorului privind solicitarea unui consum redus de dezinfectant, deoarece un consum scăzut de dezinfectant utilizat sub formă de „*ceață uscată*” (prin urmare fără diluarea în apă) apare ca fiind în concordanță cu scopul aplicării procedurii de atribuire respectiv „*eficiență economică și socială*” astfel cum este prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, cerința nu este restrictivă nici din punct de vedere al cantităților solicitate, acestea nefiind menționate ca valori fixe ci ca intervale în interiorul cărora să se situeze, societatea contestatoare având deplina libertate să propună orice nebulizator al cărui debit să poată fi reglat între cel minim (1 ml/m³) și cel maxim solicitat prin caietul de sarcini (5 ml/m³), autoritatea contractantă având posibilitatea estimării duratei de utilizare a stocului.

Faptul că autoritatea contractantă nu a lăsat la alegerea operatorilor economici alegerea unor nebulizatoare pe care să le ofere împreună cu dezinfectantul ci a optat pentru achiziționarea unor nebulizatoare cu anumite funcționalități care să corespundă întocmai necesității sale nu constituie un aspect legat de legalitatea achiziției ci de oportunitatea acesteia, Consiliul neputând să impute autorității contractante faptul că a ales să achiziționeze nebulizatoarele separat de substanța necesară nebulizării, câtă vreme nu a fost demonstrat caracterul restrictiv al specificațiilor tehnice impuse prin caietul de sarcini.

În ceea ce privește dispenserul pentru dezinfectant de mâini, Consiliul reține că în cadrul punctului 2.2.2.2 din contestație, SC SRL se limitează la reproducerea prevederilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și la simple susțineri potrivit cărora caracteristicile diferă de la un producător la altul fără să indice concret măcar o singură caracteristică care ar putea fi considerată restrictivă, motiv pentru care Consiliul va respinge aceste critici ca nefondate.

Solicitările contestatorului de la punctul 2.2.3.3.3 privind eliminarea compatibilității între dezinfectantul pentru nebulizare solicitat în cadrul lotului 3 și nebulizatorul solicitat în cadrul lotului 1 precum și cea de la punctul 2.2.3.4.3 privind eliminarea compatibilității între dezinfectantul pentru mâini (lotul 3) și dozatorul aferent acestuia (lotul 1) urmează a fi respinse ca nefondate deoarece scopul achiziției în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei este achiziționarea unor aparate de nebulizare și a unor dozatoare împreună cu consumabilele aferente, aspect din care rezultă că cerința privind compatibilitatea este una esențială în derularea contractului.

Pe de altă parte, se reține că aparatele anterior menționate se regăsesc în cadrul lotului 1 iar consumabilele aferente acestora se regăsesc în cadrul lotului 3, de unde rezultă că cerința privind

compatibilitatea este formulată cu privire la produse aflate în loturi diferite, situație în care ofertanții vor fi puși în situația de a depune ofertă în cadrul ambelor loturi astfel încât să respecte cerința de compatibilitate.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține incidența prevederilor art. 141 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră *„În cazul în care aceluiași ofertant îi pot fi atribuite mai multe loturi, autoritatea contractantă are dreptul de a decide atribuirea contractului/contractelor prin reunirea mai multor loturi sau a tuturor loturilor și atribuirea acestora aceluiași ofertant, dacă a precizat în anunțul de participare faptul că își rezervă dreptul de a face acest lucru și a indicat loturile sau grupurile de loturi care pot fi reunite”*.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corespunzător prevederile legale anterior menționate deoarece a impus prin caietul de sarcini respectarea unor cerințe de compatibilitate între produse din loturi diferite, aspect care va conduce în mod automat la atribuirea ambelor loturi aceluiași ofertant, fără a preciza în anunțul de participare că își rezervă dreptul de a face acest lucru și fără a indica loturile care urmează a fi reunite, aspect care rezultă din mențiunile aflate la punctul *„I.1.6) Informații privind loturile”* din anunțul de participare, în cadrul căroră nu este menționată nicio informație la subpunctul *„Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a atribui contracte prin combinarea următoarelor loturi sau grupuri de loturi”*.

Consiliul reține că, prin această omisiune, autoritatea contractantă nu a aplicat corespunzător principiul transparenței statuat la art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016 motivat de faptul că informațiile privind

atribuirea contractului prin reunirea loturilor 1 și 3 nu sunt menționate clar, explicit în anunțul de participare ci rezultă doar din modalitatea în care a fost elaborat caietul de sarcini.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să oblige autoritatea contractantă la remedierea anunțului de participare în sensul atribuirii reunite a loturilor 1 și 3, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016 potrivit căroră *„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”*.

Criticile contestatorului de la punctele 2.2.3.1.1 și 2.2.3.2.1, privind contradicții între denumirile produselor dezinfectante și specificațiile tehnice urmează a fi admise deoarece la punctul 3.4.3.1 din caietul de sarcini este menționată în denumirea produsului sintagma *„săpun antibacterian obs: 0,5 L/flacon”*, aspect care ar conduce la concluzia că este solicitată ambalare în flacoane de exact 0,5 litri iar în caietul de sarcini este menționat *„mod de ambalare min. 0,5 litri/flacon”*, de unde rezultă că dimensiunea de 0,5 litri nu este fixă/exactă ci este limita minimă impusă de autoritatea contractantă pentru flacoanele în care va fi livrat dezinfectantul iar la punctul 3.4.2.3 din caietul de sarcini este menționată denumirea *„dezinfectanți pentru suprafețe obs: 6L per flacon”*, aspect din care rezultă că autoritatea ar fi solicitat ambalare în flacoane de exact 6 litri, în contradicție cu specificațiile tehnice aferente aceluiași produs, în care se menționează *„mod de ambalare: min. 1 litru/flacon”*.

Se reține că prin mențiunile contradictorii cu privire la ambalarea celor 2 produse anterior menționate, autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în sensul că nu a informat ofertanții corect, complet și precis cu privire la modalitatea de ambalare a dezinfectanților, motiv pentru care Consiliul va dispune remedierea caietului de sarcini prin corelarea denumirilor de la punctul 3.4.3.1 și punctul 3.4.2.3 din caietul de sarcini cu specificațiile tehnice respectiv *„mod de ambalare min. 0,5 litri/flacon”* pentru săpunul antibacterian și *„mod de ambalare: min. 1 litru/flacon”* în cazul dezinfectantului pentru suprafețe.

Solicitările contestatorului de la punctele 2.2.3.1.3, 2.2.3.2.4, 2.2.3.3.4, 2.2.3.4.5 și 2.2.3.4.6 privind completarea caietului de sarcini cu cerințe suplimentare privind valabilitatea soluției de lucru de la deschiderea flaconului și cu privire la modalitatea de demonstrare a compatibilității cu suportul care urmează a fi tratat, urmează a fi respinse ca nefondate motivat de faptul că lipsa unor astfel de cerințe

din documentația de atribuire nu este de natură să vatăme societatea contestatoare, aceasta având posibilitatea de a oferi dezinfecțanți cu orice durată de valabilitate de la deschidere și de a demonstra prin orice înscrisuri compatibilitatea cu suportul care urmează a fi tratat.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale dezinfecțanților și evaluarea tehnică a ofertelor se vor întemeia pe prevederile standardului EN 14885:2022 specifice fiecărei activități microbicide impusă prin respectivul standard, Consiliul va reține că prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016 stabilesc modalitatea în care pot fi elaborate specificațiile tehnice respectiv fie prin trimitere la standarde fie prin trimitere la cerințe funcționale/de performanță, motiv pentru care alegerea modalității de formulare a specificațiilor tehnice aparține autorității contractante; în speță, autoritatea contractantă a elaborat specificațiile tehnice prin care a definit spectrul de activitate aferent produselor care urmează a fi achiziționate printr-o combinație a celor 2 metode anterior menționate, menționând pentru definirea spectrului de activitate anumite standarde specifice, prevăzute la rândul lor în standardul EN 14885.

Ori, din acest punct de vedere, eventuala obligare a autorității contractante la mențiunea generică că va aplica strict prevederile standardului EN 14885:2022 specifice fiecărei activități microbicide impusă prin respectivul standard nu ar îmbunătăți claritatea documentației de atribuire ci ar adăuga la aceasta noi reguli și cerințe fără ca acestea să fie enumerate explicit în caietul de sarcini, aspect aflat în aparentă discordanță cu obligația prevăzută la art. 154 din Legea nr.

98/2016 potrivit căruia autoritatea contractantă are obligația de a asigura „(...) o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

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

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație sau după caracteristicile produselor pe care acesta le comercializează; opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Mai mult, Consiliul apreciază că solicitarea contestatorului de completare a documentației de atribuire cu anumite cerințe care nu se regăsesc în acesta respectiv cerințele cu privire la probe tehnice/rapoarte tehnice privind compatibilitatea cu suprafețele tratate, cu privire la valabilitatea soluției de lucru și menționarea generică/globală a aplicării stricte a prevederilor standardului EN 14885:2022 nu au ca obiect eliminarea unor cerințe restrictive care să fi împiedicat contestatorul să depună ofertă ci impunerea unora noi care să îngreuneze depunerea ofertelor de către alți operatori economici, aspect aflat în totală discordanță cu scopul pentru care a fost edictată Legea nr. 101/2016, prevăzut la art. 2 alin. (3) din aceasta respectiv „(...) asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și **remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor**”.

Pe de altă parte, critica contestatorului de la punctul 2.2.3.1.2 privind modalitatea de analiză comparativă a ofertelor urmează a fi admisă deoarece regula stabilită de autoritatea contractantă la punctul 3.4.3.1 din caietul de sarcini respectiv compararea prețului unui litru de soluție dezinfectantă nu este de natură să ofere o modalitate obiectivă de determinare a ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic astfel cum dispun prevederile art. 187 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 câtă costul fiecărei proceduri de dezinfecție depinde atât de prețul dezinfectantului cât și de cantitatea de dezinfectant necesară unei

proceduri de dezinfecție, aspect care nu a fost luat în considerare de către autoritate.

În această situație, societatea contestatoare ar putea fi vătămată de actuala modalitate de aplicare a criteriului de atribuire deoarece nu ar putea fi desemnată câștigătoare în cazul ofertării unui produs eficient și mai scump decât contracandidații săi, chiar dacă eficiența mai mare ar conduce la consum redus de soluție pentru o singură procedură de dezinfecție și, implicit, preț mai mic pentru o dezinfecție decât al contracandidaților săi.

Din acest punct de vedere, modalitatea de analiză comparativă a ofertelor aleasă de autoritatea contractantă respectiv compararea prețului unui litru de soluție ar putea să distorsioneze rezultatul aplicării criteriului de atribuire „*prețul cel mai scăzut*” câtă vreme modalitatea obiectivă de comparare a prețurilor ofertate ar trebui să aibă în vedere prețul procedurii de dezinfecție, nu prețul litrului de soluție.

Solicitarea contestatorului de la punctul 2.2.3.2.2 de modificare a specificațiilor tehnice aferente dezinfectantului pentru suprafețe în sensul acceptării dezinfectanților încadrați dispozitive medicale urmează a fi respinsă ca nefondată deoarece, din analiza definițiilor prevăzute la art. 2 din Regulamentul (UE) 2017/745 al Parlamentului European și al Consiliului din 5 aprilie 2017 privind dispozitivele medicale nu rezultă că acest concept de „*dispozitiv medical*” ar include dezinfectanții pentru suprafețe cum este cel care face obiectul produsului de la punctul 3.4.3.2 din caietul de sarcini.

În acest sens, se reține că la punctul 1 al art. 2 din Regulamentul anterior indicat este definit dispozitivul medical astfel:

„dispozitiv medical» înseamnă orice instrument, aparat, mașină, program informatic, implant, reactiv sau alt articol, destinat de către producător a fi utilizat, separat sau în combinație, pentru ființele umane, într-unul sau mai multe dintre scopurile medicale următoare:

- diagnosticare, prevenire, monitorizare, prevedere, prognozare, tratament sau ameliorare a unei boli;*
- diagnosticare, monitorizare, tratament, ameliorarea unei leziuni sau a unui handicap sau o compensare a acestora;*
- investigare, înlocuire sau modificare a unei structuri anatomice sau a unui proces ori stări fiziologice sau patologice;*
- furnizarea de informații prin intermediul examinării in vitro a unor probe prelevate din organismul uman, inclusiv donări de organe, sânge și țesuturi,*

și care nu își îndeplinește acțiunea principală propusă prin mijloace farmacologice, imunologice sau metabolice, în sau asupra organismului uman, dar care poate fi asistat în îndeplinirea funcției sale prin astfel de mijloace.

De asemenea, sunt considerate a fi dispozitive medicale următoarele produse:

- dispozitivele utilizate în scopul controlului sau favorizării concepției;*
- produsele destinate în mod special curățării, dezinfectării sau sterilizării dispozitivelor menționate la articolul 1 alineatul (4), precum și ale acelor menționate la primul paragraf de la acest punct”.*

Consiliul reține că, contrar dispozițiilor art. 249 din codul de procedură civilă potrivit căroră *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*, societatea contestatoare nu a transmis la dosarul cauzei nicio probă din care să rezulte existența pe piață a dezinfectanților pentru suprafețe încadrați dispozitive medicale și nici nu a indicat, argumentat și probat faptul că un dezinfectant având ca destinație dezinfecția suprafețelor din unitățile de învățământ ar putea fi încadrat în vreuna din categoriile definite în Regulamentul (UE) 2017/745.

Paragraful al doilea din norma juridică anterior reprodusă nu se referă la dezinfectanți pentru suprafețele din unitățile de învățământ, cum este cel descris la punctul 3.4.3.2 din caietul de sarcini aferent lotului 3 ci doar la dezinfectarea dispozitivelor medicale definite la primul paragraf și a celor menționate la art. 1 alin. (4), printre care nu se regăsesc astfel de suprafețe.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și

practica judiciară a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și entitatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul iar adversarul va triumfa.

Astfel, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze posibilitatea încadrării dezinfectanților pentru suprafețe ca dispozitive medicale astfel încât să demonstreze caracterul nelegal al caietului de sarcini, lucru pe acesta nu l-a făcut.

În aceste condiții, raportat la aspectele precizate anterior, Consiliul va respinge ca nefondate solicitările contestatorului de la pct. 2.2.3.2.2 din contestație.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază eronată solicitarea autorității contractante de la punctul 3.4.3.3 din caietul de sarcini, ca

dezinfectantul pentru nebulizare să dețină marcaj CE (punctul 2.2.3.3.1 din contestație) deoarece în domeniul dezinfecanților, obligația aplicării marcajului CE se regăsește doar în Regulamentul UE nr. 745/2017 privind dispozitivele medicale însă nu se regăsește în Regulamentul UE nr. 528/2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide.

În acest sens, Consiliul reține ca relevante prevederile art. 30 din Regulamentul CE nr. 765/2008 de stabilire a cerințelor de acreditare și de supraveghere a pieței în ceea ce privește comercializarea produselor potrivit cărora *„Marcajul CE, prezentat în anexa II, se aplică doar pe produsele pentru care legislația comunitară de armonizare specifică prevede aplicarea marcajului și nu se aplică pe niciun alt produs”*.

Ori, câtă vreme legislația comunitară nu impune aplicarea marcajului CE pe dezinfecanții produse biocide, Consiliul reține că solicitarea autorității contractante ca dezinfecanții să fie însoțiți de marcajul CE indiferent de încadrarea acestora (fie ca dispozitive medicale fie ca biocide) este de natură să restrângă în mod nejustificat participarea la procedura de atribuire.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită critica contestatorului de la punctul 2.2.3.3.1, urmând să oblige să dispună remedierea documentației de atribuire în sensul eliminării cerinței cu privire la marcajul CE din specificațiile tehnice aflate la punctul 3.4.3.3 din caietul de sarcini.

În continuare, procedând la analiza criticilor contestatorului privind spectrul de activitate, Consiliul reține că la punctul 2.2.3.2.3 din contestație, SC SRL solicită înlocuirea spectrului de activitate solicitat pentru dezinfectantul de suprafețe la punctul 3.4.3.2 din caietul de sarcini cu spectrul de activitate reglementat pentru utilizarea în zonele instituționale prin tabelul 12 din standardul EN 14885:2022, cu anumite modificări respectiv eliminarea efectului sporicid și adăugarea celui virucid cel puțin pentru virușii anvelopați cadrul cărora face parte virusul SARS-COV 2.

La pag. 9 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat pentru dezinfectantul de suprafețe următorul spectru de activitate:

„Să aibă eficacitate bactericida EN 13727 Staphylococcus aureus la timp de acțiune 5 min

Să aibă activitate fungicida EN 13697 Staphylococcus aureus și Aspergillus Brasiliensis la timp de acțiune 5 min

Să prezinte activitate micobactericida EN 14563 M. Terrae și M. Avium la timp de acțiune 60 min”.

Verificând dacă cele 3 tipuri de eficacitate anterior menționate se încadrează sau nu în lista standard cu teste destinată zonei instituționale, prevăzută în tabelul 12 din standardul EN 14885:2022

transmis de contestator la dosarul cauzei, Consiliul reține că sintagma „EN 13697” solicitată de autoritate prin caietul de sarcini în vederea demonstrării activității fungicide se regăsește în coloana destinată dezinfecției suprafețelor, în dreptul liniei destinată tipului de activitate „fungicidal” din standardul EN 14885:2022, faza 2 pasul 2 (pag. 48 din standard) iar ambele microorganisme de test solicitate (*Staphylococcus aureus* și *Aspergillus Brasiliensis*) sunt permise pentru timpul 5 minute în cazul dezinfecției suprafețelor conform mențiunilor din tabelul 13 din standard (pag. 52 din standardul EN 14885:2022).

Prin urmare, sub acest aspect, criticile contestatorului privind spectrul de activitate sunt nefondate, urmând a fi respinse.

Totodată, se reține că sintagma „EN 13727” prin care a caracterizat autoritatea contractantă eficacitatea bactericidă a dezinfectantului de suprafețe se regăsește în tabelul 1 intitulat „Medical area – Standard test methods for substantiating product claims”, din standardul EN 14885:2022, pe coloana destinată dezinfecției suprafețelor, aspect din care rezultă că testul bactericid EN 13727 este o metodă standardizată de testare destinată demonstrării eficacității dezinfectanților utilizați în domeniul medical.

Ori, întrucât domeniul medical este caracterizat în mod uzual de o rigoare și eficiență sporită față de ale domeniului de activitate cum ar fi cel instituțional căruia îi sunt destinați dezinfectanții care urmează a fi achiziționați urmare a prezentei proceduri de atribuire, rezultă că un dezinfectant testat pentru utilizare în domeniul medical poate îndeplini în mod corespunzător necesitatea autorității contractante constând în dezinfecția suprafețelor din domeniul său de activitate iar, pe cale de

consecință, solicitarea efectului bactericid EN 13727 nu are caracter restrictiv în cazul prezentei proceduri de atribuire, SC SRL având deplina libertate de a oferi un dezinfectant pentru suprafețe care să fie testat pentru efectul bactericid conform regulilor din zona medicală.

Pe de altă parte, Consiliul reține că standardul EN 14563 solicitat de autoritatea contractantă pentru dezinfectantul de suprafețe nu se regăsește printre metodele de testare standardizate destinate dezinfecției suprafețelor din domeniul instituțional și nici din domeniul medical, nefiind menționat pe coloana destinată dezinfecției suprafețelor din tabelul 12 sau tabelul 1 din standardul EN 14885:2022 ci se regăsește doar ca metodă de testare adițională/opțională, în cazul dezinfecției instrumentarului din domeniul medical.

În acest sens, se reține ca relevantă definiția/denumirea standardului EN 14563, regăsită la pag. 9 din standardul EN 14885:2022 respectiv „*EN 14563:2008, Chemical disinfectants and antiseptics - Quantitative carrier test for the evaluation of mycobactericidal or tuberculocidal activity of chemical disinfectants used for instruments in the medical area - Test method and requirements (phase 2, step 2)*”, din care rezultă că testul respectiv este destinat confirmării activității micobactericide sau tuberculocide a dezinfectanților utilizați pentru instrumente în domeniul medical.

Ori, necesitatea autorității contractante nu constă în dezinfecția vreunui instrumentar medical, nefiind prevăzută în caietul de sarcini nicio mențiune cu privire la astfel de utilizare.

Având în vedere acest din urmă aspect, precum și faptul că autoritatea contractantă nu a formulat niciun argument cu privire la motivele pentru care necesitatea sa ar putea fi satisfăcută doar prin efectul micobactericid EN 14563, Consiliul urmează să admită critica contestatorului privind acest aspect, urmând să oblige autoritatea contractantă la eliminarea cerinței „*Să prezinte activitate micobactericida EN 14563 M. Terrae și M. Avium la timp de acțiune 60 min*” din spectrul de activitate al dezinfectantului pentru suprafețe.

În ceea ce privește criticile contestatorului de la punctul 2.2.3.3.2 din contestație, prin care acesta solicită înlocuirea spectrului de activitate „*bactericid (EN 13727), bactericid/levuricid (EN13697), virucid (EN 14476), și Coronavirus (EN 17272)*” cu efectele bactericid, levuricid, fungicid, virucid, sporicid, micobactericid conform standardului EN 17272, conform mențiunilor din tabelul 12 din standardul EN 14885:2022, Consiliul va reitera faptul că produsul de la punctul 3.4.3.3 din caietul de sarcini este destinat dezinfecției suprafețelor, metoda de aplicare aleasă fiind nebulizarea.

În acest context, se reține că standardul EN 13697 se regăsește în cadrul tabelului 13 aferent zonei instituționale din standardul EN

14885:2022, la secțiunea destinată dezinfecției suprafețelor iar standardele EN 13727 și EN 14476 se regăsesc în tabelul 4.3.2.6 aferent dezinfecției suprafețelor din zona medicală, din standardul EN 14885:2022, modalitatea de aplicare pentru acestea din urmă fiind prevăzută în tabelul 2 și tabelul 4 din standardul EN 14885:2022, fără nicio referire la anumite tipuri de aplicare cum ar fi pulverizarea, ștergerea sau nebulizarea.

Rezultă că standardele prin intermediul cărora a solicitat autoritatea contractantă demonstrarea eficacității dezinfectanților oferați se regăsesc printre cele reglementate de standardul 14885:2022 pentru dezinfecția suprafețelor în general.

Consiliul mai reține faptul că societatea contestatoare nu argumentează concret care motive ar trebui să conducă la concluzia că spectrul de activitate EN 13727, EN13697 și EN 14476 solicitat de autoritatea contractantă la punctul 3.4.3.3 din caietul de sarcini ar fi de natură să îl împiedice în elaborarea unei oferte corespunzătoare, limitându-se la solicitarea înlocuirii spectrului de activitate ales de autoritatea contractantă cu cel din tabelul 12 din standardul EN 14885:2022 pentru aplicarea prin nebulizare.

În ceea ce privește efectul virucid EN 17272 pe un anumit microorganism respectiv „*Coronavirus (EN 17272)*”, se reține că în tabelul 15 aferent condițiilor de testare standardizată pentru demonstrarea activității virucide în zona instituțională, la pag. 54 din standardul EN 14885:2022 sunt menționate anumite organisme de test obligatoriu, cu precizarea că sunt permise teste suplimentare efectuate

pe orice organism de test relevant, (sintagma în limba engleză este „*any other relevant test organism*”).

Prin urmare, standardul EN 17272 indicat chiar de societatea contestatoare ca fiind aplicabil nu interzice efectuarea testărilor pe SARS COV-2 (indicat de autoritatea contractantă prin sintagma „*Coronavirus*”), scopul achiziției în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei fiind combaterea bolii generată de SARS COV-2.

Mai mult, trebuie avut în vedere faptul să atât standardul EN 17272:2020 cât și standardul EN 14885:2022 au fost adoptat recent, motiv pentru care eventuala obligare a autorității contractante la înlocuirea spectrului de activitate din caietul de sarcini cu cel bazat exclusiv pe standardul EN 17272 reglementat de standardul EN 14885:2022 ar conduce la restricționarea suplimentară a accesului la procedura de atribuire față de actuala formă deoarece dreptul de a comercializa în mod licit dezinfectanții produse biocide este condiționat de parcurgerea anumitor proceduri cum ar fi testarea în conformitate cu noile standarde reglementate, transmiterea dosarului actualizat către Comisia Națională pentru Produse Biocide etc.

Pe de altă parte, nu este exclus ca anumiți comercianți să fi efectuat deja aceste demersuri, situație în care ar fi împiedicați să depună ofertă prin menținerea exclusiv a actualei forme a spectrului de activitate, motiv pentru care Consiliul va admite în carte cererea contestatorului, în sensul demonstrării alternative a spectrului de activitate fie prin sintagma din caietul de sarcini „*bactericid (EN 13727), bactericid/levuricid (EN13697), virucid (EN 14476)*” fie prin trimitere la testări conform EN 17272 pentru efectul bactericid, levuricid și virucid în condițiile de testare obligatorii la care se adaugă testarea EN 17272 pe SARS COV-2 conform celor reținute anterior.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de completare a documentației de atribuire cu cerințe privind efectul fungicid, sporicid și micobactericid conform EN 17272, Consiliul o va respinge ca nefondată deoarece lipsa acestor cerințe din caietul de sarcini nu este de natură să vatăme societatea contestatoare, aceasta având posibilitatea de propune dezinfectanți care respectă toate celelalte cerințe din caietul de sarcini.

În ceea ce privește spectrul de activitate aferent dezinfectantului pentru mâini (punctul 3.4.3.4 din caietul de sarcini) solicitat de autoritatea contractantă prin sintagma „*dezinfectant pentru mâini de tip bactericid, virusocid (...) eficient împotriva virusului SARS COV 2*”, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea contestatorului de înlocuire cu spectrul de activitate din tabelul 12 din standardul EN 14885:2022 solicitarea generică a unor efecte de tip bactericid și virucid nu este de natură să vatăme societatea contestatoare, aceasta având posibilitatea de a oferta dezinfectanți testați conform pentru efectul bactericid EN

1276 și EN 1500 și pentru efectul virucid pentru o acțiune cel puțin limitată la virușii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV 2 potrivit susținerilor contestatorului) iar solicitării exprese a efectului levuricid nu înseamnă că operatorii economici interesați nu ar putea să ofere produse care dețin astfel de rapoarte de testare.

Critica cu privire la compoziția dezinfectantului pentru mâini urmează să fie admisă deoarece prin impunerea substanței active „*etanol*”, autoritatea contractantă a eliminat practic toate produsele care nu conțin respectivul produs în concentrația de minim 70%, indiferent dacă ar fi atins sau nu rezultatul urmărit de autoritate prin solicitarea respectivului produs (eficiența împotriva infectării cu SARS COV 2, conform mențiunilor din caietul de sarcini).

În acest sens, se reține că sintagma „*etanol*” nu se confundă cu etanolul (alcoolul etilic utilizat în mod curent în spirtul medicinal) și nici cu etenolul, care este alcoolul vinilic ci este o substanță chimică organică mult mai puțin uzuală decât acestea (substanță denumită și „*hidroxiacetilenă*”), aspect care este de natură să restrângă accesul la procedura de atribuire.

Față de aceste aspecte, Consiliul va admite critica contestatorului de la punctul 2.2.3.4.1, urmând să oblige autoritatea contractantă la remedierea cerinței cu privire la compoziția dezinfectantului pentru mâini în sensul solicitat de contestator.

Critica de la punctul 2.2.3.4.4 privind sintagma „*spumă cremoasă*” urmează a fi admisă deoarece sintagma anterior reprodusă nu descrie eficacitatea produsului și nici nu este suficient de precisă pentru a permite evaluarea obiectivă a modului său de îndeplinire.

Solicitarea contestatorului de la punctul 2.2.1.2 din contestație, privind obligarea autorității contractante la recunoașterea aplicabilității Ordinului Ministerului Sănătății nr. 1761/2021 urmează a fi respinsă ca nefondată deoarece din conținutul acestuia rezultă că normele de tehnice privind curățarea, dezinfectia și sterilizarea prevăzute în anexa nr. 1 se aplică în mod exclusiv unităților sanitare, fiind elaborate raportat la activitatea specifică a acestora, nefiind prevăzută nicio mențiune cu privire la posibila aplicabilitate în alte domenii de activitate, cum ar fi cel instituțional din cadrul căruia face parte autoritatea contractantă.

În mod evident, autoritatea contractantă are dreptul și posibilitatea de a se inspira din procedurile aplicabile în domeniul medical, în cazul în care apreciază utilă adaptarea acestora la propria necesitate însă acest drept nu poate fi transformat în obligație câtă vreme prevederile ordinului Ministrului Sănătății prin care au fost aprobate respectivele norme nu instituie nicio obligație în acest sens.

În ceea ce privește practica CNSC și a curților de apel invocată de către contestator, Consiliul subliniază faptul că trimiterile la practica judiciară, respectiv la deciziile CNSC anterior pronunțate, sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, în ceea ce privește dezinfectia aerului, substanța peroxid de hidrogen, atribuirea simultană a loturilor 1 și 3, modul de ambalare pentru săpun și dezinfectantul de suprafețe, analiza comparativă a ofertelor pentru săpunul lichid antibacterian, marcajul CE pentru dezinfectantul prin nebulizare, standardul EN 14563 solicitat de autoritatea contractantă pentru dezinfectantul de suprafețe, spectrul de activitate al dezinfectantului de suprafețe prin nebulizare, compoziția dezinfectantului pentru mâini, sintagma „spumă cremoasă” iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va respinge ca nefondate celelalte critici din contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, în ceea ce privește dezinfectia aerului, substanța peroxid de hidrogen, atribuirea simultană a loturilor 1 și 3, modul de ambalare pentru săpun și dezinfectantul de suprafețe, analiza comparativă a ofertelor pentru săpunul lichid antibacterian, marcajul CE pentru dezinfectantul prin nebulizare, standardul EN 14563 solicitat de autoritatea contractantă pentru dezinfectantul de suprafețe, spectrul de activitate al dezinfectantului de suprafețe prin nebulizare, compoziția dezinfectantului pentru mâini, sintagma „spumă cremoasă” iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate celelalte critici din contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practica deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 32 (treizecișidouă) pagini