



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 1248/10.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 27989/13.07.2020, formulată de SC ... SRL, cu sediul în, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... Cod Unic de Înregistrare ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect furnizare "Dezinfectanți", pentru lotul nr. 5 „Dezinfectant de nivel înalt pe bază de peroxid de hidrogen 6 % pentru dezinfecția pe cale aeriană prin nebulizare. Dezinfectantul trebuie să fie compatibil cu aparatul de nebulizare ...”, s-a solicitat:

- adoptarea de remedieri privind documentația de atribuire aferentă specificațiilor tehnice pentru lotul 5,
- suspendarea procedurii de atribuire aferentă lotului 5, până la soluționarea contestației.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația nr. 1248/10.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 27989/13.07.2020, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire aferentă lotului 5, care nu respectă normele legale în vigoare.

Contestatoarea menționează că prevederile documentației de atribuire sunt nelegal întocmite având în vedere faptul că aceasta conține un „caiet de sarcini” care nu respectă cerințele legale cu privire la modelul de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide pentru întreaga procedură.

Specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Față de modul de constituire a specificațiilor tehnice pentru fiecare lot în parte din caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu respectă prevederile Legii nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, Ordinul nr. 1071/2017, standardul SR EN 14885:2015.

Față de acest aspect, contestatoarea învederează următoarele:

LOT 5 - Dezinfecant de nivel înalt pe baza de peroxid de hidrogen 6 % pentru dezinfectia pe cale aeriană prin nebulizare. Dezinfecantul trebuie să fie compatibil cu aparatul de nebulizare

1. Cu privire la cerința din titulatura lotului *”Dezinfecantul trebuie să fie compatibil cu aparatul de nebulizare ...”*, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acesteia, pentru următoarele motive:

Prin menținerea acestei cerințe, autoritatea contractantă restrânge în mod nejustificat concurența și totodată, încalcă normele legale privind achizițiile publice (art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice).

Potrivit Ordonanței de Urgență nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, conform art. 38 alin. (1) *”Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse”* prin urmare se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerinței, fără a preciza marca aparatului de nebulizare, cum este menționată în cerința *”aparatul ...”* pentru considerentele de mai sus.

Prin menținerea acestei cerințe, autoritatea contractantă nu este interesată de organizarea unei licitații, ci de excluderea celor interesați de participare, cu excepția unui operator economic. Astfel că se aduce atingere scopului de promovare a concurenței între operatorii economici și principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

Prin urmare, nerefacerea documentației de atribuire criticate ar putea fi considerată o încălcare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, așa cum sunt ele descrise în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv: nediscriminarea (prin asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale); tratamentul egal (stabilirea de cerințe și criterii în vederea oferirii de șanse egale de a deveni contractanți); transparența; proporționalitatea (asigurarea corelației între necesitatea autorității contractante și cerințele a fi îndeplinite având ca efect eliminarea cerințelor respective).

Pe cale de consecință, contestatoarea solicită ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferit care îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini, precum și menționarea numărului de aparate de nebulizare necesare autorității contractante.

2. Referitor la cerința din titulatura lotului "*peroxid de hidrogen 6%*" respectiv cerința din caietul de sarcini "*Forma de prezentare: recipient cu capacitate de maxim 1 litru lichid concentrat*", contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acesteia întrucât îngreunează participarea la procedură a anumitor operatori economici care ofertează produse ce îndeplinesc toate celelalte cerințe menționate în caietul de sarcini, această caracteristică fiind specifică doar produsului compatibil cu aparatul ..., așa cum se poate observa mai jos:

Aviz nr. 1501BIO/02/01.20 - ...

V. DATE PRIVIND SUBSTANȚA ACTIVĂ / SUBSTANȚE

A. Substanțe chimice

Nr. crt.	Denumirea chimică (IUPAC, ISO sau altele)	Nr. CE	Nr. CAS	Concentrația în unități metrice
1.	Peroxid de hidrogen	231-765-0	7722-84-1	6%
VI. FORMA DE CONDIȚIONARE				
Lichid concentrat				

De asemenea, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu are cunoștințele unui producător de dezinfectanți, pentru a putea indica exact ce compoziție dorește pentru un anumit efect al dezinfectantului. Mai exact, doar producătorii acestor dezinfectanți, în urma nenumăratelor teste de eficacitate, pot decide care tip de substanțe trebuie incluse sau nu în compoziția unui produs, astfel încât să se obțină efectul dorit. Cu atât mai mult cu cât anumite substanțe dau reacții nedorite în combinație cu alte tipuri de substanțe, iar autoritatea contractantă nu are competența de a decide care tipuri de substanțe pot fi incluse sau nu într-un singur produs.

Atâta timp cât substanțele active ale unui produs sunt avizate de către Comisia Națională pentru Produse Biocide (singura autoritate în măsură să avizeze un produs), autoritatea contractantă nu poate introduce în caietul de sarcini criterii selective pentru ofertarea produselor.

De asemenea, autoritatea contractantă restrânge în mod nejustificat concurența, permițând accesul doar unui operator economic care deține în portofoliu produsul compatibil cu aparatul de nebulizare solicitat, respectiv ..., fapt care încalcă principiul transparenței și al egalității de tratament al tuturor operatorilor economici.

Autoritatea contractantă a transmis, în copie, un set de documente din cadrul dosarului achiziției, necesare soluționării cauzei, precum și punctul de vedere nr. 9665/16.07.2020, înregistrat la Consiliu sub nr. 29163/21.07.2020 prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă solicită respingerea primului capăt de cerere având în vedere următoarele considerente:

Aparatul de nebulizare " ..." s-a achiziționat de către Spitalul PNF. "Sf. Andrei" - com....i, în luna septembrie 2017 iar produsul *"Dezinfectant de nivel înalt pe baza de peroxid de hidrogen 6% pentru dezinfecția pe cale aeriană prin nebulizare, compatibil cu aparatul de nebulizare ..."* este un biocid ce urmează a se aproviziona pentru a face funcționabil un aparat de nebulizare deja cumpărat.

Necesarul de produse se face pe baza existenței aparaturii din dotare, care din păcate, se numește ..., putând fi achiziționat un dezinfectant care se poate numi oricum, numai să poată fie compatibil cu aparatul pe care autoritatea contractantă îl are în dotare (ambalarea dezinfectantului trebuie să se adapteze la aparatul de nebulizare dezinfectant ...).

Autoritatea contractantă susține că oricine poate participa la licitație cu orice produs, doar că acesta trebuie să poată fi folosit de acest tip de aparat și să îndeplinească cerințele prevăzute de legislație. Autoritatea contractantă nu cumpără ..., ci cumpără un dezinfectant care să fie compatibil cu acest aparat care are funcția de nebulizare a dezinfectantului în aer.

SC ... SRL face o confuzie între aparat și dezinfectant.

Autoritate contractantă învederează nu îngrădește participarea niciunui agent economic la licitație, nu discriminează pe nimeni, asigură proporționalitatea participării efective a tuturor agenților economici la licitație, luând în calcul necesarul de produse de care are nevoie, respectând astfel principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Practic, SC ... SRL oferă soluția pe care ar trebui să o adopte autoritatea prin rectificare, respectiv: *"Pe cale de consecință, solicităm ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferit care îndeplinește cerințele caietului de sarcini, precum și menționarea numărului de aparate de nebulizare necesare autorității contractante"*, deci obligă autoritatea să cumpere nebulizatoare deși se dorește achiziționarea doar a dezinfectanților pentru nebulizatoare.

Referitor la cerința din titlatura lotului *"peroxid de hidrogen 6%"* și *"Forma de prezentare: recipient cu capacitate de maxim 1 litru concentrat"* prevăzută în caietul de sarcini, autoritatea contractantă prezintă cum este acesta prevăzut în caietul de sarcini:

"Lot nr. 5 Dezinfectant de nivel înalt pe bază de peroxid de hidrogen 6 % pentru dezinfecția pe cale aeriană prin nebulizare. Dezinfectantul trebuie să fie compatibil cu aparatul de nebulizare

Activitate antimicrobiană și standarde:

Spectrul de activitate conform EN 14885/2015

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

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

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

- *Micobactericidă EN 14348 (2,1), timp de contact 60 min., reducere lg. $\geq 4,0$*

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

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

- *Să poată fi utilizat pe orice categorie de material (covor pvc tip tarkett, inox, plastic etc.)*

- *Să fie compatibili cu materialul suprafețelor și instrumentarului ce urmează a fi dezinfectat, soluția de lucru să nu fie corozivă*

- *Să fie eficient în prezența substanțelor interferente, materie organică,*

- *Să fie cu toxicitate redusă în soluția gata de utilizare*

- *Soluția de lucru să nu prezinte acțiune iritantă asupra pielii, căilor respiratorii, mucoasei oculare și bucale, să nu necesite utilizarea în încăperi cu ventilație specială*

- *Se va verifica corelarea formulării produsului cu suprafețele pe care acesta va fi utilizat (de exemplu, produse anticorozive).*

- *Forma de prezentare : recipient cu capacitate de maxim 1 litru lichid concentrat.*

- *Perioada de garanție a produsului să fie de minimum un an din momentul livrării.*

Prețul ofertat va fi obligatoriu: prețul unui litru soluție concentrată și prețul dezinfecției unui metru cub care să acopere tot spectrul de acțiune solicitat - timp de dezinfecție 60 minute.

Analiza comparativă va avea în vedere: prețul dezinfecției unui metru cub care să acopere tot spectrul de acțiune solicitat - timp max. de dezinfecție 60 minute".

Având în vedere cele prezentate anterior, autoritatea contractantă susține că niciunde nu a folosit denumirea de "... " pe care contestatoarea îl amintește în contestație ca având nr. de aviz 150BIO/02/01.20 și ca fiind singurul care are ca substanță activă peroxid de hidrogen 6%. La o analiză sumară a Registrului de biocide din luna iunie 2020, există cel puțin 3 producători care au substanța activă peroxid de hidrogen 6% și sunt mulți alții care au combinații ale acestei substanțe:

1. Contec Franța-Contec hydropure (denumirea comercială)-peroxid de hidrogen (substanța activă) -6%- nr. aviz 3358BIO 02/01/20-Nr. CE231-765-0;

2. Ecolab Deutscland GmbH Germania - Klercide Sporicidal Low Residue Peroxide (denumirea comercială)- peroxid de hidrogen (substanța activă) 6% - nr. aviz 3213BIO/02/07.20-Nr.CE231-765-0;

3. Airel, Franta-... (denumirea comercială) - peroxid de hidrogen 6% - nr. aviz 1501BIO/02.07.20- Nr.CE 231-765-0;

În consecință, afirmația că denumirea *peroxid de hidrogen 6%* este numai pentru un singur dezinfectant este inexactă. Orice producător care poate face dovada că prin combinații ale substanței active ajunge la această concentrație și produsul său este compatibil cu aparatul ... este acceptat la licitație. Iar la licitații de dimensiunea aceasta, participă distribuitori și nu producători. Un produs poate fi comercializat de zeci de distribuitori cu prețuri diferite iar participarea acestora nu este sub nici o formă îngrădită, încălcându-se, astfel, principiul transparenței și al egalității de tratament, așa cum specifică contestatarul.

Prin adresa nr. 1287/17.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 28759/17.07.2020, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante în care menționează că aceasta din urmă, prin maniera în care procedează, încearcă restrângerea licitației doar la un anumit produs existent pe piața din România, compatibil cu acest aparat, ceea ce elimină caracterul deschis al licitației. Astfel, prin eliminarea cerințelor de compatibilitate cu aparatele „...”, autoritatea contractantă va deschide competiția oricărui distribuitor de produse dezinfectante, interesat să participe.

Deși obiectul procedurii îl constituie dezinfectantul, așa cum încearcă autoritatea contractantă să precizeze, în realitate, acesta este un accesoriu al achiziției, achiziționarea produselor fiind condiționată de compatibilitatea cu aparatele ..., fiind un singur produs cu o astfel de compatibilitate, deși autoritatea contractantă încearcă eronat să dezmințască acest lucru.

Prin mențiunea *"Pe cale de consecință solicităm ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferat care îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini, precum și menționarea numărului de aparate de nebulizare necesare autorității contractante"*, contestatoarea solicită punerea la dispoziția autorității contractante în baza unui contract de comodat, a aparatelor de nebulizare compatibile cu produsul oferat, nicidecum obligarea acesteia la achiziționarea aparatelor așa cum aceasta vicios dorește să insinueze.

De asemenea, produsul ..., este singurul produs dezinfectant pentru dezinfecția aeromicroflorei cu aceste caracteristici solicitate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, prin urmare este singurul produs care deține dovada compatibilității cu aparatele ..., acesta fiind singurul potențial câștigător.

În ceea ce privește produsele menționate de autoritatea contractantă, aceasta a verificat în Registrul Național al Produselor Biocide, produsele care dețin o astfel de compoziție, respectiv peroxid de hidrogen 6%, însă din cele trei produse enumerate de aceasta, produsul ... este singurul dezinfectant pentru dezinfecția aeromicroflorei,

celelalte fiind produse biocide gata de utilizare pentru dezinfectia suprafețelor.

Astfel, potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice "(2) *Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse*", contestatoarea solicitând în acest sens obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe, fără a preciza marca aparatelor de nebulizare, cum este menționată în cerința "... " pentru considerentele de mai sus.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea invocă Decizia CNSC nr. ... din 23.01.2020.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată privind atribuirea acordului cadru având ca obiect "Dezinfectanți". În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1071293/09.07.2020, valoarea estimată a procedurii fiind situată în intervalul 108050 și 432100 lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, a formulat contestație împotriva prevederilor documentației de atribuire, în partea dedicată lotului nr. 5, „**Dezinfectant de nivel înalt pe bază de peroxid de hidrogen 6 % pentru dezinfectia pe cale aeriană prin nebulizare. Dezinfectantul trebuie să fie compatibil cu aparatul de nebulizare ...**”, solicitând modificarea unor specificații tehnice.

După depunerea contestației la Consiliu, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 800 lei, prin recipisa de consemnare nr. 206386535/1, emisă de CEC Bank, Sucursala Ploiești.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că societatea contestatoare critică documentația de atribuire aferentă lotului susmenționat, prin prisma denumirii lotului, denumire care face trimitere expresă la produsul

Din expunerea situației de fapt, Consiliul reține că autoritatea contractantă deține în dotarea sa proprie un aparat de nebulizare "...", achiziționat în anul 2017, pentru o sumă importantă, la dosar fiind depuse documentele de achiziționare (factură, proces-verbal de recepție, proces-verbal de instalare-instruire, certificat de garanție).

Dezinfectanții care urmează a se achiziționa reprezintă consumabile pentru respectivul aparat, fiind cert că autoritatea dorește să folosească în activitatea sa dotarea de care dispune.

Contestatoarea consideră că referirea la un anumit produs este prohibită de dispozițiile legale, că restrânge în mod nejustificat concurența și totodată, încălcă normele legale privind achizițiile publice (art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice).

Potrivit textului legal invocat de contestatoare, „(6) Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor **obstacole nejustificate** față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”.

Consiliul reține că, din moment ce este necesară achiziționarea consumabilelor pentru un anumit aparat, nu se poate considera că prin solicitarea unor produse compatibile cu aparatul de nebulizare ... restrângerea concurenței ar fi nejustificată. Autoritatea dorește să folosească aparatul achiziționat din bani publici, deci achiziționarea unor produse compatibile se încadrează în linia utilizării eficiente a fondurilor publice.

Pe de altă parte, Consiliul constată că societatea contestatoare nu solicită ca autoritatea contractantă să achiziționeze alte aparate de nebulizare sau să achiziționeze produse necompatibile aparatului aflat în dotarea sa, ci solicită acordarea și a posibilității pentru operatorii care doresc acest lucru, de a participa în procedură cu dezinfectanții și nebulizatoarele aferente proprii, nebulizatoarele urmând a fi puse la dispoziția autorității contractante gratuit, pe toată perioada acordului cadru, solicitare rezonabilă, menită să asigure o concurență mai largă. Astfel, deși verificarea realizată de Consiliu, pe site-urile de specialitate, arată că aparatele de nebulizare profesionale - dispozitive medicale au prețuri însemnate (peste 10.000 lei), valoarea estimată scăzută a lotului 5, între 10.000 și 50.000 lei făcând dificilă participarea operatorilor și cu nebulizatoarele proprii, puse la dispoziție gratuit autorității contractante, trebuie ținut seama că există, totuși, o probabilitate să mai participe cel puțin un alt produs, astfel încât concurența să fie mai mare.

Astfel, având în vedere că, așa cum s-a arătat mai sus, trimiterea la aparatul de nebulizare "... " este justificată de existența în dotarea autorității a acestui aparat, nefiind în situația restricționării nejustificate a concurenței, în condițiile în care nu se solicită ..., ci un produs compatibil cu "...", deci un produs echivalent, Consiliul reține că nu este necesară înlăturarea cerinței referitoare la compatibilitatea cu aparatul de nebulizare Ceea ce este, însă, rezonabil, este ca această cerință să fie completată în cadrul specificațiilor tehnice, și cu o mențiune referitoare la posibilitatea punerii la dispoziție gratuit a unor nebulizatoare echivalente ..., compatibile cu dezinfectanții oferați, astfel încât să poată participa la procedură și alți operatori care nu au în portofoliul lor produse compatibile

În ceea ce privește punctul 2 din contestație, conținutul acestuia este unul complex, contestatoarea plângându-se, pe de o parte, de concentrația de peroxid de hidrogen, de substanța activă, dar și de forma concentrată a soluției sau cantitatea din recipient.

Consiliul nu poate lua în considerare susținerea contestatoarei potrivit căreia „autoritatea contractantă nu are cunoștințele unui producător de

dezinfecanți, pentru a putea indica exact ce compoziție dorește pentru un anumit efect al dezinfectantului. Mai exact, doar producătorii acestor dezinfectanți, în urma nenumăratelor teste de eficacitate, pot decide care tip de substanțe trebuie incluse sau nu în compoziția unui produs, astfel încât să se obțină efectul dorit. Cu atât mai mult cu cât anumite substanțe dau reacții nedorite în combinație cu alte tipuri de substanțe, iar autoritatea contractantă nu are competența de a decide care tipuri de substanțe pot fi incluse sau nu într-un singur produs”. Astfel, Consiliul consideră că autoritatea este cea care își stabilește necesitățile, chiar Ordinul nr. 1082/2016 stabilind că „Aceste criterii au caracter de recomandare menite să sprijine activitatea epidemiologului de spital în selectarea produselor biocide de dezinfecție adecvate situației specifice a unităților sanitare în conformitate cu Planul de supraveghere al infecțiilor nosocomiale (circulația germenilor, etiologie infecții nosocomiale etc.) și se aplică în funcție de nivelul de dezinfecție necesar suprafețelor din unitățile sanitare critice sau noncritice și nivelul de dezinfecție indicat acestora”, rezultând clar că epidemiologul spitalului alege substanțele și produsele în funcție de propriile necesități. Tocmai autoritatea contractantă știe cu ce infecții se confruntă în spital, ce afecțiuni tratează, care, anume, sunt suprafețele pe care le dezinfectează, fiind în răspunderea ei exclusivă sănătatea pacienților. A pretinde că producătorul de dezinfectanți știe cel mai bine care sunt substanțele necesare autorității contractante înseamnă o depășire clară a rolurilor părților într-o procedură de achiziții publice, dispozițiile legale stabilind în sarcina autorității elaborarea specificațiilor tehnice. Astfel, prezintă relevanță următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016:

- Art. 154. - Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.
- Art. 155. - (1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției.

Nicăieri nu există dispoziții care să stabilească dreptul operatorilor economici de a decide în locul autorităților contractante ce, anume, combinații de substanțe vor achiziționa. Dimpotrivă, practica recentă a instanțelor este în sensul că autoritatea are dreptul de a-și stabili cerințe de performanță ale produselor, respectiv să aleagă produse cu anumite substanțe, autorității revenindu-i dreptul și obligația stabilirii specificațiilor tehnice, în funcție de propriile necesități, și nu ofertanților. În sensul acceptării unor produse cu o anumită compoziție, care corespunde necesităților autorității contractante s-a pronunțat și Curtea de Apel București-Secția a IX Contencios Administrativ și Fiscal în Decizia nr. 25/2019 din 29.03.2019, potrivit căreia:

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

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

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

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

(...) Cu privire la excluderea din compoziția unor dezinfectanți a aldehidelor, clorului, iodului și fenolilor, curtea constată că deși aceste substanțe nu mai sunt excluse prin Ordinul 1082/731/2016, nimic nu împiedică autoritatea contractantă să le excludă în continuare motivat, având în vedere efectul lor toxic, activitatea virulică slabă sau nulă.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele autorității contractante.

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

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

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

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

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

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

Prin urmare, analiza criticilor contestatoarei se va axa, în special, pe stabilirea caracterului restrictiv al cerințelor criticate, respectiv dacă autoritatea contractantă a fost preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului, așa cum corect a reținut instanța în decizia de mai sus.

Astfel, Consiliul reține că solicitarea unei concentrații exprese a substanței active (peroxid de hidrogen 6%) conduce, cu certitudine, la

produsul original ..., singurul produs pentru dezinfectia aeromicroflorei cu o concentrație de peroxid de hidrogen de 6%.

Consiliul mai constată că cele două produse indicate de autoritate ca având aceeași substanță activă în aceeași concentrație, respectiv Contec hydropure și Klercide Sporicidal Low Residue Peroxide nu se utilizează pentru dezinfectia aerului, ci sunt sub formă de dezinfectanți cu pulverizator pentru suprafețe sau șervețele impregnate pentru suprafețe. În schimb, Consiliul a identificat alte produse în Registrul Național al Substanțelor Biocide, cum ar fi de pildă, OXIDICE AIR B sau ASEPTANIOS AD, care au în componență peroxid de hidrogen, dar în alte concentrații, aceste produse fiind disponibile și pentru dezinfectia aeromicroflorei. Deci, atât timp cât operatorii dovedesc eficacitatea produselor lor în concentrațiile oferite, în condițiile caietului de sarcini, respingerea unei oferte pe motiv că produsele nu au o concentrație de 6% peroxid de hidrogen, dar prezintă alte combinații de substanțe eficiente pe toate tipurile de microorganisme, inclusiv mecanism oxidativ, ar reprezenta o restricționare evidentă a concurenței.

Deci, Consiliul concluzionează că solicitarea substanței active peroxid de hidrogen nu este restrictivă, dispozițiile legale citate permițând autorității contractante să selecteze substanțele, dar alegerea concentrației de 6% este restrictivă, în condițiile în care contestatoarea a demonstrat că există un singur produs în Registrul Național al Substanțelor Biocide care are această concentrație și poate fi folosit pentru dezinfectia aerului.

În ceea ce privește critica referitoare la solicitarea soluției concentrate, Consiliul reține că este dreptul autorității contractante de a solicita un astfel de produs. Astfel, autoritatea contractantă este interesată în alegerea unor substanțe concentrate a căror aplicare prin metoda nebulizării să dureze mai puțin timp, tocmai pentru ca spațiul dezinfectat să poată fi folosit în cel mai scurt timp. Prin urmare, în concordanță cu dispozițiile legale citate, care stabilesc dreptul și obligația autorității contractante de a stabili specificațiile tehnice în funcție de necesitățile proprii, Consiliul reține că solicitarea unui lichid concentrat nu restricționează concurența, contestatoarea neprezentând argumente valide din care să rezulte acest lucru.

În ceea ce privește solicitarea recipientelor de 1 litru, Consiliul reține că această cerință a fost stabilită ținând seama de nebulizatorul pe care îl are în dotare autoritatea, lăcașul în care trebuie introdus recipientul având anumite dimensiuni. Astfel, cerința în sine, nu este una restrictivă, din moment ce autoritatea urmărește să achiziționeze produse consumabile pentru un echipament aflat în dotarea sa. Cu toate acestea, autoritatea, din moment ce trebuie să accepte și operatori care vin cu propriile nebulizatoare, nu poate elimina un operator care prezintă, de pildă, flacoane de alte dimensiuni, respectiv 500 ml, 750 ml etc. Autoritatea contractantă poate elimina, însă, un produs care este prezentat într-o cantitate prea mare, care să necesite transvazarea în alt flacon, în condițiile în care art. 20 NORMELE TEHNICE privind curățarea, dezinfectia și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, aprobate prin Ordinul

nr. 961/2016 stabilesc drept criterii de alegere a dezinfectanților următoarele:

- a) un produs se utilizează numai în scopul pentru care a fost avizat;
- b) se respectă întocmai indicațiile de utilizare de pe eticheta produsului;
- c) se respectă întocmai concentrația și timpul de contact precizate în avizul produsului;(...)
- g) **este interzisă transvazarea în alt flacon;**
- k) se recomandă alegerea produselor care se utilizează ca atare și nu necesită diluție; (...)
- l) **sunt de preferat produsele condiționate în flacoane cu cantitate mică”.**

Deci, autoritatea contractantă trebuie să stabilească cerința astfel încât operatorii să nu fie limitați doar la recipiente de 1 litru, ci în funcție de cantitățile recipientelor utilizate de propriile nebulizatoare.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., obligând autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire după cum urmează:

- să introducă o nouă cerință prin care să permită operatorilor economici participarea la procedură și cu nebulizatoarele proprii, puse la dispoziție gratuit pe perioada acordului cadru, în conformitate cu cele menționate în motivare;

- să excludă mențiunea „6%” a concentrației peroxidului de hidrogen, în conformitate cu cele menționate în motivare;

- să permită participarea în procedură și a flacoanelor de alte dimensiuni, adaptate nebulizatoarelor proprii, cu respectarea criteriilor de alegere a dezinfectanților prevăzute la art. 20 din NORMELE TEHNICE privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, aprobate prin Ordinul nr. 961/2016.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate restul criticilor.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (4) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., obligând autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire după cum urmează:

- să introducă o nouă cerință prin care să permită operatorilor economici participarea la procedură și cu nebulizatoarele proprii, puse la dispoziție gratuit pe perioada acordului cadru, în conformitate cu cele menționate în motivare;

- să excludă mențiunea „6%” a concentrației peroxidului de hidrogen, în conformitate cu cele menționate în motivare;

-să permită participarea în procedură și a flacoanelor de alte dimensiuni, adaptate nebulizatoarelor proprii, cu respectarea criteriilor de alegere a dezinfectanților prevăzute la art. 20 din NORMELE TEHNICE privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, aprobate prin Ordinul nr. 961/2016.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de maximum 15 zile de la comunicarea prezentei

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 12 (douăsprezece) pagini.