CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de dezinfectanți, coduri CPV 33631600-8 și 60000000-8, cu data-limită de depunere a ofertelor 15.05....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat ..... Prin încheierea nr. 250/...../...../ 12.05....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, în sensul admiterii lui și dispunerii suspendării. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ..... SRL reclamă anumite specificații ale caietului de sarcini elaborat de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, solicitând eliminarea:

- obligației de a deține o substanță anume și un procent anume din respectiva substanță;

- cerinței: *„conform fișei de securitate, produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv”*;

- cerinței: *„să fie recomandat și pentru dezinfecția terminală a aerului din secțiile cu risc [...]”*, de la lotul 2.

Pentru fiecare lot în parte s-a solicitat ca produsele ofertate să aibă în compoziție o anumită substanță activă sau un anumit procent în care această substanță activă să fie prezentă, cerință care îngrădește accesul operatorilor la procedură și favorizează anumite produse. Ordinele ministrului sănătății nr. 961/2016 și nr. 1082/2016 și standardul SR EN 14885/2016-2015, documente care constituie baza legală în descrierea efectului, a modului de comercializare și utilizare a produselor dezinfectante, nu impun o anumită substanță și nici nu oferă o astfel de posibilitate autorității contractante. Solicitarea unei substanțe anume și procentul în care acesta să fie prezentă în compoziția unui produs este echivalentă cu indicarea unui anumit produs. Autoritatea are obligația de a accepta toate produsele care îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini, conform spectrului dovedit prin testări standard regăsite în avizul sanitar de comercializare emis de către Comisia Națională pentru Produse Biocide, chiar dacă nu au în compoziție substanța indicată la fiecare lot.

În susținere, contestatoarea face trimitere la deciziile Consiliului nr. 1685/C2/1396/16.05.2013 și nr. 3895/C5/4265 30.10.2013.

Trebuie eliminată și cerința „conform fișei de securitate, produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv” și să se accepte produse care sunt corozive în concentrat, dar în soluția de lucru nu sunt nocive, corozive, având în vedere faptul că unitatea sanitară este un utilizator profesional care folosește aceste produse diluate, în soluție de lucru, astfel cum sunt testate și evidențiate în avizul sanitar. În sprijinul capătului de cerere este anexată o adresă a Ministerului Sănătății, în care se precizează: *„Referitor la activitatea corozivă, aceasta se referă la soluțiile de utilizare și nu la produsul nediluat, această inconsistență urmând a fi corectată [...].”*

Referitor la lotul 2 (dezinfectant concentrat de nivel înalt pentru suprafețe), contestatoarea solicită eliminarea cerinței: *„Să fie recomandat și pentru dezinfecția terminală a aerului din secțiile cu risc [...]*". Un produs care este utilizat pentru dezinfecția și curățarea suprafețelor (are încorporate substanțe pentru curățare) nu poate să efectueze și dezinfecția aerului. Dacă particulele pulverizate în aer conțin și detergenți, ele se depun pe suprafețe mult mai repede și nu rămân în suspensie un timp suficient de lung pentru a efectua o dezinfecție conformă a aerului. Pentru dezinfecția aeromicroflorei se utilizează dezinfectanți speciali, concepuți pentru acest scop și care au fost avizați de către Comisia Națională pentru

Produse Biocide, nu au doar o „recomandare” pentru dezinfecția aerului. Mai mult, pentru acest lot s-a stabilit că *„analiza comparativă va avea în vedere prețul unui litru soluție de lucru”*, dar, conform Ordinului ministrului sănătății nr. 961/2016, *„în cazul în care dezinfectantul se aplică prin pulverizare se va utiliza cantitatea specificată în aviz pentru a fi utilizată pentru m^2 sau m^3 la timpii recomandați”*. De aici se înțelege că și analiza comparativă trebuie efectuată în funcție de prețul dezinfecției unui m^3, nu pe litru soluție de lucru, pentru dezinfecția aeromicroflorei, fiind un produs cu specificații diferite de cele ale unui biocid pentru suprafețe. Contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea să stabilească dacă dorește să achiziționeze un produs pentru dezinfecția suprafețelor sau un produs pentru dezinfecția aeromicroflorei, deoarece există mari diferențe între cele două, iar un produs bun la toate, dar care nu a fost avizat ca atare de către Comisia Națională pentru Produse Biocide, nu poate fi considerat ca fiind conform.

În punctul său de vedere nr. 1039/12.05..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 18588/12.05....., ... declară că își menține cerințele din caietul de sarcini, deoarece substanțele și procentul din substanțele respective corespund necesităților sale. Față de obiectul său de activitate – sănătatea –, spitalul este obligat să accepte doar produse calitative, iar eliminarea substanțelor în discuție ar însemna acceptarea unor produse neconforme cu necesitățile sale.

Referitor la specificația *„conform fișei de securitate, produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv”*, în Ordinul nr. 1082/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide se regăsește această specificație: „Spectrul de activitate conform EN 14885/2006: [...] Conform fișei de securitate, produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv.”

Se mențin și cerințele din caiet cu privire la lotul 2 – pentru aer și pentru suprafețe de lucru.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației SC ..... SRL, ca nefondată.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de diverși dezinfectanți, grupați în 13 loturi, estimați valoric la maximum 372.250 lei, fără TVA, pentru o perioadă de 24 de luni.

Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că anumite cerințe cuprinse în caietul de sarcini sunt restrictive/neclare și contravin dispozițiilor legale, SC ..... SRL a înaintat autorității notificarea prealabilă nr. 513/05.05....., la care autoritatea nu a răspuns. Neprimind niciun răspuns la demersul său, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele 23 de pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele, ca produsele dezinfectante să conțină diverse substanțe (săruri cuaternare de amoniu, acid peracetic, peroxid de hidrogen, potassium peroxymonosulfate, alcooli, glutaral, clorhexidină), în diverse concentrații minime sau maxime, specificații pentru care nu a furnizat Consiliului nicio justificare pertinentă. Argumentul că substanțele și procentul lor corespund necesităților nu poate fi validat de Consiliu, în absența unui minim de explicații care să releve aceste necesități. Mai mult, nici argumentul că spitalul este obligat să accepte doar produse calitative nu poate fi reținut drept întemeiat, calitatea fiind un concept vag, nedefinit în documentația de atribuire și fără tangență cu anumite substanțe chimice. Funcția acestora nu este legată de un nivel calitativ al produsului cu de efectele acestora. Altfel spus, nu este exclus ca un produs cu o anumită compoziție chimică să fie unul slab calitativ, din perspectiva efectelor urmărite de autoritatea achizitoare.

În absența unor minime explicații pe care să se bizuie indicarea anumitor substanțe în compoziția dezinfectanților, Consiliul apreciază că respectiva specificație îngrădește participarea la achiziție a operatorilor economici furnizori de produse dezinfectante care, deși nu conțin substanțele active dorite de autoritate, corespund utilității urmărite de autoritate. Rămân valabile cele statuate de Consiliu în deciziile evocate de contestatoare (nr. 1685/C2/1396/16.05.2013 și nr. 3895/C5/4265/30.10.2013), în sensul că impunerea folosirii unor anumite substanţe active sau a unui amestec de substanţe, principii de acţiune, iar în cazul unor produse, în anumite gramaje [...] de către autoritatea contractantă sunt cerinţe restrictive, având în vedere obligaţia legală de a prezenta cerinţele fără să restrângă concurenţa dintre operatorii economici. Îndeplinirea necesităţilor de dezinfecţie şi sterilizare a unităţii spitaliceşti este realizată prin eficacitatea produselor, concentraţiilor de utilizare, timpilor de acţiune, periculozitatea acestora etc., performanţe evaluate, certificate şi avizate de către organele în drept şi nu prin indicarea anumitor substanţe active.

Așadar, impunerea de către autoritate a unor anumite substanţe active apare ca excesivă, cu rol de restricţionare nejustificată a participării la procedura de atribuire în cauză, contrar principiilor care stau la baza achiziţiilor publice.

La modul cum este redactat în prezent caietul de sarcini, cerința conținerii anumitor substanțe active se vădește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, conform cărora 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.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Întrucât autoritatea cumpărătoare nu a prezentat niciun argument concret și relevant și, cu atât mai puțin, documente care să îi acorde dreptul de a interzice participarea furnizorilor ale căror produse dezinfectante nu conțin substanțele active dorite, însă acoperă gama de efecte pe care le urmărește autoritatea, prin cerința în dezbatere autoritatea a încălcat și prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din legea achizițiilor publice. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința expusă în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva legii privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Neacceptarea dezinfectanților cu alte substanțe active recunoscute și avizate pentru utilizare în unitățile spitalicești reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față. În contextul în care conformitatea tehnică și calitatea

dezinfectantului nu este legată în mod implicit de o anumită substanță activă, Consiliul determină că autoritatea contractantă trebuie să remedieze cerința, în sensul eliminării, pentru fiecare lot în parte, a obligației ca produsul dezinfectant să conțină o anumită substanță și într-un anumit procentaj. Dacă dorește anumiți parametri de calitatea, autoritatea are la îndemână definirea lor expresă în caietul de sarcini, indiferent de substanța activă conținută.

După cum a remarcat și contestatoarea, Ordinul ministrului sănătăţii şi al preşedintelui Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice nr. 1082/731/2016 pentru aprobarea modelului de documentaţie de atribuire standard privind achiziţia de produse biocide nu specifică anumite substanțe active (și nici concentrații ale lor), ci prevede ca acestea „să fie în conformitate cu Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanţelor active existente, conţinute de produsele biocide, menţionat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European şi al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat.”

Nici Ordinul ministrului sănătăţii nr. 961/2016 pentru aprobarea Normelor tehnice privind curăţarea, dezinfecţia şi sterilizarea în unităţile sanitare publice şi private, tehnicii de lucru şi interpretare pentru testele de evaluare a eficienţei procedurii de curăţenie şi dezinfecţie, procedurilor recomandate pentru dezinfecţia mâinilor, în funcţie de nivelul de risc, metodelor de aplicare a dezinfectantelor chimice în funcţie de suportul care urmează să fie tratat şi a metodelor de evaluare a derulării şi eficienţei procesului de sterilizare nu stabilește substanțele active pe care să le impună autoritatea, ci face trimitere la lista substanţelor chimice active permise în produsele biocide cu acţiune dezinfectantă în Comunitatea Europeană, prevăzută în Regulamentul delegat (UE) nr. 1.062/2014. Ministerul Sănătăţii afişează lista pe site-ul propriu şi o actualizează periodic, în funcţie de actele normative europene în domeniu.

Relativ la capătul de cerere de eliminare a cerinței „conform fișei de securitate, produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv”, acesta nu este fondat, în condițiile în care cerința este reprodusă *ad litteram* din modelul caietului de sarcini pentru achiziţia de produse biocide, anexă a Ordinului nr. 1082/731/2016. Potrivit art. 2 din ordin, *„autorităţile contractante care demarează proceduri de atribuire în vederea achiziţionării de substanţe biocide prevăzute în prezentul ordin au obligaţia utilizării acestei documentaţii începând cu data prezentului ordin, prin transmiterea ei în Sistemul electronic de achiziţii publice în vederea iniţierii procedurii de atribuire*.”

Ordinul nr. 1082/731/2016, ca act administrativ unilateral normativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate și produce toate efectele juridice în vederea cărora a fost emis, până la abrogarea lui sau anularea de către instanța de judecată competentă. Cât timp reclamanta nu a probat că a intervenit abrogarea sau anularea ordinului, acesta este în vigoare și trebuie respectat, indiferent de adresele provenind de la direcțiile Ministerului Sănătății.

Referitor la lotul 2, având ca obiect dezinfectant concentrat de nivel înalt pentru suprafețe, Consiliul remarcă evidenta contradicție între destinația dezinfectantului indicată în denumire și cerința: *„Să fie recomandat și pentru dezinfecția terminală a aerului din secțiile cu risc [...]*". Consiliul nu tăgăduiește că un produs dezinfectant poate fi utilizat atât pentru dezinfecția și curățarea suprafețelor, cât și pentru dezinfecția aerului (prin pulverizare), însă caietul de sarcini este neclar în privința destinației dorită de autoritate, pe de o parte, și în privința „recomandării" care trebuie prezentată de ofertanți.

Nu reiese de nicăieri dacă recomandarea trebuie să îmbrace forma unui aviz (BIO), ca act administrativ de punere pe piaţă şi comercializare, emis de Comisia Naţională a Produselor Biocide, sau o simplă recomandare din partea producătorului ori a distribuitorului. În consecință, cerința fiind neclară, nu a fost asigurată funcția documentaţiei de atribuire - documentul achiziţiei care cuprinde cerinţele, criteriile, regulile şi alte informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerinţe sau elemente ale achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificaţiile tehnice ori documentul descriptiv, condiţiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidaţi/ofertanţi, informaţiile privind obligaţiile generale aplicabile. În speţă, sintagma *„să fie recomandat*" este atât neclară, cât şi contradictorie, deci contrară definiției legale de mai sus.

Raportat la cele de mai sus, în baza art. 26 alin. (2) din din Legea nr. 101/2016, Consiliul se vede nevoit să admită contestaţia SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., şi să anuleze cerinţa prezenței în compoziția dezinfectanților a unei/unor anumite substanțe, în diverse procente, precum și cerința recomandării produsului de la lotul 2 pentru dezinfecția terminală a aerului. Totodată, ţinând seama că autoritatea a continuat procedura simplificată prin primirea [şi, eventual, deschiderea] de oferte, ceea ce face imposibilă luarea vreunei măsuri de remediere a caietului de sarcini pentru continuarea procedurii de atribuire, Consiliul urmează a decide anularea ei, conform art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 [„În cazul admiterii contestaţiei, dacă se

constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.”]. Consiliul a fost pus în imposibilitate de a decide remedierea actelor procedurii de atribuire, în contextul în care autoritatea a continuat achiziția, în pofida încheierii nr. 250/...../ ...../12.05....., după etapa depunerii ofertelor fiind imposibilă rectificarea caietului de sarcini pentru a se intra în legalitate, astfel încât la procedură să participe şi operatorul economic contestator, alături de alţi operatori economici interesaţi. În Sistemul Electronic de Achiziţii Publice nu există nicio menţiune din partea autorităţii contractante în sensul formulării contestației SC ..... SRL și nici că s-a dispus suspendarea achiziției de către Consiliu.

De altminteri, autoritatea achizitoare nici nu a postat în SEAP contestația SC ..... SRL, cum dispune imperativ art. 16 alin. (2) din legea antemenționată – „În termen de o zi lucrătoare de la primirea contestaţiei, autoritatea contractantă are obligaţia să o publice în SEAP, fără a face referire la datele de identificare cu caracter personal ale contestatorului.”

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

Admite contestaţia SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., şi anulează procedura de atribuire a acordului-cadru de furnizare de dezinfectanți, coduri CPV 33631600-8 și 60000000-8, cu data-limită de depunere a ofertelor 15.05.....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.