

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. 344/C5/221

Data: 14.02.2023

Prin contestația nr. 541/27.01.2023, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 4381/27.01.2023 și respectiv, sub nr. 4824/31.01.2023,..... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal de dl..... - administrator, a contestat modificările aduse caietului de sarcini privind lotul 1 – Dezinfecțant mâini avizat, prin adresa nr. 1993/19.01.2023 – „Răspuns consolidat la solicitările de clarificări”, elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică a contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția/furnizarea/livrarea de echipamente și produse igienico - sanitare și medicale aferente proiectului «Consolidarea capacității administrative a UAT de gestionare a situației de urgență cauzată de criza COVID-19 prin dotarea unităților de învățământ preuniversitar de pe raza municipiului cu echipamente și dispozitive medicale» - SMIS 149745 – PMT-2022-P031”, inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Revoluției nr. 1, județul și a solicitat obligarea autorității contractante la anularea în tot a „Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări” și la revenirea la forma inițială a spectrului de activitate din caietul de sarcini privind lotul 1.

De asemenea, contestatoarea a solicitat și suspendarea procedurii de atribuire, în ceea ce privește **lotul 1 – Dezinfecțant mâini avizat**, până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, solicitare soluționată de CNSC prin Încheierea nr. 257/C5/221/ 02.02.2023, în sensul respingerii ei ca rămasă fără obiect.

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

În cadrul contestației, ... arată că, inițial, caietul de sarcini, întocmit pentru lotul 1, conținea solicitarea: *„Dezinfectant pentru mâini având o concentrație între 60% - 80%, alcool, bun emolient, realizând o hidratare optimă a pielii”*, solicitare care, prin Răspunsul ce face obiectul acestei contestații, a fost modificată după cum urmează: *„Se acceptă produse cu un conținut alcoolic de max. 85%”*.

În opinia contestatoarei, solicitarea în urma căreia autoritatea contractantă a dispus modificarea caietului de sarcini nu se bazează pe o opinie tehnică și nu poate fi justificată atât timp cât nu există o prevedere legală sau tehnică care să înlăture cerința inițială a caietului de sarcini.

Potrivit contestatoarei, prevederea din caietul de sarcini se întemeiază pe recomandarea *„Ghidului OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale p. 34 - Activitatea antimicrobiană a alcoolilor rezultă din capacitatea acestora de a denatura proteinele”²⁸⁷. Soluțiile de alcool care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută.^{288 289} Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei.”*

Modificarea acceptată de autoritatea contractantă ar permite și produselor cu 10% alcool să participe la procedură, ceea ce nu poate fi acceptat din punctul de vedere al sănătății publice.

Pentru aceste motive, solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 700/01.02.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 5083/01.02.2023, ... a depus la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208836217/1, în sumă de 22.333,84 lei, eliberată la data de 27.01.2023 de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Prin adresa nr. 2942/30.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 5428/02.02.2023, autoritatea contractantă a transmis copia dosarului achiziției publice precum și punctul de vedere, în original, cu privire la contestația, însoțit de dovada transmiterii acestuia și la contestatoare.

Prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației În susținere, aceasta precizează că documentația aferentă lotului 1 a mai făcut obiectul unei contestații a, soluționată de Consiliu prin decizia nr. 2734/C5/2882/ 23.12.2022.

Potrivit autorității contractante, ca urmare a reluării procedurii în urma deciziei Consiliului, a primit din partea unui operator economic o solicitare de clarificări, după cum urmează: *„În Caietul de sarcini, menționați la LOTUL 1 - Dezinfectant mâini avizat Ministerul Sănătății, următoarele cerințe tehnice: Dezinfectant pentru mâini având o concentrație între 60-80% alcool, bun emolient realizând o hidratare optimă a pielii. Produs conform standardului EN 14885:2018 sau echivalent, cu efect bactericid, levuricid și virucid inclusiv viruși*

anvelopați (coronavirus) conform analizelor realizate: - bactericidă conform - SR EN 1276 sau echivalent (acțiune 60 secunde), SR EN 1500 sau echivalent (acțiune 60 secunde).

Menționăm că (...) sintagma «60% și 80% alcool» are ca rezultat final restricționarea nejustificată a operatorilor economici interesați de participarea la procedură, în condițiile în care există pe piața de profil produse biocide cu aceleași proprietăți solicitate, dar care conțin un singur alcool într-o cantitate mai mare (85%).

(...) Pentru a putea revendica activitatea generală virucidă a unui produs, condițiile și metodele de testare împotriva virusurilor sunt standardizate prin același EN 14885. Organismele reprezentative testate sunt Poliovirus tip 1, Adenovirus tip 5 și Norovirusul Murin.

Standardul European EN 14885 este completat de protocolul de testare EN 14476 care evaluează cantitativ activitatea virucidă a produselor dezinfectante.

Activitatea biocidă împotriva virusurilor încapsulate se demonstrează folosind în protocolul de testare Adenovirus tip 5 și Norovirusul Murin din care face parte și familia Coronavirusurilor. Standardele europene se regăsesc și în avizele de punere pe piață, emise de Ministerul Sănătății prin Comisia Națională Pentru Produse Biocide care acceptă sau respinge plasarea pe piață a unui produs dezinfectant.

În plus produsele existente pe piață, care susțin pe etichetă că au o acțiune virucidă, inactivând doar Coronavirusul au o acțiune limitată.

Astfel, pentru LOTUL 1-Dezinfectant mâini, vă rugăm să:

- să acceptați produse cu un conținut alcoolic de max. 85%, cerințe în conformitate cu legislația în vigoare;

- să precizați dacă existența testării virucide complete EN 14476 a produselor satisface cerințele din caietul de sarcini: «virucidă inclusiv Coronavirus».

Răspunzând acestei solicitări de clarificări, autoritatea contractantă arată că a precizat: „Se acceptă produse cu un conținut alcoolic de max. 85%”, fără a modifica limita inferioară indicată în caietul de sarcini, ci, față de cerința inițială „având o concentrație între 60-80% alcool” a indicat modificarea, exclusiv, a limitei superioare, aspect care oricum ar fi fost acceptat, întrucât cerințele caietului de sarcini sunt minimale și, atât timp cât produsul prezintă toate avizele și certificările solicitate și îndeplinește cerințele, respectiv prezintă caracteristici superioare, nicio oferta nu poate fi respinsă.

Așa cum se arată și prin contestație, prevederea din caietul de sarcini este indicată a fi bazată pe RECOMANDAREA „Ghidului OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale”, ceea ce justifică răspunsul la clarificări.

În ceea ce privește limitarea inferioară, care în accepțiunea contestatoarei nu există, este doar o eroare de interpretare și înțelegere

a răspunsului la clarificări, unde nu se face referire la excluderea limitei inferioare, ci doar la extinderea limitei superioare.

Potrivit autorității contractante, din studiul pieței de profil, se poate constata că există, într-adevăr, în piață, cu avizul Ministerului Sănătății, diverse produse biocide conform legislației în vigoare, care pot avea diferite concentrații de alcool, unele având, într-adevăr, 85%, acesta fiind motivul pentru care a fost formulat acest răspuns.

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, ... a transmis la dosarul cauzei adresa nr. 674/31.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 4993/01.02.2023, prin care susține că afirmația autorității contractante conform căreia, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, nu a modificat pragul inferior, este neîntemeiată.

Potrivit contestatoarei, Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale indică, în mod explicit, un conținut de alcool între 60% - 80% și nu un conținut mai mare de 80%, așa cum, în mod eronat, afirmă autoritatea contractantă. În cadrul textului din Ghidul citat în contestație este justificat, în mod explicit, motivul pentru care un conținut mai mare de 80% este contraindicat, și anume: *„Soluțiile de alcool care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută.”*^{288 1289}. Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei”.

Conținutul de apă este redus în produsele care au conținut alcoolic mai mare de 80% (cu cât crește conținutul de alcool cu atât scade conținutul de apă). În consecință, proteinele existente în mod natural pe suprafața pielii sunt mai greu de denaturant în produsele care au o concentrație de alcool mai mare de 80%. Prin urmare, un conținut de peste 80% nu reprezintă o caracteristică superioară ci, dimpotrivă.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Achiziția/furnizarea/livrarea de echipamente și produse igienico-sanitare și medicale aferente proiectului «Consolidarea capacității administrative a UAT de gestionare a situației de urgență cauzată de criza COVID-19 prin dotarea unităților de învățământ preuniversitar de pe raza municipiului cu echipamente și dispozitive medicale» - SMIS 149745 – PMT-2022-P031”, cod CPV principal 24455000-8 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1049285/11.11.2022, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 23.12.2022, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, 2.976.630,61 lei.

În prezenta procedură de atribuire, divizată în 6 loturi, contestatoarea a mai formulat o contestație împotriva anumitor prevederi ale documentației de atribuire aferente loturilor nr. 1, 2, 3, 5 și 6, soluționată prin Decizia nr. 2734/C5/2882 din data de 23.12.2022, prin care Consiliul a dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă completările/modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

Respinge restul criticilor contestatoarei, pentru considerentele expuse în motivarea deciziei”.

Decizia anterior menționată a fost atacată cu plângere de către contestatoare, aceasta formând obiectul dosarului nr. 31/42/2023, aflat pe rolul Curții de Apel Ploiești, soluționat prin decizia nr. 111/31.01.2023, prin care plângerea formulată de a fost respinsă, ca nefondată.

După emiterea deciziei CNSC nr. 2734/C5/2882/23.12.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP „Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări” nr. 1993/dos.I/B din data de 19.01.2023, emis în legătură cu lotul 1 al procedurii - „Dezinfectant mâini avizat Ministerul Sănătății”, având o valoare estimată, fără TVA, de 1.116.692,25 RON.

Fiind nemulțumită de conținutul răspunsului la clarificări anterior menționat, ... a sesizat Consiliul cu contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând „anularea în tot a răspunsului și revenirea la forma inițială a spectrului de activitate din CS lot 1” și suspendarea continuării procedurii de atribuire aferentă lotului nr. 1.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire aferentă lotului nr. 1, formulată de, a fost soluționată de Consiliu prin Încheierea nr. 257/C5/221 din data de 02.02.2023, fiind respinsă ca rămasă fără obiect.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208836217/1 din 27.01.2023, eliberată de CEC BANK – Sucursala Victoria, în sumă de 22.333,84 RON.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că în caietul de sarcini aferent lotului 1 – „Dezinfectant mâini avizat Ministerul Sănătății”, anexat anunțului de participare nr. CN1049285/11.11.2022, se regăsește următoarea specificație tehnică: „**Dezinfectant pentru mâini având o concentrație între 60-80% alcool, bun emolient realizând o hidratare optimă a pielii**”.

Un operator economic interesat a transmis autorității contractante, prin intermediul SEAP, în data de 18.11.2022, 13:46 următoarea solicitare de clarificări:

„Întrebare nr. 1

În Caietul de sarcini, menționați la LOTUL 1 - Dezinfectant mâini avizat Ministerul Sănătății, următoarele cerințe tehnice:

Dezinfectant pentru mâini având o concentrație între 60-80% alcool, bun emolient realizând o hidratare optimă a pielii.

Produs conform standardului EN 14885:2018 sau echivalent, cu efect bactericid, levuricid și virucid inclusiv viruși anvelopați (coronavirus) conform analizelor realizate: - bactericidă conform- SR EN 1276 sau echivalent (acțiune 60 secunde), SR EN 1500 sau echivalent (acțiune 60 secunde). Menționăm că specificarea în mod clar ca sintagmă «60% și 80% alcool» are ca rezultat final restricționarea nejustificată a operatorilor economici interesați de participarea la procedură, în condițiile în care există pe piața de profil produse biocide cu aceleași proprietăți solicitate, dar care conțin un singur alcool într-o cantitate mai mare (85%).

În conformitate art. 2 alin. (2) «Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii», coroborat cu prevederile art. 31 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare: «Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică (...);»;

Pentru a putea revendica activitatea generală virucidă a unui produs, condițiile și metodele de testare împotriva virusurilor sunt standardizate prin același EN 14885. Organismele reprezentative testate sunt Poliovirus tip 1, Adenovirus tip 5 și Norovirusul Murin.

Standardul European EN 14885 este completat de protocolul de testare EN 14476 care evaluează cantitativ activitatea virucidă a produselor dezinfectante.

Activitatea biocidă împotriva virusurilor încapsulate se demonstrează folosind în protocolul de testare Adenovirus tip 5 și Norovirusul Murin din care face parte și familia Coronavirusurilor.

Standardele europene se regăsesc și în avizele de punere pe piață, emise de Ministerul Sănătății prin Comisia Națională Pentru Produse Biocide care acceptă sau respinge plasarea pe piață a unui produs dezinfectant.

În plus produsele existente pe piață, care susțin pe etichetă că au o acțiune virucidă, inactivând doar Coronavirusul au o acțiune limitată.

Astfel, pentru LOTUL 1 - Dezinfectant mâini, vă rugam să:

- să acceptați produse cu un continui alcoolic de max. 85%, cerințe în conformitate cu legislația în vigoare;

- să precizați dacă existența testării virucide complete EN 14476 a produselor satisface cerințele din caietul de sarcini: «virucidă inclusiv Coronavirus»”.

La această solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a răspuns după cum urmează:

„Se acceptă produse cu un conținut alcoolic de max. 85%.

Precizăm că existența testării virucide complete EN 14476 a produselor satisface cerințele din caietul de sarcini: «virucidă inclusiv Coronavirus»”.

În cadrul contestației, ... solicită „anularea în tot a răspunsului și revenirea la forma inițială a spectrului de activitate din CS lot 1”, prezentând următoarele argumente:

- prevederea din Caietul de sarcini se întemeiază pe recomandarea „Ghidului OMS privind igiena mâinilor **în unitățile medicale**”, pagina 34 - „Activitatea antimicrobiană a alcoolilor rezultă din capacitatea acestora de a denatura proteinele. Soluțiile de alcool care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută. Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei”;

- modificarea acceptată de autoritatea contractantă ar permite și produselor cu 10% alcool să participe la procedură, ceea ce nu poate fi acceptat din punct de vedere al sănătății publice.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă menționează că prin răspunsul la clarificări nu s-a modificat limita inferioară indicată prin Caietul de sarcini, modificarea vizând exclusiv limita superioară.

Față de:

- precizările autorității contractante din cadrul punctului de vedere,

- solicitarea adresată de operatorul economic interesat „să acceptați produse cu un continui alcoolic de max. 85%, cerințe în conformitate cu legislația în vigoare” și răspunsul autorității contractante „Se acceptă produse cu un conținut alcoolic de max. 85%”, Consiliul apreciază că se impune ca să aducă la cunoștința operatorilor economici interesați menținerea limitei inferioare de alcool (60%) pentru produsele care se vor fi oferite în cadrul lotului 1, în această manieră fiind exprimate în mod corect nevoile autorității contractante deoarece, într-adevăr, sintagma „Se acceptă produse cu un conținut alcoolic de max. 85%”, conduce la premisa acceptării în procedură a unor produse cu un conținut alcoolic între 1- 85%.

În ceea ce privește limita maximă a intervalului, modificată de autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificări de la 80% la 85%, Consiliul apreciază că această modificare nu împiedică participarea operatorului economic contestator la procedură. De altfel, nici nu a fost demonstrată producerea vreunui prejudiciu, în condițiile în care solicitarea contestatoarei nu privește eliminarea unei cerințe care restricționează accesul la procedură al societății.

În acest context, Consiliul reține că, potrivit prevederilor art. 155 din Legea nr. 98/2016, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu specificațiile tehnice, caracteristicile de natură tehnică care să permită fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și 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.

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, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă din prezenta cauză nu este o unitate medicală, astfel încât nu sunt aplicabile recomandările „*Ghidului OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale*”, invocat de contestatoare, care ar putea constitui un reper științific în această chestiune.

Însă, în speță, are prioritate în analiză faptul că modificarea operată de autoritatea contractantă face ca un număr mai mare de operatori economici să poată participa la prezenta procedură de atribuire, de vreme ce există pe piață produse biocide cu proprietățile solicitate care conțin alcool 85%, modificarea operată de autoritatea contractantă neavând caracter restrictiv.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de menținere a limitei maxime a intervalului la 80%, în condițiile în care autoritatea contractantă apreciază că și un procent de 85% îi satisface necesitățile, în prezenta procedură de atribuire putând fi oferite produse dezinfectate pentru mâini „*având o concentrație între 60-85% alcool*”.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire aferentă lotului 1, prin menționarea concentrației minime de alcool, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă completările/modificările astfel efectuate la

cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

Pentru considerentele expuse în motivare, Consiliul va respinge critica autoarei contestației de revenire la limita maximă inițială a intervalului, modificată de autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificări de la 80% la 85%.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire aferentă lotului 1, prin menționarea concentrației minime de alcool (60%), cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă completările/modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

Respinge critica autoarei contestației de revenire la limita maximă inițială a intervalului, modificată de autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificări de la 80% la 85%.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

Redactat în 6 exemplare originale, conține 9 pagini.