

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. 2298/C1/2528

Data: 18.10.2021

Prin contestația nr. 1317/22.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 50325/24.09.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, str., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire întocmite de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Dezinfectanți 9 loturi”, cod CPV: 24455000-8, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică până la soluționarea prezentei contestații pentru loturile 7, 8;
- adoptarea de remedieri privind documentația de atribuire aferentă specificațiile tehnice pentru loturile 7, 8.

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

În fapt, contestatorul precizează că prevederile documentației de atribuire a cărei refacere o solicită 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.

Consideră că 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.

Astfel, susține că față de modul de constituire a specificațiilor tehnice pentru unele din loturile ce fac 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.

Analizând specificațiile tehnice pentru loturile 7, 8 contestatorul precizează că a constatat următoarele:

LOT 7 - Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei-fără aldehydă compatibil cu nebulizatorul NOCOSPRAV (sau echivalent).

Cu privire la cerința „Modul de ambalare: recipiente cu lichid concentrat, cu capacitatea de 1 litru, să fie compatibil sau echivalent cu dispozitivul de nebulizare Nocospray”, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la menționarea exactă a înțelesului cuvântului „echivalent” în cadrul cerințelor caietului de sarcini.

Solicită să se clarifice dacă se pot oferta produse dezinfectante care respectă în totalitate cerințele caietului de sarcini, iar ofertantul participant la prezenta procedură să poată pune la dispoziția autorității contractante în regim de comodat aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferat, precum și menționarea numărului de aparate de nebulizare necesare autorității contractante.

Prin menținerea acestei cerințe de compatibilitate cu dispozitivul de nebulizare Nocospray, consideră că autoritatea contractantă restrânge în mod nejustificat concurența și totodată, încălca normele legale privind achizițiile publice, respectiv art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Având în vedere dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care prevăd: „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”, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe, fără a preciza marca aparatelor de nebulizare, cum este menționată în cerința „Nocospray” pentru considerentele de mai sus.

Consideră că limitarea ofertării doar la dezinfectanții utilizabili cu nebulizatorul solicitat, respectiv Nocospray, favorizează în mod evident producătorii acestuia și încălcă o serie de norme imperative din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Deși obiectul procedurii îl constituie dezinfectantul, în realitate acesta este un accesoriu al achiziției, achiziționare produselor fiind condiționată de compatibilitatea cu aparatul Nocospray și nu invers așa cum este normal.

Contestatorul susține că, 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, se aduce atingere scopului de promovare a concurenței între operatorii economici și principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

Prin urmare, susține că ne..... 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).

LOT 8 - Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei-fără aldehidă compatibil cu modulator micronebulizator 99MB (sau echivalent).

Cu privire la cerința „Modul de ambalare: recipiente cu lichid concentrat, cu capacitatea de 1 litru, să fie compatibil sau echivalent cu modulator micronebulizator 99MB”, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la menționarea exactă a înțelesului cuvântului „echivalent” în cadrul cerințelor caietului de sarcini.

Contestatorul solicită să se clarifice dacă se pot oferta produse dezinfectante care respectă în totalitate cerințele caietului de sarcini, iar ofertantul participant la prezenta procedură să poată pune la dispoziția autorității contractante în regim de comodat aparate de nebulizare compatibile cu produsul ofertat, precum și menționarea numărului de aparate de nebulizare necesare autorității contractante.

Prin menținerea acestei cerințe de compatibilitate cu modulatorul micronebulizator 99MB, consideră că autoritatea contractantă restrânge în mod nejustificat concurența și totodată, încălcă normele legale privind achizițiile publice.

Având în vedere dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care prevăd: „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", contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe, fără a preciza marca aparatelor de nebulizare, cum este menționată în cerința „modulator micronebulizator 99MB" pentru considerentele de mai sus.

Precizează faptul că autoritatea contractantă restrânge licitația doar la anumiți operatori economici, ceea ce elimină caracterul deschis al licitației, prin eliminarea cerinței de compatibilitate cu aparatul 99MB, autoritatea contractantă va deschide competiția oricărui distribuitor de produse dezinfectante interesat să participe.

Limitarea ofertării doar la dezinfectanții utilizabili cu nebulizatorul solicitat, respectiv 99MB, în opinia sa favorizează în mod evident producătorii și încalcă o serie de norme imperative din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Prin urmare, consideră că ne..... 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 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, solicită ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante în regim de comodat 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 pentru cele două loturi, respectiv lotul 7 și 8.

De asemenea, precizează că contractul de comodat oferit de societatea sa, prevede atât instruirea personalului, cât și înlocuirea aparatelor de nebulizare în caz de defecțiune, respectiv mentenanța acestora.

Având în vedere cele prezentate, solicită admiterea prezentei contestații așa cum a fost ea formulată.

Prin adresa nr. 1340/27.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 50803/28.09.2021 SC SRL precizează că din eroare a menționat

în contestație un număr greșit al anunțului de participare, numărul corect al anunțului de participare fiind CN1034758/14.09.2021.

Prin adresa nr. 1364/30.09.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207545533/1, tranzacția: 1131077426/1931618883 din data de 29.09.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 16.000,00 lei.

Prin adresa nr. 9940/29.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 51082/29.09.2021, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestație, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că la data de 14.09.2021 a fost publicat în SICAP anunțul de participare cu numărul CN1034758 în vederea achiziționării de dezinfectanți, conținând 9 loturi.

Autoritatea contractantă susține că a primit pentru loturile 7 și 8 – LOT 7 „Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei - fără aldehydă compatibil cu dispozitivul de nebulizare Nocospray (sau echivalent)” și LOT 8 „Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei-fără aldehydă compatibil cu modulator micronebulizator 99MB (sau echivalent)”, solicitare de clarificări de la SC SRL având numărul 1279/14.09.2021 și înregistrată la sediul autorității contractante cu numărul 1522/15.09.2021.

Cu privire la acest aspect arată că conform fișei de date punctul II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor este de 20 zile, iar termenul limită în care autoritatea contractantă va răspunde solicitărilor de clarificări în mod clar și complet este - în a 10-a zi înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Așadar, susține că până la data de 01.10.2021 operatorii economici pot să solicite clarificări către autoritatea contractantă, urmând ca aceasta să răspundă tuturor solicitărilor de clarificări în mod consolidat până la data de 11.10.2021, motiv pentru care până la data primirii contestației nu se putea răspunde la solicitarea de clarificări trimisă de către SC SRL.

Pentru primul motiv cuprins în contestație, consideră că acesta este neîntemeiat și nefondat deoarece unitatea sa, în calitate de autoritate contractantă, nu a încălcat legislația cu privire la modelul de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide și din contră, a respectat cu strictețe prevederile legale în materie.

Referitor la cerința pentru LOT 7 „Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei - fără aldehydă compatibil cu dispozitivul de nebulizare Nocospray (sau echivalent)”, autoritatea contractantă consideră că nu restrânge concurența și nu încalcă normele legale

privind achizițiile publice, având în vedere că există pe piață mai mulți operatori economici care comercializează acest tip de dezinfectant.

De asemenea, precizează că prin înțelesul cuvântului „echivalent” în cadrul cerințelor caietului de sarcini, autoritatea contractantă s-a referit la un produs dezinfectant care să respecte specificațiile tehnice din caietul de sarcini și în niciun caz la o alternativă a dispozitivului de nebulizare.

Autoritatea nu solicită furnizarea unor dezinfectanți de la un anumit producător, ci doar ca aceștia să fie compatibili cu echipamentele aflate în dotarea unității.

Cu privire la acest aspect susține că este în beneficiul autorității contractante să folosească dotarea existentă, nefiind nici economic, nici oportun să cumpere dezinfectanți dotați cu alt tip de nebulizatoare, deoarece aceasta dispune de 4 aparate de nebulizare Nocospray (drept dovadă atașează facturile aferente acestor aparate).

Autoritatea contractantă precizează că nu poate fi de acord cu punerea la dispoziția acesteia în regim de comodat aparate de nebulizare compatibile cu produsul ofertat care îndeplinește toate cerințele din caietul de sarcini, deoarece acest lucru nu creează beneficii economice, ci costuri suplimentare (de conservare/neamortizare a nebulizatoarelor existente și neutilizare a fondurilor publice aferente achiziției acestora).

Specificațiile tehnice menționate în caietul de sarcini, reprezintă nevoile autorității contractante, singura în măsură să-și cunoască necesitățile, neputând să fie obligată să cumpere un produs pe care să nu îl poată folosi, întrucât acesta nu este compatibil cu aparatele de nebulizare deținute în unitate.

Prin urmare autoritatea contractantă precizează că cerința ca dezinfectantul să fie compatibil cu dispozitivul de nebulizare Nocospray (sau echivalent), respectiv Micronebulizator 99MB nu va fi înlocuită deoarece solicitarea unor produse compatibile nu echivalează cu limitarea ofertării, având în vedere că există pe piață mai mulți operatori economici care comercializează acest tip de dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei - fără aldehydă compatibil cu dispozitivul de nebulizare Nocospray (sau echivalent).

În susținere invocă Decizia CNSC nr. 57461/2735/C5/24.12.2020 și Decizia CNSC nr. 2001/C6/2154/08.09.2021.

Referitor la cerința pentru LOT 8 „Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei - fără aldehydă compatibil cu modulator micronebulizator 99MB (sau echivalent), autoritatea contractantă prezintă aceleași susțineri ca la lotul 7.

În concluzie, luând în considerare argumentele expuse și prezentate în cele ce preced, apreciază că nu se impune suspendarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică prin licitație deschisă până la soluționarea contestației pentru loturile 7 și 8 și nici adoptarea unor remedieri privind documentația de atribuire aferentă specificațiilor tehnice pentru loturile 7 și 8, interesul autorității contractante fiind acela de a asigura toate resursele necesare desfășurării în bune condiții a actului medical în contextul actual al pandemiei cu virusul SARS Cov-2.

De asemenea, consideră că nu a încălcat prevederile legale în materia achizițiilor publice și solicită respingerea contestației formulate de către SC SRL ca fiind netemeinică și nefondată.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă în vederea încheierii acordului cadru de furnizare având ca obiect „Dezinfectanți 9 loturi”, cod CPV: 24455000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1034758/14.09.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 2.718.400,00. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de faptul că, prin specificațiile aferente loturilor 7 și 8 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă urmărește achiziționarea unor dezinfectanți compatibili cu nebulizatoarele din patrimoniu și solicită obligarea autorității la modificarea documentației de atribuire în sensul acceptării unor alți dezinfectanți împreună cu nebulizatoarelor compatibile, acestea din urmă urmând a fi puse la dispoziție în regim de comodată.

Analizând descrierea loturilor 7 și 8 în cadrul caietului de sarcini, Consiliul reține că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unor dezinfectanți de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei compatibili cu nebulizatorul Nocolyse (lotul 7) și cu modulator micronebulizatorul 99MB (lotul 8).

Potrivit art. 1 lit. e) din Normele tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private aprobate prin Ordinul Ministrului Sănătății nr. 961/2016, dezinfecția de nivel înalt este procedura de dezinfecție prin care se realizează distrugerea

bacteriilor în formă vegetativă, fungilor, virusurilor, micobacteriilor și a majorității sporilor bacterieni.

Conform art. 27 din aceleași norme, dezinfecția curentă și/sau terminală, efectuată numai cu dezinfectanți de nivel înalt, este obligatorie în:

- a) secțiile de spitalizare a cazurilor de boli transmisibile;
- b) situația evoluției unor cazuri de infecții asociate asistenței medicale;
- c) situațiile de risc epidemiologic (evidențierea cu ajutorul laboratorului a circulației microorganismelor patogene);
- d) secțiile cu risc înalt: secții unde sunt asistați pacienți imunodeprimați, arși, neonatologie, prematuri, secții unde se practică grefe/transplant (de măduvă, cardiace, renale etc.), secții de oncologie și oncohematologie);
- e) blocul operator, blocul de nașteri;
- f) secțiile de reanimare, terapie intensivă;
- g) serviciile de urgență, ambulanță, locul unde se triază lenjeria.

De asemenea, se reține că autoritatea contractantă deține în prezent în proprietate 4 aparate de nebulizare Nocospray și 4 micronebulizatoare 99MB, aparatele în cauză folosind drept consumabil un cartuș/flacon ce conține dezinfectantul ce face obiectul achiziției.

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.

În raport cu prevederile legale antementionate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea unui simplu produs pentru dezinfecție, deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unui dezinfectant care să fie utilizat/aplicat prin nebulizare, folosind în acest sens aparatele de nebulizare Nocospray și 99MB din dotarea spitalului.

Potrivit art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, regula instituită de legiuitor este ca specificațiile tehnice să nu precizeze „(...) un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic” și nici să nu se refere la „(...) mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o produc-ție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”; excepția de la această regulă fiind, potrivit alin. (3) al aceleiași norme juridice, situația excepțională în care „(...) nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1)”; în această situație excepțională, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) urmând a fi însoțită de cuvintele „sau echivalent”.

Norma juridică anterior menționată transpune în dreptul național prevederile art. 42 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE potrivit căroră „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 o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor întreprinderi sau produse. Această mențiune sau trimitere este autorizată, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu alineatul (3). Mențiunea sau trimiterea respectivă este însoțită de cuvintele «sau echivalent»”.

Scopul reglementărilor anterior menționate se regăsește în cadrul considerentului 74 al Directivei 2014/24/UE, potrivit căruia „Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor.

Prin urmare, specificațiile tehnice ar trebui elaborate în așa fel încât **să se evite** restrângerea în mod artificial a concurenței prin **cerințe care** favorizează un anumit operator economic, în sensul că **preiau**

caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic. Elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, îndeplinirea acestui obiectiv în cel mai bun mod posibil. Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință. În cazul în care se face trimitere la un standard european sau, în absența acestuia, la un standard național, ofertele care au la bază soluții echivalente ar trebui să fie luate în considerare de către autoritățile contractante. Responsabilitatea de a face dovada echivalenței cu eticheta solicitată ar trebui să revină operatorului economic”.

Consiliul reține că asigurarea concurenței este unul din principiile legislației din domeniul achizițiilor publice, aspect subliniat la art. 18 din Directiva 2014/24/UE prin sintagma „Conceptul achiziției **nu se poate face cu** intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al prezentei directive sau **restrângerea artificială a concurenței**. Se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care **conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării** sau dezavantajării **nejustificate a anumitor operatori economici**”.

Din analiza prevederilor legale anterior menționate, Consiliul reține că restrângerea concurenței prin favorizarea nejustificată a anumitor operatori economici este interzisă cu desăvârșire, fiind permisă în schimb indicarea produselor comercializate de către un anumit operator economic doar dacă acest lucru este justificat de obiectul contractului.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Hotărârii nr. 144/27.02.2020 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 70/57/2020.

Verificând incidența prevederilor anterior menționate în speța dedusă soluționării, Consiliul reține că autoritatea contractantă a enumerat la pag. 20-25 din caietul de sarcini specificațiile tehnice aferente dezinfectantului care urmează a fi achiziționat, precizând în mod expres la punctul 5 aferent ambelor loturi că acesta trebuie să fie „compatibil sau echivalent cu dispozitivul de nebulizare Nocospray” (lotul 7) și, respectiv „compatibil sau echivalent cu modulator micronebulizator 99MB”.

Prin urmare, având în vedere necesitatea autorității contractante astfel cum a fost detaliată în cadrul documentației de atribuire, Consiliul apreciază că formularea specificațiilor tehnice criticate din caietul de sarcini nu este în contradicție cu prevederile art. 156 alin. (2) din lege mai sus iterate și nici cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora specificațiile tehnice reprezintă „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante” deoarece nu a solicitat furnizarea unui consumabil produs de un anumit fabricant, ci precizat în mod explicit că acceptă dezinfectanți compatibili cu aparatura medicală pe care o deține, societatea contestatoare având deplina libertate să ofere orice consumabil compatibil cu nebulizatoarele Nocospray și 99MB, indiferent de fabricantul acestora.

Atât din strategia de contractare cât și din punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă la prezenta contestație, Consiliul reține că cerințele criticate prin contestația care face obiectul prezentei au fost determinate de cele 8 nebulizatoare aflate în dotarea spitalului, care funcționează cu acest tip de consumabil.

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă are în dotare nebulizatoare proprii, adecvate spațiilor din incinta sa, nu poate fi considerată restrictivă solicitarea consumabilelor necesare funcționării acestora, doar din perspectiva că un potențial ofertant poate pune la dispoziția autorității contractante alte nebulizatoare.

Totodată, având în vedere faptul că autoritatea dorește să folosească aparatele achiziționate anterior din bani publici și care au fost achiziționate la acel moment în conformitate cu necesitățile sale obiective, Consiliul reține că achiziționarea unor consumabile compatibile se încadrează în linia utilizării eficiente a fondurilor publice.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că modalitatea de indicare a unor consumabile „compatibile” cu echipamentele medicale din patrimoniul său, autoritatea contractantă nu a restrâns competiția (astfel cum susține contestatorul) ci a permis ofertarea oricăror dezinfectanți care pot fi utilizați/aplicați/ pulverizați cu aparatele din dotarea spitalului și respectă toate celelalte specificații tehnice acceptate de contestator prin necontestare (cum ar fi cele cu privire la spectrul de activitate, garanție, ambalare, etichetare, documente însoțitoare etc.).

Consiliul nu va lua în considerare nici susținerile contestatorului, potrivit cărora caracterul restrictiv al specificațiilor tehnice criticate ar proveni din faptul că pot fi îndeplinite doar de un anumit dezinfectant deoarece simpla identificare de către acesta a unui tip de dezinfectant (în speță produsul original „Nocolyse” și dezinfectanți compatibili cu nebulizatorul 99MB) care să corespundă necesității autorității contractante nu conduce, în mod automat, la concluzia că nu ar exista la

nivelul „*pieței mondiale*” și alți distribuitori care ar putea ofera dezinfecțanți cu aceleași caracteristici.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul acceptării de alți dezinfecțanți împreună cu alte nebulizatoare compatibile, Consiliul o va respinge ca nefondată deoarece caracteristicile și performanțele nebulizatoarelor Nocospray și 99MB aflate deja în dotarea autorității contractante conform facturilor transmise la dosarul cauzei au fost stabilite la momentul achiziționării acestora prin raportare la activitatea specifică, gradul de complexitate și modul de organizare al, și nu fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Prin urmare, Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru intenția de a achiziționa consumabilele necesare continuării utilizării nebulizatoarelor din patrimoniul său și nici nu o poate obliga să dezinfecțeze cu alte nebulizatoare câtă vreme cele aflate în dotarea sa corespund necesităților sale specifice iar achiziționarea unor consumabile compatibile (prin urmare echivalente cu cel original Nocolyse și 99MB) se încadrează în situația prevăzută la art. 156 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia *„stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele «sau echivalent»”*.

Consiliul reține că stabilirea necesităților sale este atributul exclusiv al autorității contractante, aspect care rezultă și din nota aflată în finalul anexei nr. 3 la Ordinul nr. 1082/2016 potrivit căreia „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 (în speță) 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. Prin urmare, prezumția că producătorul de dezinfectanți știe cel mai bine care sunt substanțele necesare autorității contractante și ce aparate de nebulizare ar putea aceasta să utilizeze raportat la procedurile interne din cadrul spitalului este lipsită de temei legal, dispozițiile legale stabilind în sarcina autorității elaborarea specificațiilor tehnice.

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, 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 sau comercializează produsele solicitate.

Altfel spus, scopul organizării prezentei proceduri de atribuire este achiziționarea unor consumabile compatibile cu aparatele Nocospray și 99MB care, la rândul lor, corespund necesității autorității contractante, și nu comercializarea unor anumite aparate de nebulizare și dezinfectanți din portofoliul operatorului economic care a formulat contestația.

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.

Prin urmare, contestatorul în susținerea contestației avea obligația de a proba caracterul restrictiv al cerințelor criticate, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

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 autoritatea 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.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească faptul la nivelul pieței mondiale nu există niciun alt produs în afară de „Nocolyse” care să fie compatibil cu aparatul Nocospray (lotul 7) sau cu dezinfectantul unui anumit producător (lotul 8).

Ori, contestatorul s-a limitat la simpla indicare a produsului original Nocolyse (lotul 7) și a sintagmei „*dezinfectanți utilizabili cu nebulizatorul solicitat*” (lotul 8), fără a depune la dosarul cauzei până la data emiterii prezentei nicio probă în sprijinul susținerilor sale.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului din preambulul contestației, de obligare a autorității contractante la emiterea unui înscris prin care să lămurească semnificația termenului „*echivalent*” din specificația tehnică de la punctul 5 aferent ambelor loturi (în sensul lămuririi dacă produsul dezinfectant trebuie să fie „*compatibil sau echivalent*” cu aparatele din patrimoniul spitalului sau pot fi oferite nebulizatoare echivalente), Consiliul reține că la pag. 2-3 din răspunsul consolidat publicat în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1034758/00092] RASPUNS CONSOLIDAT DEZINFECTANTI 9 LOTURI.doc.p7s”, autoritatea contractantă a explicat și argumentat faptul că nu a solicitat furnizarea unor dezinfectanți de la un anumit producător, ci doar ca aceștia să fie compatibili cu

echipamentele aflate în dotarea unității precum și motivele pentru care nu poate fi de acord cu punerea la dispoziție în regim de comodat a unor alte aparate de nebulizare.

În aceste condiții, Consiliul constată că prin lămuririle oferite în cadrul răspunsului consolidat, autoritatea contractantă a eliminat neclaritatea generată de utilizarea improprie a termenului „echivalent” iar lămuririle sunt disponibile spre consultare oricărui operator economic interesat, motiv pentru care urmează să respingă ca rămasă fără obiect această critică.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

.....

.....

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini