

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. 684/22.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21275/23.04.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Furnizare dezinfectanți*”, pentru lotul 3 – „*Dezinfectant de nivel înalt pentru aeromicrofloră*”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin contestație.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a admis.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL, prin care se critică documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini pentru lotul 3, elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă.

Preliminar, contestatoarea precizează 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.

Aceasta apreciază că prin modul de constituire a specificațiilor tehnice, pentru fiecare lot în parte din caietul de sarcini, nu sunt

respectate prevederile Legii nr. 98/2016, Ordinul nr. 1071/2017 și standardul SR EN 14885:2015.

În ceea ce privește specificațiile tehnice pentru lotul 3 - Dezinfectant de nivel înalt pentru aeromicrofloră:

1. Cu privire la cerința „Sporicidă” EN 13704, solicită modificarea acesteia, cu introducerea în cerințele caietului de sarcini a eficacității pe toate tulpinile, standardizată, aferente activității sporicide, respectiv *Bacillus Subtilis*, *Bacillus Cereus*, *Clostridium Sporogenes*, *Clostridium Difficile*.

Contestatoarea precizează că această solicitare este bazată pe incidența ridicată a acestora în cadrul infecțiilor intraspitalicești și pe gradul de risc deosebit de ridicat pe care îl prezintă, precum și tratarea dificilă, dureroasă și costisitoare a infecțiilor cauzate de aceste tulpini.

Spre exemplificare, arată că un spital clinic de boli infecțioase, cum este și prezenta unitate spitalicească, prezintă o serie de provocări specifice, care nu pot fi prevăzute într-un cadru legislativ general.

În raport de contextul epidemiologic actual din unitățile spitalicești, petenta consideră imperios necesar ca produsul care face obiectul acestui lot să prezinte eficacitate pe tulpinile aferente activității sporicide, respectiv *Bacillus Subtilis*, *Bacillus Cereus*, *Clostridium Sporogenes*, *Clostridium Difficile*.

2. Cu privire la cerința „*Să poată fi aplicat prin nebulizare utilizând aparate de tip Aerosept*”, solicită obligarea autorității contractante la eliminarea compatibilității cu aparatul "Aerosept", întrucât prin menținerea acestei cerințe, se restrânge în mod nejustificat concurența și, totodată, se încalcă normele legale privind achizițiile publice (art. 155 alin. (6) și art. 156 alin (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice).

Prin urmare, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe, în sensul de a nu preciza marca aparatelor de nebulizare, pentru considerentele de mai sus.

În opinia sa, autoritatea contractantă restrânge licitația doar la un anumit produs care deține aceste teste de compatibilitate, ceea ce elimină caracterul deschis al licitației, însă prin eliminarea cerinței de *compatibilitate cu aparatul Aerosept*, autoritatea contractantă va deschide competiția oricărui distribuitor de produse dezinfectante interesat să participe.

Limitarea ofertării doar la dezinfectanții utilizabili cu nebulizatorul solicitat, favorizează producătorii și încalcă o serie de norme imperative din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În susținere, solicită Consiliului să aibă în vedere și Decizia CNSC nr. ... din data de 23.01.2020.

Aceasta este de părere că prin menținerea unei astfel de cerințe, autoritatea contractantă nu este interesată de organizarea unei licitații, ci de excluderea celor interesați de participare, cu excepția unui operator

economic, respectiv un produs anume, astfel că se aduce atingere scopului de promovare a concurenței între operatorii economici și principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

Concluzionând, petenta arată că 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, tratamentul egal, transparența și proporționalitatea.

Pe cale de consecință, solicită ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante aparate de nebulizare compatibile cu produsul ofertat, respectiv ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante, în regim de comodat, aparate de nebulizare compatibile cu produsul ofertat care îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini.

Având în vedere aspectele criticate, raportat la dispozițiile art. 2 alin. (2) și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, SC ... solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, solicitate, respectiv admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Cu adresa nr. 9389/27.04.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 21863/27.04.2021, referitor la contestația formulată de SC ..., ... a înaintat punctul său de vedere, în care menționează că a întocmit caietul de sarcini conform modelului prezentat în Legea 1082/2016, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, în care sunt menționate cerințele minime obligatorii pe care trebuie să le îndeplinească un produs biocid dezinfectant pentru a putea fi utilizat în unitățile sanitare.

Autoritatea subliniază că a procedat așa tocmai pentru a permite accesul cât mai larg și egal al oricărui ofertant la procedura de atribuire și pentru a nu introduce obstacole care să restrângă concurența între operatorii economici.

1. În ceea ce privește solicitarea de a introduce în cerințele caietului de sarcini eficacitatea pe toate tulpinile standardizate aferente activității sporicide, exprimată prin standardul EN 13704 (B. subtilis, B. cereus, Cl. sporogenes, Cl. difficile) menționează în conformitate cu SR EN 13704:2018 Chemical disinfectants, tulpina obligatoriu de a fi testată pentru documentarea activității sporicide a unui produs biocid este *Bacillus subtilis* ATCC 6633. Testările efectuate pe celelalte tulpini (*Bacillus cereus* și *Clostridium sporogenes*) sunt opționale, în funcție de solicitări.

Autoritatea contractantă apreciază că argumentarea prezentată de ... SRL, în ceea ce privește infecțiile asociate asistenței medicale (IAAM), determinate de germeni anaerobi, este justificată în ceea ce privește infecțiile cu *Clostridium difficile* care constituie, într-adevăr, o problemă de sănătate publică atât la nivel național, cât și la nivel internațional, însă susține că acestă tulpină nu este inclusă în standardul

EN 13704:2018. *Bacillus cereus* determină toxiinfecții alimentare rareori asociate cu IAAM, iar *Clostridium sporogenes* este un germene condiționat patogen pentru om, astfel încât implicarea lor în patologia umană nu constituie o problemă majoră.

În concluzie, autoritatea contractantă învederează Consiliului că își menține formularea din caietul de sarcini privind standardul EN 13704 cu testarea minim obligatorie pentru activitatea Sporidică pe tulpina de *Bacillus subtilis*. Orice testări suplimentare care sunt prezentate la un produs oferit sunt binevenite și reflectă calitatea acestuia, dar nu vor constitui un criteriu de excludere al altor produse oferite.

2. În ceea ce privește solicitarea de a elimina din caietul de sarcini cerința ca produsul de dezinfecție aerogenă să fie compatibil cu aparatul Aerosept, autoritatea menționează că acceptă ca ofertantul să pună la dispoziția autorității contractante aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferit, respectiv ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante, în regim de comodă, aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferit care îndeplinesc toate cerințele din caietul de sarcini.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat procedura de atribuire, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare dezinfectanți”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../16.04.2021. Valoarea estimată a întregii proceduri este de cuprinsă între 1.272.823,92 lei și 26.659.277,04 lei fără TVA. Pentru lotul 3 – „Dezinfectant de nivel înalt pentru aeromicrofloră”, care face obiectul prezentei contestații, valoarea estimată este cuprinsă între 126.360 lei fără TVA și 311.040 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, SC ... SRL a formulat contestație împotriva lotului 3 – „Dezinfectant de nivel înalt pentru aeromicrofloră”, criticând două cerințe ale caietului de sarcini.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/13.07.2020, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația depusă împotriva procedurii pentru lotul 3 inițiate de

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Prima critică din contestație vizează neintroducerea standardizării activității sporicide EN 13704 și pe tulpinile de *Bacillus Subtilis*, *Bacillus Cereus*, *Clostridium Sporogenes* și *Clostridium Difficile*.

În soluționare, Consiliul reține că, potrivit Standardului EN 14885:2015 (RO), **condiția obligatorie de testare pentru EN 13704** este pe *Bacillus Subtilis*, dar „**sunt permise** și următoarele **condiții adiționale de testare**: Spori de *Bacillus cereus* ATCC 12826 și Spori de *Clostridium sporogenes* 51 CIP 7 939”.

Astfel, dintre cele 4 specii invocate de contestatoare, și anume *Bacillus Subtilis*, *Bacillus Cereus*, *Clostridium Sporogenes* și *Clostridium Difficile*, doar 2 tulpini, respectiv *Bacillus cereus* ATCC 12826 și *Clostridium sporogenes* 51 CIP 7 939 sunt cuprinse în condițiile adiționale de testare și vor face obiectul analizei de mai jos, Standardul EN 13704 nepermițând, nici măcar opțional, includerea testării pe speciile *Bacillus Subtilis* și *Clostridium Difficile*, așa cum solicită contestatoarea. Prin urmare, chiar și dacă ar fi dorit, așa cum este cazul speciei *Clostridium Difficile*, autoritatea contractantă nu poate introduce obligativitatea testării pe aceste două specii.

Standardul EN 14885:2015 (RO) definește condițiile adiționale de testare la punctul 3.3.1, astfel: „**acele condiții de testare sunt opționale și nu sunt obligatorii, ce pot fi folosite pentru produsele adiționale și pot fi găsite în același standard sau într-un standard adițional**”.

Prin urmare, condițiile adiționale nu sunt obligatorii și, în funcție de situația epidemiologică particulară a spitalului respectiv, acesta are posibilitatea de a opta pentru a include sau nu între cerințele solicitate și condițiile adiționale de testare, pe lângă condițiile de testare obligatorii.

În acest sens este și nota de la finalul Anexei 3 din Ordinul MS nr. 1082/2016, potrivit căreia:

„Acele 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 a infecțiilor nosocomiale (circulația germenilor, etiologia infecțiilor 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:

- dezinfecție de nivel scăzut, intermediar sau înalt în conformitate cu recomandările Ordinului ministrului sănătății nr. 961/2016 pentru aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, tehnicii de lucru și interpretare pentru testele de evaluare a eficienței procedurii de curățenie și dezinfecție, procedurilor recomandate pentru dezinfecția mâinilor, în funcție de nivelul de risc, metodelor de aplicare a dezinfectantelor chimice în funcție de suportul care urmează să fie tratat și a metodelor

de evaluare a derulării și eficienței procesului de sterilizare, cu modificările ulterioare

- standarde conform SR EN 14885/2015:

- obligatorii: bactericidă și levuricidă (destinată suprafețelor din arii noncritice, respectiv săli așteptare, pavimente spații comune, grupuri sanitare etc.);

- adiționale (destinată suprafețelor, instrumentarului și tegumentelor din săli de intervenții chirurgicale, săli de pansamente, secții de terapie intensivă, neonatologie etc.).”

Textul respectiv indică faptul că la dezinfecția suprafețelor non-critice se folosesc exclusiv testele obligatorii, iar la cele critice se pot adăuga testările adiționale.

Ori, autoritatea contractantă nu consideră necesar să includă testarea și pe speciile *Bacillus cereus* și *Clostridium sporogenes*, pe motiv că *Bacillus cereus* determină toxiinfecții alimentare rareori asociate cu asistența medicală, iar *Clostridium sporogenes* este un germene condiționat patogen la om, astfel încât implicarea lor în patologia umană nu constituie o problemă majoră. Evident, aceasta presupune acceptarea ofertelor de produse care prezintă și testarea adițională pe *Bacillus cereus* și *Clostridium sporogenes*.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 stabilesc că „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”. Deci, legislația achizițiilor publice condiționează exercitarea dreptului la contestație de existența vătămării. Existența unei cerințe mai permissive nu poate fi considerată o vătămare, vătămarea presupunând încălcarea unui drept. Cum legislația achizițiilor trebuie interpretată în sensul promovării concurenței, un operator nu se poate plânde că în cadrul unui contract simplu, de furnizare dezinfectanți de larg consum, prevederile documentației de atribuire nu impun respectarea cerințelor adiționale ale unui standard. Pe de altă parte, se prezumă că, din moment ce se solicită obligativitatea îndeplinirii cerințelor adiționale ale standardului respectiv, produsul pe care urmează să-l oferteze societatea contestatoare îndeplinește cerința solicitată, deci nu este vătămată. A susține că există o vătămare pe motiv că nu se respectă dispozițiile OMS nr. 1082/2016, fără a suferi vreo vătămare, echivalează cu susținerea interesului legitim public, fără a exista o vătămare a interesului legitim privat. Sub acest aspect, Înalta curte de Casație și Justiție a emis Decizia nr. 8/2020 privind examinarea sesizării formulate de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov cu privire la următoarea problemă de drept, în vigoare de la 02 iulie 2020,

cu privire la interpretarea art. 1 alin. (1) și art. 2 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, reținând următoarele: „În contenciosul administrativ românesc, în mod tradițional, regula a fost aceea că persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat pot formula acțiuni prin care invocă apărarea unui interes legitim privat.

(...) În același sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională a României, prin Decizia nr. 66 din 15 ianuarie 2009, sus-menționată, referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004, care a statuat că aceste dispoziții „au menirea de a clarifica și de a stabili în ce condiții și cine poate invoca apărarea interesului legitim public. Din conținutul textului se deduce că, prin acțiunea pe care o introduc la instanța de contencios administrativ, persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat nu pot invoca direct «interesul legitim public» pentru anularea unui act administrativ, ci numai în subsidiar, pe calea unor capete de cerere distincte, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge din încălcarea unui drept subiectiv sau a unui interes legitim privat. Așadar, prin acțiunea introdusă, persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat trebuie să dovedească mai întâi că a avut loc o încălcare a dreptului sau interesului lor legitim privat, după care să susțină în sprijinul cererii și vătămarea interesului public, ce decurge din actul administrativ atacat. Prin adoptarea textului criticat, legiuitorul a urmărit să «paralizeze» așa-numitele «acțiuni populare» intentate de unele persoane fizice sau persoane juridice de drept privat care, neavând argumente să dovedească o vătămare a unui drept sau interes legitim privat propriu, recurg la calea acțiunilor întemeiate exclusiv pe motivul vătămării interesului public”.

Dispozițiile art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004 stabilesc faptul că interesul public poate fi invocat de persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat în formularea cererilor lor în fața instanței de contencios administrativ, numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat”.

Prin urmare, Consiliul reține că sunt nefondate criticile contestatoarei referitoare la modificarea cerinței caietului de sarcini, în sensul ca produsul care face obiectul acestui lot să prezinte eficacitate sporică pe tulpinile de *Bacillus Subtilis*, *Bacillus Cereus*, *Clostridium Sporogenes* și *Clostridium Difficile*.

Cu privire la solicitarea contestatoarei ca ofertantul să poată pune la dispoziția autorității contractante în regim de comodat aparate de nebulizare compatibile cu produsul ofertat, care îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini, Consiliul constată că autoritatea contractantă a achiesat la solicitarea contestatoarei, acceptând ca ofertanții să pună la dispoziția autorității contractante, în regim de comodat, aparate de nebulizare compatibile cu produsul ofertat, care

îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini, așa cum a solicitat contestatoarea.

Astfel, luând în considerare punctul de vedere al autorității contractante, Consiliul va obliga pe aceasta la publicarea în SEAP a noului conținut al cerinței respectiv „Se acceptă ca ofertanții să pună la dispoziția autorității contractante, în regim de comodat, aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferat, care îndeplinesc toate cerințele caietului de sarcini”.

Pentru toate aceste motive, 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 ... și va obliga autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a noului conținut al cerinței pentru lotul 3, respectiv „Se acceptă ca ofertanții să pună la dispoziția autorității contractante, în regim de comodat, aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferat, care îndeplinesc toate cerințele caietului de sarcini”, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ..., va obliga autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a noului conținut al cerinței pentru lotul 3 – „Dezinfectant de nivel înalt pentru aeromicrofloră”, respectiv „Se acceptă ca ofertanții să pună la dispoziția autorității contractante, în regim de comodat, aparate de nebulizare compatibile cu produsul oferat, care îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini”, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

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 exemplare, conține 8 (opt) pagini.