

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. 2133/C1/2294

Data: 24.09.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 512447/30.08.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, str., ..., având CUI, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub, reprezentată legal de director general și convențional de, cu sediul procesual ales în vederea comunicării actelor de procedură în, împotriva documentației de atribuire elaborată de către, cu sediul în, str., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „Echipamente și dispozitive medicale pentru decontaminare” Cod CPV 42924720-2, s-a solicitat:

- în principal, obligarea autorității contractante la remedierea aspectelor de nelegalitate ale documentației de atribuire aferentă lotului 2;
- în subsidiar, în măsura în care nu mai sunt posibile măsuri de remediere, dispunerea anulării procedurii, în ceea ce privește lotul 2, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- accesul la dosarul cauzei.

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

Preliminar, contestatorul precizează următoarele:

- analizând prevederile documentației de atribuire aferente lotului 2 a constatat că acestea încalcă prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, conținând specificații tehnice dedicate unor produse ce nu fac obiectul procedurii, fiind, astfel, de natură a bloca nejustificat accesul în procedură;
- autoritatea contractantă a inclus în cadrul caietului de sarcini aferent lotului 2, anumite specificații tehnice dedicate dezinfectanților ce urmează a fi utilizați împreună cu nebulizatorul solicitat, deși obiectul procedurii se rezumă strict la achiziționarea unor aparate de nebulizare cu ceață uscată;

- procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat nu doar dispozițiile art. 155 din Legea nr. 98/2016, ci și principiile nediscriminării, proporționalității și al tratamentului egal;

- prin acest comportament, autoritatea contractantă impune o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție, aspect ce reprezintă un obstacol de natură a restrânge concurența între aceștia, ce nesocotește scopul aplicării Legii nr. 98/2016, respectiv „achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială”.

În ceea ce privește nelegalitatea documentației de atribuire, precizează următoarele:

Nelegalitatea modalității în care autoritatea contractantă a definit specificațiile tehnice în cadrul prezentei proceduri.

Cu titlu preliminar arată că, potrivit art. 155 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu principiile atribuirii contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă are obligația să elaboreze specificații tehnice într-un grad de detaliu de natură să nu aducă atingere liberei concurențe și principiului tratamentului egal și al nediscriminării. În acest sens, autoritatea contractantă este obligată să limiteze descrierea specificațiilor tehnice doar la acelea corespunzătoare obiectului procedurii.

În susținere, invocă prevederile art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Susține că, potrivit caietului de sarcini, prin lotul 2, autoritatea contractantă dorește să achiziționeze „aparate de nebulizare (cu ceață uscată) cu capacitate de nebulizare de 1000 mc într-un singur tratament de dezinfecție” fără a exista nicio prevedere în documentația de atribuire cu referire la achiziția și a unor dezinfectanți care să fie utilizați împreună cu aparatele solicitate. Astfel, din cuprinsul documentației de atribuire rezultă, fără putință de tăgadă, că obiectul achiziției lotului 2 al procedurii, este exclusiv achiziția de aparate de nebulizare.

Acest fapt este confirmat chiar și prin codul CPV aferent procedurii, respectiv: „42924720-2 Echipament de decontaminare”.

Or, în cadrul caietului de sarcini, pentru lotul 2, autoritatea contractantă a inclus - în mod nelegal - multiple specificații tehnice care conțin caracteristici ale substanțelor de dezinfecție ce se utilizează pe aparatele de nebulizare, deși obiectul achiziției nu vizează și astfel de produse consumabile.

Contestatorul precizează că prin adresa de clarificări nr. 1773/25.08.2021 a solicitat autorității contractante eliminarea din cadrul caietului de sarcini a cerințelor minime obligatorii ce vizează caracteristici ale substanțelor biocide, însă, autoritatea contractantă nu a răspuns solicitării până în prezent.

Arată totuși că, prin răspunsul consolidat la o altă solicitare de clarificări, postat în SEAP în data de 25.08.2021, autoritatea

contractantă a precizat expres, concis și lipsit de orice echivoc și chiar în mod repetat că obiectul procedurii constă exclusiv în achiziția de echipamente și nu vizează și achiziția de consumabile, calificând specificațiile tehnice privind soluțiile de decontaminare drept excesive: „Actuala procedura se adresează doar achiziției de echipamente și nu are ca obiect achiziția de consumabile. În consecință considerăm că introducerea unei specificații tehnice privind soluțiile de decontaminare este excesivă actualei achiziții”.

Cu toate acestea, arată că autoritatea contractantă nu a luat măsuri de remediere prin care să elimine multiplele cerințe referitoare la consumabile (substanțele de dezinfectie); prin urmare, caietul de sarcini conține, în continuare, aceste specificații tehnice excesive și disproporționate, ce se impun a fi eliminate din cadrul documentației de atribuire.

În concret, cerințele minime obligatorii ce exced obiectului prezentei proceduri, fiind aferente achiziției de consumabile, și a căror eliminare se impune sunt următoarele:

„Spectru de activitate a substanței dezinfectante compatibile: bactericid (EN 13727); levuricid/fungicid (EN 13624); bactericid/levuricid (EN 13697); virucid (EN 14476)”

- „Să nu determine rezistența germenilor”;

- „Capacitate de difuzie pe fiecare cm³, evitând umiditatea, fără risc de pătare și coroziune” - Riscul de pătare de si coroziune ține în exclusivitate de acțiunea chimică a substanței biocide utilizate;

- „Dezinfectantul utilizat să nu fie toxic sau alergen”;

- „Să nu necesite nici o acțiune după tratament și să permită accesul în spațiu în cca 30 de minute”;

- „Să aibă și posibilitatea odorizării spațiului, să elimine mirosul neplăcut generat de utilizarea anterioară a hipocloritului de sodiu cât și mirosurile de natura organică”.

Contestatorul arată că în piața de profil a aparatelor de nebulizare, există atât anumiți producători care garantează funcționarea în anumiți parametri predefiniți a aparatului pe care îl produc numai atunci când acesta este folosit cu anumite produse biocide indicate în concret de către acești producători, cât și producători ale căror aparate de nebulizare sunt „deschise”, deci permit utilizarea împreună cu orice substanță biocidă atât timp cât aceasta face parte din spectrul biocid indicat - tocmai cu scopul de a ușura misiunea autorităților contractante și de a constitui un beneficiu pentru operativitatea desfășurării actului medical, lăsând libertatea autorităților contractante de a alege substanța biocidă pe care vrea să o achiziționeze, fără a exista restricții în acest sens pentru procedurile viitoare de consumabile.

Or, în opinia sa, cerințele minime obligatorii expuse anterior - ce vizează exclusiv specificații tehnice ale unor substanțe biocide - exced obiectului achiziției și nu sunt aplicabile prezentei proceduri, mai ales în

contextul în care pe piață există echipamente de nebulizare ce nu presupun limitări cu privire la produsele comerciale cu care pot fi folosite în practică.

Reiterează de asemenea faptul că obiectul prezentei proceduri îl constituie achiziționarea de nebulizatoare, nefiind solicitate și substanțe biocide, pentru a fi utilizate împreună cu acestea.

Prin urmare, consideră că achiziționarea unor asemenea substanțe nu face obiectul procedurii, astfel că nu se justifică impunerea unor asemenea cerințe în caietul de sarcini, mai ales în contextul ofertării unor nebulizatoare „deschise”.

În acest context, apreciază că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității atunci când a stabilit specificațiile tehnice aferente lotului 2 al procedurii, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, inserând în cadrul caietului de sarcini, cerințe minime obligatorii aferente unor produse ce nu fac obiectul Procedurii.

Prin adresa nr. 1862/02.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 46435/03.09.2021, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207462444/1 din data de 31.08.2021, tranzacția nr. 1121417942/1920079763 emisă de CEC Bank – Unitatea: Sucursala Victoria, în cuantum de 8.640 lei, aferentă dosarului în cauză, constituită conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 56818/03.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 46572/03.09.2021, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea ca nefondată și neîntemeiată a acesteia.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că prezenta procedură de atribuire este împărțită pe loturi, astfel: Lot 1 - Aparat portabil pentru curățarea și dezinfectarea chimică și termică a suprafețelor foarte greu accesibile, pe bază de abur și dezinfectant; Lot 2 - Aparat de nebulizare (cu ceață uscată).

Raportat la contestația formulată de SC SRL pentru lotul 2, autoritatea contractantă arată că prin documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini a stabilit și următoarele specificații tehnice pe care produsele oferite trebuie să le îndeplinească:

- „Spectru de activitate a substanței dezinfectante compatibile: bactericid (EN 13727); levuricid/fungicid (EN 13624); bactericid/levuricid (EN 13697); virucid (EN 14476);
- Să nu determine rezistența germenilor;
- Capacitate de difuzie pe fiecare cm³, evitând umiditatea, fără risc de pătare și coroziune;
- Dezinfectantul utilizat să nu fie toxic sau alergen;
- Să nu necesite nici o acțiune după tratament și să permită accesul în spațiu în cca 30 de minute;

- Să aibă și posibilitatea odorizării spațiului, să elimine mirosul neplăcut generat de utilizarea anterioară a hipocloritului de sodiu cât și mirosurile de natura organică”.

Față de solicitarea contestatorului de eliminare a acestor cerințe, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

- obiectul aferent lotului 2 al procedurii de achiziție este reprezentat de achiziția aparatelor de nebulizare și nu a substanțelor dezinfectante ce vor fi folosite cu titlu accesoriu aparatelor de nebulizare ce se doresc a fi achiziționate prin prezenta procedură la acest moment;
- substanțele dezinfectante la care în mod eronat se referă contestatorul, vor face obiectul unei proceduri de atribuire ce se va derula ulterior finalizării prezentei proceduri contestate;
- cu toate acestea, având în vedere specificul activității desfășurate (unitate sanitară care trebuie să asigure cel mai înalt grad de sterilizare și dezinfecție), achiziția unor aparate de nebulizare care nu sunt compatibile cu substanțele utilizate pentru dezinfecție în mediul spitalicesc (e.g. cu spectru germicid/fungicid etc. inadecvate sau care să necesite aerisire, să fie corozive etc.), face imposibilă utilizarea ulterioară a acestora în activitatea specifică unei unități sanitare care trebuie să asigure cel mai înalt nivel de sterilizare și dezinfecție;
- achiziționarea unor aparate de nebulizare incompatibile cu tipul generic/clasa de dezinfectanți ce vor fi utilizați în activitatea institutului, face, în esență, inutilă achiziționarea inclusiv a acestora (n.n. a aparatelor de nebulizare).

Prin urmare, în vederea atribuirii contractului ce face obiectul procedurii de achiziție, autoritatea contractantă apreciază oportună și esențială uzitarea unor specificații tehnice care fac referire la viitoarele clase/tipuri de substanțe dezinfectante cu care dispozitivele de nebulizare ce intenționează a fi achiziționate să fie compatibile.

De asemenea, menționează faptul că cerința privind posibilitatea odorizării spațiului, eliminarea mirosului neplăcut generat de utilizarea anterioară a hipocloritului de sodiu și a mirosurilor de natură organică este o caracteristică intrinsecă a aparatului de nebulizare, acesta trebuind în mod necesar să dispună de o astfel de capacitate tehnică (mai degrabă ca rezultat intrinsec activității de nebulizare per se).

Apreciază că o atare caracteristică este esențială având în vedere locul de utilizare a acestor aparate, respectiv într-o unitate sanitară, care trebuie să asigure cel mai înalt grad de sterilizare și dezinfecție, acest tip de spațiu fiind în mod evident destinat publicului și o atare cerință se prezintă ca fiind de la sine o necesitate proporțională.

De asemenea, în susținere, invocă dispozițiile art. 155 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În considerarea celor de mai sus, apreciază că aparatele de nebulizare ce urmează a fi achiziționate în urma organizării procedurii de achiziție trebuie să fie în mod neîndoielnic compatibile cu substanțele

dezinfectante cel mai frecvent utilizate în mediul spitalicesc și care îndeplinesc caracteristicile enunțate în documentația de atribuire.

Or, în astfel de circumstanțe și raportat la dispozițiile art. 155 alin. (2) mai sus menționat, deși aceste elemente - substanțele dezinfectante - nu reprezintă o componentă/parte din conținutul produselor ce se doresc a se achiziționa în cadrul prezentei proceduri de achiziție, referirea cu privire la acestea are în schimb o directă și evidentă legătură cu obiectul contractului ce urmează a fi încheiat, respectiv cu aparatele de nebulizare împreună cu care acestea vor fi utilizate.

Prin urmare, apreciază necesară caracteristica tehnică solicitată referitoare la faptul că aparatele de nebulizare trebuie să îndeplinească inclusiv specificațiile criticate de contestator, respectiv:

- „Spectru de activitate a substanței dezinfectante compatibile: bactericid (EN 13727); levuricid/fungicid (EN 13624); bactericid/levuricid (EN 13697); virucid (EN 14476);

- Capacitate de difuzie pe fiecare cm³, evitând umiditatea, fără risc de pătare și coroziune;

- Dezinfectantul utilizat să nu fie toxic sau alergen;

- Să nu necesite nici o acțiune după tratament și să permită accesul în spațiu în cca 30 de minute;

- Să aibă și posibilitatea odorizării spațiului, să elimine mirosul neplăcut generat de utilizarea anterioară a hipocloritului de sodiu, cât și mirosurile de natură organică”.

Astfel, având în vedere considerentele expuse mai sus, autoritatea contractantă apreciază că solicitarea privind eliminarea cerințelor anterior enunțate din documentația de atribuire, este nefondată și neîntemeiată, trebuind respinsă ca atare.

Mai mult, consideră că inclusiv cerința privind nedeterminarea rezistenței germenilor trebuie păstrată, în considerarea faptului că aceasta rezultă implicit din celelalte caracteristici ale dezinfecanților necesar a fi compatibili cu aparatele de nebulizare ce constituie obiectului Lotului 2 al procedurii de achiziție.

Reiterează faptul că toate cerințele stipulate în caietul de sarcini, aferente lotului 2 sunt necesare și proporționale cu obiectul contractului ce urmează a fi încheiat, neîncălcându-se în acest mod, principiile nediscriminării, proporționalității și tratamentului egal.

Mai mult, în considerarea faptului că specificațiile menționate în documentația de atribuire fac referire la caracteristicile generale ale dezinfecanților utilizați în mediul spitalicesc, autoritatea contractantă consideră că nu este îngrădită în niciun fel participarea la procedură, a ofertanților.

În concluzie, față de toate cele ce precedă, neîncălcând dispozițiile legale în vigoare în materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă solicită Consiliu să respingă ca nefondată și neîntemeiată contestația

formulată de SC SRL, cu consecința derulării procedurii de achiziție în condițiile stipulate în documentația de atribuire.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 48736/2294/C1/16.09.2021, Consiliul îi comunică acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 16.09.2021.

Ulterior studierii dosarului cauzei, contestatorul transmite prin adresa nr. 512464/17.09.2021, concluzii scrise, prin care solicită respingerea ca neîntemeiate ale apărărilor invocate de autoritatea contractantă

Contestatorul arată că prin intermediul punctului de vedere, autoritatea contractantă confirmă susținerile potrivit cărora obiectul lotului 2 al procedurii este reprezentat de achiziția aparatelor de nebulizare și nu a substanțelor dezinfectante ce vor fi utilizate ulterior cu titlu accesoriu împreună cu aparatele de nebulizare și că substanțele dezinfectante vor fi achiziționate ulterior - printr-o altă procedură de achiziție publică.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă susține că deși obiectul achiziției este reprezentat de aparatele de nebulizare, printre specificațiile tehnice minimum obligatorii incluse în caietul de sarcini aferente aparatelor de nebulizare se regăsesc și specificații tehnice aferente substanțelor de dezinfecție ce vor achiziționate printr-o procedură ulterioară de achiziție publică pentru a fi utilizate împreună cu nebulizatoarele solicitate prin intermediul acestei proceduri.

Contestatorul face referire, la prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016.

În clarificarea aspectelor mai sus menționate, contestatorul face câteva precizări suplimentare de ordin tehnic referitor la echipamentele solicitate și la piața pe care aceasta se comercializează.

Preliminar, subliniază că acest tip de echipamente se achiziționează de regulă independent de substanța cu care urmează a fi folosite, substanța fiind diferită, în funcție de substanța biocidă necesară dezinfecției diferitelor spații/suprafețe, indiferent de denumirea/concentrația sub care acestea sunt comercializate sub diverse branduri comerciale, relevantă fiind eficacitatea acestora în dezinfecția la nivel înalt a spațiilor/suprafețelor avute în vedere.

Arată de asemenea că pe piața de profil a aparatelor de nebulizare, există:

- i) producători care garantează funcționarea corespunzătoare a aparatului pe care îl produc numai atunci când acesta este folosit cu anumite produse biocide indicate în concret de către acești producători și/sau care asigură serviciile de garanție/post-garanție doar în măsura în care echipamentele sunt utilizate cu substanțe compatibile cu acesta;

- ii) producători ale căror aparate de nebulizare sunt „deschise”, deci permit utilizarea nebulizatorului împreună cu orice substanță biocidă atât timp cât aceasta face parte din spectrul biocid indicat și poate fi folosită pe nebulizatoare (are indicație „prin nebulizare”)

Astfel, în lumina celor de mai sus, este evident că, în situația descrisă la punctul (i), prin modul de fabricare și funcționare a produsului, în sensul că, atât consumabilele, cât și piesele de schimb, trebuie să fie compatibile cu acel model de aparat, deoarece altfel ar putea să apară erori de funcționare a acestuia se creează o relație de dependență între autoritatea contractantă și producătorul produselor principale, autoritatea contractantă (cumpărătorul produsului principal) fiind limitat la o arie îngustă în alegerea produsului secundar (substanțele de dezinfecție) din considerente ce țin de compatibilitatea cu cele achiziționate anterior.

Or, această situație intră în mod evident în definiția „efectului de lock-in” descris de către Consiliul Concurenței în studiile și recomandările sale ca fiind o premisă a încălcării principiului accesului neîngrădit la procedurile de achiziție publică, cu efecte nocive atât din punct de vedere concurențial, cât și a eficienței utilizării fondurilor publice .

În contrast cu situația descrisă la punctul (i), contestatorul arată că producătorii aparatelor de nebulizare „deschise”, prin modul de construcție și funcționare al echipamentelor create ușurează misiunea autorităților contractante, lăsând libertatea autorităților contractante de a alege substanța biocidă pe care vor să o achiziționeze, fără a exista restricții în acest sens pentru procedurile viitoare de consumabile și fără a crea o situație de dependență între producătorul/furnizorul nebulizatoarelor și producătorul substanțelor de dezinfecție.

Mai mult, prin acordarea posibilității autorității contractante de a folosi împreună cu aparatul de nebulizare orice produs biocid, atât timp cât acesta face parte din spectrul biocid solicitat, se creează un beneficiu enorm pentru operativitatea desfășurării actului de dezinfecție.

În plus, contestatorul arată că, în practică, testele de eficacitate nebulizator-dezinfectant sunt lipsite de relevanță, în cazul de față pentru autoritatea contractantă fiind importante și concludente testele de eficacitate ale biocidelor și nu a nebulizatorului utilizat - acestea fiind independente atât de nebulizator, cât și de soluția utilizată și care atestă faptul că nebulizarea/dezinfecția a avut loc corespunzător (acesta fiind scopul pentru care autoritatea contractantă achiziționează nebulizatoarele).

Or, subliniază că acțiunea chimică a substanței biocide utilizate poate influența echipamentele și aeromicroflora din incinta nebulizată, cerințele solicitate de autoritatea contractantă urmând a fi îndeplinite de produsul biocid ales și nu de nebulizator.

În continuare, contestatorul prezintă, comparativ, cu titlu de exemplu, modalitatea de funcționare a nebulizatorului utilizat în tratamentul cu aerosoli pentru diferite afecțiuni, de regulă respiratorii - echipament bine cunoscut atât de personalul medical cât și utilizatorului casnic.

În final, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității și accesului neîngrădit la procedură atunci când a stabilit specificațiile tehnice aferente lotului 2, precum și prevederile art. 155 din Legea nr. 98/2016, inserând în cadrul caietului de sarcini cerințe minime obligatorii aferente unor produse ce nu fac obiectul procedurii.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „Echipamente și dispozitive medicale pentru decontaminare” Cod CPV 42924720-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. .../20.08.2021, conform căruia valoarea estimată a contractului este de 1.026.000 lei, fără TVA. Potrivit cap. II.2.5, criteriul de atribuire este: „cel mai bun raport calitate preț”.

Prin contestația care face obiectul prezentului dosar, SC SRL solicită remedierea documentației de atribuire respectiv refacerea caietului de sarcini în ceea ce privește lotul 2 având ca obiect: „Aparat de nebulizare (cu ceață uscată) cu capacitate de nebulizare de 1000 mc într-un singur tratament de dezinfectie”, apreciind că specificațiile tehnice criticate sunt aferente unor substanțe biocide nicidecum achiziției unui aparat de nebulizare, motiv pentru care Consiliul va analiza natura acestor cerințe prin raportare atât la obiectul contractului de achiziție publică cât și legislația specifică în materie.

Astfel, caietul de sarcini aferent lotului 2 având ca obiect: „*Aparat de nebulizare (cu ceața uscată) cu capacitate de nebulizare de 1000 mc într-un singur tratament de dezinfectie*”, include următoarele specificații tehnice :

„-Spectru de activitate a substanței dezinfectante compatibile: bactericid (EN 13727); levuricid/fungicid (EN 13624); bactericid/levuricid (EN 13697); virucid (EN 14476)”

-Să nu determine rezistența germenilor”;

- Capacitate de difuzie pe fiecare cm³, evitând umiditatea, fără risc de pătare și coroziune” - Riscul de pătare de si coroziune ține în exclusivitate de acțiunea chimică a substanței biocide utilizate;

- Dezinfectantul utilizat să nu fie toxic sau alergen”;

- Să nu necesite nici o acțiune după tratament și să permită accesul în spațiu în cca. 30 de minute;

- Să aibă și posibilitatea odorizării spațiului, să elimine mirosul neplăcut generat de utilizarea anterioară a hipocloritului de sodiu cât și mirosurile de natura organică”.

În soluționare, Consiliul reține că potrivit „Strategiei de contractare” și a caietului de sarcini, autoritatea contractantă dorește achiziționarea unor dispozitive / aparate de nebulizare care asigură un proces de decontaminare a aerului și a suprafețelor dintr-un spațiu închis cu ajutorul unor substanțe biocide care acționează sub forma unor particule fine la nivelul aerului din încăpere. Altfel spus, procesul de decontaminare se realizează prin intermediul unor echipamente speciale denumite aparate de nebulizare și care utilizează ca și consumabil în vederea decontaminării spațiului anumite substanțe biocide denumite dezinfectanți.

Or, din analiza cerințelor tehnice mai sus menționate, rezultă că acestea sunt specifice și corespund mai degrabă substanțelor biocide (dezinfectanților) utilizate ca și consumabil, nicidecum aparatelor / dispozitivelor de nebulizare care fac obiectul prezentei proceduri; scopul organizării prezentei proceduri de atribuire nu este achiziționarea unor consumabile (substanțe biocide - dezinfectanți) ci ale aparatelor de nebulizare.

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 antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă avea obligația de stabili în caietul de sarcini specificații tehnice strict la aparatul de nebulizare nu și la substanțele biocide care sunt folosite ca și consumabile.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul consideră că, autoritatea contractantă prin menționarea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice aferente atât aparatului de nebulizare cât și substanțelor biocide folosite, a restricționat participarea operatorilor economici, critica contestatorului fiind întemeiată; autoritatea contractantă, prin stabilirea unor specificații tehnice mixte, nu a respectat scopul legislației privind achizițiile publice, respectiv acela de a asigura accesul cât mai multor

operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

În absența unor explicații concludente pe care să se fundamenteze specificațiile tehnice minime obligatorii, Consiliul apreciază că respectivele specificații îngrădesc participarea la achiziție a operatorilor economici furnizori de echipamente de nebulizare care nu comercializează și substanțe biocide (dezinfecțanți).

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea contractantă 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.

Deoarece autoritatea contractantă nu a prezentat niciun argument concret și relevant și, cu atât mai puțin, documente care să îi acorde dreptul de a condiționa participarea doar a furnizorilor de echipamente de nebulizare care furnizează și substanța biocidă (dezinfecțantul) conform specificațiilor tehnice impuse, prin aceste cerințe 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, fiind 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.

Impunerea unor cerințe / specificații tehnice în cadrul aceluiași lot, atât pentru echipamente/ aparate nebulizare cât și pentru consumabile (substanțe biocide) reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față; în contextul în care conformitatea tehnică și calitatea aparatului nu este legată în mod implicit de existența sau nu a multitudinii de cerințe anterior menționate aferente substanțelor biocide, Consiliul reține drept justificate criticile contestatorului privind cerințele restrictive din caietul de sarcini.

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”.

În cauza **C-417/17 CJUE** a declarat că: „Articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice, în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe” având în vedere considerentele:

„35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că **o achiziție nu poate fi concepută cu intenția** de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau **de restrângere artificială a concurenței** și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută **cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici**.

36. În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că 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”. Astfel, tot potrivit acestui considerent, „ar trebui **să fie posibilă** prezentarea unor oferte care să reflecte **diversitatea soluțiilor tehnice**, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”.

37. Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, **cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate.**

38. Desigur, după cum rezultă din articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, este posibil, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibil să se furnizeze o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului de achiziții publice în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) din această directivă, să se facă referire la un anumit producător, la o anumită origine sau la un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic ori la o marcă sau la un brevet, în măsura în care obiectul contractului justifică acest lucru, iar condițiile stabilite în acest scop de Directiva 2014/24 sunt respectate, în special ca o astfel de referire să fie însoțită, în documentele contractului de achiziții publice, de termenii „sau echivalent”. Cu toate acestea, având în vedere natura derogatorie a acestei dispoziții, condițiile în care autoritatea contractantă poate utiliza o asemenea posibilitate trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte.

39. Astfel, potrivit jurisprudenței în domeniul contractelor de achiziții publice de bunuri, faptul de a nu adăuga mențiunea „sau echivalent” după desemnarea, în caietul de sarcini, a unui produs determinat poate nu numai să descurajeze operatorii economici care utilizează sisteme similare acestui produs să participe la cererea de ofertă, ci și să împiedice fluxul de importuri în comerțul transfrontalier în Uniune, rezervând piața doar acelor furnizori care își propun să utilizeze produsul indicat în mod specific (a se vedea în acest sens Ordonanța din

3 decembrie 2001, Vestergaard, C- 59/00, EU:C:2001:654, punctul 22 și

jurisprudența citată).

40. Având în vedere elementele care precedă, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă, ținând seama de marja de apreciere

de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili specificațiile tehnice potrivit cerințelor calitative în funcție de obiectul contractului în cauză, caracterul deosebit de detaliat al specificațiilor tehnice în discuție în litigiul principal nu conduce la favorizarea în mod indirect a unui ofertant.

41. De asemenea, **este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității**, ceea ce implică în special o **analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite**".

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**".

În cauza **C-296/15 CJUE** a reținut în considerentele 82-83

următoarele „82. Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în domeniul sănătății publice, trebuie să se țină seama de faptul că sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de Tratatul FUE și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins. Întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă de apreciere (a se vedea în special Hotărârea din 11 septembrie

2008, Comisia/Germania, C- 141/07, EU:C:2008:492, punctul 51,

Hotărârea din 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes și alții,

C- 171/07 și C- 172/07, EU:C:2009:316, punctul 19, Hotărârea din 21

iunie 2012, Susisalo și alții, C- 84/11, EU:C:2012:374, punctul 28,

Hotărârea din 5 decembrie 2013, Venturini și alții, C- 159/12-C- 161/12,

EU:C:2013:791, punctul 59, și Hotărârea din 19 octombrie 2016,

Deutsche Parkinson Vereinigung, C- 148/15, EU:C:2016:776, punctul

*30). 83. Rezultă însă tot din jurisprudența Curții că o **reglementare care este de natură să restrângă o libertate fundamentală garantată prin Tratatul FUE, cum este libera circulație a mărfurilor, poate fi justificată în mod valabil numai dacă este de natură să asigure realizarea obiectivului legitim urmărit și nu depășește ceea ce este necesar pentru ca acesta să fie atins** (a se vedea în acest sens, în domeniul sănătății publice, Hotărârea din 11*

septembrie 2008, Comisia/Germania, C- 141/07, EU:C:2008:492,

punctul 48, și Hotărârea din 9 decembrie 2010, Humanplasma,

C- 421/09, EU:C:2010:760, punctul 34)”.

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.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, iar pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire pentru lotul 2, cu

respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire pentru lotul 2, cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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 practica deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.