

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. 2420/C1/2545

Data: 16.10.2023

Prin contestația nr. 5067/11.09.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49664/12.09.2023, formulată de SRL, cu sediul în, ..., ..., având cod unic de înregistrare RO, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin și convențional prin cabinet de avocat, formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect: „DEZINFECTANTE” cod CPV: 24455000-8, s-a solicitat modificarea caietului de sarcini al loturilor 1-4.

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

În introducerea contestației, ... SRL prezintă un scurt istoric al derulării procedurii de atribuire.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea condițiilor de livrare a produselor loturilor 1-4: „I. Livrarea produselor. Livrarea produselor se va face de către furnizor franco - beneficiar, în cantitățile solicitate de către beneficiar și numai pe baza unei comenzi ferme emisă de către, în 24 de ore de la trimiterea prin fax”.

Apreciază formulările cerinței ca fiind neclare solicitând eliminarea termenului „fermă”.

Susține că termenul stabilit pentru livrare este stabilit la o valoare nenuanțată și necorelată cu specificul contractului.

Precizează că, în prezentul acord cadru, o durată de 24 ore de la data comenzii este vădit menită să pună în dificultate partenerul contractual, care trebuie să se asigure din timp cu cantitățile previzionate de autoritatea contractantă și comunicate prealabil, astfel

încât să existe siguranța aprovizionării cantităților necesare pentru onorarea comenzilor și menținerea permanentă a produselor contractate în perioada de garanție stabilită prin caietul de sarcini loturi: „Perioada de garanție a produsului să fie de minim 2 ani din momentul livrării”.

Potrivit contestatorului, durata solicitată nu face distincție între zilele lucrătoare și cele nelucrătoare, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea termenului de livrare la (cel puțin) 2 zile lucrătoare de la data comenzii autorității contractante.

..... SRL solicită eliminarea cerințelor din caietul de sarcini, pagina 7, întrucât se referă la situația unor loturi compozite, nefiind cazul actualei achiziții: „Nu se acceptă oferte parțiale, pachetul ofertat trebuie să fie complet, condițiile tehnice fiind obligatorii pentru toate

produsele. Ofertantul va prezenta pachet întreg de mostre pe fiecare lot în parte, la sediul autorității contractate”.

În ceea ce privește lotul 1 „Dezinfectant de nivel înalt pentru dezinfecția aeromicroflorei pentru nebulizare (suprafețe și dispozitive), contestatorul solicită eliminarea oricărei referiri la „aeromicrofloră” și dezinfecția acesteia, susținând că potrivit OMS nr. 1761/2021, art. 9, anexa 1, nu există o reglementare normativă a acestei „dezinfecții a aeromicroflorei”.

La punctul 2.2.2. din cuprinsul contestației, ... SRL solicită înlocuirea actualului spectru de activitate microbică cu cel prevăzut de standardul EN 14885:2022 pentru un produs destinat dezinfecției suprafețelor în aria medicală pe cale aeriană (nebulizare), ale cărui prevederi trebuie aplicate conform prevederilor OMS nr. 1761/2021.

Contestatorul menționează că, din coroborarea celor două acte normative, rezultă următorul spectru de activitate - eficacitățile BACTERICIDĂ, FUNGICIDĂ, VIRUCIDĂ, MICOBACTERICIDĂ și SPORICIDĂ trebuie dovedite conform standardului EN 17272 și menționate ca atare în avizul emis de CNPB.

..... SRL solicită eliminarea cerinței: „Să nu necesite clătire și aerisire, ulterior procedurii de dezinfecție prin nebulizare”.

Apreciază că asemenea condiționări nu se află nici între criteriile de alegere corectă a dezinfectanților, nici între regulile generale ale dezinfecției, iar necesitatea lor este stabilită de producătorul produsului. În susținerea alegațiilor sale, face trimitere la standardul EN 17272, pagina. 6.

În ceea ce privește cerința: „Operatorul economic declarat câștigător va pune la dispoziția autorității contractante un număr de minim 60 nebulizatoare cu sistem automat de dozare a cantității de substanță în funcție de volumul încăperii, sub formă de comodat. Nebulizatoarele vor fi compatibile cu produsul declarat câștigător. La încheierea contractului se vor fi livra 10 nebulizatoare și, ulterior, încă minim 10 nebulizatoare în maxim 10 luni”, contestatorul solicită modificarea acesteia, în sensul precizării ca numărul de nebulizatoare ce urmează a fi predate ulterior perioadei de 10 luni de la încheierea contractului (adică pe lângă cele 20 solicitate de autoritatea contractantă potrivit cerinței în discuție) să se stabilească proporțional cu cantitatea de produs solicitat de autoritatea contractantă prin fiecare contract subsecvent.

Contestatorul subliniază faptul că un nebulizator are o valoare de cca. 11.000 € (aproximativ 54,780 lei, iar un număr de 60 nebulizatoare ridică valoarea efortului financiar al ofertantului la 3,286,800 lei, reprezentând 57% valoarea estimată a achiziției (5.760.000 lei).

Afirmă că valoarea investiției ofertantului trebuie să se regăsească în contraprestația autorității contractante, avându-se în vedere că angajamentul autorității contractante de a efectua comenzi la nivelul maxim al cantității acordului cadru este unul apropiat de o clauză potestativă, și anume, modelul contractului subsecvent, art. 2: „2.3 Achizitorul își rezervă dreptul de a mări sau micșora cantitățile în funcție de necesarul spitalului”.

Contestatorul solicită modificarea formulei actuale a analizei comparative a prețului ofertelor prin eliminarea fixării unui timp global de acțiune: „Analiza comparativă va avea în vedere prețul unei cantități de soluție pentru dezinfecția unui metru cub de aer, care acoperă tot spectrul specificat în maxim 60 min”.

Susține că fiecare eficacitate microbucidă este evaluată separat, conform unei metodologii proprii fiecărui standard specializat, invocând, în susținere, jurisprudența Curții de Apel Cluj și jurisprudența CNSC.

În ceea ce privește lotul 2, contestatorul solicită stabilirea compoziției produsului solicitat în sensul prevăzut de art. 5 anexa nr. 3 OMS nr. 1761/2021: „Dezinfecția chirurgicală a mâinilor prin spălare cu apă și săpun chirurgical (pe bază de povidoniodine sau clorhexidină)”.

..... SRL solicită modificarea timpilor de contact ai activităților din actualul spectru de activitate microbucidă: „-Bactericidă EN 13727 (2,1), timp de contact între 30 sec. și 1 min., reducere lg. pentru produs de spălare $\geq 3,0$ EN 12791 (2,2), timp de contact max. 4 min; Levuricidă: EN 13624 (Candida albicans) (2,1), timp de contact între 30 sec. și 5 min., reducere lg. pentru produs de spălare $\geq 2,0$ ”, în sensul prevăzut de standardul EN 14885:2022, pentru fiecare dintre activitățile: BACTERICIDĂ - EN 13727 - pag. 26, BACTERICIDA - EN 12791 - pag. 25, LEVURICIDĂ - EN 13624 - pag. 29, sens în care solicită ca timpii de contact să fie între 1 și 5 minute.

La punctul 2.3.3 din cuprinsul contestației, ... SRL solicită precizarea modului de testare a eficacității BACTERICIDE, conform standardului EN 12791, pag. 25, specificându-se dacă, alături de cele două modalități obligatorii de testare, se solicită și testarea adițională.

La punctul 2.3.4. din cuprinsul contestației, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la completarea cerinței „Să nu producă iritații la utilizări repetate, să fie specificat factorul de protecție tegumentară”, cu solicitarea prezentării de rapoarte de testare emise de laboratoare autorizate, care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

Apreciază că este o cerință menită a stabili un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerinței caietului de sarcini lot.

În opinia contestatorului, necesitatea compatibilității dezinfectantului cu suportul de dezinfectat este impusă de art. 18 anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021.

În susținerea alegațiilor sale, contestatorul invocă jurisprudența CNSC și a Curții de Apel Cluj.

La punctul 2.3.5. din cuprinsul contestației, ... SRL solicită completarea cerinței „Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului: să prezinte teste în acest sens”, în sensul precizării perioadei pe care o consideră a fi potrivită necesităților sale, conform art. 19 alin. (2) lit. c) anexa nr. 1 OMS nr. 1761/2021.

Contestatorul solicită eliminarea cerinței: „Conform fișei de securitate produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv pentru piele”, menționând despre coroziune că este un proces de afectare a suprafeței și conținutului produselor metalice.

În opinia contestatorului, cerința este inutilă, deoarece, produsul se utilizează prin spălare.

În ceea ce privește lotul 3, contestatorul solicită modificarea spectrului de activitate microbică actual, în sensul prevăzut de standardul EN 12791 pentru dezinfecția suprafețelor fără acțiune mecanică în aria medicală.

Susține că definirea exactă a spectrului urmează a se face după precizarea nivelului de dezinfecție urmărit, cu luarea în considerare a celor 2 parametri legali de configurare.

În ceea ce privește lotul 4, contestatorul solicită autorității contractante admiterea în competiție și a dezinfectanților clasificați dispozitive medicale.

Apreciază că utilizarea, în egală măsură, a ambelor tipuri de produse dezinfectante, decurge din respectarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 8 alin. (2) lit. e) anexa nr. 1 la OMS nr. 1761/2021, jurisprudența CJUE și CNSC.

Prin adresa 44854/20.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 51711/21.09.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația depuse de către SC SRL.

În ceea ce privește punctul 2.1.1 din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă menționează că, potrivit cerințelor din caietul de sarcini, livrarea produselor se realizează în termen de 24 de ore de la trimiterea comenzii prin fax sau email.

Precizează că, în momentul încheierii acordului-cadru, furnizorul se aprovizionează cu produsele necesare, având în stoc o cantitate necesară îndeplinirii cerințelor din contractul subsecvent încheiat pe lună sau trimestru, în funcție de bugetul alocat.

Potrivit autorității contractante, caietul de sarcini are clar specificat cantități minime și maxime, drept urmare, furnizorul este obligat, în urma încheierii acordului-cadru, să își asigure stocurile cu aceste cantități minime pentru a nu întâmpina greutăți în livrarea acestora.

Menționează, despre comenzi, că nu vor fi transmise în ziua de vineri, pentru a nu putea fi onorate în termen de 24 de ore, apreciind că nu era necesar a se specificat acest fapt în caietul de sarcini.

Pentru punctul 2.1.2, autoritatea contractantă precizează că operatorii economici participanți la procedură, vor prezenta mostre, obligatoriu, pe fiecare lot ofertat.

În ceea ce privește punctul 2.2.1. din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă menționează că sintagma „dezinfecție a aeromicroflorei” reflectă denumirea standardului EN 17272:2020.

Afirmă că, rezultatele testelor conform EN 17272 sunt exprimate în mililitri per metru cub, ceea ce arată că aceste teste sunt efectuate pentru o dezinfecție de volum, deci aeromicrofloră. Susține că Ordinul nr. 1761/2021 este anterior emiterii SR EN 14885/2022, în care este legiferat SR EN 17272, ca test obligatoriu.

Autoritatea contractantă apreciază ca fiind corectă exprimarea „dezinfecant de nivel înalt pentru dezinfectia aeromicroflorei prin nebulizare”.

În ceea ce privește punctul 2.2.2. din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă precizează că produsul „dezinfecant de nivel înalt pentru dezinfectia aeromicroflorei prin nebulizare”, este folosit adițional dezinjeciilor terminale, și pentru dezinjecia în focar.

Afirmă că acest tip de dezinjecie se efectuează în cazul detecției de boli transmisibile în cadrul unităților de cazare ale spitalului, și înainte de a face dezinjecia suprafețelor spațiului respectiv, se efectuează dezinjecia pe cale aeriană a aeromicroflorei suspendate și depuse pe suprafețe prin nebulizare.

Menționează că acest tip de dezinfecție este prevăzut în EN 14885/2022, la categoria dezinfecție de suprafețe fără acțiune mecanică.

Potrivit autorității contractante, se vor modifica cerințele caietului de sarcini, în vederea respectării prevederilor EN 14885/2022, după cum urmează: „Activitate antimicrobiană și standarde: Spectrul de activitate conform EN 14885/2022:

- Bactericidă: EN 13727 (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intra în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 5,0$
- Levuricidă: EN 13624 (Candida albicans) (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intra în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 4,0$
- Fungicidă: EN 13624 (Candida albicans + Aspergillus brasiliensis) (2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intra în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 4,0$
- Micobactericidă: EN 14348 (2,1), timp de contact max. 60 min., reducere lg. $\geq 4,0$
- Virucidă: EN 14476(2,1), timp de contact ≤ 5 min. (pentru suprafețele ce intra în contact cu pacienții sau personalul medical) sau ≤ 60 min. (pentru alte tipuri de suprafețe), reducere lg. $\geq 4,0$
- Sporicidă: EN 17126, timp de contact ≤ 15 min, reducerea lg. $\geq 4,0$
- Aeromicrofloră: EN 17272 (2,2)”.

În ceea ce privește cerința tehnică „Să nu necesite clătire și aerisire ulterior procedurii de dezinfecție prin nebulizare”, este o cerință necesară pentru a nu scoate din uz pe un timp îndelungat spații esențiale în procesul de acordare a asistenței medicale, astfel, eficacitatea produsului trebuie să țină cont și de timpul în care spațiul de tratat poate fi dat în folosință după efectuarea operațiunilor de dezinfecție.

Referitor la punctul 2.2.4. din cuprinsul contestației, afirmă că numărul de nebulizatoare cerut este stabilit conform cu specificul spitalului, luând în considerare și cerințele de asepsie, rezultând necesarul de nebulizatoare cerut în caietul de sarcini.

În ceea ce privește punctul 2.2.5. din cuprinsul contestației, susține că analiza comparativă are în vedere timpul maxim de acțiune al produsului.

Menționează că nu vor fi eliminate produse care au un timp de acțiune mai mic decât cel specificat și nici cele care au diferiți timpi de acțiune (mai mici de 60 de minute) pe diferite tulpini, conform standardelor specificate în cerințele tehnice, făcând trimitere la mențiunile precizate pentru punctul 2.2.3.

Pentru punctul 2.3.1. din cuprinsul contestației, menționează că prin restrângerea substanțelor active la cele două substanțe active menționate în Anexa 3, art. 5 din OMS 1761/2021, se creează favorizarea acelor ofertanți care dețin produse pe bază de povidoniodine sau clorhexidină.

Afirmă că vor fi luate în calcul toate produsele oferite care au înregistrare legală în România.

Potrivit autorității contractante, prin emiterea de aviz săpunurilor care nu au la bază cele două substanțe active, Ministerul Sănătății arată că cele două substanțe menționate în Ordin sunt doar exemple, nu obligații.

În ceea ce privește punctul 2.3.2. din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă menționează că SRL omite faptul că timpii menționați în EN 14885/2022 pentru activitățile precizate sunt obligatorii între 1 și 5 minute.

Susține că alege timpul de acțiune pe care îl consideră ideal pentru specificul activității sale și cel care se potrivește cu protocoalele de lucru în vigoare în spital, neexistând nicio prevedere care să oblige o autoritate contractantă să aleagă timpul maxim de acțiune pentru activitățile menționate în EN 14885/2022.

Referitor la punctul 2.3.3. din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă afirmă că dezinfecția chirurgicală a mâinilor prin spălare este urmată (conform OMS 1761/2021) de aplicarea mănușilor sterile.

Susține că, în cazul în care se scot mănușile chirurgicale, se reia procedura de spălare chirurgicală a mâinilor, iar, în acest caz, testarea adițională conform standardului EN 12791 nu este necesară.

Precizează că nu se impune precizarea în SEAP a acestui lucru, având în vedere că sunt condiții de testare adiționale.

În ceea ce privește punctul 2.3.4. din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă precizează că această cerință se probează prin prezentarea de documente care să ateste îndeplinirea acestei cerințe.

Referitor la punctul 2.3.5. din cuprinsul contestației, afirmă că din punct de vedere al necesităților spitalului, orice perioadă pornind de la 10 zile este suficientă.

În ceea ce privește punctul 2.3.6. din cuprinsul contestației, menționează că elimină cerința menționată de contestator.

Pentru punctul 2.4. din cuprinsul contestației, face trimitere la denumirea lotului și la Ordinul nr. 119/2014, art. 31.

Apreciază că, în acest caz nu se aplică EN 14885/2022, ci au fost preluate standarde cuprinse în standard, pentru a asigura dezinfecția completă a apelor reziduale în sediile care nu dispun de stație de dezinfecție automată.

În ceea ce privește punctul 2.5. din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă susține că SRL a participat la mai multe proceduri de achiziție organizate de spital, având cunoștință de faptul că au fost admise toate produsele care au prezentat o formă legală de punere pe piață în România, ori aviz emis de Ministerul Sănătății, ori înregistrate ca dispozitiv medical.

Prin adresa nr. 5261/26.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 52535/26.09.2023, SC SRL transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante prin care își menține solicitările din cuprinsul contestației.

Contestatorul reiterează criticile din cuprinsul contestației, solicitând admiterea acesteia și publicarea în SEAP, la achiesarea autorității contractante pentru punctele 2.3.6 și 2.5, din cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 5109/13.09.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 50110/13.09.2023, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209485082/1, tranzacția nr. 1370066354/115400457 din 11.09.2023 eliberată de CEC Bank Unitatea Victoria, în cuantum de 7.486,00 lei.

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

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect „DEZINFECTANTE” cod CPV: 24455000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1059082/01.09.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 7.097.400,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „Prețul cel mai scăzut”.

Ca un prim aspect, Consiliul reține că, prin punctul de vedere nr. 44854/20.09.2023, înregistrat la CNSC sub nr. 51711/21.09.2023, autoritatea contractantă menționează că este de acord cu reformularea cerinței privind mostrele, aferentă lotului 1 (punctul 2.1.2 din contestație), precizează că, cerința privind lipsa producerii iritațiilor și factorul de protecție tegumentară (lotul 2) se va demonstra prin depunerea de documente (punctul 2.3.4), menționează cu privire la perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării (lotul 2) că, din punct de vedere strict al necesităților spitalului, orice perioadă pornind de la 10 zile este suficientă (punctul 2.3.5), este de acord să elimine cerința cu privire la absența efectului coroziv al produsului aferent lotului 2 (punctul 2.3.6) și susține, referitor la lotul 4, „Contestatoarea a participat la mai multe proceduri de achiziție organizate de spital, drept pentru care știe că au fost admise toate produsele care au prezentat o formă legală de punere pe piață în România, ori Aviz emis de Ministerul Sănătății, ori înregistrate ca Dispozitiv Medical” (punctul 2.5).

Față de aceste aspecte, se constată că autoritatea contractantă a achiesat la criticile contestatorului referitoare la cerințele din caietul de sarcini anterior menționate, motiv pentru care, în vederea respectării principiului transparenței statuat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că autoritatea contractantă avea obligația să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici, prin publicarea în SEAP, a cerințelor asupra cărora a achiesat conform celor reținute anterior.

În consecință, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind specificațiile tehnice din caietul de sarcini care au făcut obiectul achiesării și să oblige autoritatea contractantă la publicarea acestora în SEAP.

Solicitarea contestatorului de la punctul 2.3.5 din concluziile scrise nr. 5261/26.09.2023 privind modificarea documentației de atribuire în sensul menționării că rapoartele de testare a valabilității/stabilității/siguranței în timp trebuie să fie emise de laboratoare acreditate, Consiliul o va respinge, ca inadmisibilă, în temeiul art. 21 alin. (3) din Legea nr.

101/2016, motivat de faptul că, în cuprinsul contestației, ... SRL nu a solicitat la punctul 2.3.5 adăugarea condiției privind acreditarea laboratoarelor emitente ale rapoartelor de testare și a solicitat această remediere la punctul 2.3.4, în cadrul criticii cu privire la nocivitate.

În ceea ce privește partea din critica 2.3.4 privind solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la precizarea că demonstrarea lipsei de nocivitate se va face prin rapoarte de testare emise de laboratoare acreditate, Consiliul urmează să o respingă, ca nefondată, deoarece, autoritatea contractantă nu a limitat prin specificațiile tehnice modalitatea de dovedire a lipsei nocivității, societatea contestatoare având posibilitatea să depună, în acest sens, orice documente, astfel cum a precizat autoritatea contractantă în

punctul de vedere, prin urmare, inclusiv, rapoartele de testare indicate în contestație.

Rezultă că, sub acest aspect, modalitatea permisivă de elaborare a specificațiilor tehnice nu este de natură să vatăme societatea contestatoare.

Consiliul reține că, în legislația în vigoare, nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica caietul de sarcini după voința operatorului economic care a formulat contestație. 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 din caietul de sarcini.

În lumina legislației privind remediile în domeniul achizițiilor publice, contestația care se depune la Consiliu constituie o cale de atac la îndemâna persoanelor vătămate, iar nu un mijloc de restricționare a accesului altor operatori economici prin impunerea de filtre/reguli/cerințe suplimentare.

Altfel spus, scopul pentru care a fost edictată de legiuitor calea de atac a contestației nu este de a restrânge concurența în procedura de atribuire după natura produselor și înscrisurilor deținute de contestator, ci de a reclama un act nelegal, pentru motive de nelegalitate ce-i sunt cunoscute lui la momentul reclamației și demonstrate în cuprinsul contestației, astfel cum dispun prevederile art. 249 Cpc potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească”*.

Ori, cu privire la demonstrarea compatibilității sau, altfel spus, a lipsei de nocivitate, SC SRL s-a limitat doar la invocarea a 2 pasaje din practica CNSC și a curților de apel, fără a demonstra în ce fel îl vatămă actuala formă a cerințelor.

Consiliul reține că reproducerea unor paragrafe extrase din motivarea unor decizii pronunțate anterior de CNSC și de către curțile de apel în cadrul altor proceduri de atribuire nu poate fi considerată argumentație cu privire la pretinsul caracter nelegal al prezentei proceduri de atribuire, sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele*

judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost învestite”.

Situații similare celor analizate anterior, în care cerințele criticate nu sunt de natură să vatăme societatea contestatoare se rețin și în cazul altor critici, astfel:

- critica 2.3.1 prin care contestatorul solicită obligarea autorității contractante la precizarea substanțelor active ale săpunului aferent lotului 2 (respectiv faptul că ar fi permise doar produse care conțin povidoniodine sau clorhexidină), deoarece, în lipsa unei specificații tehnice prin care să fie limitate posibilitățile de ofertare a anumitor substanțe active, societatea contestatoare are posibilitatea de a propune produse care conțin orice substanță activă, inclusiv cele 2 solicitate prin contestație;
- critica 2.3.3 prin care contestatorul solicită obligarea autorității contractante să precizeze dacă solicită sau nu testări ale activității bactericide conform EN 12791 pentru efectul susținut (ca cerință suplimentară celor privind efectul imediat și efectul după 3 ore) deoarece contestatorul poate oferta produse testate pentru efectul susținut indiferent dacă autoritatea contractantă a formulat sau nu o cerință în acest fel, critica acestuia având, în cazul în care ar fi admisă, efectul restrângerii concurenței prin împiedicarea ofertării unor produse care respectă necesitatea autorității contractante astfel cum a fost aceasta formalizată în forma actuală a specificațiilor tehnice din caietul de sarcini.

În ceea ce privește ultima critică dintre cele formulate de contestator cu privire la lotul 2, respectiv critica 2.3.2 cu privire la timpii de contact pentru demonstrarea efectului biocid, Consiliul o va respinge, ca nefondată, deoarece, din comparația timpilor stabiliți în caietul de sarcini cu cei din extrasul de standard EN 14885:2022 reprodus de contestator la pag. 9 din contestație, se reține că:

- pentru efectul bactericid EN 13727, timpul de contact stabilit între 30 sec și 1 min se încadrează în intervalul 1 min – 5 minute din standardul EN 14885:2022; mai mult, timpul din caietul de sarcini este stabilit pentru reducerea logaritmică $\geq 3,0$ în timp ce extrasul din standard este pentru reducere logaritmică $\geq 5,0$ prin urmare durata mai mica a timpului solicitat prin caietul de sarcini este justificată și prin efectul biocid mai redus comparative cu standardul reprodus de contestator;

- pentru efectul bactericid EN 12791, timpul de contact de 4 min. stabilit prin caietul de sarcini se încadrează în intervalul 1 min. – 5 min. din standard, fiind una din variantele premise;

iar

- timpul de contact pentru activitatea levurică EN 13624 stabilit prin caietul de sarcini la 30 sec – 5 min. include intervalul 1 min. – 5 min. stabilit prin standardul EN 14885:2022, aspect din care rezultă că toate produsele testate conform EN 14885:2022 pentru efectul levurică EN 13624 îndeplinesc cerința din caietul de sarcini.

În ceea ce privește criticile SRL formulate în cadrul lotului 1, Consiliul reține că un prim aspect, aflat la punctul 2.2.1, se referă la

denumirea lotului, societatea contestatoare susținând că, prin utilizarea sintagmei „(...) dezinfectia aeromicroflorei pentru nebulizare (suprafețe și dispozitive)” în locul sintagmei „dezinfectia suprafețelor prin nebulizare” prevăzută în Ordinul nr. 1761/2021 autoritatea contractantă ar produce confuzie, încălcând astfel prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 care statuează la alin. (1) că „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, această critică, deoarece, în cuprinsul titlului se menționează explicit metoda de aplicare (nebulizare), suportul care urmează a fi dezinfectat (suprafețe și dispozitive), iar societatea contestatoare a fost în măsură să determine cu precizie obiectul corect al lotului 1 al achiziției, astfel cum rezultă din susținerile acesteia.

Referitor la critica 2.2.2, prin care contestatorul a solicitat înlocuirea spectrului de activitate cu cel reglementat prin standardul EN 14885:2022, Consiliul reține următoarele aspecte:

- deși obiectul lotului 1 constă în achiziționarea unui dezinfectant aplicat prin nebulizare, autoritatea contractantă a descris spectrul de activitate prin indicarea unor standarde caracteristice dezinfectiei suprafețelor prin alte metode de aplicare, cum ar fi ștergerea, menționând standarde cum ar fi EN 13727, EN 13624, EN 14348, EN 14476 sau EN 17126;
- astfel, cum în mod corect, susține SRL, ediția 2022 a standardului EN 14885 a reglementat dezinfectia prin nebulizare într-un alt mod decât cel menționat de autoritate în specificațiile tehnice ale lotului 1, respectiv prin teste conform EN 17272;
- ulterior luării la cunoștință a conținutului contestației, autoritatea contractantă a completat specificațiile tehnice din caietul de sarcini prin adăugarea testărilor conform EN 17272 la cele existente.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă a sesizat aspectul contestat de SRL, modul în care a reformulat spectrul de activitate în punctul de vedere nu are ca efect eliminarea vreunor specificații tehnice, ci, impunerea unora noi, suplimentar celor existente deoarece, pentru a fi desemnată conformă, o eventuală ofertă ar trebui să conțină un dezinfectant testat atât pentru multitudinea de standarde caracteristice dezinfectiei suprafețelor prevăzute inițial în caietul de sarcini, cât și pentru standardul caracteristic dezinfectiei suprafețelor prin nebulizare.

Or, o astfel de modalitate de elaborare a specificațiilor tehnice, conduce la restricționarea evidentă a accesului la procedura de atribuire, fără nicio justificare obiectivă deoarece ar fi eliminate atât produse care satisfac necesitatea autorității contractante conform specificațiilor tehnice inițiale, cât și cele care au fost testate conform EN 17272, deși ambele categorii apar ca fiind de natură să satisfacă necesitatea autorității contractante.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită critica contestatorului de la punctul 2.2.2, urmând să oblige autoritatea contractantă la remedierea spectrului de activitate pentru lotul 1 sub forma prevăzută în standardul EN 14885:2022, alternativ cu cea prevăzută inițial în caietul de sarcini.

Critica 2.2.3 prin care SRL solicită eliminarea specificației tehnice „să nu necesite clătire și aerisire ulterior procedurii de deinfecție prin nebulizare”, urmează să fie respinsă, ca nefondată, deoarece, lipsa necesității unor etape suplimentare celor de aplicare prin nebulizare și, eventual, de așteptare a producerii efectului biocid, servește necesității autorității contractante, aspect subliniat de către aceasta în punctul de vedere.

Mai mult, Consiliul reține că, potrivit extrasului din standardul EN 17272, reprodus de SRL la pag. 6 din contestație, aerisirea este una din etapele standardizate permise, în funcție de caracteristicile produsului, de unde rezultă că există și produse care să nu necesite clătire și aerisire după aplicare, aspect care nu este negat de către societatea contestatoare.

Critica 2.2.4 prin care contestatorul solicită stabilirea, proporțional cu cantitatea de dezinfectant, a numărului de nebulizatoare suplimentare celor 20, a căror destinație este indicată explicit, urmează a fi admisă, ținând cont de caracterul oneros al contractului de achiziție publică și implicit a contractelor subsecvente acordului – cadru.

Astfel, se reține că autoritatea contractantă a solicitat, în total, 60 de nebulizatoare, dintre care primele 10 la semnarea contractului și încă minim 10 nebulizatoare în maxim 10 luni, fără să menționeze nimic cu privire la celelalte 40 de nebulizatoare, situație de natură de descurajeze participarea la procedură a unor operatori economici care nu au acces la numărul de nebulizatoare, solicitat de autoritate fără un scop evident.

Cu privire la caracterul oneros al contractului de achiziție publică și, implicit al contractului subsecvent acordului cadru, Consiliul reține că, potrivit art. 3 lit. I) din Legea nr. 98/2016 *„contract de achiziție publică”* este un *„contract cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”* de unde rezultă că este un contract încheiat în formă scrisă, cu titlu oneros, cu obiect determinat, cu subiecte determinate, sinalagmatic și comutativ.

Referitor la caracterul comutativ al contractului de achiziție publică, aceasta semnifică faptul că la încheierea contractului, părțile cunosc întinderea prestațiilor la care se obligă și pot aprecia valoarea acestora ca fiind echivalentă, prestația fiecărei părți reprezentând echivalentul contraprestației celeilalte părți.

Prin urmare, contractul de achiziție publică nu poate fi interpretat în nicio situație ca fiind un contract *aleatoriu*, care conferă părților șanse de câștig și pierdere. Potrivit art. 1660 C. civ., prețul ofertat este ferm, determinat sau determinabil. Prețul contractului poate fi determinat cu

precizie încă din etapa de semnare sau poate fi determinat pe parcursul execuției prin raportarea unor tarife/onorarii/prețuri la cantitățile efectiv predate autorității contractante. Cu toate acestea, doar în situații de excepție, părțile vor putea conveni modificări ale prețului contractului oferat inițial, în cadrul unor mecanisme juridice precise.

Pe cale de consecință, ofertanții nu pot să prevadă în ofertă produse cu caracter gratuit, costul procurării/reparării/înlocuirii nebulizatoarelor, de către aceștia, solicitate în regim de comodat, urmând a se regăsi în fapt, în prețul plătit de autoritate pentru dezinfectanții ofertați, situație în care, solicitarea contestatorului de a obliga autoritatea să stabilească numărul nebulizatoarelor pe care le va pune la dispoziție în regim de comodat, proporțional cu cantitatea de

dezinfectant, urmează a fi admisă, însă stabilirea efectivă a cronologiei și proporționalității rămâne în sarcina autorității contractante în funcție de necesitatea, specificul și procedurile sale.

Solicitarea contestatorului de eliminare a timpului global de acțiune, din formula aferentă analizei comparative a prețurilor, respectiv, „analiza comparativă va avea în vedere prețul unei cantități de soluție pentru dezinfectia unui metru cub de aer, care acoperă tot spectrul specificat în maxim 60 min.”, urmează a fi respinsă, ca nefondată, deoarece, ... SRL nu a fost în măsură să indice nicio prevedere legală care ar fi fost încălcată de autoritatea contractantă, contrar principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”, principiu transpus în dreptul autohton prin prevederile art. 249 C.p.c, potrivit căroră „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”, limitându-se la susțineri generice de forma „(...) nu există noțiunea timp maxim de contact referitor la un întreg spectru de activitate (...)” și la reproducerea unor paragrafe extrase din hotărâri pronunțate de Curți de apel și de CNSC în alte proceduri de atribuire, fără valoare de izvor de drept și fără autoritate de lucru judecat față de prezența speței.

Critica contestatorului de la punctul 2.4, privind spectrul de activitate stabilit în cadrul lotului 3, urmează a fi respinse, ca nefondate, deoarece, argumentele contestatorului nu se referă la un dezinfectant pentru deșeuri lichide, apă reziduală cum este cel care face obiectul lotului 3, ci, se referă la un alt tip de dezinfecanți, respectiv dezinfecanți pentru suprafețe.

În ceea ce privește criticile privind condițiile de livrare (punctul 2.1.1), Consiliul urmează să admită critica cu privire la momentul de la care decurge comanda, deoarece, relevantă este recepționarea acesteia, nu doar transmiterea pe fax.

Totodată, având în vedere că termenul de livrare a fost stabilit la 24 de ore, fără a face distincție între zile lucrătoare și zile nelucrătoare, Consiliul urmează să admită și această parte din critica 2.1.1, urmând a obliga autoritatea contractantă la detalierea acestuia, astfel încât, livrarea să poată fi efectuată în următoarea zi lucrătoare.

Pe de altă parte, partea din critica 2.1.1 cu privire la caracterul ferm al comenzii urmează a fi respinsă, ca nefondată, motivat de faptul că aspectele invocate de contestator pot fi considerate, cel mult, neînțelegeri de ordin lingvistic sau rezultatul unui formalism excesiv, toate comenzile cu privire la livrările de produse urmând a fi „ferme”, astfel cum rezultă din punctul de vedere.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte,

contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, respectiv criticile 2.1.1, 2.2.2, 2.2.4, și va admite, prin achiesarea autorității contractante la criticile SC SRL numerotate 2.1.2, 2.3.4, 2.3.5, 2.3.6 și 2.5 iar, pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire a loturilor 1, 2 și 4, cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge în rest, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, respectiv criticile 2.1.1, 2.2.2, 2.2.4, și admite prin achiesarea autorității contractante la criticile SC SRL numerotate 2.1.2, 2.3.4, 2.3.5, 2.3.6 și 2.5 iar, pe cale de consecință, obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire a loturilor 1, 2 și 4 cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge în rest, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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 15 (cincisprezece) pagini