



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.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliu sub nr., depusă de către SC SRL, cu sediul în, ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată convențional prin Cabinet de avocat, împotriva documentației de atribuire privind procedura simplificată, online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Achiziții materiale anti covid”, cod CPV 33140000-3, de către, cu sediul în localitatea, ..., jud., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- în principal, anularea achiziției;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini (în continuare CS) al achiziției (partea de dezinfectanți) în raport de cererile din contestația sa.

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a admis-o.

Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL, reclamă documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini (partea de dezinfectanți), considerând-o nelegală.

2. În ceea ce privește fondul contestației, contestatorul învederează următoarele:

2.1. Anularea achiziției

2.1.1. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea achiziției în 12 loturi, câte un produs per lot.

Actualmente, procedura de atribuire a contractului achiziției impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru cele 12 produse, astfel descrise în fișa de date a achiziției la cap. II.1.4 „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor:

- DISPENSER DEZINFECTANT - 10 BUC
- TERMOSCANER - 4 BUC
- VENTILATOARE ANTIVIRALE -18 BUC
- ALONJA ANTIMICROBIANA - 1000 BUC
- PLACĂ ANTIMICROBIANĂPT UȘI - 27 BUC
- DEZINFECTANT SUPRAFEȚE - 3000 L
- DISPENSER HÂRTIE -15 BUC
- LAMPĂ UV- 2 BUC
- DEZINFECTANT MÂINI - 1500 L
- MĂȘTI-400000 BUC
- SĂPUN ANTIBACTERIAN - 1500 L
- TUNEL DEZINFECȚIE - 1 BUC".

Astfel, contestatorul arată că, între cele 12 produse nu există nicio legătură funcțională care să impună atribuirea unui singur contract; fiecare dintre ele acționează independent și are propriile specificități.

Se menționează că produsele achiziției nu sunt „destinate unor utilizări identice sau similare” — un echipament medical este diferit de un dezinfectant, un dezinfectant de mâini este diferit de un dezinfectant pentru suprafețe, iar operatorii economici cărora li se adresează cererea de ofertă a Autorității acționează în sectoare diferite, astfel încât regula prevăzută de art. 18 din Legea nr. 98/2016 este încălcată:

„(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

- a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;*
- b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv."*

Contestatorul consideră că, adăugarea de mai multe produse într-un singur lot implică impunerea unei restricționări a competiției, în mod cert/logic/aritmetic fiind mai puțini ofertanți capabili să prezinte oferte pentru toate cele 12 produse ale achiziției în comparație cu numărul celor capabili să prezinte oferte pentru fiecare produs.

Mai mult, contestatorul apreciază că, asemenea restricționare are efecte și asupra formării prețurilor de achiziție, care, în prezența unei concurențe sporite (precum în cazul organizării achiziției prin atribuirea contractelor în cadrul a 12 proceduri), nu pot decât să fie mai mici decât în formula actuală de organizare a achiziției.

În susținerea cererii sale (cu atât mai mult cu cât în lotul unic al achiziției nu se află numai dezinfectanți), contestatorul invocă jurisprudența în materie, respectiv:

- Decizi CNSC nr....., pag.14-16:

„Analizând modul în care autoritatea contractantă a optat pentru stabilirea obiectului achiziției în speță, respectiv gruparea a 3 tipuri de dezinfectanți cu utilizări diferite (a - pentru suprafețe, b - pentru mâini și c- pe bază de clor) și pentru efectuarea acestei achiziții prin atribuirea unui singur acord-cadru în speță, Consiliul reține incidența următoarelor texte legale în materie, relevante în speță:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: *„lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;*

-art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: : *„(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.*

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv.”

-art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.”*

-art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: *„În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi; aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi”.*

Din analiza normele legale anterior precizate, rezultă că:

- *la stabilirea tipurilor de proceduri ce urmează a se derula în cursul unui an bugetar, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare valorile estimate ale tuturor achizițiilor de produse destinate unor utilizări identice sau similare, în raport de care se stabilește și se include în programul anual al achizițiilor publice procedura stabilită pentru derularea procesului de achiziție;*

- *alcătuirea loturilor se efectuează prin includerea în componența acestora doar de produse similare, sintagmă ce presupune îndeplinirea cumulativă a două condiții: să fie destinate unor utilizări identice sau similare și, respectiv, să facă parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;*

- *suplimentar, legislația în materie statuează că autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări Implicate, pentru a adapta conținutul contractelor Individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urflor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.*

Prin urmare, din analiza modului de grupare a celor 3 categorii de dezinfectanți ca obiect al unui singur acord-cadru, Consiliul reține că, deși acești dezinfectanți sunt destinați pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție și igienă a beneficiarilor și a spațiilor, cele 3 categorii de dezinfectanți sunt categorii de produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite (pentru mâini, pentru vcselă/echipamente/recipiente, pe bază de clor, și pentru suprafețe), aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.”

-În același sens, Deciziile CNSC: nr., în care, la pag.7 s-a reținut:

„În primul rând, legat de împărțirea achiziției în loturi. Curtea reține că art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 impune autorității contractante obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi, ceea ce înseamnă că această decizie nu este una discreționară, la libera apreciere a autorității contractante.

În cauză, chiar dacă este vorba de dezinfectanți, produsele ce fac obiectul licitației (dezinfectant pentru suprafețe, dezinfectant pe bază de clor și dezinfectant pentru mâni), care figurează sub aceleași cod internațional privind achizițiile de produse și servicii (CPV: 33631600-8 - Antiseptice și dezinfectante), nu constituie produse similare, în sensul art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în mod evident nu sunt destinate unei utilizări identice sau similare. Chiar dacă scopul utilizării acestor produse este activitatea de dezinfectare, așa cum corect a reținut și Consiliul, fac parte din categorii distincte, având atât o destinație de utilizare (pentru mâni, pentru veselă/echipamente/recipiente, precum și pentru suprafețe), cât și specificații tehnice și cerințe documentare diferite.

De altfel, fiecare din aceste justificări oferite de către autoritatea contractantă pot constitui argumente în sens contrar celor invocate de aceasta. Astfel, licitarea împreună a celor trei categorii de produse dezinfectante conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse biocide, furnizori care se află în imposibilitatea de a depune o ofertă completă sau cărora li se impune o sarcină excesivă de a se asocia cu alți operatori economici.”

2.1.2. Contestatorul arată că, dacă cererea sa de restructurare va fi considerată întemeiată, atunci se impune anularea achiziției, cu motivarea prezentă în decizia CNSC nr., pag.15:

„În acest condiții Consiliul urmează să admită criticile contestatorului de la pct.-ul 2.1. din contestație, referitoare la obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea acesteia în 2 loturi distincte, cu câte o categorie de dezinfectanți per lot.

Totodată, Consiliul reține că, potrivit manualului de utilizare al Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), înscris disponibil prin accesarea adresei internet www.e-licitatie.ro, butonul „Manual utilizare autoritate contractantă” subiectul/tema „documentații de atribuire” capitolul „completarea documentației de atribuire” secțiunea II, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, în starea „în definire” a documentației, înainte de publicarea acesteia în SEAP, aspect din care rezultă că după publicarea acesteia nu mai este posibilă din punct de vedere tehnic nicio modificare, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind structura lotului 3 motiv pentru care, constatând că se impune obligarea autorității contractante la remedierea întregii documentații de

atribuire a lotului 3, măsură care ar avea drept consecință reorganizarea loturilor de produse, stabilirea noilor valori estimate ale loturilor, stabilirea criteriilor de calificare și a valorilor garanțiilor de participare în raport de noile valori estimate ale loturilor, publicarea anunțului de tip erată și stabilirea de noi termene limită de depunere a ofertelor etc., situație ce echivalează efectiv cu o nouă inițiere a procedurii de atribuire, aspecte care atrag incidența dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire”, Consiliul va dispune anularea lotului 3 al procedurii de atribuire.”

În același sens, se invocă și decizia CNSC nr. ... și celelalte anterior menționate, respectiv decizia C.A., pag. 9:

„Având în vedere că măsurile de remediere care se impun în cauză atrag reconfigurarea fișei de date a achiziției publice și a caietului de sarcini, în ceea ce privește numărul de loturi, conținutul acestora, valoarea estimată a fiecărui lot, precum și specificațiile tehnice aferente, iar adoptarea măsurilor de remediere este imposibilă dat fiind faptul că relotizarea este imposibilă, practic, după inițierea procedurii, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. c din Legea nr. 101/2016, se va dispune anularea procedurii de atribuire.”

2.2. Modificarea caietului de sarcini al achiziției (partea de dezinfectanți)

2.2.1. Cereri generale

2.2.1.1. În raport de obligația stabilită în sarcina autorității contractante prin art. 154 din Legea nr. 98/2016, contestatorul solicită obligarea acesteia la precizarea expresă că specificațiile tehnice ale dezinfectanților (spectru de activitate, testări doveditoare ale eficacității microbicide), ca și evaluarea tehnică a ofertelor se întemeiază, respectiv se va întemeia pe dispozițiile standardului general EN 14885:2022 (în continuare STANDARDUL) și pe prevederile standardelor specifice fiecărei activități microbicide impuse prin STANDARD.

Se reține că autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse capabile să asigure protecția impusă de existența pandemiei COVID 19 printr-o dezinfecție prin utilizarea de produse chimice în spații instituționale (unități de învățământ).

Contestatorul arată că potrivit REGULAMENTULUI (UE) nr. 1025/2012 din 25 octombrie 2012 privind standardizarea europeană,

„(4) Standardele europene sunt adoptate de organizațiile de standardizare europene, respectiv CEN, Cenelec și ETSI.” (a se vedea și ANEXA nr. 1 la REGULAMENTUL CITAT).

Standardul european armonizat, general valabil pe teritoriul UE în materie de dezinfectanți este EN 14885 (aflat acum la ediția 2022), intitulat Antiseptice și dezinfectante chimice/ Aplicarea standardelor europene pentru antiseptice și dezinfectante chimice.

Potrivit acestui standard, aplicabil tuturor dezinfectanților și antisepticilor chimice (produse biocide și dispozitive medicale deopotrivă) (p.1), STANDARDUL a devenit STANDAR NAȚIONAL la 31.08.2022.

Potrivit STANDARDULUI, p.47: *„Spre a formula o pretentie ca un produs are proprietati dezinfectante, potrivit pentru folosire in ariile alimentare, industrială, domestică și instituțională, produsul va trebui să fie testat potrivit cu și se va conforma STANDARDELOR EUROPENE relevante așa cum sunt stabilite în Tabelul 12, specificate pentru tipul particular de produs și spectrul sau de activitate (exemplu bactericid, fungicid etc.).”*

p.6: „Standardele C.E.N. se raporteaza doar la o sfera restransa de specii microbiene. Acestea au fost alese drept specii reprezentative luând in considerare relativa lor rezistenta si relevanta lor pentru uzul practic. Au fost luate de asemenea in considerare in alegerea organismelor de testare proprietățile de manipulare si securitatea microbiologica.”

p.16: „organism de testare - tulpina a unui microorganism ales pentru testarea unui produs în cadrul unui test standardizat”

Contestatorul precizează că această normă tehnică UE - standardul EN 14885 - a fost totodată transpusă în legislația națională, devenind o normă juridică cu caracter obligatoriu.

Contestatorul face trimitere la prevederile relevante din:

- HGR nr. 617/2014:

„ART. 5

(1) Comisia națională pentru produse biocide, organism de specialitate, fără personalitate juridică, care funcționează pe lângă Ministerul Sănătății, denumită în continuare Comisie, îndeplinește atribuțiile privind aprobarea de punere la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide pe teritoriul României, respectiv:

c) autorizarea și autorizarea simplificată a produselor biocide;

d) autorizarea națională a produselor biocide;

ART 6

(1) Produsele biocide sunt plasate pe piață și folosite pe teritoriul României numai dacă:

a) sunt autorizate potrivit prevederilor Regulamentului sau sunt avizate potrivit măsurilor tranzitorii prevăzute la art. 89 alin. (2) din Regulament;”

- OMS nr. 10/2010:

„ART. 2

În sensul prezentului ordin, următorii termeni și expresii se definesc astfel: a) aviz - act administrativ emis de către Comisia Națională pentru Produse Biocide (CNPB), prin care produsul biocid este avizat pentru punere la dispoziție pe piață pe teritoriul României, pe baza unui referat de evaluare, în care sunt înscrise datele și caracteristicile produsului biocid pus la dispoziție pe piață; d) referat de evaluare - document cu caracter justificativ intern întocmit de către experții desemnați din partea autorităților prevăzute la art. 6 alin. (1), în care sunt înscrise datele privind identitatea solicitantului, a producătorului, încadrarea produsului biocid, substanțele active, forma de condiționare și modul de ambalare, domeniul și indicațiile de utilizare, proprietățile fizico-chimice, date toxicologice, date ecotoxicologice și comportarea în mediu din fișa cu date de securitate și din documentația care a stat la baza întocmirii acestei fișe, date de eficacitate ale produsului biocid din rapoartele de testare sau echivalente, etichetarea și clasificarea produsului biocid și categoriile de utilizatori, conforme cu documentele conținute în dosarul tehnic al produsului biocid, concluziile referitoare la riscul pe care îl reprezintă produsul pentru sănătate și mediu, precum și posibilitățile de control sau diminuare a acestuia;

„ART. 4

(1) Dosarul tehnic al produsului biocid supus avizării conform prevederilor prezentului ordin conține următoarele documente:

g) rapoartele de testare pentru demonstrarea eficacității biocide în funcție de tipul de produs, activitatea afirmată pe eticheta produsului și în

recomandările de utilizare vor fi efectuate conform unor metode elaborate de Organizația Internațională de Standardizare (ISO), de Comitetul European de Standardizare (CEN)."

Ori, contestatorul afirmă că dezinfectantul solicitat de Autoritate trebuie să fie produse biocide, care trebuie să fie avizate de C.N.P.B.

Totodată, potrivit art. 156 (1) Legea nr. 98/2016:

„ART. 156

(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități: b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăra dintre acestea, la standarde naționale, la acordamente tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent".

Consideră petentul că autoritatea contractantă care se supune reglementărilor tehnice și juridice obligatorii europene și naționale, trebuie să admită că prevederile caietului de sarcini trebuie să respecte aceste reglementări.

2.2.1.2. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la recunoașterea aplicabilității prevederilor OMS nr.1761/2021 în ce privește utilizarea dezinfectanților achiziționați prin prezenta procedura, acolo unde nu există prevederi speciale care să înlăture aplicarea sa.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că, produsele chimice dezinfectante sunt achiziționate spre realizarea dezinfecției.

Așadar, ele trebuie să fie apte a îndeplini și a se conforma procedurilor aferente realizării dezinfecției; cu alte cuvinte, calitățile solicitate la achiziționare trebuie să concorde cu modul în care trebuie folosite în cadrul procedurilor de dezinfecție, altminteri, achiziția devine inutilă, iar fondurile publice sunt cheltuite ineficient (pe lângă riscul generat de utilizarea de produse necorespunzătoare cu scopul pentru care au fost achiziționate).

Singurul domeniu al vieții sociale în care există reguli de efectuare a dezinfecției este cel MEDICAL; contestatorul arată că aceste reguli sunt consemnate normativ în OMS nr.1761/2021: *„pentru aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, evaluarea eficacității procedurilor de curățenie și dezinfecție efectuate în cadrul acestora, procedurile recomandate pentru dezinfecția mâinilor în funcție de nivelul de risc, precum și metodele de evaluare a derulării procesului de sterilizare și controlul eficienței acestuia”.*

Astfel, contestatorul precizează că nu există asemenea reguli de efectuare a dezinfecției în sfera instituțională.

Avându-se în vedere obligația prevăzută în sarcina tuturor persoanelor juridice din România de art. 3 din Legea nr. 95/2006 (*„Protecția sănătății publice constituie o obligație a autorităților administrației publice centrale și locale, precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice”, SANATATEA PUBLICA fiind definită - ibid., art.4 lit.a) - „starea de sănătate a populației în raport cu determinanții stării de sănătate: socio-economici, biologici, de*

mediu, stil de viață, asigurarea cu servicii de sănătate, calitatea și accesibilitatea serviciilor de sănătate;”), contesatatorul consideră că nu poate exista un vid de reglementare în ce privește dezinfecția în zona instituțională (teza care ar deschide o cutie a Pandorei, autoritățile contractante putând afirma că pot decide conform unor preținse necesități care să fie plasate deasupra interesului public real și fără a fi obligate a ține seama de vreo regulă care să asigure compatibilitatea produselor achiziționate cu procedura de dezinfecție pe care ar trebui să o aplice în zona lor de decizie).

Contestatorul învederează că, soluția este cea arătată în art.1 C.civ. (Legea nr. 287/2009 fiind aplicabilă domeniului achizițiilor publice conform art. 231 din Legea nr. 98/2016):

„(1) Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.

(2) In cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului”.

Neexistând nici lege aplicabilă, nici uzanțe care să reglementeze dezinfecția în aria instituțională, contesatatorul consideră că se aplică „dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare” - în speță, dispozițiile legale privind dezinfecția în aria medicală.

Astfel, contesatatorul apreciază că se asigură respectarea obligațiilor prevăzute de Legea nr. 95/2006 în sarcina tuturor entităților activând în sfera instituțională la un nivel reglementat (cel medical) - la cel mai înalt nivel ce poate fi oferit în sistemul de sănătate publică din România.

2.2.2. Cereri specifice

2.2.2.1. Produsul „Dezinfectant suprafețe”

2.2.2.1.1. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței „dezinfectant de nivel înalt” - restrictivă față de împrejurarea că suprafețele din unitățile de învățământ pentru care achiziționează autoritatea contractantă nu prezintă riscul (înalt) comparabil cu cel al dispozitivelor critice (descrie astfel în art. 11 (1) lit. a) ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/2021:

„a) critice - cele care vin în contact cu țesuturile corpului uman sau penetrează țesuturile, inclusiv sistemul vascular, în mod normal sterile. Exemplu: instrumentarul chirurgical, instrumentarul stomatologic critic, artroscop, laparoscop, materialul utilizat pentru suturi, trusele pentru asistență la naștere, echipamentul personalului din sălile de operații, câmpuri operatorii, meșele și tampoanele, tuburile de dren, implanturile, acele și seringile, cateterele cardiace și urinare, dispozitivele pentru hemodializă, toate dispozitivele intravasculare, endoscoapele rigide utilizate în proceduri invazive, echipamentul pentru biopsie asociat endoscoapelor, acele pentru acupunctură, acele utilizate în neurologie, lamele laringoscoapelor, echipamentul de anestezie și respirație asistată, barbotor/umidificator, instrumentele utilizate pentru montarea dispozitivelor anticoncepționale etc.”).

Contestatorul reține că, solicitând ceea ce este mai mult decât necesar pentru realizarea obiectivului achiziției - prin raportare la criteriul de alegere corectă a unui dezinfectant „natura suportului care urmează să fie tratat;” (art.18 lit. h) ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/2021) Autoritatea își îngustează în mod evident baza de posibili ofertanți - ceea ce contravine deschiderii cât mai

largi a competiției și înlăturării oricăror obstacole create artificial în calea acestora.

2.2.2.1.2. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de activitate microbică al produsului prin raportare la cele prevăzute de STANDARD pentru un produs destinat dezinfectiei suprafețelor fără acțiune mecanică (pulverizare) în aria instituțională - p.48:

Adică: BACTERICID - conform standardelor EN 1276 și EN 13697, LEVURICID - EN 1650 și EN 13697, FUNGICID - EN 1650 și EN 13697,

Cu înlăturarea efectului SPORICID - EN 13704 (întrucât dezinfecția de nivel scăzut - pretinsă de suportul SUPRAFEȚE - non-critic pentru suprafețele din spațiile de învățământ - nu prevede eficacitate antispori - a se vedea definiția legală a dezinfectiei de nivel scăzut - art. 1 lit. f) ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/2021 - f) dezinfecție de nivel scăzut - procedura de dezinfecție prin care se realizează distrugerea majorității bacteriilor în formă vegetativă, a unor fungi și a unor virusuri, fără acțiune asupra micobacteriilor, sporilor de orice tip, virusurilor neanvelopate și a mușcăturilor").

Cu adăugarea activității VIRUCIDE dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale, dar aplicabil și ariei instituționale, pentru care nu există un standard specializat, conform regulii STANDARDULUI, p.17)

pentru o acțiune limitată la virusii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV-2) - acesta fiind motivul lansării achiziției (contestatorul face din nou trimitere la definiția legală a dezinfectiei de nivel scăzut) - p.33 STANDARD.

2.2.2.1.3. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la admiterea în competiție și a produselor dezinfectante clasificate DISPOZITIVE MEDICALE.

Se arată că utilizarea în egală măsură a ambelor tipuri de produse dezinfectante decurge din respectarea principiilor achizițiilor publice - art. 2 (2) Legea nr. 98/2016: *„(2) Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt:*

- a) nediscriminarea;*
- b) tratamentul egal;*
- e) proporționalitatea;"*

În măsura în care produsul solicitat îndeplinește scopul dezinfectiei, contestatorul opinează că atunci trebuie admisă participarea și a produselor clasificate DISPOZITIV MEDICAL, respectându-se astfel dezideratul normelor comunitare de deschidere cât mai largă a competiției (în acest sens se indică Hotărârea C.J.U.E. din 23.12.2008 în cauza C-305/08, pct.47:

„Astfel, Curtea a hotărât că unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, citată anterior, punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, nepublicată încă în Repertoriu, punctul 26). Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului

vizat (a se vedea în acest sens, în privința ofertelor anormal de scăzute, Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP și Santorso, C-147/06 și C-148/06, Rep., p. 1-3565, punctul 29)."

Concordant (sub aspectul argumentării), petentul citează și din Dosar nr.

„În acord cu Consiliul, Curtea retine ca dacă produsul acoperă tot spectrul de efecte dorite de autoritatea achizitoare, discriminarea între dezinfecțanții autorizați ca biocide și cei autorizați de dispozitive medicale nu se justifică, trebuind acceptate ambele. Mai mult nu trebuie omis ca, Consiliul nu îi impune autorității să accepte dispozitivele medicale în locul produselor biocide, ci să permită ofertarea ambelor, după cum fiecare furnizor și- a înregistrat: propriul produs și îl comercializează în mod legal pe teritoriul României.”

2.2.2.1.4. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la introducerea cerinței prezentării de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească compatibilitatea produsului oferit cu materialul suprafețelor descrise.

Se reține că aceasta este o cerință venind în interesul asigurării proiecției bunurilor unităților școlare pentru care achiziționează Autoritatea - și care totodată stabilește un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerinței.

2.2.2.1.5. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței de compoziție a produsului:

„- compoziția chimică la 100gr. produs:

1. substanță activă

1.1. 0,34g clorură de didecildimetilamoniu

1.2. 0,09g compuși de amoniu cuaternar, benzil C12-18-alchildimetil, cloruri

2. surfactanți nonionici

3. parfum

4. agent de chelatizare

5. apă”.

Se menționează că în activitatea contestatorului de mulți de ani de confruntare cu abuzurile autorităților contractante din România a întâlnit foarte rar o atât de fățișă descriere a produsului pe care Autoritatea dorește să-l achiziționeze.

Contestatorul subliniază că cerința contravine prevederilor art. 156 (2) Legea nr. 98/2016:

„(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.”

Se arată că orice restricție privind compoziția dezinfecțanților a fost considerată ca încălcând prevederile Legii nr. 98/2016 atât de C.N.S.C., cât și de instanțele de judecată.

Contestatorul citează din Dosar nr.

Curtea reține că, potrivit art. 155 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, rolul specificațiilor tehnice stabilite prin documentația de atribuire este acela de a

defini caracteristicile solicitate privind produsele care fac obiectul achiziției. Potrivit art. 155 alin. 2 teza finală și alin. 6 din același act normativ, caracteristicile indicate ca specificații tehnice trebuie să îndeplinească patru condiții: să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordul cadru; să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia; să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire; precum și să nu aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

De asemenea, art. 156 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, cu excepția situațiilor în care este justificată de obiectul contractului, prevede interdicția expresă ca specificațiile tehnice să precizeze un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele furnizate de un anumit operator economic, nici nu se poate referi la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori sau produse.

Or, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a impus pentru dezinfectanții ce fac obiectul loturilor 7 o condiție negativă ca produsele biocide oferite să nu conțină anumite substanțe active, iar pentru lotul 15 a indicat în mod expres ce trebuie să cuprindă compoziția produselor biocide oferite (prin indicarea substanțelor și concentrației) și a specificat substanțele active ce nu trebuie să intre în compoziție.

Similar Consiliului, Curtea apreciază că aceste cerințe se încadrează în prevederile art. 156 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, fiind, în mod evident, restrictive, acest aspect rezultând din chiar susținerile petentei, care a dorit să elimine posibilitatea de a fi oferit în cadrul licitației un anumit tip de produs, respectiv cel pe bază de acid peracetic.

Pe de altă parte, chiar dacă dispozițiile legale permit, în anumite situații, inserarea în documentația de atribuire a unor specificații tehnice cu cerințe restrictive, sarcina probării necesității unor astfel de produse revine autorității contractante și trebuia justificată documentar și obiectiv înainte de deschiderea licitației.

Curtea acceptă că, față de obiectul contractului și destinația ce urmează a fi dată dezinfectanților, eliminarea anumitor substanțe active din compoziția produselor biocide ce pot fi oferite, chiar în condițiile în care este afectată concurența dintre operatori economici, ar putea fi justificată de necesitatea protejării dreptului la sănătate al pacienților și al personalului medical-sanitar și auxiliar.

Cu toate acestea, în condițiile în care însăși autoritatea contractantă recunoaște că nu există o dovadă obiectivă făcută de către un „forum competent” (instituție publică cu atribuții în domeniului sănătății publice) cu privire la un nivel minim de toxicitate al acestor dezinfectanți, ci doar constatările proprii ale petentei cu privire la manifestarea unor efecte adverse în rândul personalului medico-sanitar și auxiliar, formularea specificațiilor tehnicem în maniera restrictivă în care a fost făcută, nu poate fi justificată pe baza dispozițiilor art. 156 alin. 2 prima teză din Legea nr. 156/2016.

și din Dosar nr.

4. Cu privire la obligarea autorității contractante la eliminarea oricărei indicații de conținut al dezinfectanților, respectiv:

-lot 1 Dezinfecțanți mâini - sa nu conțină fenoli, iod, clor, aldehide și clorhexidină -lot 2 Dezinfecțanți mâini - sa nu conțină fenoli, iod, clor, aldehide și clorhexidină -lot 3 Dezinfecțant suprafețe fenoli, aldehide, sodă caustică, iod, alcoolii, acid sulfuric -lot 4 Dezinfecțant detergent concentrat fenoli, iod, alcoolii, clor, parfumuri sau compuși organici volatili.

Curtea observă că autoritatea contractantă a arătat în CS loturi că substanța activă trebuie să îndeplinească condiția de conformare a conținutului la prevederile reglementării unionale pertinente:

Substanța activă: să respecte Regulamentul delegat (UE) nr. 1062/2014 al Comisiei din 4 august 2014 privind programul de lucru pentru examinarea sistematică a tuturor substanțelor active existente, conținute de produsele biocide, menționat în Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, corespunzătoare tipului de produs avizat.

Curtea observă că nicio reglementare - comunitară sau națională - nu impune, pentru niciun fel de dezinfectie, o anumită compoziție a dezinfectantului. De aceea, Curtea consideră că specificația menționată este restrictivă de competiție, fiind încălcate dispozițiile art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, Curtea va obliga autoritatea contractantă să efectueze următoarea modificare în Caietul de sarcini, partea specială - eliminarea indicației de conținut a dezinfectanților pentru lotul 1 (să nu conțină fenoli, iod, clor, aldehide și clorhexidină). lotul 2 (să nu conțină fenoli, iod, clor, aldehide și clorhexidină), lotul 3 (să nu conțină fenoli, iod, sodă caustică, aldehide , alcoolii și acid sulfuric) și lotul 4 (să nu conțină fenoli, iod, clor, parfumuri, alcoolii sau compuși organici volatili).

2.2.2.1.6. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerințelor:

„caracteristici fizico-chimice:

- 1. aspect - lichid transparent*
- 2. culoare - transparent*
- 3. miros - diverse*
- 4. Ph -10±0,5*
- 5. solubilitate - completă în orice proporție*
- 6. caracter chimic - cationic"*

ca fiind menite a stabili piedici în calea liberei competiții, fără a exista vreo justificare prin raportare la eficacitatea produsului.

Se precizează că nu există prevederi tehnice și/sau juridice care să lege efectul acțiunii unui dezinfectant de suprafețe de asemenea caracteristici fizico-chimice.

Încălcarea, și în acest mod, a prevederilor art. 156 (2) Legea nr. 98/2016 este în opinia contestatorului la fel de flagrantă ca și în cazul stabilirii compoziției produsului.

2.2.2.2. PRODUSUL „Dezinfectant mâini”

2.2.2.2.1. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la modificarea indicațiilor de utilizare

„tip dezinfectie - igienă și chirurgicală utilizare - profesionali, industriali și populație”

în sensul „tip dezinfectie - igienică, utilizare – instituțional”, impus de realitatea zonei de activitate socială în care se află unitățile școlare pentru care achiziționează.

2.2.2.2.2. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la stabilirea spectrului de activitate microbică: *„eficacitate bacterică, levurică/fungică, microbacteriană/tuberculică, virică”*, cu cel prevăzut de STANDARD pentru un produs destinat dezinfectiei igienice a mâinilor prin frecare în aria instituțională - p.48:

Adică: BACTERICID - conform standardelor EN 1276 și EN 1500 și LEVURICID - conform standardului EN 1650.

Cu adăugarea activității VIRUCIDE dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale dar aplicabil și ariei instituționale, pentru care nu există un standard specializat, conform regulii STANDARDULUI, p. 17) pentru o acțiune (cel puțin) limitată la virușii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV-2) - acesta fiind motivul lansării achiziției -p.32 STANDARD.

2.2.2.2.3. Contestatorul solicită obligarea Autorității la modificarea cerinței: *„conținut minim de 80% alcool (ethanol, propanol, etc.) ”*

În sensul *„conținut de alcool (ethanol, propanol etc.) între 60 și 80%”,* recomandat prin *„Ghidul OMS privind igiena mâinilor în unitățile medicale, p.34 — „Activitatea antimicrobiană a alcoolilor rezultă din capacitatea acestora de a denatura proteinele. Soluțiile de alcool care conțin 60-80% sunt cele mai eficiente, cele cu o concentrație mai mare având o eficiență mai scăzută. Acest paradox rezultă din faptul că proteinele nu sunt ușor de denaturant în absența apei.”*

2.2.2.2.4. Contestatorul solicită obligarea Autorității la completarea cerinței: *„să conțină agent de umectare care asigură îngrijirea pielii, prevenind iritarea și uscarea”* cu solicitarea prezentării de probe tehnice neutre/obiective (precum rapoarte de testare și echivalente) care să dovedească lipsa de nocivitate a utilizării produsului pentru mâini.

Se arată că aceasta este o cerință venind în interesul asigurării unei protecții sigure a sănătății comunității școlare pentru care achiziționează autoritatea contractantă, care totodată stabilește un reper clar asupra modului în care trebuie dovedită îndeplinirea cerinței caietului de sarcini al produsului.

2.2.2.2.5. Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la introducerea cerinței *„Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/siguranță post-deschidere recipient (care trebuie arătată de autoritatea contractantă, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”*.

Se apreciază că, fără această cerință, autoritatea contractantă va putea ajunge în situația de a achiziționa un produs a cărui valabilitate post-deschidere recipient să fie de (exemplu) 1 zi sau să nu existe nicio dovadă obiectivă a declarației producătorului că produsul său are o valabilitate post-deschidere recipient de (exemplu) 200 zile.

Pentru justificarea legalității cererii sale, contestatorul face trimitere la prevederile OMS nr. 1761/2021:

-art. 19 alin. (2) ANEXA nr. 1 la OMS nr. 1761/2021 - *„(2) La prepararea și utilizarea soluțiilor dezinfectante sunt necesare următoarele:*

c) utilizarea soluțiilor de lucru în cadrul perioadei de stabilitate și eficacitate, conform unei bune practici medicale, pentru a se evita contaminarea și degradarea sau inactivarea lor;"

-art. 2 ANEXA nr. 3 la OMS nr. 1761/2021 - „Criteriile de utilizare și păstrare corectă a antisepticelor sunt următoarele:

b) se respectă indicațiile de utilizare din avizul eliberat de Comisia Națională pentru Produse Biocide (CNPB), respectiv eticheta produsului;

c) pe flacon se notează data și ora deschiderii".

Astfel, chiar dacă aceste norme privesc unitățile din aria medicală, utilitatea lor în orice arie de activitate socială (prin raportare la obligația în sarcina tuturor persoanelor - fizice și juridice - din România de a asigura protecția sănătății publice - art. 3 din Legea nr. 95/2006) este indiscutabilă.

Totodată, contestatorul arată că asemenea cerere a fost gasită a fi întemeiată de C.N.S.C. (inclusiv pentru unități achizitoare din sfera instituțională):

- decizia nr.

„Din lecturarea dispozițiilor legale invocate Consiliul constată că sunt judicioase precizările contestatoarei, fiind de interes pentru achizitoare, ca operatorii economici să precizeze perioada de valabilitate a produsului de la momentul deschiderii flaconului, cu alte cuvinte autoritatea contractantă trebuie să aibă suficiente informații din care să rezulte până la ce dată se poate utiliza în siguranță produsul oferat, din ziua deschiderii.

Ori, din această perspectivă, Consiliul apreciază temeinicia celor criticate de S.R.L., motiv pentru care Consiliul obligă achizitoarea la completarea cerințelor aferente acestui lot cu specificația: „Sa prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului (conform Ordinului ministrului sănătății nr. 961/2016).

Este temeinică și solicitarea contestatoarei vizavi de impunerea obligației pentru ofertanți de a dovedi (prin probe obiective, precum rapoarte de testare etc.) durata perioadei de „valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului".

- decizia nr.....

„În continuare, ... SRL cere și obligarea achizitoarei la completarea caietului de sarcini, lot 3 - Săpun lichid antibacterian, cu specificația de a fi prezentată perioada de valabilitate/stabilitate/siguranța în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului. În punctul său de vedere la contestație, autoritatea contractantă nu combate susținerile contestatoarei ținând de siguranța achizitoarei.

Văzând argumentele din contestație, Consiliul constata utilitatea specificației propusă de contestatoare, în condițiile în care potrivit caietului de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut pentru acest produs o valabilitate de minimum 2 ani de la data livrării.

Așa cum util face trimitere și contestatoarea, Consiliul observă că in Anexa nr. 3 la Ordinul OMS nr. 1761/2021, pentru dezinfecția igienică a mâinilor prin frecare, la art. 2 se menționează: „Criteriile de utilizare și păstrare corectă a antisepticelor sunt următoarele:

a) un produs se utilizează numai în scopul pentru care a fost avizat;

b) se respectă indicațiile de utilizare din avizul eliberat de Comisia Națională pentru Produse Biocide (CNPB), respectiv eticheta produsului;

c) pe flacon se notează data și ora deschiderii".

Așadar, fiind utilă informația pentru autoritatea contractantă, direct interesată atât de valabilitatea generală a produsului, cât și de cea specifică, ce intervine după deschiderea recipientului, Consiliul stabilește că specificația propusă de

contestatoare este necesar fi inserată în caietul de sarcini, urmând ca ofertanții să prezinte informații în acest sens.”

2.2.2.3. Produsul „Săpun antibacterian”

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante la înlocuirea actualului spectru de activitate microbicidă *antibacterian*, prin raportare la prevederile STANDARDULUI referitoare la un produs destinat dezinfecției igienice a mâinilor prin spălare în aria instituțională - p.48, adică - BACTERICID - EN 1276 și EN 1499, LEVURICID - EN 1650,

cu adăugarea activității VIRUCIDE dovedită prin standardul EN 14476 (specific ariei medicale dar aplicabil și ariei instituționale, pentru care nu există un standard specializat, conform regulii STANDARDULUI, p. 17) pentru o acțiune limitată la virușii anvelopați (între care se numără și virusul SARS COV-2) - acesta fiind motivul lansării achiziției -p.32 STANDARD.

2.2.2.3.2. În completarea și precizarea cerinței *„stabil în condiții normale de temperatură și presiune”*, contestatorul solicită obligarea Autorității la introducerea cerinței *„Să prezinte perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării, din momentul deschiderii recipientului, cu indicarea perioadei de valabilitate/stabilitate/ siguranța post-deschidere recipient (care trebuie arătată de autoritatea contractantă, în raport de necesitățile sale) și cu prezentarea de rapoarte de testare (sau alte probe obiective și tehnice) pentru dovedirea acestei perioade”*.

Cu motivarea de mai sus pct. 2.2.2.2.5.

Pentru motivele arătate, SC SRL solicită admiterea contestației.

În drept, se invocă textele legale menționate în cuprinsul contestației.

Probe - înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată, având în vedere următoarele:

I.CU TITLU PREALABIL — Contextul organizării procedurii de atribuire a achiziției ce vizează dotarea unităților de învățământ cu materiale anti covid.

Cu prioritate, autoritatea contractantă învederează faptul că achiziția de produse anti Covid are la bază un Proiect finanțat din fonduri europene nerambursabile (POIM - Program Operațional Infrastructura Mare) ce are ca și obiective asigurarea de materiale anti covid pentru 3 unități de învățământ preuniversitar: Școala gimnazială, Gradinița ..., Grădinița

Se menționează că autoritatea contractantă nu dispune de toate fondurile necesare creării condițiilor optime în vreme de pandemie pentru unitățile de învățământ preuniversitar de stat de pe raza unității administrativ teritoriale, astfel apelează la sprijinul Programului Operațional Infrastructura Mare 2014-2020, axa prioritară 9 - Protejarea sănătății populației în contextul pandemiei cauzate de COVID-19, obiectiv specific 9.1. - Creșterea capacității de gestionare a crizei sanitare COVID-19 pentru Dotarea unităților de învățământ preuniversitar de stat cu echipamente de protecție medicală și asigurarea condițiilor igienico-sanitare minime necesare pentru prevenirea, depistarea din timp și diminuarea răspândirii potentale a infecției SARS-CoV-2.

Autoritatea face precizarea că școlile din comună nu au un buget suficient alocat învățământului public generând fenomene de dotare materială

la limita necesarului unităților sau recurgerea la finanțare paralelă prin aportul Uniunii Europene. Proiectul va contribui la dotarea cu echipamente de protecție care vor fi utilizate în mod direct atât pentru prevenirea infectării cât și în tratarea infectării cu COVID-19 iar pentru a evita pierderea fondurilor pentru achiziția produselor respective, proiectul trebuie implementat până la data de 31 decembrie 2022, sens în care anexează cererea de finanțare adresată autorității de management.

În acest sens, autoritatea contractantă menționează faptul că documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 25.10.2022 iar valoarea estimată a achiziției este de 968.243,18 lei. Această achiziție prin intermediul fondurilor europene este determinată în contextul gestionării crizei Covid-19 pentru dotarea unităților de învățământ în legătură cu criza Covid-19.

Se precizează faptul că, anterior, contestatoarea nu a formulat nicio solicitare adresată autorității contractante legată de necesitatea de modificare a Caietului de sarcini sau de împărțire a procedurii separat în 12 loturi.

Cu prioritate, autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că:

- contestația în cauză este lipsită de temei/fundament întrucât, în conținutul acesteia, nu există argumente clare/soluții prin care SRL să dovedească așa zisul caracter ilicit al documentației de atribuire, fiind simple afirmații generale fără trimiteri/corelări clare ale informațiilor din cadrul documentației cu prevederile legale invocate a fi posibil nerespectate.

- prezenta procedură a fost inclusă în cererea de finanțare în cadrul unui proiect finanțat prin POIM. Proiectul în cadrul căreia a fost inclusă are ca principal scop consolidarea capacității de gestionare a crizei COVID-19 eligibilitatea activităților și a achizițiilor făcând obiectul programului POIM.

II. CARACTERUL NEFONDAT AL CONTESTAȚIEI

Autoritatea contractantă reține că în susținerea contestației, ... SRL invocă două categorii de motive:

A. Motive legate de necesitatea de lotizare a procedurii

Se observă faptul că în susținerea motivelor contestației, contestatoarea se limitează la a face trimitere la o serie de decizii CNSC fără aplicabilitate în cauza de față, preluând paragrafe întregi din cuprinsul deciziilor citate fără să arate în concret conexiune cu cauza de față.

În fapt, Autoritatea reține că, contestatoarea motivează în mod informal și incoerent o serie de critici prin care invocă necesitatea împărțirii achiziției în 12 loturi/produs susținând că în cazul continuării procedurii acestui lot pe baza unei documentații de atribuire care ar suferi modificări în cazul admiterii contestației sale, ar fi nevoită să depună o ofertă care, pe de o parte, ar deveni inutilă, dar cunoscută în aspectul său tehnic și financiar, iar pe de altă parte ar trebui eventual refăcută (cu noi eforturi materiale și umane).

Autoritatea contractantă semnalează faptul că în cazul de față proiectul finanțat din fonduri europene nerambursabile trebuie implementat până la finalul anului, iar o eventuală tergiversare a procedurii de achiziție publică va conduce automat la pierderea fondurilor.

În ceea ce privește caracterul nefondat al solicitărilor contestatoarei, Autoritatea remarcă faptul că aceasta formulează o serie de critici legate de nedivizarea în loturi distincte a produselor ce formează obiectului contractului de achiziție publică atâta timp cât:

-Produsele sunt similare cu destinație identică și fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv, așa cum însăși contestatoarea recunoaște prin afirmația *"defalcării acestui lot astfel încât să permită participarea la licitație a tuturor distribuitorilor de echipamente medicale"*.

-Nu se justifică lotizarea propusă de către contestatoare deoarece echipamentele au același scop și funcționalitate așa cum prevede art.18 al Legii nr. 98/2016, întrucât:

a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare - utilizare în laborator;

b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv - afirmație recunoscută de însăși contestatoarea care nu critică faptul că echipamentele nu pot fi oferite de către operatori economici cu activitate constantă în același sector de piață.

-art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016, prin care sintagma „lot” este definită ca fiind „fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”;

-art. 17 din HG nr. 395/2016: *„(1) Autoritatea contractantă alege procedura de atribuire în funcție de următoarele aspecte: a) valoarea estimată a achiziției; b) complexitatea contractului/ acordului-cadru ce urmează a fi atribuit; c) îndeplinirea condițiilor specifice de aplicare a anumitor proceduri de atribuire. (2) În aplicarea art. 11 alin. (2) din Lege, autoritatea contractantă are obligația ca, la alegerea procedurii de atribuire, să se raporteze la valoarea estimată a produselor, serviciilor și lucrărilor care sunt considerate similare în condițiile de la alin. (1)”*.

Se apreciază că autoarea contestației a dat dovadă de rea credință și a dorit să inducă în eroare Consiliul prin contestarea unor cerințe pe care le dețin și alți producători inducând ideea că doar un singur producător, de pe piața de profil, îndeplinește aceste cerințe, dorind prin aceasta să blocheze procedura în curs și pierderea proiectului.

Autoritatea contractantă indică prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante și nu o obligație. De cele mai multe ori, pentru procedurile de achiziție publică ce au ca obiect atribuirea unor contracte complexe, regula este împărțirea pe loturi a contractului de achiziție publică. Însă, decizia împărțirii pe loturi a unei proceduri de achiziție publică revine autorității contractante, fiind reglementată ca un drept al acesteia, și nu ca o obligație.

Totodată, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

1. Procedura de achiziție publică în dezbatere nu poate fi calificată ca și o procedură complexă ținând cont de obiectul acesteia, respectiv dotarea cu echipamente de protecție care vor fi utilizate în mod direct pentru prevenirea infectării cu COVID-19.

2. În cazul de față achiziția vizează produse similare cu același scop al utilizării și anume activitatea de dezinfectare, având specificații tehnice și cerințe documentare identice.

3. Licitarea împreună a celor 12 repere/categorii de produse dezinfectante nu conduce la o restrângere artificială a concurenței în sensul că nu exclude sau îngreunează accesul operatorilor economici (întreprinderi mici și mijlocii) care nu furnizează decât o singură categorie de produse .

4. Există numeroși operatori economici de naționalitate română care comercializează întreaga gamă de produse.

Sumarizand motivele contestației, autoritatea contractantă susține că nu poate identifica un interes legitim al contestatoarei, ci doar o încercare de tergiversare a procedurii de achiziție publică (astfel cum acest operator economic a procedat și în cazul altor proceduri) și consideră că aceasta nu a demonstrat în mod concret necesitatea divizării per produse a achiziției publice.

B.Motive legate de necesitatea de modificare a caietului de sarcini

Autoritatea reține că, SC SRL pretinde că este necesar să fie modificate și specificațiile tehnice inserate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini. Relevă și riscul că, în cazul modificării documentației de atribuire ca urmare a admiterii contestației pe fondul său, să se ivească cauze de anulare a procedurii legate de imposibilitatea eventuală a remedierii defectelor de legalitate și temeinicie, de măsuri unilaterale ale autorității contractante etc.

Se arată că petentul invocă informal în susținerea contestației jurisprudența națională preluând paragrafe din deciziile citate ale CNSC îngreunând astfel lecturarea și analiza motivelor contestației, și nu justifică un interes în vederea modificării documentației de atribuire.

În detalierea motivelor contestației, autoarea contestației prezintă cerințele tehnice ce se dorește a fi contractate care, în opinia sa, blochează, în mod nejustificat, accesul său și a altor producători de renume în licitație.

De asemenea, se observă faptul că contestatoarea nu indică consecințele modului în care a fost întocmit caietul de sarcini în condițiile în care produsele sunt, în mod excesiv de detaliat, descrise de către autoritate, fundamentează satisfacerea unor nevoi obiective ale acesteia, și nu restricționează produsele care ar putea fi oferite exclusiv la cele ale producătorilor.

Verificând portalul CNSC, autoritatea contractantă a observat că acest operator economic a înregistrat acest model de contestație în toate procedurile de achiziție publică la care a participat anul acesta și care vizează achiziția de materiale anti Covid.

Contestatorul a constituit cauțiunea în valoare de ... lei, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. .., emisă de ..., înregistrată la CNSC cu nr.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Achiziții materiale anti covid”, cod CPV 33140000-3. În acest sens a elaborat

documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind 09.11.2022, ora 15:00.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a admis-o.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, ... SRL critică, în principal, faptul că autoritatea contractantă a grupat în cadrul procedurii un număr de 12 produse despre care susține că ar fi trebuit să facă obiectul unor loturi distincte, solicitând anularea procedurii.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că procedura de atribuire a contractului impune operatorilor economici să prezinte oferte pentru cele 12 produse indicate în FIȘA DE DATE A ACHIZIȚIEI (SECȚIUNEA II.1.4) Descrierea succintă):

- „DISPENSER DEZINFECTANT - 10 BUC
- TERMOSCANER - 4 BUC
- VENTILATOARE ANTIVIRALE -18 BUC
- ALONJA ANTIMICROBIANĂ - 1000 BUC
- PLACĂ ANTIMICROBIANĂ PT UȘI - 27 BUC
- DEZINFECTANT SUPRAFEȚE - 3000 L
- DISPENSER HÂRTIE -15 BUC
- LAMPĂ UV- 2 BUC
- DEZINFECTANT MÂINI - 1500 L
- MĂȘTI-400000 BUC
- SĂPUN ANTIBACTERIAN - 1500 L
- TUNEL DEZINFECȚIE - 1 BUC".

Analizând modul în care autoritatea contractantă a optat pentru stabilirea obiectului achiziției prin gruparea produselor cu utilizări diferite, fără a utiliza defalcarea pe loturi distincte, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 3 lit. dd) din Legea nr. 98/2016: „*lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate **astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate**, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului*”;

- art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2013: „(1) **În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze produse similare, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi**

separate, valoarea estimată a achiziției se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), prin produse similare se înțelege acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

a) **sunt destinate unor utilizări identice sau similare;**

b) **fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv;**

- art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: **„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței”;**

- art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016: **„În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi”.**

Din analiza modului de grupare a celor 12 tipuri de produse, Consiliul reține că, deși sunt destinate pentru satisfacerea unei necesități generale, respectiv asigurarea măsurilor de dezinfecție și igienă a beneficiarilor și a spațiilor, sunt produse de sine stătătoare, cu sectoare distincte de comercializare, independente unul de altul, cu utilizări diferite, aceste categorii de produse putând fi utilizate independent unele față de altele.

Față de acest aspect, se reține că achiziționarea celor 12 produse prin intermediul unor loturi distincte ar fi profitat atât operatorilor economici interesați cât și autorității contractante.

Această concluzie se impune, pe de o parte, întrucât aceste loturi se pot regăsi în cadrul aceleiași proceduri, fiind loturi cu atribuire simultană, de valoare mai mică și specializare crescută (*fiind stimulată în acest fel participarea întreprinderilor mici și mijlocii*), astfel încât toți operatorii economici interesați ar fi avut posibilitatea reală să depună oferte (*individuale/comune cu sau fără terți susținători și/sau subcontractanți*) pentru unul, două sau toate loturile, cu șanse mari pentru fiecare dintre aceștia de a fi desemnat drept câștigător pentru cel puțin un lot. Pe de altă parte, tocmai această divizare pe loturi ar fi asigurat o concurență reală, în vederea atribuirii fiecărui lot, de natură să conducă la achiziționarea fiecărei categorii de produse în condiții de eficiență economică. Consiliul reține că criteriul de atribuire **„Cel mai bun raport calitate – preț”** ales de autoritatea contractantă (pondera factorilor de evaluare fiind „prețul ofertei”- 80% „durata de livrare”- 20%), pledează, încă o dată, pentru achiziționarea celor 12 produse pe loturi distincte, având în vedere că o participare mai mare a operatorilor economici interesați în a depune oferte pentru fiecare lot, deci pentru fiecare produs, ar conduce la ofertarea unor prețuri cât mai competitive și termene de livrare cât mai scăzute, ceea ce ar aduce un avantaj real și autorității contractante.

Prin urmare, Consiliul apreciază drept pertinente susținerile contestatorului potrivit cărora produsele menționate trebuie să facă obiectul unor atribuii distincte, în funcție de natura și tipul acestora, situație în care pot participa la procedură mai mulți operatori economici interesați, fiind astfel folosite în mod eficient fondurile alocate.

Este adevărat că împărțirea pe loturi reprezintă un drept al autorității contractante ce derivă din dispozițiile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 mai sus citate, dar acest drept nu poate fi exercitat în mod discreționar și abuziv prin nerespectarea atât a scopului legii, de promovare a concurenței între operatorii economici cât și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, respectiv principiile nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Nici faptul că mai mulți operatori economici ar putea să se asocieze în vederea ofertării produselor eterogene nu poate fi reținut, deoarece asocierea nu este o obligație ci un drept al operatorilor economici, relevante fiind și dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel în Decizia civilă nr. respectiv: „Referitor la posibilitatea pentru ofertanți de a se asocia conform art. 53 din Legea nr. 98/2016 pentru a participa la procedură se reține că necesitatea ca ofertanții să se asocieze pentru a putea depune oferte dovedește (...) că modalitatea de stabilire a lotului nr. 1 este restrictivă și că micii producători ori furnizori nu ar putea depune singuri oferte, nefiind astfel încurajată participarea lor la procedură. (...) Neputând depune o ofertă completă, nefiind furnizor al unuia dintre produsele din cadrul lotului în mod evident că este restricționat accesul la procedură al contestatoarei”.

Analizând Strategia de contractare nr. 1042/20.10.2022 aflată la dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a justificat în niciun fel, raportat la prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, decizia de a nu atribui pe loturi distincte cele 12 produse, care ar fi trebuit bazată cel puțin pe o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante.

Contrar susținerilor autorității contractante, în opinia Consiliului, folosirea celor 12 produse împreună nu presupune achiziționarea acestora într-un singur lot, produsele menționate fiind independente, deci pot fi furnizate de operatori economici diferiți.

În acest condiții Consiliul urmează să admită criticile contestatorului referitoare la obligarea autorității contractante la restructurarea achiziției prin organizarea acesteia în 12 loturi distincte.

Însă, potrivit manualului de utilizare al Sistemului Electronic al Achizițiilor Publice (SEAP), înscris disponibil prin accesarea adresei internet www.e-licitatie.ro, butonul „Manual utilizare autoritate contractantă” subiectul/tema „documentații de atribuire” capitolul „completarea documentației de atribuire” secțiunea II, opțiunea de împărțire pe loturi a procedurii de atribuire se realizează la configurarea documentației de atribuire, în starea „în definire” a documentației, înainte de publicarea acesteia în SEAP, aspect din care rezultă că după publicarea acesteia nu mai este posibilă din punct de vedere tehnic nicio modificare, soluția tehnică în acest caz fiind aceea de definire a unei noi documentații de atribuire, fie prin copierea și editarea documentației inițiale prin adăugarea și configurarea loturilor dorite, fie prin definirea unei noi documentații de atribuire în care, de asemenea, să fie adăugate loturile respective.

Având în vedere că remediarea documentației de atribuire nu mai este posibilă după publicarea sa în SEAP, potrivit celor anterior reținute, Consiliul apreciază că se impune anularea procedurii în conformitate cu dispozițiile art.

26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia „În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire.”

Totodată, Consiliul reține că solicitarea principală a contestatorului a fost de anulare a procedurii, astfel că analizarea criticilor formulate în subsidiar referitoare la pretinsa nelegalitate a specificațiilor tehnice aferente produselor care fac obiectului procedurii nu mai are relevanță, de vreme ce, la acest moment, nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL și va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit.c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

Dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.