CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, www. cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr.100/18.01.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr...., depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având C.U.I. ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional de *„...”*, cu sediul profesional în ..., împotriva raportului procedurii nr.21269/21.12.2017, aferent **loturilor 2** și **10,** emis de către ..., cu sediul în ..., autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare produse având ca obiect *„**...**”*, cod CPV 33631600-8 – Antiseptice și dezinfectante (Rev. 2), s-au solicitat: anularea, în parte, a raportului procedurii și obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertei S.C. ... S.R.L. pentru lotul 2, respectiv reevaluarea tehnică a ofertei S.C. ... S.R.L. pentru lotul 10; anularea actelor subsecvente actului atacat; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

În luarea deciziei asupra cauzei de față
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu numărul de mai sus, depusă de S.C. ... S.R.L. împotriva raportului procedurii

nr.21269/21.12.2017, aferent **loturilor 2** și **10,** emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare produse având ca obiect *„...”*, cod CPV 33631600-8 – Antiseptice și dezinfectante (Rev. 2), s-au solicitat: anularea, în parte, a raportului procedurii și obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertei S.C. ... S.R.L. pentru lotul 2, respectiv reevaluarea tehnică a ofertei S.C. ... S.R.L. pentru lotul 10; anularea actelor subsecvente actului atacat; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

În motivarea contestației, precizând că a îndeplinit procedura notificării prealabile, S.C. ... S.R.L. susține că, din cuprinsul raportului procedurii, a luat cunoștință despre decizia autorității contractante de a declara conforme unele propuneri tehnice ale ofertanților pentru loturile 2 și 10, decizie pe care o consideră nelegală și netemeinică.

Cu privire la lotul 2 – *„...”*, contestatorul arată că produsul ..., ofertat de S.C. ... S.R.L., încalcă specificația tehnică prevăzută în caietul de sarcini al lotului 2, respectiv: *„Conform fișei de securitate să nu fie catalogat drept coroziv”*.

Față de conținutul Fișei de securitate a produsului și Avizului Bio nr.1428/08.07.2016, din al căror conținut redă, contestatorul arată că autoritatea contractantă consideră conform acest produs folosind următoarele justificări:

- ... și ... sunt înregistrate în Registrul Național al Produselor Biocide actualizat la data de 01.07.2017, iar reprezentanții comisiei de evaluare oferte nu puteau respinge, din punct de vedere tehnic, produse avizate de Ministerul Sănătății. Cu privire la specificația tehnică din caietul de sarcini potrivit căreia produsul concentrat nu trebuie să fie catalogat ca produs coroziv, autoritatea contractantă susține că a cerut clarificări, iar operatorii economici participanți i-au pus la dispoziție documente justificative care să confirme răspunsul la clarificări, documente semnate de persoane autorizate din cadrul Ministerului Sănătății.

- prin Ordinul nr.1071/16413/2017, publicat în Monitorul Oficial nr.802/10.10.2017, s-a modificat anexa nr.3 (model caiet de sarcini) din Ordinul nr.1082/731/201, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, astfel că produsele biocide pentru dezinfecția suprafețelor critice trebuie să poată fi utilizate pe orice categorie de material (covor pvc tip tarkett, inox, plastic etc.) și să fie compatibile cu materialul suprafețelor și instrumentarului ce urmează să fie dezinfectat, soluția de lucru să nu fie corozivă.

Referindu-se la prima justificare a autorității contractante, contestatorul opinează că este vădit netemeinică și bazată pe o interpretare greșită a legii, iar admiterea ei ar însemna că „în mod

automat” toate produsele avizate de C.N.P.B. trebuie să fie considerate conforme în orice procedură.

Învederând obligația atât a ofertanților cât și a autorității contractante de a respecta prevederile documentației de atribuire care, la rândul lor, sunt obligatorii, după cum s-a statuat și prin decizia C.N.S.C. nr...., contestatorul concluzionează că analiza ofertei S.C. ... S.R.L. trebuia să aibă în vedere îndeplinirea condiției ca produsul oferit să nu fie coroziv în forma concentrată, iar această situație să rezulte din fișa sa de securitate.

Cu privire la cea de a doua justificare, contestatorul apreciază că este bazată pe încălcarea principiilor de drept și pe interpretarea greșită a legii.

Consideră că autoritatea contractantă invocă existența unei situații legislative tranzitorii, în care are aplicabilitate principiul tempus regit actum, avut în vedere chiar de Legea nr.98/2016, în art.236.

S.C. ... S.R.L. susține că modificarea legii sub imperiul căreia a fost întocmită documentația de atribuire – pe parcursul derulării achiziției – nu poate constitui o apărare legală a deciziei autorității contractante (firește, în lipsa unei dispoziții contrare a legi, ceea ce nu este cazul în speța de față).

De asemenea, arată contestatorul, specificația tehnică modificată prin actul normativ invocat de autoritatea contractantă face parte dintre acele norme cu caracter de recomandare cuprinse în Anexa nr.3 la OMS nr.1082/2016, având deci același caracter de normă de recomandare (care nu înfrânge caracterul obligatoriu al specificațiilor tehnice definitive din caietul de sarcini al procedurii).

Cu privire la lotul 10 – ...”, contestatorul susține că produsul ..., ofertat de către S.C. ... S.R.L., nu este conform, sens în care prezintă următoarele considerente:

- este testat la diluția de 100% iar standardele EN 13727, EN 13624, EN 14384 și EN 14476 - impuse prin caietul de sarcini al procedurii - nu permit testarea la diluția de 100% (anexele nr.8-11);

- nu respectă metodologia de testare conform standardului EN 12791 - impus prin caietul de sarcini al procedurii -, neprezentând efectul remanent după 3 ore așa cum prevede standardul (anexa nr. 12);

- nu prezintă perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului (conform Ordinului ministrului sănătății nr.961/2016) - cerință inserată în caietul de sarcini al procedurii;

- nu prezintă recipienți prevăzuți cu pompa de dozare așa cum se stabilește în caietul de sarcini al procedurii, ofertantul prezentând pompele de dozare separat, lucru interzis de art.20 lit.f din OMS nr.961/2016, respectiv „în cazul flacoanelor cu antiseptic este interzisă atingerea gurii flaconului, pentru a se evita contaminarea”, iar prin atașarea pompei dozatoare la flacon, în mod inevitabil, se atinge gura flaconului.

În legătură cu acest produs, contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuia să analizeze ofertele în raport de propria documentație de atribuire, sens în care reproduce un fragment din decizia C.N.S.C. nr.....

Cu privire la faptul că autoritatea contractantă a considerat conforme produsele ... și ..., contestatorul mai arată că, prin decizia nr...., C.N.S.C. i-a respins contestația cuprinzând motive de neconformitate a mai multor produse considerate conforme, între care și cele vizate prin prezenta contestație, ca fiind prematur formulată; deci, nu s-a pronunțat pe fondul criticilor din prezenta contestație.

În drept, au fost invocate prevederile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente, și a solicitat accesul la dosarul format în cadrul Consiliului.

Prin punctul de vedere nr.1193/23.01.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., ... a solicitat respingerea contestației, pentru următoarele considerente:

1. produsele ... și ... sunt înregistrate în Registrul National al Produselor Biocide actualizat la data de 01.07.2017, iar comisia de evaluare nu a putut respinge din punct de vedere tehnic produse avizate de Ministerul Sănătății, iar despre încălcarea specificației tehnice din caietul de sarcini, respectiv produsul concentrat nu trebuie să fie catalogat ca produs coroziv, susține că a cerut clarificări, operatorii economici participanți punându-i la dispoziție documente justificative semnate de persoane autorizate din cadrul Ministerului Sănătății.

2. prin Ordinul nr.1071/16413/2017, publicat în Monitorul Oficial nr.802/10.10.2017 s-a modificat anexa nr. 3 (model caiet de sarcini) a Ordinului 1082/731/2016, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, astfel că produsele biocide pentru dezinfecția suprafețelor critice trebuie să îndeplinească următoarele caracteristici:

- să poată fi utilizat pe orice categorie de material (covor pvc tip tarkett, inox, plastic etc.);
- să fie compatibil cu materialul suprafețelor și instrumentarului ce urmează să fie dezinfectat, soluția de lucru să nu fie corozivă;
- să fie eficient în prezența substanțelor interferente, materie organică;
- să fie cu toxicitate redusă în soluția gata de utilizare;
- soluția de lucru să nu prezinte acțiune iritantă asupra pielii, căilor respiratorii, mucoase oculare și bucale, să nu necesite utilizarea în încăperi cu ventilație specială;
- se va verifica corelarea formulării produsului cu suprafețele pe care acesta va fi utilizat (de ex. produse anticorozive).

Autoritatea contractantă susține că S.C. ... S.R.L. a depus la C.N.S.C. contestația nr.2305/23.10.2017 prin care a solicitat aceleași modificări, iar C.N.S.C. a dat câștig de cauză autorității contractante.

Arată că S.C. ... S.R.L. deține deja 70% din totalul loturilor pentru care s-au depus oferte valabile din punct de vedere tehnic, iar dacă ar fi de acord cu solicitările acestuia, nu ar mai respecta principiile prevăzute la art.2 din Legea nr.98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente din dosarul achiziției publice emise ulterior pronunțării Deciziei C.N.S.C. nr.....

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, S.C. ... S.R.L. a transmis „concluzii scrise" arătând că își menține criticile prezentate în cadrul contestației.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect ***„..."***, cod CPV 33631600-8 – Antiseptice și dezinfectante (Rev. 2), sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.....

Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între ... și ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„..."*.

Achiziția a fost împărțită în loturi de produse, numerotate de la 1 – 13, prin contestația de față fiind contestate următoarele loturi: ***lotul 2*** *„..."*, cu o valoare estimată între ... lei, fără TVA; ***lotul 10*** *„..."*- cu o valoare estimată între ... lei, fără TVA.

Împotriva procesului verbal nr.17039/09.10.2017 de evaluare financiară, S.C. ... S.R.L. a formulat contestația soluționată de C.N.S.C., prin Decizia nr.... din ..., în sensul respingerii, ca nefondată.

Continuând procedura de achiziție publică, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr.21269/21.12.2017, conform căruia:

- pentru lotul 2, oferta S.C. ... S.R.L. s-a situat pe locul 2, cu o valoare de 131.928,00 lei, pe primul loc aflându-se oferta depusă de către S.C. ... S.R.L., cu o valoare de 129.444,00 lei.

- pentru lotul 10, oferta S.C. ... S.R.L. se situează pe locul 2, cu o valoare de 44.937,60 lei, pe primul loc aflându-se oferta depusă de către S.C. ... S.R.L., cu o valoare de 42.689,00 lei.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire aferent loturilor menționate, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, S.C. ... S.R.L. a depus, în termenul legal, contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

S.C. ... S.R.L. critică deciziile autorității contractante de a desemna câștigătoare, în cazul lotului 2, oferta depusă de S.C. ... S.R.L. și, în cazul lotului 10, oferta depusă de S.C. ... S.R.L., susținând că sunt nelegale, deoarece ofertele menționate sunt neconforme.

Cu titlu preliminar, Consiliul va respinge susținerea autorității contractante conform căreia contestatorul a mai depus o contestație

„prin care a solicitat aceleași modificări, iar C.N.S.C. a dat câștig de cauză AC", deoarece, prin decizia precedentă, nu s-au analizat aspectele invocate de contestator, fiind considerate premature în lipsa unui rezultat final al procedurii.

Astfel, legat de lotul 2 – *„..."*, contestatorul susține că produsul oferit de S.C. ... S.R.L. nu respectă specificația tehnică prevăzută în caietul de sarcini, având conținutul *„Conform fișei de securitate să nu fie catalogat drept coroziv".*

În analiza temeiniciei acestei critici, Consiliul reține că, într-adevăr, prin caietul de sarcini, aferent lotului 2 – *„..."*, autoritatea contractantă a impus, printre specificațiile tehnice, și pe aceea având conținutul ***„Conform fișei de securitate, produsul concentrat să nu fie catalogat ca produs coroziv****."*

Din analiza fișei de securitate a produsului ... și avizul BIO nr.1428/08.07.2016, prezentate de S.C. ... S.R.L., se observă că respectivul produs este unul coroziv, aspect care, de altfel, nu este tăgăduit nici de autoritatea contractantă.

Deși nu încape nicio îndoială că produsul oferit de S.C. ... S.R.L. nu respectă specificația tehnică enunțată, autoritatea contractantă susține că acesta este înregistrat *„în Registrul Național al Produselor Biocide actualizat la data de 01.07.2017, iar reprezentanții comisiei de evaluare oferte nu au putut respinge din punct de vedere tehnic produsele avizate de Ministerul Sănătății*".

Consiliul nu poate reține în soluționare acest argument în raport cu prevederile documentației de atribuire, care au caracter obligatoriu, după cum corect susține contestatorul, nu numai pentru ofertanți în etapa de evaluare a ofertelor, dar și pentru comisia de evaluare în etapa de evaluare a ofertelor.

Relevante în acest sens sunt dispozițiile art.123 din H.G. nr.395/2016, conform cărora ***„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)",*** dar și dispozițiile art.127 alin.1 lit.f din același act normativ, conform cărora comisia de evaluare are, printre atribuții, și pe aceea de ***„verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;"***

Așadar, comisia de evaluare avea obligația de a evalua ofertele exclusiv prin raportate la prevederile documentației de atribuire, obligație ce în speța de față a fost încălcată.

De asemenea, față de aceleași considerente, nu poate fi reținut în soluționare nici argumentul conform căruia ulterior depunerii ofertelor a survenit O.M.S. nr.1071/10.10.2017 care îngăduie participarea la procedură a produselor a căror soluție de lucru nu este corozivă (chiar dacă, în forma concentrată, ele sunt corozive).

În plus, acceptarea unei oferte întocmită cu nesocotirea documentației de atribuire, așa cum este oferta S.C. ... S.R.L., ar reprezenta o încălcare, de către autoritatea contractantă, a principiului tratamentului egal, prevăzut la art.2 alin.2 lit.b din Legea nr.98/2016,

acest ofertant fiind evident avantajat în raport cu ceilalți participanți la procedură care au depus oferte cu respectarea documentației de atribuire.

Dispozițiile O.M.S. nr.1071/10.10.2017 se impun a fi respectate de către autoritatea contractantă, dacă optează în acest sens dat fiind caracterul de recomandare, în cadrul unor procedurii ulterioare, iar nu în prezenta procedură care este guvernată de cerințele documentației de atribuire emisă sub imperiul legislației incidente la momentul elaborării și adusă la cunoștința operatorilor economici interesați la data de 13.06.2017, a publicării în SEAP.

Aceasta deoarece O.M.S. nr.1071/10.10.2017 produce efecte doar pentru viitor și nu pentru trecut, adică nu poate avea efecte asupra unor proceduri aflată în derulare și, mai mult, care au avut o dată de depunere a ofertelor anterioară apariției sale, așa cum este cazul în speța de față.

Nu reprezintă un argument pertinent nici susținerea autorității contractante conform căreia contestatorului i-ar fi fost atribute un număr considerabil de loturi din cadrul procedurii, considerent străin de atribuțiile ce revin comisiei de evaluare în cadrul unei proceduri de atribuire.

Prin urmare, constatând că S.C. ... S.R.L. a oferit un produs care nu respectă una dintre specificațiile tehnice ale caietului de sarcini, comisia de evaluare avea obligația de a proceda la respingerea ei, incidente fiind dispozițiile art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016.

Cu privire la lotul 10 – *„...”,* contestatorul susține că produsul ..., oferit de S.C. ... S.R.L., nu este conform, deoarece:

- este testat la diluția de 100% iar standardele EN 13727, EN 13624, EN 14384 și EN 14476 - impuse prin caietul de sarcini al procedurii - nu permit testarea la diluția de 100% (anexele nr.8-11);

- nu respectă metodologia de testare conform standardului EN 12791 - impus prin caietul de sarcini al procedurii -, neprezentând efectul remanent după 3 ore așa cum prevede standardul (anexa nr. 12);

- nu prezintă perioada de valabilitate/stabilitate/siguranță în timp împotriva contaminării din momentul deschiderii recipientului (conform Ordinului ministrului sănătății nr.961/2016) - cerință inserată în caietul de sarcini al procedurii;

- nu prezintă recipienți prevăzuți cu pompa de dozare așa cum se stabilește în caietul de sarcini al procedurii, ofertantul prezentând pompele de dozare separat, lucru interzis de art.20 lit.f din OMS nr.961/2016, respectiv „în cazul flacoanelor cu antiseptic este interzisă atingerea gurii flaconului, pentru a se evita contaminarea”, iar prin atașarea pompei dozatoare la flacon, în mod inevitabil, se atinge gura flaconului.

Ca și în cazul lotului precedent, se observă că autoritatea contractantă nu contestă cele susținute de S.C. ... S.R.L. și formulează apărări identice celor referitoare la lotul anterior contestat.

Fără a mai relua considerentele deja expuse, Consiliul va admite criticile contestatorului și cu privire la acest lot, incidente în cazul ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. fiind aceleași dispoziții ale art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016.

Având în vedere cele ce preced, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.98/2016, Consiliul admite contestația, anulează raportul procedurii nr.21269/21.12.2017 în partea referitoare la evaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. în cazul lotului 2, respectiv evaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. în cazul lotului 10, deciziile de atribuire în cazul loturilor menționate, precum și actele subsecvente corespunzătoare părții anulate din înscrisul arătat, urmând ca autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertelor menționate și stabilirea ofertelor câștigătoare, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

În temeiul alin.9 al aceluiași articol, Consiliul va admite cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata sumei de 1.500,00 lei, reprezentând onorariu avocat conform facturii nr.132/18.01.2018, achitată prin OP.49/18.01.2018.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din lege.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., anulează raportul procedurii nr.21269/21.12.2017 în partea referitoare la evaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. în cazul lotului 2, respectiv evaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. în cazul lotului 10, deciziile de atribuire în cazul loturilor menționate, precum și actele subsecvente corespunzătoare părții anulate din înscrisul arătat.

Obligă ... să procedeze la reevaluarea ofertelor menționate și stabilirea ofertelor câștigătoare, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Obligă ... să plătească S.C. ... S.R.L. suma de 1.500,00 lei, reprezentând cheltuieli ocazionate cu soluționarea contestației (onorariu avocat).

Obligatorie.

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

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

Redactată în patru exemplare originale, conține ... pagini.