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. 1909/13.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., împotriva *„documentației de atribuire - caietul de sarcini al loturilor nr.1 și nr.6 al procedurii”,* elaborată de ,,,, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„...”*, cod CPV 33631600-8 antiseptice și dezinfectanți (Rev.2), s-a solicitat: *„modificarea documentației de atribuire în sensul criticilor formulate prin Notificarea prealabilă și prin prezenta contestație și obligarea autorității contractante la plata cheltuielior de judecată ocazionate de contestație (onorariu avocat în sumă de 1.000 lei)”.*

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

Prin contestația nr. 1909/13.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... SRL, împotriva *„documentației de atribuire - caietul de sarcini al loturilor nr.1 și nr.6 al procedurii”,* elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„...”*, s-a solicitat: *„modificarea documentației de atribuire în sensul criticilor formulate prin Notificarea prealabilă și prin prezenta contestație și obligarea autorității contractante la plata cheltuielior de judecată ocazionate de contestație (onorariu avocat în sumă de 1.000 lei)”.*

În argumentarea probatorie a cererilor sale, SC GB ... SRL menționează că, în data de 07.09.2017, a notificat autoritatea contractantă solicitarea de a proceda la modificarea prevederior caietului de sarcini vizând loturile nr. 1, nr. 3, nr. 6 și nr. 7, în raport de criticile de nelegalitate și netemeinicie invocate, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa postată în SEAP, în data de 12.09.2017, admițând doar o parte dintre critici, fapt pentru care petenta a formulat contestația din cauză, prin care solicită ca autoritatea contractantă să fie obligată la modificarea caietului de sarcini în părțile referitoare la **loturile nr. 1 și nr. 6**, cu referire la specificația tehnică prin care s-a impus acțiunea: *„Fungicidă: EN 13624 (candida albicans; Aspergilius brasiliensis) (2,1), timp de contact între 30 sec. și 1 min., reducție 1g, pentru produs de spălare ≥ 2,0, pentru produs de frecare ≥ 4,0”,* care apreciază că se impune a eliminată, întrucât testarea pe tulpina *Aspergillius brasiliensis* nu este prevăzută de standardul EN 13624, la care face trimitere standardul EN 14885:2015, precizat în caietul de sarcini.

SC ... SRL mai arată că, în răspunsul său la Notificarea prelabilă, autoritatea contractantă a înlocuit cerința privind testarea pe tulpina *Aspergillius brasiliensis* cu cea pe tulpina *Aspergillius niger*, astfel: *„Răspuns: Cerința privind testarea pe tulpina Aspergillius brasiliensis se modifică cu cerința «testarea pe Aspergillius niger» ATCC 16404”* , împrejurare în care susține că critica sa de nelegalitate „*a rămas aceeași*”, deoarece nici testarea pe *Aspergillius niger* nu este prevăzută de standardul EN 13624, la care face trimitere EN 14885:2015 din caietul de sarcini.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestației învederează faptul că, potrivit art. 5.2.1 („Microorganisme de încercare”) din standardul EN 13624, activitatea fungicidă trebuie evaluată cu ajutorul următoarelor tulpini, ca microorganisme de încercare alese conform art. 4:

Condiții de încercare	**Dezinfectare igienică a mâinilor prin frecare și spălare**	**Dezinfectare igienică a mâinilor prin frecare și spălare**	**Dezinfectare instrumente**	**Dezinfectare suprafețe**
Spectrul minim al microorganismelor de încercare	Candida albicans (celule vegetative)	Candida albicans (celule vegetative)	a) activitate fungicidă: *Aspergillius brasiliensis (conidiospori) Candida albicans (celule veg.)* b) activitate levuricidă: *Candida albicans (celule veg.)*	a) activitate fungicidă: *Aspergillius brasiliensis (conidiospori) Candida albicans (celule veg.)* b) activitate levuricidă: *Candida albicans (celule veg.)*

Astfel în opinia contestatoarei, din tabelul redat rezultă că, pentru dezinfecția igienică a mâinilor, testarea suficientă pentru demonstrarea efectului fungicid este pe tulpina *Candida albicans*.

În drept, au fost invocate dispozițiile legale invocate în contestație.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 8808/20.09.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ... solicită respingerea contestației formulată de SC GB INDCO SRL, ca neîntemeiată.

În fapt, autoritatea contractantă menționează că ofertantul contestator critică prevederile caietului de sarcini, astfel cum acestea au fost modificate, ca măsură de remediere, în data de 12.09.2017, urmare a Notificării prelabile, respectiv împotriva metodei de testare pe tulpina Aspergillius niger, solicitată pentru loturile nr.1 și nr.6.

Organizatoarea procedurii menționează că, atât caietul de sarcini cât și notificarea sa publicată în SEAP în data de 12.09.2017, au ca temei legal OMS nr.1082/731/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide și Standardul român SR EN 14885 - antiseptice și dezinfectante.

Susține că *„standardul european EN 14885:2015 are statutul unui standard român și înlocuiește SR EN 14885/2007 și este aprobat de Directorul General al ASRO la 29 ianuarie 2016”,* iar potrivit standardului român SR EN 14885 „Antiseptice și dezinfectante”, tabel 1 b – zona medicală – condiții de testare și cerințe ale metodelor standard de testare a se folosi pentru a substanția afirmările, activitatea fungicidă și levurocidă a produselor la organismele de testare sunt menționate, atât *Candida albicans* ATCC 10231, cât și *Aspergillius niger* ATCC 16404 = activitate fungicidă, iar pentru activitatea levurocidă este suficient ca organism de testare doar *Candida albicans*.

Autoritatea contractantă mai arată că, din OMS nr.1082/731/2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide pentru activitatea fungicidă, conform EN 13624, organismele de testare sunt *Candida albicans* și *Aspergillius Brasiliensis*.

În opinia autorității contractante, în contestația sa, SC GB INDCO SRL face referire la un standard SR EN 13624:2014, fără actualizări.

Având în vedere cele expuse, spitalul solicită respingerea contestației, inclusiv a solicitării de acordare a cheltuielilor de judecată, susținând că autoritatea contractantă nu a fost informată cu privire la cuantumul și întinderea acestora.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 1985/22.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.... SRL a răspuns punctului de vedere al autorității contractante solicitând respingerea apărărilor acesteia, din următoarele motive:

1. Deși invocă respectarea OMS nr. 1082/2017, autoritatea contractantă nu este în măsură să indice textul din acest act normativ

care prevede testarea pe tulpina *Aspergillius niger* pentru dovedirea efectului fungicid.

2. Dacă prin invocarea OMS nr.1082/2016 se înțelege trimiterea la standardul EN 14885:2015, atunci:

- afirmația potrivit căreia ar exista o traducere oficială în limba română a acestui standard nu este reală;

- înscrisurile doveditoare pretins a fi extrase din EN 14885:2015 provin de la SC ... SRL (a se vedea semnătura electronică a reprezentantului legal al acestei societăți, d-nul Dan Cruceanu, depusă pe unul dintre înscrisuri);

- înscrisurile doveditoare pretins a fi extrase din EN 14885:2015 sunt „falsuri grosolane"; filele pretins a fi extrase EN 14885:2015 și folosite în anexa la punctul de vedere diferă de cele ale originalului; mențiunea *Aspergilius brasiliensis* din varianta originală este înlocuită cu mențiunea *Aspergilius niger,* astfel încât să slujească scopului *„(posibil comun al AC și al competitorului menționat) de a înșela completul de judecată".* Astfel, contestatoarea afirmă că *„fiind indicii ale săvârșirii unor infracțiuni din sfera falsului, iar probele susținând aceste indicii afându-se în deținerea C.N.S.C., invităm completul de judecată al Consiliului investit cu soluționarea cauzei să aplice dispozițiile legii".*

- din tabelul 1b al EN 13624 rezultă că, pentru dezinfecția igienică, rezultă că *însușirea de produs pentru dezinfecția igienică a mâinilor* (prin spălare și frecare) poate fi dovedită prin testarea pe tulpinile *Candida albicans* și *Aspergillius brasiliensis* (pentru dovedirea efectului fungicid) sau pe tulpina *Candida albicans* (pentru dovedirea efectului levuricid), făcându-se totodată trimitere la normele standardului specializat EN 13624, denumit *„Antiseptice, dezinfectante chimice, încercarea cantitativă a suspensiei pentru evaluarea activității fungicide sau levuricide în domeniul medical, metoda de încercare și cerințe (faza 2, etapa 1"*.

- din tabeul 1 din standardul EN 13624 rezultă că, pentru dezinfecția igienică a mâinilor prin spălare și frecare, este suficient ca produsul să prezinte doar activitate levuricidă (testarea pe tulpina *Candida albicans*);

În opinia contestatoarei, susinerea sa este întărită de concluziile prezentate la finalul standardului, unde, cu referire la *„produsele de dezinfecție a mâinilor prin frecare și spălare",* se menționează doar testarea pentru dovedirea activității levuricide (adică pe tulpina *Candida albicans*), deoasebit de produsele pentru dezinfecția instrumentarului și pentru dezinfecția suprafețelor, unde se impune testarea pe tulpinile *Candida albicans și Aspergillius brasiliensis* pentru dovedirea activității fungicide.

3. Cu privire la susținerea autorității contractante potrivit căreia în cuprinsul contestației *„referirile se fac la un standard SR EN 13624:2014, fără actualizări",* contestatoarea afirmă că *„pe lângă lipsa sa de finalitate (căci nu invocă o anume diferență între cele două pretinse forme ale standardului 13624:2013, diferența care ar folosi uneia dintre părți, arătăm că autoritatea contractantă este din nou în*

eroare (autoprovocată pro causa) standardul în discuție datează din anul 2013, dar includerea sa în corpusul standardelor române s-a făcut în anul 2014 (așadar nu există nicio deosebire, varianta în lima română datând din anul 2014 – fiind traducerea versiunii oficiale UE din 2013)".

Având în vedere cele expuse, petenta solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la eliminarea testării pe tulpina *Aspergillius niger*.

Prin adresa nr.4547/11.10.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 42852/11.10.2017, autoritatea contractantă a transmis documentul intitulat „Note scrise", prin care solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL pe cale de excepție, ca fiind lipsită de interes și pe fond, ca neîntemeiată.

În susținerea excepției invocate autoritatea contractantă menționează că societatea contestatoare a ridicat obiecțiuni împotriva prevederilor caietului de sarcini solicitate pentru loturile nr. 1 și nr. 6, data de 03.10.2017, ora 16.00, a fost ultima zi, respectiv oră, până la care se depuneau ofertele pentru procedura de atribuire, iar autorul contestației a depus ofertă pentru loturile contestate.

Raportat la cele prezentate, spitalul apreciază că, prin depunerea ofertei, contestatoarea a achiesat la prevederile documentației de atribuire astfel cum aceasta a fost emisă, motiv pentru care aceasta nu mai poate fi considerată persoană vătămată de actul elaborat de autoritatea contractantă, efectele prevederilor documentației de atribuire nemaiputând să-i producă vreun prejudiciu în situația în care acesta a decis să depună ofertă în condițiile enunțate.

Prin adresa nr. 42966/02.10.2017, Consiliul a solicitat contestatorului punct de vedere privind excepția lipsei de interes în promovarea contestației.

Prin adresa nr. 2175/12.10.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... SRL a solicitat respingerea excepției lipsei de interes în promovarea contestației, invocată de autoritatea contractantă prin adresa nr.9547/11.10.2017, ca neîntemeiată, iar după ce redă dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea precizează că interesul în formularea contestației trebuie apreciat la momentul introducerii contestației, iar sub acest aspect nu există niciun dubiu că a avut interesul atacării actului nelegal al autorității contractante.

Totodată, contestatoarea susține că simplul fapt al participării, în continuare, la o procedură pe care o cinsideră nelegală, dar perfectibilă, eventual, prin modul de soluționare a contestației, nu însemnă renunțarea la contestație.

De asemenea, SC ... SRL precizează că interesul său pentru reformarea caietului de sarcini rămâne valid, atâta timp cât autoritatea contractantă nu a procedat/procedează la remedierile solicitate, iar neregularitățile arătate prin contestație îi pot cauza un prejudiciu, existând posibilitatea ca autoritatea contractantă să procedeze la măsuri de evaluare încălcând regulile stabilite prin lege.

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, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...", cod CPV 33631600-8 antiseptice și dezinfectanți (Rev.2), publicând în SEAP anunțul de participare nr. ....

Conform anunțului de participare, valoarea estimată a achizitiei este de 761.025lei, fără TVA, criteriul de atribuire a contractului este „Pretul cel mai scazut", iar modalitatea de derulare a procedurii a fost integral prin utilizarea mijloacelor electronice – ONLINE, prin SEAP.

Prin caietul de sarcini, în forma sa inițială, publicată în SEAP la data de 29.08.2017, pentru produsele din **loturile**:

- **nr. 1** – *„Dezinfectant lichid pentru dezinfecţia igienică a mâinilor prin frecare*";

- **nr. 6** – *„Dezinfectia igienică a mâinilor prin spălare si/sau frecare-sapun lichid cu dezinfectant Indicaţii: dezinfecţia igienică a mâinilor*",

s-a impus cerința comună ca **activitatea Fungicidă** să fie testată conform *„**EN 13624 (Candida albicans; Aspergillius brasiliensis)***", cerință care, prin clarificarea publicată în SEAP la data de 12.09.2017, sub forma fișierului denumit *„Clarificare - Solicitare clarificare/raspuns la solicitarea de clarificare/clarificare - 12.09.2017 14:56 - Clarificare ([CN178397/006] Clarificare-semnat.docx.p7s)*" a fost modificată, astfel: *„Cerinta privind testarea pe tulpina Aspergillus brasiliensisse* **se modifica** cu cerinta **"/testarea pe *Aspergillus niger*"** ATCC 16404".

Cerința de testare a dezinfectanților din componența loturilor nr. 1 și nr. 6 pe tulpina ***Aspergillus niger*** pentru demonstrarea efectului fungicid a fost contestată în termen legal de către SC GB INDCO SRL, acțiune prin care solicită eliminarea cerinței testării pe respectiva tulpină (***Aspergillus niger***), pe motiv că o astfel de testare nu este prevăzută de Standardul EN 13624 la care face trimitere Standardul EN 14885:2015.

Se mai reține că, potrivit documentului publicat în SEAP la data de 09.10.2017 sub denumirea *„**Lista participanti** ([CN178397/011] Lista participanti-semnat.pdf.p7s)*", contestatoarea SC GB INDCO SRL a depus oferte pentru loturile **nr. 1**, nr. 3, nr. 4 și **nr. 6**.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 – *„**Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor** de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*", Consiliul va analiza mai întâi ***excepția lipsei de interes în promovarea contestației***, invocată de autoritatea contractantă prin adresa nr.4547/11.10.2017, motivată prin faptul că petenta SC ... SRL a depus oferte pentru loturile nr. 1 și nr. 6 în condițiile instituite prin documentația de atrbuire atacată cu contestația din cauză.

În analiza excepției, Consiliul se va raporta la următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016:

- art. 2 alin. (1) – „***Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept*** *al său ori* ***într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante*** *(...) poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*";

- art. 3 alin. (1) lit. a) – „***act al autorităţii contractante*** *- orice* ***act administrativ emis în legătură cu o procedură*** *privind atribuirea unui contract,* ***orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice****, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire*";

- art. 3 alin. (1) lit. f) – „***persoană care se consideră vătămată*** *-* ***orice operator economic care <u>îndeplineşte cumulativ</u>*** *următoarele condiţii:*

(i) ***are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire****; şi*

(ii) a suferit, suferă sau ***riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice****, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire*".

În raport de dispozițiile legale redate în cele ce preced și luând în considerare stadiul procedurii de atribuire, constituit de etapa de elaborare și fundamentare a ofertelor în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, act administrativ al autorității contractante care, prin regulile sale, astfel cum acestea au fost modificate prin operațiunea administrativă de răspunsuri la clarificările solicitate de operatorii economici, poate produce efectul juridic vătămător al împiedicării contestatoarei în a elabora și a participa la procedură cu o ofertă conformă cu cerințele documentației de atribuire, Consiliul reține că dreptul lezat al contestatoarei la etapa descrisă era constituit de împiedicarea participării la procedură (prin impunerea de reguli considerate nelegale în documentația de atribuire) împotriva reglementărilor art. 53 – „*Orice operator economic* ***are dreptul de a participa*** *la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat (...)*" și art. 71 – „*În cadrul procedurii de licitaţie deschisă* ***orice operator economic are dreptul de a depune ofertă*** *în urma publicării unui anunţ de participare*", ambele din Legea nr. 98/2016.

Astfel, interesul contestatoarei era cel de realizarea a dreptului de participare la procedură cu ofertă elaborată în condițiile instituite prin dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2017 – „*Ofertantul depune oferta* ***elaborată în conformitate cu informaţiile şi cerinţele prevăzute în documentele achiziţiei*** (...)", astfel că, depunând oferta, petenta și-a

atins interesul corespunzător etapei de participare la procedură în condițiile documentației de atribuire în forma necenzurată de Consiliu, ofertele respective fiind asumate deliberat ca fiind elaborate cu respectarea dispozițiilor art. 75 din lege, redat în precedent.

Întrucât, prin propriul act de voință de a depune ofertă în condițiile documentației de atribuire în forma criticată, petenta confirmă că specificația tehnică a caietului de sarcini criticată nu i-a produs vătămare, în sensul că nu a împiedicat-o în a elabora ofertele aferente celor două loturi în sensul existenței posibilității de asigurare de dezinfectanți testați pe tulpina ***Aspergillus niger*** pentru demonstrarea efectului fungicid, contestația prin care SC GB INDCO SRL solicită eliminarea cerinței testării pe respectiva tulpină era lipsită de interes, petenta nefiind persoană vătămată în înțelesul art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, afirmația acesteia conform căreia *„interesul său pentru reformarea caietului de sarcini rămâne valid, atâta timp cât autoritatea contractantă nu a procedat/procedează la remedierile solicitate, iar neregularitățile arătate prin contestație îi pot cauza un prejudiciu, existând posibilitatea ca autoritatea contractantă să procedeze la măsuri de evaluare încălcând regulile stabilite prin lege*" fiind de natură a forța o atingere evidentă a principiilor instituite prin dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în mod deoasebit celor ale transparenței și egalității de tratament al ofertanților, în sensul că, în raport cu ceilalți ofertanți, petenta ar obține un statut privilegiat, prin aceea că ofertele sale ar deveni admisibile și în condițiile testării produselor pe tulpina invocată, dar și în absența respectivei testări.

Față de cele constatate, Consiliul va admite excepția lipsei de interes a contestației, invocată de autoritatea contractantă, iar în temeiul dispozțiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ..., fără a proceda la analiza fodului cauzei.

Urmare a respingerii contestației, cererea contestatoarei de *„obligare a autorității contractante la plata cheltuielior de judecată ocazionate de contestație (onorariu avocat în sumă de 1.000 lei)"*, va fi, de asemenea, respinsă.

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 excepția lipsei de interes a contestației, invocată de autoritatea contractantă, și respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de către SC ... SRL, cu sediul în ...în contradictoriu cu ....

Respinge cererea petentei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, în sumă de 1.000 lei.

Obligatorie.

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

Președinte	**Membru**	**Membru**
...	**...**	**...**

Redacată în patru exemplare originale, conține 9 pagini.