



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. / 16.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. / 17.11.2022, ... SRL, cu sediul în municipiul, ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal de ing., în calitate de administrator și convențional, de, cu sediul profesional în municipiul, ..., a criticat raportului procedurii nr. / 09.11.2022, întocmit de, cu sediul în municipiul, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare având ca obiect „Biocide, Dezinfectanți, Dipozitive medicale”, lot 2 și a solicitat Consiliului:

- obligarea autorității contractante la acordarea accesului la consultarea dosarului concurentului la lotul 2;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertei la lotul 2, în raport de motivele accesibile nouă la această dată;
- modificarea raportului ca urmare a reevaluării tehnice a ofertei și stabilirea unui nou clasament al ofertelor admisibile la lotul 2.

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 solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Ulterior prezentării unui scurt istoric al procedurii de atribuire, contestatoarea redă prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, Hotărârea CJUE din 7 septembrie 2021 în cauza C-927/19 și menționează refuzul autorității contractante de a acorda accesul la consultarea în format electronic a ofertei societății SRL pentru lotul 2, precum și refuzul autorității contractante de a-și motiva refuzul accesului la dosar.

Societatea contestatoare susține că, în raportul procedurii și în răspunsul său la solicitarea de consultare a dosarului achiziției, autoritatea contractantă a susținut confidențialitatea și motivarea acesteia de către SRL.

În acest sens, contestatoarea a menționat prevederile art. 57 și art. 216 din Legea nr. 98/2016, precum și Decizia nr. 389/2020 în dosarul 385/32/2020 emisă de Curtea de Apel Bacău, susținând că autoritatea contractantă avea obligația de a respecta prevederile Legii nr. 98/2016 referitoare la confidențialitatea ofertelor și la limitele dreptului său de a exercita refuzul acordării accesului la datele și informațiile acestora.

Totodată, contestatoarea invocă Decizia nr. 522/CA/18.06.2021 din Dosarul nr. 219/35/2021 emisă de Curtea de Apel Oradea, susținând, cu privire la fondul cauzei, în legătură cu confidențialitatea unei oferte de dezinfectanți, că actele ținând de autorizarea vânzării unui dezinfectant pe teritoriul României (avizele C.N.P.B. și temeiurile emiterii lor) – nu pot fi ascunse în spatele unei pretense confidențialități, fiind informații publice [*„orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice, indiferent de suportul ori de formă sau de modul de exprimare a informației”* - art. 2 lit. b) Legea nr. 544/2001].

Contestatoarea redă prevederile art. 66 din Regulamentul UE nr. 528/2012 care stabilește care sunt informațiile care pot fi considerate, în mod normal, confidențiale și citează, ca și jurisprudență în acest sens, Decizia CNSC nr. din data de 17.03.2022. Petenta consideră că CNSC trebuie să ia în considerare această poziție deja exprimată, în măsura în care SRL nu a depus la dosarul achiziției alte acte decât cele la care a făcut referire Completul 1, emitent al deciziei citate.

De asemenea, contestatoare consideră că trebuie să se compare pretențiile SRL cu textele dreptului național și comunitar privind accesul la informațiile publice în acest domeniu – al dezinfectanților produse biocide.

Privind neacceptarea consultării în format electronic a dosarului lotului 2, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile exprese ale Legii nr. 544/2001.

Astfel, nefiind în discuție prevederi derogatoare de la Legea nr. 544/2001, petenta menționează prevederile art. 7 alin. (3) al acestei legi.

Invitația autorității contractante de a consulta dosarul achiziției la sediul său este lipsită și de proporționalitatea pe care trebuie să arate o autoritate contractantă în relația sa cu operatorii economici - principiu expres prevăzut în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Realizarea scopului prevederii art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, în cazul în care autoritatea contractantă avea într-adevăr această intenție, se putea îndeplini într-o manieră convenabilă pentru ambele părți prin comunicarea documentelor în format electronic.

Contestatoarea invocă principiul proporționalității, jurisprudența europeană în materie și susține că, în aceste condiții, nu a putut formula decât critici referitoare la pretinsa neconformitate a ofertei SRL.

Referitor la reevaluarea tehnică a ofertei SRL, în raport de motivele accesibile la data formulării contestației, societatea contestatoare apreciază că produsul ofertat de este

Acest produs nu îndeplinește cerințele cumulate prevăzute în caietul de sarcini aferent lotului 2, respectiv *„să poată fi aplicat prin nebulizare (principiul: difuziune particule cu diametrul sub sau egal cu 0,3 μm)”*, coroborat cu modificarea acestuia prin adresa autorității contractante nr. /23.06.2022 publicată în SEAP la data de 23.06.2022, potrivit căreia: *„A Referitor la Pct 2.2.1.3.-Lotul 2, din contestație, A.C. menționează următoarele: AC adoptă măsuri de remediere, în vederea modificării caietului de sarcini al lotului 2: La capitolul VI. informații privind loturile și caracteristicile tehnice ale produselor ce urmează a fi achiziționate, lot 2 se adaugă o nouă solicitare: Să prezinte dovezi de eficacitate compatibile cu spectrul de activitate descris în acțiunea de nebulizare prin testări conform standardului EN 17272:2020”*.

Astfel, contestatoarea consideră că SRL nu a făcut dovada că produsul ofertat are acțiune pe cale aeriană prin nebulizare și testări doveditoare ale eficacității conform EN 17272:2020.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. /21.11.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. din 22.11.2022, ..., a solicitat respingerea contestației ca nelegală și netemeinică.

În susținere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii de atribuire și indică prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016 susținând că societățile SRL și SRL au solicitat accesul la dosarul procedurii, acces ce le-a fost acordat, însă societățile au renunțat la solicitările lor, nedând curs invitațiilor în scopul vizualizării dosarului.

În susținere, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, Decizia CNSC nr. și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva Etat belge.

Referitor la lotul 2 – Produs dezinfectant pentru dezinfecția terminală aeromicrofloră pe calea aerului prin nebulizare produs biocid, autoritatea contractantă redă solicitarea din caietul de sarcini și susține că SRL a prezentat, pentru confirmarea faptului că produsului ofertat este conform

cu prevederile caietului de sarcini, considerate de contestatoare ca fiind neîndeplinite, următoarele:

- Să poată fi aplicat prin nebulizare (principiul: difuziune particule cu diametrul sub sau egal cu 0,3 μm)- rezultă din eticheta produsului (producător PLIVA Hygiene GmbH) din care rezultă clar îndeplinirea cerinței respective;

- Să prezinte dovezi de eficacitate compatibile cu spectrul de activitate descris în acțiunea de nebulizare prin testări conform standardului EN 17272:2020-rezultă din:

- a) declarația producătorului aparatului de nebulizare DIOP GmbH & Co. KG: *„Dezinfectarea aerului cu ceață uscată conform EN 17272:2020, Către persoanele interesate, Subscrisa DIOP GmbH & Co. KG - producător al sistemelor automate de dezinfectare a aerului, și suprafețelor din interior (aHP = tehnologia aerosolizată a peroxidului de hidrogen), cu sediul la Diesel str. 5-6 în 61191 Rosbach Germania, confirmăm prin Rosbach Germania, confirmăm prin prezenta faptul că modelele noastre generatoare de aerosoli DiosolGenerator Standard DiosolGenerator Protec Professional și Protec Professional + produc o ceață uscată extrem de fină numită «Micro Aerosol în Derivă» (Drifting Micro Aerosol) cu o dimensiune a picăturilor cuprinsă între 2 și 10 μm (80% din picături având o dimensiune de 5 microni). Semnătură indescifrabilă. Ștampilă oficială: DI OP GmbH & Co KG" din 10.11.2020 / Rosbach, Germania";*

- b) Raport de testare B29037c eficacitate bactericidă EN 17272 din 2.03.2022, B29037e din 15.03.2022 eficacitate fungicidă EN 17272, B29037g din 23.03.2022 eficacitate micobactericidă EN 17272, B29037f din 18.03.2022 eficacitate adenovirus tip 5 și norovirus murin EN 17272, B29037g din 15.03.2022 eficacitate sporicidă EN 17272.

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

Prin adresa nr. /23.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. /24.11.2022, ... SRL a înaintat un răspuns, ca urmare a recepționării punctului de vedere din partea autorității contractante, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Reiterând aspectele menționate în cuprinsul contestației, suplimentar, societatea contestatoare, referindu-se la declarația de confidențialitate depusă de SRL în cadrul ofertei, menționează că a lipsit orice dovadă a pretensei confidențialități a ofertei SRL.

În ceea ce privește accesul în format electronic, contestatoarea arată că lipsește orice motivare a autorității contractante privind refuzul său, contestatoarea ridicând excepția nulității deciziei autorității contractante, în raport de această nemotivare a deciziei sale de refuz.

Menționând jurisprudența în domeniu, contestatoarea afirmă că, obligația motivării actului administrativ urmărește o dublă finalitate, în primul rând, o funcție de transparență în profitul beneficiarilor actului,

care vor putea, astfel, să verifice dacă actul este sau nu întemeiat, iar în secundar, permite instanței să realizeze controlul său jurisdicțional, deci, în cele din urmă, permite reconstituirea raționamentului efectuat de autorul actului pentru a ajunge la adoptarea acestuia. Acest raționament trebuie să figureze chiar în cuprinsul actului, lipsa motivării neputând fi complinită ulterior.

Contestatoarea susține că excepția este întemeiată pe dispozițiile art. 41 alin. (2) lit. c) CARTA DRETELOR FUNDAMENTALE ALE UE, care impun motivarea oricărei decizii/oricărui act administrativ al unei instituții publice.

În combaterea criticilor sale cu caracter ipotetic, contestatoarea învederează faptul că autoritatea contractantă a menționat că aplicarea prin nebulizare a produsului oferat de SRL a fost dovedită cu eticheta produsului și cu declarația producătorului dispozitivului.

Ori, cerința esențială pe care trebuie să o îndeplinească orice produs biocid oferat unei unități sanitare din România este existența avizului emis de C.N.P.B. (art.6 (2) OMS nr.1761/2016).

Astfel, din enumerarea documentelor pe care se întemeiază apărarea autorității contractante a rezultat că avizul C.N.P.B. al respectivului produs (nenumit) al SRL nu a cuprins asemenea mențiuni referitoare la modul de aplicare a dezinfectantului lotului 2, actul care autorizează punerea la dispoziție pe piață a produsului în România neprevăzând acest mod de aplicare a sa.

Contestatoarea susține că această critică este întemeiată.

În ceea ce privește eficacitatea dovedită prin testări conform standardului EN 17272, contestatoarea, raportându-se la ceea ce a declarat autoritatea contractantă în punctul de vedere, susține că având în vedere că o prevedere a spectrului de activitate se referă la activitatea Virucidă - care trebuie dovedită conform standardului EN 14476 - virucid SR EN 14476 eficacitatea Virucidă a fost demonstrată conform (și) standardului EN 17272 doar pe două dintre tulpinile de referință ale standardului EN 14476, respectiv eficacitate adenovirus tip 5 și norovirus muriri EN 17272, B29037g din 15.03.2022 (adică pe tulpinile Adenovirus și Murine norovirus), deși organismele de testare prevăzute de standardul EN 14476 sunt 3 (cele două plus Poliovirus), în acest sens fiind citat standardul EN 14885:2018.

Contestatoarea consideră această critică ca fiind neîntemeiată.

Întrucât societatea contestatoare SRL a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul a comunicat acesteia, prin adresa nr., termenul de acces la dosarul cauzei și, implicit, de depunere a concluziilor scrise.

În urma studiului dosarului achiziției, contestatoarea a depus adresa nr. /08.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. /08.12.2022, formulând concluzii scrise în cadrul cărora și-a exprimat dezacordul cu privire la modul în care i s-a acordat accesul la dosarul cauzei.

.... SRL, a constituit cautiunea în valoare de lei, conform dispozițiilor art. 611 alin. (1) lit. a) și alin. (21) din Legea nr. 101/2016,

respectiv Recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC Bank - Sucursala la data de 17.11.2022.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de furnizare având ca obiect „Biocide, Dezinfectanți, Dipozitive medicale”, lot 2, anunț de participare nr. /10.06.2022, valoarea estimată a contractului de achiziție publică de furnizare fiind de lei fără TVA (lotul 2 – lei), iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”.

Obiectul procedurii de atribuire este divizat în 5 loturi.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul, prin Decizia nr. din 29.06.2022, a luat act de renunțarea operatorului economic SRL la contestația formulată împotriva documentației de atribuire aferentă loturilor 2, 3, 4 și 5, care a făcut obiectul dosarului CNSC nr. /2022.

Potrivit informațiilor din cadrul procesului verbal nr. /14.07.2022, pentru lotul 2 au depus oferte 2 operatori economici, respectiv SRL și SRL. După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii aferent lotului 2, consemnat în raportul procedurii nr. /09.11.2022, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de SRL, în timp ce oferta depusă de SRL a fost poziționată pe locul 2 în clasamentul final.

Nemulțumit de acest rezultat, ofertantul SRL a depus contestația care formează obiectul prezentei cauze, în cadrul căreia a criticat decizia autorității contractante de a nu-i acorda accesul la oferta depusă de SRL, precum și decizia de stabilire a ofertantului câștigător, susținând că produsul ofertat de acesta (.....b) nu îndeplinește cerințele prevăzute în caietul de sarcini (acțiune pe cale aeriană prin nebulizare și testări doveditoare ale eficacității conform EN 17272:2020), solicitând următoarele:

- obligarea autorității contractante la acordarea accesului la consultarea «dosarului concurentului S. „.....” SRL (...) la lotul 2»;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea tehnică a ofertei la lotul 2;
- modificarea raportului procedurii ca urmare a reevaluării tehnice a ofertei SRL și stabilirea unui nou clasament al ofertelor admisibile la lotul 2.

În ceea ce privește critica referitoare la refuzul autorității contractante de a-i acorda acces la consultarea, în format electronic, a ofertei depusă de SRL la lotul 2, pe care CNSC o va analiza împreună cu cererea adresată de contestatoare privind accesul la dosarul achiziției

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, așa cum rezultă din următoarele considerente:

Ulterior stabilirii rezultatului procedurii aferent lotului 2 și comunicării acestuia către ofertanți, prin adresa nr. /11.11.2022, în temeiul art. 217 alin. (6) teza a doua din Legea nr. 98/2016, ... SRL a solicitat autorității contractante „ca, în termen de una zi lucrătoare de la primirea prezentei cereri, să ne comunicați în format electronic ofertele tehnice ale competitorilor noștri, după cum urmează: (...) Lotul 2 (...) propunere tehnică a SRL; (...)”.

Prin adresa nr. /14.11.2022, autoritatea contractantă a comunicat ofertantului SRL următoarele:

„1. Ofertantul unic - S.R.L. a declarat ca fiind confidențiale (toate documentele din cadrul propunerii tehnice și denumirea produselor din cadrul propunerii financiare); justificarea aferentă (documentele conțin secrete tehnice și/sau comerciale stabilite prin lege și divulgarea ar prejudicia interesele (...) producătorilor în special în ceea ce privește secretele comerciale și proprietatea intelectuală). Pe cale de consecință, în calitate de autoritate contractantă, ne revine obligația de a asigura protejarea integrității datelor și a confidențialității informațiilor sensibile puse la dispoziție de operatorii economici pe parcursul derulării procedurii de atribuire, și nu vă putem permite accesul la oferta S.R.L. conform solicitării.

(...)

3. În contextul încetării stării de urgență/alertă determinate de pandemia COVID-19, pentru soluționarea solicitării dvs. cu respectarea prevederilor legale în materia transparenței și a liberului acces la informațiile de interes public, vă invităm la sediul instituției noastre, str. I. Cihac, nr. 30 - Serviciul de Achiziții Publice și Aprovizionare, în data de 15.11.2022, ora 12.00 pentru a studia dosarul achiziției, în speță ofertele tehnice ale S.C. S.R.L., S.C. S.R.L., S.C. ... S.R.L., S.C. S.R.L. pentru lotul 1, lotul 2, lotul 3, lotul 4, lotul 5. Rugăm ca reprezentantul dvs. să dețină actul de identitate și o împuternicire în acest sens.”

Contestatoarea nu a dat curs acestei invitații transmisă de autoritatea contractantă pentru a studia dosarul cauzei, însă a transmis Consiliului, la data de 16.11.2022, contestația care face obiectul prezentei cauze.

În analizarea acestei critici, Consiliul reține ca fiind relevante următoarele prevederi legale:

- art. 19 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016:

„(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar

prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(...)

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”;

- art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016:

„Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor, trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”.

Din conținutul ofertei depusă de SRL, rezultă că ofertantul a depus o „Declarație de confidențialitate”, potrivit căreia a menționat că „prin termenul informație înțeleg orice dată, document, raport de testare, ofertă financiară, etc., orice informație pusă la dispoziția directă sau indirectă cu evaluarea ofertelor pentru procedura de licitație publică în curs, vor fi luate la cunoștință drept secrete (...) confidențiale și nu vor fi transmise unei terțe părți fără aprobarea în scris a societății noastre”, și a marcat „Confidențial” fiecare pagină a propunerii tehnice.

Având în vedere aspectele mai sus evocate, Consiliul apreciază că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale.

În acest context, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în mod corect, făcând aplicarea dispozițiilor legale mai sus amintite, a refuzat accesul contestatoarei SRL la documentele din cadrul ofertei depusă de SRL declarate confidențiale.

Așa cum a fost mai sus reținut, ținând seama de faptul că în cadrul ofertei depusă de SRL pentru lotul 2, ofertantul a declarat documentele confidențiale, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de ofertantul SRL.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supusă, prin regulile precitate, conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații realizându-se cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Sunt relevante în soluționare considerentele reținute de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal din cuprinsul Hotărârii nr. 354/2021 din data de 08 Martie 2021 respectiv:

«Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi. În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar. Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52. Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53. În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54. Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29)".

În această situație, Consiliul va respinge, ca neîntemeiată, solicitarea GB INDCO SRL referitoare la obligarea autorității contractante la acordarea accesului la consultarea «dosarului concurentului S. „.....” SRL» și permiterea de către CNSC a studierii documentelor confidențiale declarate de ofertantul SRL, motivat de nedovedirea declarării confidențialității acestora, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitarea formulată de respectivul ofertant, privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate astfel, conform celor menționate anterior în considerente, dat fiind dispozițiile legiuitorului prevăzute la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Față de cele anterior reținute, Consiliul constată ca nefondată critica privind neacceptarea de către autoritatea contractantă a consultării dosarului în format electronic.

Cu privire la critica autoarei contestației potrivit căreia produsul oferat de SRL nu îndeplinește cerințele cumulative prevăzute în caietul de sarcini, așa cum a fost acesta modificat, privind acțiunea pe cale aeriană prin nebulizare și testări doveditoare ale eficacității conform EN 17272:2020, Consiliul constată următoarele:

Potrivit specificațiilor tehnice din caietul de sarcini aferent produsului care face obiectul lotului 2 (*„PRODUS DEZINFECTANT PENTRU DEZINFECTIA TERMINALĂ AEROMICROFLORĂ PE CALEA AERULUI PRIN NEBULIZARE-PRODUS BIOCID”*), printre altele, acesta trebuia să îndeplinească următoarele cerințe:

„Să prezinte spectru de acțiune, fără acțiune mecanică: bactericid SR EN 13727 și SR EN 13697, levuricid SR EN 13624 (Candida albicans), fungicid SR EN 13624 și fungicid SR EN 13697, micobactericid SR EN 14348, virucid SR EN 14476, sporicid SR EN 13704 (inclusiv Clostridium difficile - pentru dezinfecția în focar - conf. Ord. MS nr. 1761/2021).

Să poată fi aplicat prin nebulizare (principiul: difuziune particule cu diametrul sub sau egal cu 0,3 μm). Să respecte destinația produsului enunțată în denumirea lotului. (...)".

Ca urmare a contestării specificațiilor tehnice aferente lotului 2 (Dosar CNSC nr./2022), autoritatea contractantă, prin adresa nr. / 23.06.2022, publicată în SEAP la data de 23.06.2022, a adoptat măsuri de remediere după cum urmează: *„AC adoptă măsuri de remediere, în vederea modificării caietului de sarcini al lotului 2: La capitolul VI.*

INFORMAȚII PRIVIND LOTURILE ȘI CARACTERISTICILE TEHNICE ALE PRODUSELOR CE URMEAZĂ A FI ACHIZIȚIONATE, lot 2 se adaugă o nouă solicitare: **Să prezinte dovezi de eficacitate compatibile cu spectrul de activitate descris în acțiunea de nebulizare prin testări conform standardului EN 17272:2020".**

Din conținutul prevederilor caietului de sarcini, așa cum au fost acestea completate de autoritatea contractantă, rezultă că eficacitatea unui produs ofertat pe toate spectrele de activitate menționate în caietul de sarcini trebuia dovedită de ofertanți prin depunerea de rapoarte de testare conform standardului EN 17272:2020.

Aceste prevederi ale documentației de atribuire nu au fost contestate de potențiali ofertanți, dobândindu-și caracterul obligatoriu atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a întocmi oferta cu respectarea întocmai a cerințelor impuse în aceasta, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a evalua ofertele cu aplicarea propriilor reguli stabilite în documentația de atribuire.

Analizând conținutul ofertei depusă de SRL, rezultă că produsul ofertat este OXIDICE AIR b, în legătură cu acesta fiind depuse mai multe documente, relevant în speță fiind Avizul emis de Comisia Națională de Biocide nr., potrivit căruia:

- produsul ofertat are eficacitate (secțiunea IX Eficacitate) pe spectrele de acțiune solicitate prin caietul de sarcini, respectiv bactericid (SR EN 13727 și SR EN 13697), levuricid [SR EN 13624 (Candida albicans)], fungicid (SR EN 13624 și SR EN 13697), micobactericid (SR EN 14348), virucid (SR EN 14476), sporicid [SR EN 13704 (inclusiv Clostridium difficile)];

- aria de aplicare (secțiunea VIII) este **„dezinfecția prin nebulizare și pulverizare a suprafețelor și a aeromicroflorei depuse pe suprafețe și suspendată din unități sanitare (săli de operații, săli de tratamente, saloane pentru bolnavi, săli de naștere) cât și din afara unităților sanitare (cămine de bătrâni, școli, autobuze, ambulanțe, industria farmaceutică și cosmetică)”;**

- indicațiile de aplicare (secțiunea X) prevăd **„Dezinfecția pe cale aeriană a aeromicroflorei suspendate și depuse pe suprafețe”.**

Rezultă, astfel, că informațiile existente în avizul depus dovedesc că aplicarea produsului oferta de SRL se face prin nebulizare, critica privind aceste aspect fiind neîntemeiată.

De asemenea, în cadrul ofertei SRL se regăsesc depuse (în limba engleză și în limba română) următoarele rapoarte de testare relevante analizării speței:

- raportul de testare, care vizează eficacitatea bactericidă a produsului, metoda de testare EN 17272 (2020);

- raportul de testare, care vizează eficacitatea fungicidă a produsului, metoda de testare EN 17272 (2020);

- raportul de testare B29037g/23.03.2022, care vizează eficacitatea la tulpinile „adenovirus tip 5” și „norovirus murin” a produsului, metoda de testare EN 17272 (2020);

- raportul de testare, care vizează eficacitatea sporicidă a produsului, metoda de testare EN 17272 (2020).

Verificând dacă documentele depuse de ofertantul criticat îndeplinesc cerința documentației de atribuire referitoare la prezentarea de „dovezi de eficacitate compatibile cu spectrul de activitate descris în acțiunea de nebulizare prin testări conform standardului EN 17272:2020”, prin raportare la spectrul de activitate solicitat de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, Consiliul constată că acestea acoperă majoritatea spectrelor de acțiune cerute, mai puțin activitatea virucidă.

Astfel, pentru activitatea virucidă, autoritatea contractantă a indicat standardul SR EN 14476, standard care, în legătură cu dezinfecția suprafețelor, face referire la trei tulpini de referință, respectiv: Poliovirus type 1, Adenovirus type 5 și Murine Noravirus. Din documentele depuse de ofertant, respectiv rapoartele de testare enumerate anterior, rezultă că nu a depus raport de testare, conform standardului EN 17272:2020, a eficacității produsului ofertat pentru activitatea virucidă – tulpina Poliovirus type 1.

Potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*, iar potrivit art. 133 alin. (2) din același act normativ *„(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.”*

Ori, în speță, ofertantul criticat nu a depus raport de testare conform standardului EN 17272:2020 a eficacității produsului ofertat pentru activitatea virucidă – tulpina Poliovirus type 1, iar autoritatea contractantă nu a clarificat cu ofertantul acest aspect, deși, potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”*, ci a considerat că oferta în discuție este conformă în forma prezentată.

În aceste condiții, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuie să clarifice aspectul anterior analizat cu ofertantul SRL, urmând ca analiza răspunsului primit să se facă cu respectarea dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 [*„(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”*].

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația depusă de SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de stabilire a ofertei ... SRL ca fiind câștigătoare a lotului 2, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta SRL pentru lotul 2, să emită un nou raport al procedurii și să comunice rezultatul acesteia.

În baza art. 26 alin. (6) Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la acordarea accesului la consultarea «dosarului concurentului S. „.....” SRL (...) la lotul 2».

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația depusă de SRL în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind decizia de stabilire a ofertei SRL pentru lotul 2 ca fiind câștigătoare, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta SRL pentru lotul 2, să emită un nou raport al procedurii și să comunice rezultatul acesteia.

Respinge, va nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la acordarea accesului la consultarea «dosarului concurentului S. „.....” SRL (...) la lotul 2».

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,

MEMBRU,