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. 344/C1/3309
Data: 15.02.2022

Prin contestația nr. 1650/20.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 66500/21.12.2021, formulată de SC ..... SRL cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având cod unic de înregistrare ....., reprezentată convențional prin director, formulată împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 22529/24.11.2021, cu privire la lotul 13, emis de către ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Dezinfectanți" cod CPV 24455000-8, Lot 13 – Dezinfectant pentru dezinfecția clinică a aeromicroflorei prin nebulizare, s-a solicitat:

- Obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 22529/24.11.2021;
- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei tehnice și a documentelor depuse de ofertantul declarat câștigător;
- Obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin aplicarea în mod corespunzător a criteriului de atribuire, precum și emiterea unei noi comunicări a rezultatului procedurii.

....cu sediul în ..., str. ..., nr. ..., județul ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr..., având cod unic de înregistrare ...., formulează prin adresa nr. 148/E/27.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 67594/27.12.2021, cerere de intervenție, solicitând:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu având în vedere că există un drept propriu, pe care înțelege să îl apere, și în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din Cod proc. Civ. admiterea acesteia;
- în subsidiar, în situația în care se va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea

prezentei cereri ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 60 alin. (3) din Cod proc. Civ.;

- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestației formulată de SC ..... SRL și menținerea ca temeinică și legală a raportului procedurii nr. 22529/24.11.2021.

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

Raportat la motivul privind declararea ofertei depuse, pentru lotul 13, ca fiind neconformă, SC ..... SRL precizează că produsul ofertat respectă cerința impusă prin documentația de atribuire, respectiv: „Substanța activă: peroxid de hidrogen” și deține o concentrație metrică de 4,4% peroxid de hidrogen, conform Avizului Sanitar.

De asemenea, în ceea ce privește existența acidului peracetic în compoziția produsului ofertat, contestatorul menționează că în nicio cerință a caietului de sarcini aferentă acestui lot, autoritatea contractantă nu a precizat că produsul dezinfectant nu mai poate avea și o altă substanță activă.

Contestatorul consideră că în condițiile în care substanțele active ale unui produs sunt avizate de către Comisia națională pentru produse Biocide, autoritatea contractantă nu poate introduce în caietul de sarcini, criterii selective pentru ofertarea produselor.

Consideră de asemenea că prin declararea ca neconformă a ofertei sale, se îngrădește participarea la procedură a anumitor operatori economici care ofertează produse ce îndeplinesc toate cerințele menționate în caietul de sarcini; astfel, se permite accesul doar anumitor operatori economici, fapt care încalcă principiul transparenței și al egalității de tratament a tuturor operatorilor economici.

În ceea ce privește oferta declarată câștigătoare pentru lotul 13, respectiv oferta depusă de ....– produsul Nocolyse, contestatorul consideră că acesta nu îndeplinește cerințele solicitate în caietul de sarcini.

Astfel, cu privire la cerința: „sporicidă: EN 13704 inclusiv clostridium difficile”, contestatorul menționează că produsul Nocolyse nu prezintă testare pe această tulpină solicitată în documentația de atribuire, aferentă dezinfecției în unitățile sanitare, aspect dovedit de Avizul Sanitar al produsului emis de Comisia Națională a Produselor Biocide.

Contestatorul considere astfel că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica în mod temeinic documentația depusă de fiecare ofertant, urmând a califica ofertele ca fiind conforme sau neconforme.

Atașat contestației, SC ..... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207713552/1, tranzacția nr. 1157709847/

1968016604, din data de 20.12.2021, eliberată de CEC Bank Sucursala ....., în cuantum de 21.120,00 lei.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 66727/22.12.2021 și sub nr. 67092/23.12.2021, autoritatea contractantă transmite strategia de contractare și anexele aferente acesteia.

Prin adresa nr. 25090/27.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 67566/27.12.2021, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că într-adevăr, prin caietul de sarcini, s-a solicitat ca produsele să conțină, ca substanță activă, peroxidul de hidrogen; nu este menționat ca produsul dezinfectant să nu mai conțină și o altă substanță activă, astfel nefiind excluse combinațiile de substanțe, cu condiția ca acestea să nu adauge un efect iritant în plus, pentru categoriile sensibile de pacienți. Ca urmare, arată că asocierea dintre peroxidul de hidrogen și argint a fost considerată conformă.

Autoritatea contractantă menționează că trebuie să țină seama, în procesul evaluării ofertelor, de faptul că produsele câștigătoare vor fi utilizate în toate secțiile spitalului (Componenta Pediatrie, Componenta Obstetrică-Ginecologie Polizu, Centrul de Sănătate Mintală), anumite categorii de pacienți necesitând o atenție specială: nou-născuții/ prematurii, pacienții pediatrici, pacienții alergici, mai ales cei cu alergii respiratorii.

În ceea ce privește produsul OXIDICE AIR b, al SC ..... SRL, cu conținut de peroxid de hidrogen și acid peracetic, autoritatea contractantă precizează că acesta nu este singurul produs cu această combinație de substanțe active în compoziție, participant la procedură, pentru Lotul 13; aceeași combinație de substanțe active prezintă și produsul ASEPTANIOS AD, al firmei Unimedik. Ambele produse au fost considerate neconforme, apreciindu-se că prezența acidului peracetic în compoziție adaugă un miros specific și un efect iritant; ca dovadă, după folosirea produsului ASEPTANIOS AD , indicația producătorului este: „să se aerisească bine încăperea”.

Autoritatea contractată subliniază că în cazul OXIDICE AIR b, din documentele depuse, reiese ca este necesară aerisirea timp de o oră. Astfel, urmărind obținerea unui efect de dezinfecție ciclică/terminală, de nivel înalt, prin nebulizare, cu riscuri minime de efecte secundare tip iritativ și/sau dorindu-se evitarea prelungirii procedurii de dezinfectie, printr-o aerisire îndelungată, s-a optat pentru produsul a cărui acțiune de dezinfectie de nivel înalt prin nebulizare este dată de peroxidul de hidrogen, neasociat cu acidul peracetic.

Autoritatea contractată menționează că, prin nebulizare, raportat la cerințele din caietul de sarcini și alegerea produsului a cărui acțiune de dezinfecție terminală/ciclică, de nivel înalt, nu s-a urmărit introducerea unor criterii selective favorizante sau defavorizante pentru unele sau altele dintre produsele ofertate, ci siguranța categoriilor de pacienți sensibili, în condițiile unui timp optim de realizare a unei proceduri corecte.

Menționează de asemenea că, produsul DESOGEN AERO al SC Gamiatricos Com SRL, având în compoziție peroxid de hidrogen 5%, ar fi putut fi considerat conform cerințelor pentru lotul 13 din caietului de sarcini, dacă ar fi prezentat avizul BIO, rapoartele de testare solicitate și dacă nu ar fi avut valabilitate de doar 12 luni, toate aceste motive încadrându-l ca neconform.

În ceea ce privește produsul NOCOLYSE, al SC Pharmamed Consulting &Investment SRL, arată că acesta conține peroxid de hidrogen 6% și argint (efectul biocid este al peroxidului de hidrogen, argintul coloidal având rol stabilizator); de asemenea, subliniază că acest produs este folosit în institut de o perioada lungă de timp, compatibil cu aparatele de nebulizare achiziționate de spital, este folosit în zonele cu risc, unde sunt internați pacienți din categoriile sensibile și, în cele de izolare a pacienților cu infecție cu Clostridium Difficile, testările acestui produs, solicitate prin caietul de sarcini, certificând acțiunea sporicidă a acestuia, inclusiv pe sporii de Clostridium Difficile; recomandarea producătorului, explicit exprimată în specificațiile tehnice fiind că, în urma nebulizării și a respectării timpului de acțiune, nu este necesară aerisirea incintelor nebulizate.

În privința aerisirii spațiilor nebulizate cu peroxid de hidrogen, autoritatea contractantă arată că practica zilnică demonstrează necesitatea unei bune aerisiri a acestora, fiind ușor de apreciat că adăugarea unei substanțe în plus, cu efect iritativ, cum este acidul peracetic, va spori riscurile la pacienții sensibili și va prelungi mai mult, prin aerisirea obligatorie, procedura de dezinfecție ciclică/terminală, aspecte reale de care nu se poate face abstracție și care s-au dorit a fi prevenite prin cerința din caietul de sarcini, referitoare la compoziție.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că menține declararea ca fiind neconformă a ofertei SC AL C ARIN A SRL, privind oferta pentru Lotul 13, precum și motivația principală a acestei opțiuni: „Conform documentației trimise, produsul ofertat conține, în compoziția sa, pe lângă peroxid de hidrogen (cerința din caietul de sarcini) și acid peracetic, substanța activă care nu a fost solicitată în caietul de sarcini și care adaugă, în urma nebulizării, un plus de acțiune iritantă și miros înțepător, ca urmare, compoziția produsului ofertat nu este conformă cu cerința din

caietul de sarcini”.

....formulează prin adresa nr. 148/E/27.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 67594/ 27.12.2021, cerere de intervenție, solicitând:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu având în vedere că există un drept propriu, pe care înțelege să îl apere, și în considerarea prevederilor art. 61 alin. (2) din Cod proc. Civ. admiterea acesteia;
- în subsidiar, în situația în care se va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea prezentei cereri ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 60 alin. (3) din Cod proc. Civ.;
- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestației formulată de SC ..... SRL și menținerea ca temeinică și legală a raportului procedurii nr. 22529/24.11.2021.

Intervenientul revine punctual la elementele caietului de sarcini, pe care susține că le-a respectat prin oferta depusă, după cum urmează:

Lotul nr. 13 Dezinfectant pentru dezinfecția ciclică a aeromicroflorei prin nebulizare.

1. „Sporicida EN13704 inclusiv Clostridium difficile”;

Nocolyse prezinta testare sporicidă conform EN 13704 atât pe tulpina obligatorie (bacillus subtilis), cât și pe tulpinile adiționale prevăzute de standardul EN14885 (bacillus cereus și clostridium sporogenes) prevăzute în legislația națională de achiziție a produselor biocide în unitățile sanitare - Ordinul ministrului sănătății nr. 1082/731/2016 din 27 septembrie 2016 pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide.

Conform art. 4 alin. (5) din Legea nr. 55/2020, indicatia de utilizare în unități sanitare se prelungește cu 90 zile de la încetarea stării de alertă (asta pentru tulpinile bacillus subtilis și bacillus cereus, la care nu a fost depusă retestare), aspect legal întrunit la data prezentei proceduri.

Intervenientul reiterează faptul că autoritatea contractantă a solicitat în mod exemplificativ testarea pentru C. Difficile, aceasta fiind interesată ca produsul ofertat să aibă actiune sporicidă, actiune ce poate fi demonstrată în mod echivalent prin testările produsului Nocolyse, testări efectuate în conformitate cu EN 14885, respectiv EN 13704 pentru clostridium sporogenes și bacillus subtilis. Tulpina Clostridium difficile este substitut de clostridium sporogenes și bacillus subtilis, în cazul de față ca și tulpinile surogate, fiind identice. Deoarece tulpina Clostridium difficile nu se regăsește în standardele EN 14885 decât prin surogatele sale (a se consulta activitate sporicida EN13704*), activitatea asupra acesteia trebuie luată în considerare prin aplicare echivalentă.

Arată de asemenea că testarea se efectuează folosind Bacillus Subtilis ca organism standard, cu toate acestea ca metodă superioară pentru utilizări specifice este necesară și testarea împotriva Clostridium Sporogenes și/sau Bacillus cereus. Alte testări cum ar fi Clostridium Difficile sunt opționale și deloc obligatorii sau superioare din punct de vedere epidemiologic.

Chiar dacă nu este necesară testarea pe Clostridium Difficile pentru a acoperi aceasta tulpină, intervenientul precizează că, prin surogatele sale, totuși produsul Nocolyse prezintă eficacitate Clostridium difficile, conform standard de testare NF T 72-281 chiar prin nebulizare, aspect neîntrunit de produsul ofertat de contestator, în cadrul prezentei proceduri, standard anterior lui EN17272 reglementat la nivel European în mai 2020 pentru toate tipurile de echipamente și substanțe folosite pentru dezinfecția pe cale aeriană, test înscris și în avizul sanitar atașat prezentei proceduri.

Menționează că Nocolyse deține și al 3-lea test conform EN13704 pe surogatul Clostridium Sporogenes, aviz nr 1501BIO/02/07.21 pag 2 subsol, fără a intra sub incidenta art. 4 alin. (5) din Legea nr. 55/2020, aceasta testare fiind făcută în 2020, deși această incidență este lipsită de obiect la data prezentei, putând fi prelungită în continuare perioada de 90 zile de la încetarea stării de alertă, fără a afecta funcționalitatea produsului.

Subliniază în final faptul că produsul Nocolyse, este cel mai testat produs destinat dezinfecției pe cale aeriană din România, mai exact având teste chiar pe NFT 72281, EN17272 standarde care vizează strict acest tip de procedură, dezinfecție aeriană.

Dar, totodată, arată că Nocolyse este testat și conform EN14885 - a se vedea avizul care cuprinde tot spectrul pentru că România nu a adaptat legislația națională celei din Uniunea Europeană și evaluează în continuare în mod complet eronat, aceste produse pentru dezinfecția aeriană, care implică difuzia sub formă de particule fine în atmosferă (ceață) și se evaluează conform standardului EN14885, total nepotrivit, pentru ca acesta din urmă este specific dezinfectiei prin pelicula lichidă.

În opinia intervenientului, autoritatea contractanta a desemnat în mod corect ca fiind admisibilă și câștigătoare oferta depusă de SC ...., întrucât din analiza documentației tehnice a constatat faptul că produsul satisface într-un mod superior nevoile sale.

În ceea ce privește produsul pe care contestatorul l-a ofertat în cadrul prezentei proceduri, intervenientul subliniază faptul că nu întrunește condițiile obligatorii pentru a fi folosit pentru nebulizare pe cale aeriană:

1. Nu prezintă teste de eficacitate biocidă efectuate în laboratoare independente care să dovedească utilizarea produsului pentru dezinfecția pe cale aeriană cu echipamente de nebulizare testate.

Produsul Oxidice exact cum indică și avizul nr. 4591BIO/02/09.21 este testat doar conform EN14885 adică doar pentru utilizare pentru dezinfecția suprafețelor prin pelicula lichidă prin ștergere sau sprayere nicidecum nebulizare.

2. Diluția înscrisă în avizul sanitar nr 4591BIO/02/09.21, Cap X, Indicații de utilizare, nu este probată de niciun test biocid înscris în acest aviz depus în cadrul procedurii, adică cei 4ml/m3 nu rezultă de niciunde, niciunul din testele înscrise în aviz nu probează acest aspect, produsul fiind testat doar în pelicula lichidă nu probează cum rezultă acești 4ml/m3 care înseamnă volum, dezinfecție volumică.

3. Echipamentele ofertate cu titlu gratuit nu sunt înscrise în avizul sanitar.

4. Produsele destinate dezinfecției aeriene se folosesc în diverse concentrații, așa cum si dezinfectanții de alt uz dispun de diluții diferite (aici evaluarea se face în funcție de m3 dezinfectat), acesta fiind de altfel și criteriul care face diferență în ceea ce privește funcționalitatea și calitatea produselor.

Prin adresa nr. 1331/21.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 3547/ 21.01.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Dezinfectanți” cod CPV 24455000-8, Lot 13 – Dezinfectant pentru dezinfecția clinică a aeromicroflorei prin nebulizare, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ..../17.04.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 9.540.000,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care face obiectul prezentei, ...a depus cererea de intervenție nr. 148/E/27.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 67594/27.12.2021, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu,*

operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației" și având în vedere faptul că la data 22.12.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP sub identificatorul „[..../00351] Contestatie 1 sicap.pdf" contestația formulată de SC ...., Consiliul constată că cererea de intervenție transmisă prin e-mail la data 27.12.2021 este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc.civ. dar și faptul că în cadrul lotului 13 al procedurii de atribuire în cauză ....are calitatea de ofertant câștigător al procedurii, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ...., astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ....împreună cu contestația formulată de SC ..... SRL.

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul reține că SC ..... SRL este nemulțumit atât de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta depusă în cadrul lotului 13 cât și de modalitatea de evaluare a ofertei SC ...., despre care susține că nu îndeplinește specificațiile din caietul de sarcini.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului cu privire la motivele care au determinat respingerea ofertei sale, Consiliul reține că potrivit mențiunilor de la secțiunea II.2.1 din anunțul de participare, obiectul lotului 13 în cadrul căruia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei constă în achiziționarea unui dezinfectant pentru dezinfecția ciclică a aeromicroflorei prin nebulizare.

La pag. 14-15 din caietul de sarcini publicat în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul *„[..../00004] CAIET DE SARCINI DEZINFECTANTI.doc.p7s*" se regăsesc specificațiile tehnice prin intermediul cărora autoritatea contractantă a descris **în mod obiectiv** dezinfectantul dorit, conform prevederilor art. 20 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016, astfel încât să corespundă necesității sale.

Lista înscrisurilor prin care autoritatea contractantă a solicitat demonstrarea conformității produselor ofertate cu specificațiile tehnice se regăsește la pag. 4 – 5 din caietul de sarcini, relevantă în soluționarea contestației fiind mențiunea *„Unitățile sanitare publice și private,*

indiferent de subordonarea acestora, sunt obligate să solicite avizul BIO (actul administrativ de punere pe piață și comercializare, emis de Comisia Națională a Produselor Biocide)".

În partea introductivă a caietului de sarcini, autoritatea contractantă a menționat că „*Cerințele impuse vor fi considerate ca fiind minimale. În acest sens orice ofertă prezentată, care se abate de la prevederile Caietului de sarcini, va fi luata în considerare, dar numai în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale din Caietul de sarcini. În caz contrar, oferta tehnică va fi respinsă ca neconformă*".

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. **Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini**] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită produselor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării produselor dezinfectante au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unor dezinfectanți care să îndeplinească cerințele minime sau să fie superioare specificațiilor din anexa caietului de sarcini iar, potrivit prevederilor de la

pag. 4-5 din caietul de sarcini, operatorii economici interesați aveau obligația să demonstreze caracteristicile dezinfectanților aparatelor ofertați prin prezentarea anumitor documente, cum ar fi avizul de punere pe piață emis de Comisia Națională pentru Produse Biocide, fișa tehnică, rapoarte de testare etc.

Ulterior verificării ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 22529/24.11.2021 prin care a respins oferta contestatorului pentru lotul 13 cu motivația „*conform documentației transmise, produsul ofertat conține, în compoziția sa, pe lângă peroxid de hidrogen (cerința din caietul de sarcini) și acid peracetic, substanță activă care nu a fost solicitată în caietul de sarcini și care adaugă, în urma nebulizării, un plus de acțiune iritantă și miros înțepător; ca urmare, compoziția produsului ofertat nu este conformă cu cerința din caietul de sarcini*".

Analizând, la rândul său, propunerea tehnică depusă de contestator în cadrul lotului 13, Consiliul reține că, deși prin caietul de sarcini se solicitase „Substanța activă: peroxid de hidrogen", SC ..... SRL a ofertat produsul Oxidice Air b, pentru care a prezentat, printre alte înscrisuri, buletinul de analize aflat la pag. 33 din vol. 2 al dosarului cauzei, potrivit căruia cantitatea de substanțe active per 100g de produs este:

- Peroxid de hidrogen: 4,4g
- Acid peracetic: 0,5g.

Având în vedere că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, sintagma „*documentația de atribuire*" este definită ca „*documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o* ***informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe*** *sau elemente ale achiziției, obiectul contractului* ***și modul de desfășurare a procedurii de atribuire****, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile*", Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire cu privire la modalitatea de elaborare a propunerii tehnice au devenit obligatorii nu doar pentru ofertanți, ci și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Ori, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a limitat tipurile de dezinfectanți care pot fi ofertați în cadrul lotului 13 doar la aceia care au ca substanță activă „*peroxid de hidrogen*" fără să facă nicio mențiune referitor la eventuala acceptare a altor substanțe active.

Contrar susținerilor contestatorului, Consiliul reține că lipsa din caietul de sarcini a unor eventuale mențiuni cu privire la combinații de

substanțe active nu poate fi interpretată în sensul acceptării acestora deoarece prin acceptarea unor dezinfectanți care conțin și alte substanțe active, SC ..... SRL și-ar fi încălcat în timpul evaluării ofertelor, propriile reguli stabilite prin documentația de atribuire, în cuprinsul căreia a fost impusă, în cadrul lotului 13, o singură substanță activă și anume peroxidul de hidrogen.

În cauza C 27/15, CJUE s-a pronunțat astfel: *„principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca* ***aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții****. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze* ***absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante****. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând,* ***să permită autorității*** *contractante* ***să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul*** *în cauză (a se vedea în acest sens*

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C- 42/13,

EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

Consiliul reține că, în cazul în care aprecia restrictivă cerința cu privire la substanța activă peroxid de hidrogen sau dacă avea neclarități cu privire la modalitatea strictă/riguroasă în care a stabilit autoritatea contractantă că va evalua ofertele depuse, SC ..... SRL avea dreptul să solicite clarificări în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016, privind acceptarea altor substanțe active sau combinații de substanțe active sau să conteste respectivele cerințe în termenele prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În lipsa acestor demersuri, se prezumă că SC ..... SRL a luat cunoștință de cerința autorității contractante ca dezinfectantul ofertat în cadrul lotului 13 să aibă ca substanță activă peroxidul de hidrogen, asumându-și astfel riscul respingerii ofertei ca urmare a ofertării unui dezinfectant care conține și altă substanță activă.

Consiliul reține că eventuala acceptare drept conformă a ofertei depusă de SC ..... SRL în cadrul lotului 13 ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului, cu încălcarea principiului tratamentului egal și a prevederilor art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 raportat atât la ceilalți operatori economici participanți la

lotul 13 al procedurii de atribuire, ale căror oferte au fost respinse datorită nerespectării cerinței cu privire la unica substanță activă stabilită prin caietul de sarcini cât și față de eventualii operatori economici care au ales să nu depună ofertă pentru că nu dispun de produse cu substanța activă peroxid de hidrogen care să respecte în totalitate toate celelalte specificații din caietul de sarcini (efect biocid, modalitate de ambalare, forma de prezentare etc.).

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului privind modalitatea de evaluare a propriei sale oferte.

Pe de altă parte, analizând criticile cu privire la oferta SC ...., Consiliul reține că acestea sunt întemeiate deoarece autoritatea contractantă nu a mai dat dovadă de aceeași rigoare, alegând să desemneze câștigătoare respectiva ofertă fără a fi îndeplinită cerința *„Spectrul de activitate: (...) Sporicidă: EN 13704 inclusiv Clostridium Difficile*".

Astfel, din analiza dosarului cauzei, se reține că ....a ofertat în cadrul lotului 13 produsul *„Nocolyse*", referitor la care a menționat la pag. 1 din propunerea tehnică faptul că ar avea spectrul de activitate solicitat respectiv activitatea sporicidă inclusiv Clostridium Difficile.

Pe de altă parte, Consiliul reține că în cuprinsul propunerii tehnice depusă de ....nu se regăsește niciun raport de testare care să confirme eficiența față de Clostridium Difficile confom metodelor de testare prevăzute în standardul EN 13704 iar în avizul BIO nr. 1501BIO/02/07.21 aflat la pag. 4-7 din vol. 4 al dosarului cauzei se menționează rezultatul testărilor efectuate conform EN 13704 doar pe **Clorstridium Sporogenes** și **Bacillus Cereus** însă **nu și pe Clostridium Difficile** astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

Consiliul nu va putea reține susținerile autorității contractante potrivit cărora produsul ofertat de ....ar avea eficiență pe Clostridium Difficile deoarece microorganismul respectiv este menționat în avizul BIO doar în cadrul testării conform standardului NF T 72-281 (standard care nu a fost solicitat prin caietul de sarcini), cu indicația de utilizare *„alte teste de eficacitate **în afara unităților sanitare***", însă nu și în cadrul testărilor conform EN 13704 astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

Consiliul nu va putea reține nici argumentele autorității contractante privind rezultatele satisfăcătoare obținute anterior cu produsul Nocolyse deoarece potrivit art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 are obligația să verifice conformitatea propunerilor tehnice depuse prin

raportare la specificațiile tehnice din caietul de sarcini, și nu raportat la experiența anterioară în utilizarea dezinfectanților, scopul acestei verificări fiind desemnarea ofertei câștigătoare numai dacă aceasta respectă în mod cumulativ oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, din care face parte și caietul de sarcini conform art. 20 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Ori, prin caietul de sarcini autoritatea contractantă a solicitat dovada testării conform EN 13704 *„inclusiv Clostridium Difficile*", cerință care nu este îndeplinită de către produsul ofertat de SC .....

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele cu privire la eficacitate expres detaliate în cadrul caietului de sarcini iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

Argumentele intervenientului cu privire la standardele aplicabile în domeniul dezinfectării prin nebulizare nu pot fi luate în considerare, motivat de faptul că astfel de susțineri privind documentația de atribuire sunt tardive la data formulării în contestația care face obiectul prezentei, raportat la data luării la cunoștință, din cuprinsul caietului de sarcini anexat anunțului de participare publicat în SEAP la data 17.04.2021.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În cauza C 396/14, CJUE s-a pronunțat astfel:

„37 În această privință, trebuie amintit că principiul egalității de tratament și obligația de transparență au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă și constituie

temeiul normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea în acest sens Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C 213/07, EU:C:2008:731, punctul 45 și jurisprudența citată).

38 Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punctul 33)".

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu în ceea ce privește oferta SC ...., criticile contestatorului privind neconformitatea ofertei desemnată câștigătoare urmând a fi admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertei depusă de ....iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii în partea referitoare la desemnarea ofertei câștigătoare pentru lotul 13 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de ....pentru lotul 13 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate criticile SC ..... SRL cu privire la modalitatea de evaluare a propriei sale oferte iar, pe cale de consecință, va admite în parte cererea de intervenție formulată de SC .....

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertei depusă de ....iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii în partea referitoare la desemnarea ofertei câștigătoare pentru lotul 13 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de ....pentru lotul 13 cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.
Respinge ca nefondate criticile SC ..... SRL cu privire la modalitatea de evaluare a propriei sale oferte iar, pe cale de consecință, admite în parte cererea de intervenție formulată de SC .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat practicaua decizie
...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini