# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro


**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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE

**Nr. ...../...../.....**
**Data: .....**

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... - Administrator, formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 10246/9/19.10..... și a raportului procedurii nr. 10222/18.10....., referitoare la loturile 3, 4 și 5, emise de către ....., cu sediul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, cu etapă finală de licitației electronică, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....”, pe loturi, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat Consiliului .....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 10246/9/19.10..... și raportul procedurii nr. 10222/ 18.10....., referitoare la loturile 3, 4 și 5, emise de către ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus amintită, considerând că ofertele prezentate de SC ... SRL pentru loturile 3, 4 și 5 sunt neconforme.

Contestatoarea susține că, din documentele comunicate de către autoritatea contractantă, rezultă că:

- la lotul nr. 3, oferta sa a fost clasată pe locul 2, cu prețul de 108.000 RON, respectiv că oferta câștigătoare clasată pe locul 1 este oferta SC ... SRL cu prețul de 96.000 RON;

- la lotul nr. 4, oferta sa nu corespunde cerințelor deoarece produsul nu respectă modul de ambalare solicitat, bidoanele de 5 litri nefiind compatibile cu dispozitivul de dozare centralizat din dotarea unității, respectiv că singura ofertă câștigătoare pentru acest lot este oferta SC ... SRL cu prețul de 252.000 RON;

- la lotul nr. 5, oferta sa a fost clasată pe locul 2 cu prețul de 157.890 RON, respectiv oferta câștigătoare clasată pe locul 1 este oferta SC ... SRL cu prețul de 73.920 RON.

Cu privire la lotul 3, contestatoarea consideră neîntemeiată decizia de a declara câștigătoare și clasată pe locul 1 oferta depusă SC ... SRL care conține produsul INCIDIN PRO, motivat de faptul că, în primul rând, aceasta nu este conformă cerințelor caietului de sarcini și, dacă s-ar depăși etapa evaluării tehnice prin declararea drept conformă/ admisibilă a ofertei SC ... SRL, aceasta are prețul mai mare decât al său.

În ceea ce privește neconformitatea ofertei SC ... SRL cu produsul INCIDIN PRO, contestatoarea susține că, potrivit cerințelor din caietul de sarcini, produsele participante la Lotul 3 trebuiau să îndeplinească următoarele condiții: *să prezinte aviz sanitar emis de Ministerul Sănătății ... Produsul să se regăsească în Registrul Național de produse biocide, varianta actualizată ... spectru de activitate ... fungicide ... .*

Contestatoarea remarcă faptul că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent, postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator, drept pentru care toate prevederile lor și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL.

Contestatoarea susține că, prin depunerea ofertelor în procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Contestatoarea consideră neconformă oferta SC ... SRL, cu produsul INCIDIN PRO, deoarece acest produs nu respectă o condiție eliminatorie din caietul de sarcini și anume prezența produsului ofertat în ultima versiune (.....) a Registrului național al produselor biocide, respectiv produsul INCIDIN PRO nu mai figurează în acest registru cu aria de aplicare pentru "unități sanitare".

Contestatoarea arată faptul că, în răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă admite că produsul nu are arie de aplicare - UNITĂȚI SANITARE, precizând că *singura listă în care produsele mai sus amintite apar cu "PROBLEME" este ultima actualizare unde o serie de produse apar cu textul Eliminare arie de aplicare: UNITATI SANITARE ... asa cum este și cazul produselor care fac tema*

*acestei discuții*, însă refuză să adopte și măsurile de remediere ce se impun.

Contestatoarea susține că motivarea autorității contractante conform căreia *lista este în permanentă schimbare* sau *că produsul se regăsește într-o perioadă de grație* nu poate rezista, cerința din caietul de sarcini fiind clară: *Produsul să se regăsească în Registrul Național de produse biocide, varianta actualizată,* nefiind făcute alte precizări.

Având în vedere că există mai multe categorii de produse biocide, simpla prezentare a unui aviz de produs biocid nu înseamnă că acesta are drept de utilizare în unitățile sanitare.

Contestatoarea arată că, în acest sens, sunt prevederile Ordinului nr. 910/1657/99/2016 pentru modificarea și completarea Ordinului ministrului sănătății, al ministrului mediului și pădurilor și al președintelui Autorității Naționale Sanitar Veterinare și pentru Siguranța Alimentelor nr. 10/368/11/2010 privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României: *la articolul 4 alin. (1), după lit. g) se introduc patru noi lit., lit. $g^1$-$g^4$, cu următorul cuprins:*

*$g^3$ ) deținătorii avizelor au obligația ca în termen de 120 de zile de la intrarea în vigoare a prezentului ordin să actualizeze documentația privind eficacitatea produselor biocide care fac parte din grupa principală 1: dezinfectanți, TP 1 și TP 2, cu indicație de utilizare în unități sanitare, cu un raport de testare a eficacității efectuat într-un laborator acreditat conform Standardului european pentru dezinfectante chimice și antiseptice EN 14885:2015. Raportul trebuie să conțină rezultatele testării eficacității pentru fiecare dintre activitățile declarate pe etichetă și în dosarul tehnic al produsului.*

Or, Registrul Național cu Produse Biocide este actualizat tocmai în sensul în care mai au aviz valabil cu indicație de utilizare, în unitățile sanitare, doar produsele care au actualizat documentația, conform precizărilor din prevederile legale arătate.

Contestatoarea susține că, prin acceptarea acestui produs, pe lângă faptul că s-ar admite o ofertă neconformă s-ar ajunge și la încălcarea principiului tratamentului egal prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 lit. b), prin crearea unui avantaj unui ofertant care nu a respectat termenul legal de actualizare a documentației în raport cu un alt ofertant care a depus complet și în termen legal documentația în vederea menținerii ariei de utilizare "unități sanitare".

Prin urmare, contestatoarea susține că, fiind încălcată documentația de atribuire (caietul de sarcini), raportat la specificațiile arătate, au devenit aplicabile prevederile art. 137 alin. (1) și (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, iar singura decizie legală ar fi aceea de respingere a ofertei, pentru motive de neconformitate, întrucât întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar obligația autorității contractante era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Totodată, contestatoarea invocă lipsa testării pe Aspergillus Brasiliensis/Niger, arătând că produsele din această categorie conform legislației în domeniu, pentru a demonstra activitatea fungicidă (cerință eliminatorie din caietul de sarcini) trebuie să prezinte testări pentru tulpinile Candida Albicans și Aspergillus Niger/Brasiliensis, iar prezentarea testărilor pentru tulpina Candida albicans nu este acoperitoare cerinței fungicid, această tulpină confirmând doar efectul levuricid al produsului nu și efectul fungicid.

În aceste condiții, orice justificare a lipsei testării pe o tulpină nu poate să fie luată în considerare deoarece tulpinile microbiene au grade de rezistență diferite și doar în urma testării efective a acțiunii unui anumit produs pe o anume tulpină se poate stabili concentrația produsului și timpul de acțiune la care acesta acționează împotriva acelei tulpini, respectiv dacă acel timp de acțiune se încadrează în timpul maxim acceptat de autoritatea contractantă.

Contestatoarea precizează că a aflat din răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, că produsul INCIDIN PRO ar avea acțiune fungicidă prezentând testare pe Aspergillus Brasiliensis, dar solicită Consiliului, ca în măsura în care constată că produsul acționează fungicid, iar această constatare înlătură neconformitatea invocată de ea - lipsa testării pe Aspergillus Brasiliensis - să oblige autoritatea contractantă (în cazul care va fi totuși declarat conform depășind lipsa lui din Registru) să ia în calcul și concentrația produsului și pe tulpina Aspergillus Brasiliensis pentru formarea prețului pe litru soluție de lucru, având în vedere că efectul fungicid (Candida Albicans și Aspergillus Brasiliensis/Niger) este o condiție obligatorie a caietului de sarcini, iar analiza comparativă, tot potrivit cerințelor documentației de atribuire, trebuie făcută astfel: *In cazul dezinfectanților în forma concentrată analiza comparativă a prețului se va realiza în funcție de prețul unui litru soluție de lucru*, preț care rezultă din aplicarea concentrației produsului în raport de tot spectrul de acțiune solicitat în caietul de sarcini și de timpul de acțiune solicitat.

Pentru cele arătate, contestatoarea susține că oferta SC ... SRL pentru lotul 3 cu produsul INCIDIN PRO nu este conformă cerințelor caietului de sarcini.

În situația în care s-ar trece peste critica neconformității și oferta ar fi declarată totuși admisibilă, contestatoarea consideră că ar urma analiza aspectelor financiare pe care această ofertă le implică.

Contestatoarea susține că, pentru produsele în formă concentrată, deci și pentru produsul INCIDIN PRO, ofertat la Lotul 3, s-a precizat în fișa de date că: *În cazul dezinfectanților în formă concentrată analiza comparativă a prețului se va realiza în funcție de prețul unui litru soluție de lucru ...,* preț care rezultă din aplicarea concentrației produsului în raport de tot spectrul de acțiune solicitat în caietul de sarcini și de timpul de acțiune solicitat.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate, din documentele depuse în procedură, faptul că produsul INCIDIN PRO ofertat de SC ...

SRL, pentru a putea îndeplini cerințele obligatorii din caietul de sarcini în ceea ce privește activitatea Micobactericidă/Tuberculocidă, are o diluție de 2%.

Contestatoarea revine la cererea sa ca în situația în care se constată că produsul îndeplinește spectrul fungicid (Aspergillus Brasiliensis) să se ia în calcul și concentrația rezultată din acest test, "fungicid" fiind cerință obligatorie a caietului de sarcini.

Pornind de la prețul pe litru concentrat (80 lei/buc - bidon de 2 litri deci 40 lei/litru) și având în vedere diluția de 2%, diluție necesară respectării cerințelor caietului de sarcini, contestatoarea precizează că SC ... SRL a oferit un preț de 0,8 lei/litru soluție de lucru comparativ cu produsul oferit de societatea sa care îndeplinește cerințele din caietul de sarcini la o diluție de 0,5% de unde rezultă un preț de 0,225 lei/litru soluție de lucru (45 lei/litru concentrat)

Cum în răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă recunoaște concentrația de 2% a produsului INCIDIN PRO pentru spectrul pe care ea însăși l-a solicitat în caietul de sarcini, contestatoarea arată că, în acest caz nu mai rămâne pentru autoritatea contractantă decât să aplice concentrația reală a produsului pentru stabilirea prețului pe litru soluție de lucru care va fi ulterior supus comparării.

Consideră contestatoarea că precizările din răspunsul la notificarea prealabilă cu privire la intențiile de utilizare a produsului în diferite zone de risc nu pot fi luate în considerare deoarece obligația ofertanților era să întocmească ofertele (inclusiv cele financiare rezultate din aplicarea unor concentrații) în raport de cerințele documentației de atribuire, iar obligația autorității contractante să evalueze tot în raport de acestea și nu să reinterpreteze într-un sens în care s-ar crea un avantaj pentru o anumită ofertă, chiar cu riscul încălcării prevederilor caietului de sarcini.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a admis prin răspunsul la notificarea prealabilă că a utilizat reguli proprii de evaluare pentru produsul INCIDIN PRO, atât în cazul spectrului Micobactericid/ tuberculocid, cât și în cazul spectrului fungicid (Aspergillus brasiliensis/ niger) hotărând că diluțiile rezultate din aceste testări să nu mai fie luate în considerare.

Contestatoarea susține că nu poate să nu observe totuși că acestea conduc la declararea ofertei SC ... SRL necâștigătoare.

Cu privire la lotul 4, contestatoarea consideră neîntemeiată decizia de a declara câștigătoare, la Lotul 4, oferta SC ... SRL, care conține produsul INCIDIN PRO.

Mai întâi, contestatoarea arată că motivul pentru care oferta sa a fost respinsă și anume: "nu corespunde cerințelor deoarece produsul nu respectă modul de ambalare solicitat, bidoanele de 5 litri nefiind compatibile cu dispozitivul de dozare centralizat din dotarea unității", este neîntemeiat, deoarece a depus în propunerea tehnică un document, emis de producător, din care rezultă compatibilitatea produsului său cu orice fel de sistem de dozare.

Prin acest document, contestatoarea susține că și-a asumat respectarea cerinței din caietul de sarcini cu privire la compatibilitatea cu aparatul, prin efectuarea adaptărilor necesare în vederea asigurării compatibilității, precum și revenirea la starea inițială după expirarea contractului. Drept urmare, acest document trebuia luat în considerare.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a adu,s în sprijinul deciziei luate în răspunsul său la notificarea prealabilă argumentul că tija de aspirație a dozatorului nu este compatibilă cu gura bidonului și că improvizațiile pot să-i pericliteze integritatea.

De asemenea, contestatoarea susține că adaptarea necesară este una firească, înlocuirea tijei care intră în bidon nu afectează în niciun fel echipamentul, nu îi pune în pericol integritatea și nici nu schimbă funcționarea sa. Mai mult, contestatoarea arată că propunerea sa nu are la bază o improvizație, deoarece aparatului i se poate înlocui tija cu una care va însoți, la livrare, bidonul care urmează să fie utilizat, și apoi se poate reveni la forma inițială, dacă, pe viitor, va fi cazul.

Consideră contestatoarea că admiterea poziției autorității contractante s-ar suprapune cu admiterea favorizării unui ofertant (SC ... SRL) al cărui bidon (de produs INCIDIN PRO) ar fi singura potrivire perfectă de pe piață (deoarece SC ... SRL este furnizorul aparatului de dozare), ceea ce nu este în acord cu prevederile legislației în materie de achiziții publice, care impune asigurarea unui climat concurențial normal prin evitarea apariției unor situații prin care unii ofertanți să aibă un privilegiu exclusiv de comercializare ori de exploatare a produselor ori echipamentelor disputate, fiind necesar să se intervină când sunt identificate acte sau fapte care pot conduce la restrângerea sau denaturarea concurenței.

Susține contestatoarea că produsul oferit de ea este compatibil cu echipamentul de dozare al spitalului, afirmând, totodată, că oferta depusă de SC ... SRL nu este conformă cerințelor caietului de sarcini și chiar dacă s-ar depăși etapa evaluării tehnice, prin declararea drept conformă/admisibilă a acesteia, prețul ei este mai mare decât al său.

Având în vedere că produsul oferit de SC ... SRL pentru acest lot este tot INCIDIN PRO, contestatoarea își menține aceleași argumente cu privire la neconformitatea ofertei pe care le-a susținut pentru lotul 3, inclusiv să se ia în calcul și concentrația rezultată din acest test (spectrul fungicid - Aspergillus Brasiliensis).

În continuare, contestatoarea susține că, în situația în care s-ar trece peste neconformitate și oferta SC ... SRL ar fi declarată totuși admisibilă, ar urma analiza aspectelor financiare pe care această ofertă le implică.

Pentru produsele în forma concentrată, deci și pentru podusul INCIDIN PRO, ofertat la Lotul 4, s-a precizat în fișa de date *analiza comparativă a prețului se va realiza în funcție de prețul unui litru soluție de lucru* ..., preț care va rezulta din aplicarea concentrației produsului în raport de spectrul de acțiune solicitat în caietul de sarcini.

Contestatoarea solicită Consiliului să constatate, din documentele depuse în procedură, faptul că produsul INCIDIN PRO, ofertat de SC ... SRL, pentru a putea îndeplini cerințele obligatorii din caietul de sarcini, în ceea ce privește activitatea Micobactericidă/Tuberculocidă, are o diluție de 2%.

Contestatoarea revine la cererea sa, ca, în situația în care se constată că produsul îndeplinește spectrul fungicid (Aspergillus Brasiliensis), să se ia în calcul și concentrația rezultată din acest test, "fungicid", fiind cerință obligatorie a caietului de sarcini.

Pornind de la prețul pe litru concentrat (250 lei/buc - bidon de 6 litri, deci 41,6666 lei/litru) și având în vedere diluția de 2%, diluție necesară respectării cerințelor caietului de sarcini, contestatoarea susține că SC ... SRL a oferit un preț de 0,83333 lei/litru soluție de lucru comparativ cu produsul oferit de ea care îndeplinește cerințele din caietul de sarcini la o diluție de 0,5%, de unde rezultă un preț de 0,205 lei/litru soluție de lucru (41 lei/litru concentrat).

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că, în răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă recunoaște concentrația de 2% a produsului INCIDIN PRO pentru spectrul pe care l-a solicitat în caietul de sarcini.

Consideră contestatoarea că precizările din răspunsul la notificarea prealabilă cu privire la intențiile de utilizare a produsului în diferite zone de risc nu pot fi luate în considerare deoarece obligația ofertanților este să întocmească ofertele (inclusiv cele financiare rezultate din aplicarea unor concentrații), în strict raport cu cerințele documentației de atribuire, iar obligația autorității contractante să evalueze în raport de aceasta și să nu reinterpreteze într-un sens în care s-ar crea un avantaj pentru o anumită ofertă chiar cu riscul încălcării prevederilor caietului de sarcini.

În continuare, contestatoarea arată că autoritatea contractantă admite, prin răspunsul la notificarea prealabilă, că a utilizat reguli proprii de evaluare pentru produsul INCIDIN PRO, atât în cazul spectrului Micobactericid/tuberculocid, cât și în cazul spectrului fungicid (Aspergillus brasiliensis/niger) hotărând ca diluțiile rezultate din aceste testări să nu fie luate în considerare.

Contestatoarea menționează că acestea ar conduce la declararea ofertei SC ... SRL necâștigătoare.

Cu privire la lotul 5, contestatoarea consideră neîntemeiată decizia de a declara câștigătoare, la lotul 5, oferta SC ... SRL care conține produsul INCIDIN ACTIVE, prezentând aceeași motivație ca în cazul produsului pentru lotul 3, în ceea ce privește neconformitatea produsului cu cerințele caietului de sarcini.

În ceea ce privește prețul ofertei SC ... SRL, contestatoarea susține că, în situația în care s-ar trece peste această situație a neconformității și oferta ar fi declarată totuși admisibilă, ar urma analiza aspectelor financiare pe care această ofertă le implică.

Pentru produsele în forma concentrată, deci și pentru produsul INCIDIN ACTIVE ofertat la Lotul 5, s-a precizat în fișa de date că *în cazul dezinfectanților în formă concentrată analiza comparativă a prețului se va realiza în funcție de prețul unui litru soluție de lucru ...,* preț care va rezulta din aplicarea concentrației produsului în raport de tot spectrul de acțiune solicitat în caietul de sarcini.

Contestatoarea susține că produsul INCIDIN ACTIVE ofertat de SC ... SRL, pentru a putea îndeplini cerințele din caietul de sarcini în ceea ce privește activitatea SPORICIDA - BACILLUS SUBTILIS - tulpina standardizată conform SR EN 13704, are o diluție de 2%.

Cerințele din caietul de sarcini în acest caz sunt clare cu privire la activitatea sporicidă, solicitându-se sporicid - SR EN 13704. Or, dacă se corelează prevederile standardului SR EN 13704 care arată la pct. 4 Cerințe "Activitatea sporicidă va fi evaluată utilizând tulpina test Bacillus subtilis" și testările produsului INCIDIN ACTIV conforme acestui standard SR EN 13704 pe tulpina B. Subtilis se constată concentrația de 2% a acestuia.

Contestatoarea precizează că mai există și alte testări pe alte tulpini, dar conform altor norme pentru demonstrarea spectrului sporicid care pot conduce la concentrații mai mici.

Contestatoarea revine și precizează că în situația în care se constată că produsul îndeplinește spectrul fungicid (Aspergillus Brasiliensis), să se ia în calcul și concentrația rezultată din acest test, fungicid, fiind cerința obligatorie a caietului de sarcini.

Contestatoarea menționează că în răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a precizat că este "mult mai important ca produsul utilizat să prezinte testare pe Candida Albicans", cu toate că în documentația de atribuire se solicita "fungicid" și nu doar "levuricid".

Raportat la susținerea autorității contractante, potrivit căreia "produsul INCIDIN ACTIVE atinge tot spectrul de activitate la o concentrație a soluției de lucru de 1% și timp de acțiune de 60 minute, așa cum este specificat în concluziile avizului", contestatoarea precizează faptul că în avizul produselor se regăsește o recomandare de utilizare stabilită în urma unui rezumat al testărilor pe care produsul le are menționate în aviz. Însă, în cazul acestui produs, dacă există, testarea pe Aspergillus Brasiliensis, aceasta este prezentată separat.

Nici precizarea autorității contractante, potrivit căreia "Dacă luăm în considerare timpul de acțiune de 60 minute, cu tot spectrul de activitate atins, pentru ambele produse rămase pe acest lot atunci prețul produsului Incidin Activ este de 0,44 lei/litru soluție de lucru, cu 0,03 lei mai mic decât produsul Anios Oxy Floor care vine cu o concentrație într-adevăr mai mică, de 0,5%" nu poate fi luată în considerare deoarece raportarea nu trebuie făcută la tot spectrul atins de produse, pentru că există și alte testări - pe alte norme sau tulpini microbiene.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă încearcă să justifice concentrația de 1% luată în calcul, la formarea prețului pe litru

soluție de lucru, pentru produsul declarat câștigător prin aplicarea unor reguli proprii de evaluare și prin distragerea atenției de la cerințele obligatorii ale caietului de sarcini din care rezultă concentrația de 2%, ceea ce nu poate fi permis.

Astfel, pornind de la prețul pe litru concentrat a produsului INCIDIN ACTIVE (44 lei/litru) și având în vedere diluția de 2%, diluție necesară respectării cerințelor caietului de sarcini rezultă că SC ... SRL a oferit un preț de 0,88 lei/litru soluție de lucru comparativ cu produsul oferit de societatea sa care îndeplinește cerințele din caietul de sarcini la o diluție de 0,5% de unde rezultă un preț de 0,47 lei/litru soluție de lucru (93,98 lei/litru concentrat).

În drept, contestatoarea invocă textele legale menționate în cuprinsul contestației sale.

Prin adresa nr. 11091/08.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 47612/08.11....., autoritate contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația înaintată de SC ..... SRL, solicitând respingerea ei ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă subliniază că a ales aplicarea procedurii de licitație deschisă, conform prevederilor Legii nr. 98/2016, ținând cont de valoarea ridicată a achiziției și având ca scop utilizarea eficientă a fondurilor publice. Nu în ultimul rând, a urmărit încheierea unui acord-cadru cu mai mulți operatori economici ca o măsură de precauție în eventualitatea în care câștigătorul licitației nu își poate îndeplinii în totalitate obligațiile asumate, criteriul de atribuire al procedurii fiind „prețul cel mai scăzut”.

De asemenea, fiind o unitate sanitară, autoritatea contractantă susține că, la achiziția de dezinfectanți antiseptice trebuie să aibă în vedere necesitățile diferitelor secții, așa cum este descris și în caietul de sarcini în cadrul fiecărui lot, de exemplu "să poată fi utilizată inclusiv la secția ATI, neonatologie, bloc operator și bloc alimentar", respectiv potrivit art. 7 alin. (1) din Ordinul MS nr. 961/2016 în funcție de scopul utilizării produsele biocide tip 1 și 2 utilizate în unități sanitare trebuie să prezinte efect bactericid, fungicid, micobactericid, virulicid și sporicid.

Cu privire la motivele de neconformitate invocate de SC ..... SRL, subliniază autoritatea contractantă faptul că, întradevăr a cerut în caietul de sarcini ca produsele participante la licitație să prezinte la lit. a) „AVIZ SANITAR emis de Ministerul Sănătății, al Mediului Pădurilor și al Autorității Naționale Sanitar-Veterinare (.....) Produsul să se regăsească în Registrul Național de Produse Biocide, varianta actualizată (...)" sau litera b) „Declarația de conformitate CE pentru dispozitive medicale eliberată de producător în baza directivei 93/42/CEE (...)". Din această cerință reiese faptul că se acceptă, atât avizul medical, cât și Declarația de conformitate CE, cerința din lit. a) nefiind o condiție eliminatorie, nici în conformitate cu art. 7 alin. (2) din Ordinul MS nr. 961/2016. Deci, autoritatea contractantă precizează că, motivarea contestatoarei că produsele prezentate nu se regăsesc în Registrul Național de produse

Biocide, varianta actualizată, unde într-adevăr este eliminată aria de aplicare unități sanitare, nu este o condiție eliminatorie din caietul de sarcini, cu atât mai mult, nu este motiv de neconformitate a ofertei prezentate de SC ... SRL, fiind îndeplinită lit. b), documentele cerute fiind atașate la propunerea tehnică.

În legătură cu motivul invocat „Sunt precizări specifice în legislație prin care deținătorii de avize sunt obligați să îndeplinească anumite cerințe pentru a putea comercializa produsele în unitățile sanitare", autoritatea contractantă menționează faptul că SC ... SRL a îndeplinit obligațiile invocate de SC ..... SRL, prevăzute în prevederile Ordinului nr. 910/1657/99/2016 art. 5 lit.) g3, g4, prezentând o „Adresă de notificare dispozitive medicale produse biocide" nr. 877/20.10.2016 (pag. 317) și respectiv răspunsul primit la această adresă având nr. 6355E/23.11.2016 (pag. 318), produsele INCIDIN PRO, respectiv INCIDIN ACTIV figurând pe respectiva listă. Aceste produse apar și în Registrul Național al Produselor Biocide figurând pe această listă până la actualizarea din 15 martie ....., eliminarea ariei de aplicare unități sanitare fiind prevăzut doar în actualizarea din 01.07.....

În legătură cu lipsa testării pe Aspergillus Brasiliensis/Niger, autoritatea contractantă arată că produsul prezintă testări care atestă spectrul de activitate fungicidă, atât pe Candida albicans, cât și pe Aspergilius Brasiliensis, acestea fiind atașate propunerii tehnice, produsul îndeplinind cerințele caietului de sarcini. În plus, la alegerea produsului, autoritatea contractantă susține că nu a aplicat o regulă proprie de evaluare, așa cum este acuzată în contestația formulată, ci a ținut cont de aria de utilizare menționată în caietul de sarcini, și în funcție de scopul utilizării potrivit art. 7 alin. (1) din OMS nr. 961/2016.

Având în vedere motivul invocat de SC ..... SRL cu privire la prețul mai mare al ofertei SC ... SRL, autoritatea contractantă precizează că, urmare a primirii notificării prealabile nr. 7909/11.08....., prin care contestatoarea solicita ca în caietul de sarcini să se precizeze analiza comparativă a prețului pentru produsul solicitat cu respectarea Ordinului nr. 1082/2016, a acceptat cerința, caietul de sarcini modificându-se în sensul: În cazul dezinfectanților în formă concentrată, se va realiza o analiză comparativă a prețului în care va ține cont de prețul unui litru de soluție de lucru". Astfel, prețul unui litru de soluție de lucru pentru produsele prezentate este corect calculată, respectând întocmai cerințele caietului de sarcini.

Cu privire la lotul 5, autoritatea contractantă susține că societatea contestatoare, prin notificarea prealabilă nr. 7909/11.08....., solicita eliminarea cerinței, cu privire la concentrația de 2%, iar prin răspunsul nr. 7909/18.08..... transmis s-a admis cererea, motiv pentru care acesta nu mai face parte din caietul de sarcini, și, drept urmare afirmația contestatoarei fiind neîntemeiată și de rea-credință.

În legătură cu lotul 4, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că, în conformitate cu art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, operatorul economic are obligația de a solicita

remedierea pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal. Respectiv, motivul respingerii a fost adus la cunoștință operatorului economic în conformitate cu art. 65 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016, prin "Procesul-verbal de evaluare a ofertelor tehnice", înregistrat la sediul autorității contractante cu nr. 9730/02.10..... și comunicat prin intermediul SEAP operatorului economic în data de 03.10....., termenul de 10 zile fiind expirat în data de 14.10..... Din aceste considerente, autoritatea contractantă consideră tardivă criticarea acestui lot, respectiv inadmisibilă în conformitate cu art. 6 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 437/09.11....., înregistrată la CNSC sub nr. 47781/09.11....., SC ..... SRL a răspuns punctului de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea tuturor apărărilor autorității contractante și admiterea contestației sale.

Cu privire la noul motiv pe care îl invocă autoritatea contractantă la pct. 1, și anume prezentarea declarației de conformitate CE, contestatoarea arată faptul că, caietul de sarcini conține prescripții clare cu privire la posibilitatea ofertării, deci și a acceptării unor produse încadrate în categoria biocidelor Grupa principală 1, Tip de produs 2 (cu Aviz valabil și prezente în Registru cu arie de aplicare unități sanitare valabilă) sau în categoria dispozitivelor medicale (cu Declarație de conformitate CE).

În acest sens, aferent descrierilor produselor care fac obiectul contestației (lot 3, lot 4, lot 5), este precizată clar doar cerința "Încadrare: Grupa principală 1, Tip de Produs 2".

Contestatoarea susține că descrierea din caietul de sarcini de la poziția nr. 3 corespunde loturilor 3 și 4, așa cum sunt prezentate în fișa de date a achiziției și descrierea de la poziția 4 din caietul de sarcini corespunde lotului 5 din fișa de date a achiziției, rezultând că pentru aceste loturi se acceptă la procedură doar produse biocide Grupa principală 1, Tip de produs 2 care se supun legislației care reglementează produsele biocide.

Contestatoarea precizează că Regulamentul UE nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 22 mai 2012, privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide, arată cum sunt clasificate produsele biocide, în această clasificare regăsindu-se și produsele acceptate de autoritatea contractantă încadrate în Grupa principală 1 - dezinfectanți, Tip de produs 2, Dezinfectante și algicide (care nu sunt destinate aplicării directe la oameni sau animale).

Solicitându-se încadrare în categoria produselor biocide apare și obligația legală specifică produselor biocide utilizate în unități sanitare și anume, regăsirea în Registrul Național cu produse biocide, varianta actualizată cu aria de aplicare unități sanitare valabilă.

Contestatoarea susține că, partea introductivă a caietului de sarcini are caracter general, însă în conținutul descrierilor pentru fiecare produs, în parte, informația este reluată stabilindu-se clar care anume produse pot "beneficia" de ambele încadrări.

Contestatoarea consideră că, dacă ar fi dorit (de la început) această încadrare și pentru loturile 3, 4 și 5, autoritatea contractantă trebuia să precizeze acest lucru în descrierea acestora.

Mai precis, pentru aceste produse (pozițiile 3 și 4 din caietul de sarcini) se precizează explicit că se dorește categoria biocidelor "Încadrare: Grupa principală 1, Tip de Produs 2", iar pentru alte produse (pozițiile 5, 6, 7, 8, 10 din caietul de sarcini) exista precizarea "Încadrare: Grupa principală 1, Tip de produs 2 sau dispozitiv medical".

În opinia sa, consideră neîntemeiată motivarea autorității contractante prin care afirma că acceptă și produse cu altă încadrare decât cea stabilită, întrucât prevederile legale obligă părțile să respecte cerințele din caietul de sarcini în detaliu.

Parcurgând pct. 2 din punctul de vedere, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu distinge între produsele pe care le solicită (biocide sau dispozitive medicale) și între faptul că aceste categorii de produse sunt reglementate diferit.

Trebuie subliniat că OMS nr. 910/2016 art. 5 lit.) $g^3$, $g^4$ reglementează procedura de avizare a produselor biocide stabilind obligații pentru deținătorii de Avize de produse biocide, în sensul actualizării documentației cu un nou raport de testare a eficacității antimicrobiene, consecința nerespectării acestei prevederi fiind tocmai eliminarea ariei de aplicare - unități sanitare.

Contestatoarea precizează că adresa de notificare dispozitive medicale nr. 877/20.10.2016 și răspunsul primit la aceasta având nr. 6355E/23.11.2016 invocate de autoritatea contractantă ca documente de probă nu pot fi asociate cu prevederile OMS nr. 910/2016 art. 5 lit. $g^3$, $g^4$, aceste adrese având rolul de a stabili înregistrarea dispozitivelor medicale în baza națională de date în acord cu prevederile Ordinului nr. 1009/2016 privind înregistrarea dispozitivelor medicale în baza națională de date și nu de actualizare a documentației produselor biocide sau de înregistrare a acestora în Registrul Național cu produse Biocide, aspecte total diferite pe care așteaptă să le însușească și autoritatea contractantă cu ocazia prezentei.

Concluzionează contestatoarea că afirmația autorității contractante "SC ... SRL a îndeplinit obligațiile invocate de SC ..... SRL prevăzute în prevederile Ordinului nr. 910/1657/99/2016" este neîntemeiată, respectiv că SC ... SRL nu dovedește că a îndeplinit prevederile legale arătate. De altfel, doar așa se poate justifica și lipsa ariei de utilizare unități sanitare a produselor INCIDIN PRO și INCIDIN ACTIVE așa cum rezultă din Registrul cu biocide.

Referitor la lipsa ariei de aplicare, unități sanitare, pentru produsele biocide oferite la procedurile de achiziții organizate de unități sanitare,

contestatoarea arată și faptul că CNSC s-a pronunțat deja în acest sens, prin Decizia sa nr. 2911/C4/3616 din 06.11.....

Cu privire la pct. 3 din punctul de vedere al autorității contractante în care se regăsește afirmația că produsele îndeplinesc spectrul solicitat inclusiv Aspergillus Brasiliensis consideră că, în această situație trebuie stabilite concentrațiile produselor pentru acest spectru la timpul de acțiune stabilit de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, urmând ca în măsura în care se va ajunge la analiza comparativă a prețurilor să se ia în considerare și această concentrație la formarea prețului pe litru soluție de lucru pentru produsele oferite de SC ... SRL.

Cu privire la pct. 4 din punctul de vedere al autorității contractante, contestatoarea consideră important să reia cererea sa de stabilire a concentrației pentru tot spectrul solicitat în caietul de sarcini și apoi în funcție de această concentrație prețul pe litru soluție de lucru care urmează să fie comparat.

Cu privire la pct. 5 din punctul de vedere, contestatoarea arată că autoritatea contractantă se află în eroare, neînțelegând faptul că, prin răspunsul său nr. Ad 7909/18.08..... la notificarea sa prealabilă nr. 7909/11.08....., a eliminat o cerință restrictivă care se referea la compoziția chimică a produsului acest aspect neavând legătură cu diluțiile/concentrațiile produsului la care acesta acționează împotriva microorganismelor.

În cazul de față, produsul trebuie să fie pe bază de acid peracetic. Astfel, inițial autoritatea contractantă a solicitat în caietul de sarcini un produs care să aibă în compoziție "acid peracetic 2%", cerință care a fost modificată de autoritatea contractantă devenind "acid peracetic".

În urma testărilor de eficacitate antimicrobiană se aplică produselor concentrate anumite concentrații/diluții și dacă se confirmă testările se poate afirma că produsele respective au eficacitate antimicrobiană la acele concentrații.

În cazul produsului INCIDIN ACTIV concentrația/diluția corectă contestatoarea susține că este 2% (nu are nicio legătură cu compoziția chimică a produsului sau cu reaua sa credință), adică pentru a inactiva toate microorganismele solicitate în caietul de sarcini, produsului concentrat i se va aplica această concentrație de 2% care înseamnă că dintr-un 1 kg de concentrat se obțin 50 litri soluție de lucru. Apoi, pornind de la prețul soluției concentrate, aplicând concentrația corectă a produsului se calculează prețul unui litru soluție de lucru care va fi comparat. În contestația sa, contestatoarea susține că nu se face referire la compoziția chimică a produselor ci la faptul că autoritatea contractantă nu a stabilit diluția corectă de 2% la care produsul INCIDIN ACTIVE acționează pe tot spectrul solicitat și a calculat prețul unui litru soluție de lucru la diluția de 1%, doar în acest fel putând să obțină un preț mai mic decât al său.

Cu privire la pct. 6 din punctul de vedere în care se invocă tardivitatea criticilor sale referitoare la lotul 4, contestatoarea arată că

acestea sunt neîntemeiate, precizând că, contestația sa este îndreptată împotriva raportului procedurii nr. 1022/18.10..... doar acest act îndeplinind toate cerințele legale pentru a putea fi considerat comunicare și nu împotriva comunicării parțiale nr. 9763/9/02.10.....

Contestatoarea susține că rapoartele intermediare/raportul procedurii de atribuire se înaintează de către președintele comisiei de evaluare conducătorului autorității contractante spre aprobare, context în care, solicită Consiliului să rețină prematuritatea contestării unor informații ale unui document parțial, publicat în SEAP neexistând un act de evaluare a ofertelor provenind de la comisie și aprobat de conducătorul autorității achizitoare. Procedura de atribuire era în curs de desfășurare (nu era finalizată), iar autoritatea nu comunicase ofertanților rezultatul motivat al evaluării, rezultat care înseamnă și admiterea sau respingerea ofertelor, atât a sa, cât și a celorlalți participanți la procedură.

În împrejurarea în care nu se contesta vreo hotărâre cu privire la rezultatul procedurii (deci final), fie el și limitat la evaluarea tehnică a ofertelor, contestatoarea consideră că ar fi fost premature solicitări vizând declararea conformă sau neconformă a vreunei oferte și obligarea autorității la reevaluarea tehnică a ofertelor.

Argumentele contestației nu puteau fi analizate decât în raport cu un act de evaluare final al ofertei sale și ale concurentelor, act care va putea fi contestat doar după adoptarea lui de către comisia de evaluare și validată de către conducătorul autorității. Așadar, contestatoarea a considerat că i se vatămă un drept sau interes legitim și a formulat contestație după primirea comunicării rezultatului procedurii și a raportului procedurii, vizavi de respectivul rezultat.

Într-adevăr, contestatoarea susține că la art. 65 din norme se prevede: (3) În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalți faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege.

(4) Comisia de evaluare are obligația, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, să deschidă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns.

Însă la fel de veridic este și faptul că simpla postare în SEAP a unui rezultat parțial nu semnifică o comunicare în sensul legii din partea conducerii autorității, el nu respectă nici dispozițiile cap. IV secțiunea a 13-a din Legea nr. 98/2016 (art. 214 și 215) în acest caz fiind obligatoriu un conținut mai amplu cu referire la mai multe aspecte.

Contestatoarea subliniază și faptul că, reprezentând o comunicare parțială, nedefinitivă putea oricând fi infirmată de altă comunicare în măsura în care nu ar fi fost aprobată și de conducătorul unității.

Consideră deci contestatoarea că actele autorității contractante opozabile ofertanților și care stabilesc rezultatul procedurii sunt comunicarea rezultatului procedurii, respectiv raportul procedurii, semnate de conducătorul acesteia.

Alături de stabilirea dacă pentru lotul 4 criticile sale sunt sau nu tardive, contestatoarea consideră la fel de important de stabilit și dacă oferta declarată câștigătoare respectă cerințele din caietul de sarcini, ori dacă evaluarea prețului a fost făcută cu aplicarea diluțiilor stabilite corect în raport de cerințele caietului de sarcini.

Contestatoarea observă însă că autoritatea contractantă nu a mai acordat importanță și acestor aspecte deoarece nu prezintă motivările sale de respingere a ofertei sale și de declarare drept câștigătoare a ofertei care conține produsul INCIDIN PRO și în fața Consiliului.

Prin adresa nr. 11117/09.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 47019/10.11....., autoritatea contractantă a transmis copia dosarului achiziției.

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

Pentru încheierea unui acord-cadru având ca obiect „.....”, ..... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ....., la data de ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 10246/9/19.10..... și a raportului procedurii nr. 10222/18.10....., referitoare la loturile 3, 4 și 5, SC ..... SRL a înaintat prezenta contestație, după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, stabilite la art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând Consiliului cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Prealabil analizării cauzei, Consiliul are în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare prezentării ofertei și modelul contractului, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care, toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, în procesul de evaluare a ofertelor, cât, mai ales, pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, în procesul de întocmire a ofertelor. În concluzie, documentația acceptată, implicit, de ofertanți, le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul are în vedere şi decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012 a Curţii de Apel ....., Secţia a VIII-a contencios administrativ şi fiscal, care a statuat că, în materia achiziţiilor publice,

operatorii economici trebuie să manifeste o diligenţă sporită în privinţa cerinţelor legale şi a celor cuprinse în documentaţia de atribuire, astfel că, în condiţiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerinţe precizate în cuprinsul documentaţiei de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

Analizând contestația formulată de SC ..... SRL, Consiliul constată că aceasta critică ofertantul declarat câștigător – SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5, precum și respingerea ofertei sale la lotul 4.

În acest sens, Consiliul are în vedere că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut următoarele specificații tehnice minime obligatorii pentru produsele achiziționate: „Produsele trebuie să corespundă Ordinului MS nr. 961/2016 și vor îndeplini următoarele condiții:

a) **Să prezinte AVIZ SANITAR emis de Ministerul Sănătății, al Mediului și Pădurilor și al Autorității Naționale Sanitar-Veterinare și pentru Siguranța Alimentelor nr. 10/368/11 din 2010 cu modificări și completări ulterioare în termen de valabilitate sau o formă de autorizație de punere pe piață eliberată conform HG nr. 617/2014 privind stabilirea cadrului instituțional și a unor măsuri pentru punerea în aplicare a Regulamentului UE nr. 528 din 22 mai 2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide emise de Comisia Națională pentru produse biocide. Produsul să se regăsească în Registrul Național de Produse Biocide, varianta actualizată, precum și în listele TP1, TP2 furnizate de către Institutul de Sănătate Publică ……., acte prezentate în copii legalizate sau conform cu originalul;**

b) **SAU Declarația de conformitate CE pentru dispozitive medicale eliberată de producător** în baza directivei 93/42 CEE (...)”.

Totodată, Consiliul are în vedere prevederile Ordinului nr. 910/1657/99/2016 pentru modificarea și completarea Ordinului ministrului sănătății, al ministrului mediului și pădurilor și al președintelui Autorității Naționale Sanitar Veterinare și pentru Siguranța Alimentelor nr. 10/368/11/2010 privind aprobarea procedurii de avizare a produselor biocide care sunt plasate pe piață pe teritoriul României, respectiv art. 4 alin. (1) lit. $g^3$), care prevede următoarele: *deținătorii avizelor* ***au obligația ca în termen de 120 de zile de la intrarea în vigoare a prezentului ordin să actualizeze documentația*** *privind eficacitatea produselor biocide care fac parte din grupa principală 1: dezinfectanți, TP 1 și TP 2, cu indicație de utilizare în unități sanitare, cu un raport de testare a eficacității efectuat într-un laborator acreditat conform Standardului european pentru dezinfectante chimice și antiseptice EN 14885:2015. Raportul trebuie să conțină rezultatele testării eficacității pentru fiecare dintre activitățile declarate pe etichetă și în dosarul tehnic al produsului.*

Prin urmare, contrar opiniei autorității contractante, prezentate în punctul de vedere formulat, Consiliul constată că, în baza documentației

de atribuire și a legislației în vigoare, produsele biocide, ce urmează a fi achiziționate trebuie să prezinte Aviz sanitar privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide emise de Comisia Națională pentru produse biocide, cu indicație de utilizare în unități sanitare, iar produsul ofertat trebuie să se regăsească în Registrul Național de Produse Biocide, varianta actualizată, precum și în listele TP1, TP2 furnizate de către Institutul de Sănătate Publică ....., iar dispozitivele medicale, Declarație de conformitate CE.

Analizând produsele și documentele aferente acestora, prezentate de ofertantul declarat câștigător - SC ... SRL, Consiliul constată că acesta a prezentat următoarele produse și documente la loturile contestate:

- la lotul 3 – dezinfectant detergent de nivel mediu pentru suprafețe 2l, a ofertat produsul INCIDIN PRO, pentru care a prezentat Aviz nr. 3023BIO/02/05.14; Aviz de prelungire nr. 3023BIO/02/12.24; Aviz de extindere pentru domeniul de utilizare: domeniul medical și aria de aplicare: curățarea și dezinfecția suprafețelor;

- la lotul 4 – dezinfectant detergent de nivel mediu pentru suprafețe 6l, produsul INCIDIN PRO, pentru care a prezentat Aviz nr. 3023BIO/02/05.14; Aviz de prelungire nr. 3023BIO/02/12.24; Aviz de extindere pentru domeniul de utilizare: domeniul medical și aria de aplicare: curățarea și dezinfecția suprafețelor;

- la lotul 5 – dezinfectant de nivel înalt pentru suprafețe și dispozitive medicale, produsul INCIDIN ACTIVE, pentru care a prezentat Aviz nr. 3228BIO/02/12.24; Aviz de extindere pentru domeniile eficacitate și indicații de utilizare.

În aceste condiții, Consiliul constată că produsele ofertate de SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5, nu se regăsesc în Registrul Național de Produse Biocide, varianta actualizată.

Raportat la documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, față de oferta depusă de ofertantul declarat câștigător – SC ... SRL, sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) din HG nr. 925/2016, care stipulează următoarele: „În condiţiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: a) nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini”.

Prin urmare, întrucât rezultă că nu respectă dispozițiile Ordinului nr. 910/1657/99/2016, Consiliul stabilește că aceste aspecte trebuie să facă obiectul reevaluării, iar autoritatea contractantă trebuie să facă aplicarea prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, care prevăd solicitări/completări ale documentelor în cadrul procesului de evaluare, respectiv: „(1) În cazul în care informaţiile 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 ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei. (2) Autoritatea contractantă nu are

dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

Numai în urma realizării unui astfel de demers și a obținerii tuturor informațiilor și lămuririlor din partea ofertantei, se poate stabili că autoritatea contractantă a realizat o evaluare completă a ofertei, evaluare care să respecte toate rigorile stabilite de legiuitor în ceea ce privește desfășurarea unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică. Evaluarea ofertei nu reprezintă un demers pur formal al comisiei de evaluare, realizat cu ignorarea drepturilor și obligațiilor pe care legiuitorul le-a stabilit în sarcina autorității contractante în acest sens, ci reprezintă un demers de analiză temeinică și serioasă a ofertei, cu lămurirea și completarea permise de lege a acelor elemente care pot face obiectul unei astfel de etape, finalitatea urmărită de către achizitor trebuind să fie aceea a păstrării în competiție a cât mai multor oferte, astfel încât să crească șansa achiziționării celui mai bun produs, la cel mai bun preț. Orice decizie de admitere sau respingere a unei oferte, trebuie să se bazeze pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele, și pe probe concludente, nu pe elemente și informații insuficiente ori neclare ori nesigure.

Consiliul constată incidența următoarele dispoziții legale din HG nr. 395/2006:

- art. 123 alin. (1): „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile";

- art. 124 alin. (1): „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant";

- art. 133 alin. (1) și (2): „(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. (2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv";

- art. 137 alin. (3) lit. a): „În condiţiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: a) nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini".

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit atribuțiile legale prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. f), g), i), j), k) din HG nr. 395/2016, care prevăd: „(1) Comisia de evaluare are următoare atribuţii: ... f) verificarea conformităţii propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini; g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanţilor în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul; ... i) elaborarea solicitărilor de clarificări şi/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare şi/sau ofertelor; j) stabilirea ofertelor inacceptabile şi/sau neconforme şi a

motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii; k) stabilirea ofertelor admisibile”.

Prin urmare, Consiliul constată că nu are relevanţă faptul că, din eroare, autoritatea contractantă a declarat conformă oferta SC ... SRL, atâta timp cât din motivarea de mai sus rezultă, cu certitudine, că oferta prezentată este neconformă.

Cu privire la celelalte motive de contestare, atât din punct de vedere tehnic cât și financiar, Consiliul nu le va mai analiza, caracterul neconform al ofertei câștigătoarei SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5 fiind evident în raport cu lipsa avizului reînnoit.

Cât privește respingerea ofertei contestatoarei, la lotul 4, întrucât produsul nu respectă modul de ambalare solicitat, motivat de faptul că bidoanele de 5 litri ofertate nu sunt compatibile cu dispozitivul de dozare centralizat din dozarea unității, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția inadmisibilității/tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, în considerarea dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „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 o va admite.

Consiliul constată că autoarea excepției pretinde că societatea contestatoare a luat cunoștință de respingerea ofertei, la lotul 4, în data de 03.10....., din SEAP, când a primit adresa nr. 9763/02.10....., intitulată ”Comunicare parțială privind rezultatul etapei 2 de selecție privind verificarea și evaluarea ofertelor tehnice”.

Contrar susținerilor autorității contractante, actul la care raportează termenul de contestare nu este actul de respingere definitivă din procedura de atribuire. Conform prevederilor legale aplicabile în speță, autoritatea contractantă are obligația de a comunica rezultatul procedurii, la finalul procedurii de atribuire, adică, după întocmirea raportului procedurii de atribuire. Faptul că autoritatea contractantă asigură informații intermediare, asupra modului de evaluare a ofertei, în diferite faze ale procedurii, nu poate conduce la decăderea din dreptul de a ataca rezultatul final al procedurii de atribuire, ce ar trebui să fie comunicat conform dispozițiilor art. 142 din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobată prin HG nr. 395/2016: *Art. 142. - (1) Pe baza informaţiilor introduse în SEAP de către autoritatea contractantă, sistemul informatic generează automat către toţi ofertanţii participanţi notificări cu privire la rezultatul procedurii de atribuire. (2) Autoritatea contractantă are obligaţia de a efectua şi comunicările prevăzute la secţiunea a 13-a a cap. IV din Lege.*

Amintitele prevederi sunt cuprinse în Secțiunea *Finalizarea procedurii de atribuire* din norma de aplicare a Legii, cu privire la modul de asigurare a informațiilor privind rezultatul procedurii, care, conform

prevederilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, trebuie asigurat fiecărui participant în procedură.

Or, decizia de respingere din procedură este emisă, efectiv, după întocmirea raportului procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 216 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, situația certă a ofertei contestatoarei rezulta din comunicarea finală a rezultatului procedurii, Consiliul constatând că, în fapt, contrar dispozițiilor amintitului art. 142 alin. (2) din Norma de aplicare a legii, autoritatea contractantă nu a mai emis-o.

Or, lipsa acestei comunicări nu poate fi acoperită de o comunicare intermediară, emisă prealabil raportului procedurii, iar contestatoarea se află în termenul de atacare a acestui rezultat final.

De altfel, în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a consacrat principiul conform căreia cel prejudiciat de un act al autorității contractante trebuie să aibă posibilitatea efectivă să atace actul, indiferent de stadiul în care se află procedura de atribuire, și fără a-i face imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea dreptului. În acest sens, spre pildă, punctele 31-33 din Decizia C-391/2915 din 5 aprilie ..... (Marina del Mediterráneo SL și alții împotriva Agencia Pública de Puertos de Andalucía):

*31 Or, după cum a statuat deja Curtea, deși Directiva 89/665 nu a stabilit în mod formal momentul de la care există posibilitatea de a formula o cale de atac prevăzută la articolul 1 alineatul (1), obiectivul directivei menționate, avut în vedere la punctul precedent, nu autorizează statele membre să condiționeze exercitarea dreptului la o cale de atac de faptul că procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice în discuție a ajuns în mod formal întrun anumit stadiu (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C26/03, EU:C:2005:5, punctul 38).*

*32 În lipsa unei reglementări a Uniunii care să stabilească momentul de la care trebuie să existe posibilitatea de a formula o cale de atac, conform unei jurisprudențe constante, îi revine dreptului național atribuția de a stabili modalitățile procedurii jurisdicționale destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii. Aceste modalități procedurale nu trebuie să fie însă mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor similare prevăzute pentru protecția drepturilor întemeiate pe ordinea juridică internă (principiul echivalenței) și nu trebuie să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principiul efectivității) (Hotărârea din 30 septembrie 2010, Strabag și*

*alții, C314/09, EU:C:2010:567, punctul 34, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C61/14, EU:C:2015:655, punctul 46, precum și Hotărârea din 26 noiembrie 2015, MedEval, C166/14, EU:C:2015:779, punctele 32, 35 și 37).*

*33 În special, modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de dreptul Uniunii candidaților și ofertanților prejudiciați de decizii ale autorităților contractante nu pot să aducă atingere efectului util al Directivei 89/665 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C21/03 și C34/03, EU:C:2005:127, punctul 42, Hotărârea din 6 octombrie 2015, Orizzonte Salute, C61/14, EU:C:2015:655, punctul 47, precum și Hotărârea din 15 septembrie 2016, Star Storage și alții, C439/14 și C488/14, EU:C:2016:688, punctul 43).*

În situația de față, chiar autoritatea contractantă a precizat natura parțială a evaluării, în titlul adresei evocate, ceea ce dă caracter nedefinitiv al rezultatului la care raportează termenul de luare la cunoștință de către contestatoare.

Or, raportat la criticile contestatoarei, ce vizează respingerea ofertei sale din data de 03.10....., la lotul 4, precum și la termenul de notificare de 10 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea avea dreptul de a formula notificarea prealabilă, în vederea remedierii, de către autoritatea contractantă, a aspectelor considerate nelegale, ce priveau respingerea ofertei ca neconformă, după comunicarea rezultatului final al procedurii, adică după data de 20.10..... (fiind realizată la data de 24.10.....).

Prin urmare, nefiind un demers tardiv al contestatoarei, Consiliul va respinge excepția invocată de autoritatea contractantă și va analiza cauza pe fond.

Consiliul reține, din susținerile părților, dar și din documentele aflate la dosarul cauzei, că autoritatea contractantă a considerat că oferta SC ..... SRL, pentru lotul 4, este neconformă, întrucât nu ar fi respectat cerința caietului de sarcini privind modul de ambalare a produsului.

Conform caietului de sarcini, modul de prezentare a produsului (dezinfectantului detergent de nivel mediu pentru suprafețe), comun pentru loturile 3 și 4, dar cu cantități diferite, recipientul (bidoane de maxim 6 litri) ”trebuie să se potrivească la sistemul de dozare automat din dotarea unității sanitare”.

Or, din documentele de evaluare a ofertei (raportul procedurii sau procesul-verbal de analiză intermediară), nu rezultă modalitatea efectivă de constatare, de către comisia de evaluare, a pretinsei neconformități, date de necompatibilitatea bidonului de 5 litri, prezentat, cu dispozitivul de dozare deținut.

Conform cerinței caietului de sarcini, nu se impunea ca produsul ofertat să aibă origine comună cu a sistemului de dozare, formularea ”să se potrivească” asigurând participarea ofertanților cu produse compatibile, adică cu ambalaje proprii, adaptate sistemului de dozare. De altfel, nu poate fi pus la îndoială că doar producătorul ambelor subansamble ar putea să propună un produs a cărei potrivire nu ar putea fi pusă sub semnul întrebării, însă regula din caietul de sarcini nu excludea adaptările sau orice manevre de potrivire a produsului.

În cauză, se impunea ca autoritatea contractantă să analizeze, efectiv, care ar fi inconvenientele tehnice majore ce ar fi făcut imposibilă utilizarea produsului propus, iar în cazul în care acestea nu ar fi evidente, să solicite clarificări, conform dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *În cazul în care informaţiile 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 ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei*.

Demersul în sine trebuia să fie urmărit și în concordanță cu dispozițiile art. 134 alin. (1) din Norma de aplicare a legii: *Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte.*

Considerând că oferta contestatoarei nu a fost analizată efectiv, sub aspectul conformității ei, ci doar formal, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare, anulând actuala decizie de respingere a ofertei, pentru lotul 4.

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 achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul va admite contestația depusă de SC ..... SRL și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. 10222/18.10..... și adresele subsecvente acestuia, în partea dedicată evaluării ofertei depuse de SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5, precum și în privința ofertei contestatoarei, la lotul 4.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din lege, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să reanalizeze ofertele SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5, precum și oferta SC ..... SRL aferentă lotului 4.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Admite contestația depusă de SC ..... SRL și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. 10222/18.10..... și în adresele subsecvente acestuia, în partea dedicată evaluării ofertei SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5, dar și a celei dedicată ofertei contestatoarei, la lotul 4.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze ofertele SC ... SRL, la loturile 3, 4 și 5 și oferta SC ..... SRL, la lotul 4.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

**PREŞEDINTE,** **MEMBRU,**
**.....** **.....**

**OPINIE CONCURENTĂ**

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, sunt de acord cu soluția pronunțată în prezenta cauză și cu cele reținute drept considerente ale acesteia, cu excepția considerentelor vizând respingerea ofertei contestatoarei, la lotul 4.

Astfel, opinez că această critică este inadmisibilă, pentru următoarele considerente:

Cât privește respingerea ofertei contestatoarei, la lotul 4, întrucât produsul nu respectă modul de ambalare solicitat, motivat de faptul că bidoanele de 5 litri ofertate nu sunt compatibile cu dispozitivul de dozare

centralizat din dotarea unității, constat, ca aspect preliminar, că societatea contestatoare a luat cunoștință de respingerea ofertei sale la lotul 4, în data de 03.10....., din SEAP, când a primit adresa de comunicare nr. 9763/02.10.....

În aceste condiții, voi analiza cu prioritate excepția inadmisibilității/tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, în considerarea dispoziţiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „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”, pe care o voi admite.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016 pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), art. (3) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatoarea fiind ținută ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite emitentului, în termen de 10 de zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a actului contestat.

Or, raportat la criticile contestatoarei ce vizează respingerea ofertei sale din data de 03.10....., la lotul 4, precum și la termenul de notificare de 10 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul la care contestatoarea putea notifica autoritatea contractantă, în vederea remedierii aspectelor considerate nelegale ce priveau respingerea ofertei sale la lotul 4, se împlinea la 13.10..... Astfel fiind, formularea Notificării prealabile la data de 24.10..... este un demers tardiv al contestatoarei.

În soluţionarea acestei excepţii, nu ţin seama de precizarea contestatoarei referitoare la faptul că în contestație s-a raportat la raportul procedurii nr. 1022/18.10....., deoarece, nemulţumirile acesteia sunt legate de respingerea ofertei sale comunicată în data de 03.10....., la lotul 4. Or, astfel cum s-a precizat anterior, respingerea ofertei sale a fost cunoscută de contestatoare încă de la data de 03.10....., aceasta fiind data la care trebuia să se raporteze în demersurile sale ce vizau contestarea respingerii ofertei sale, la lotul 4.

În consecință, constat că autoarea contestației nu a respectat procedura de notificare prealabilă în termenul prevăzut de Legea nr. 101/2016, situație în care devine aplicabilă sancțiunea prevăzută la art.

6 alin. (1) teza inițială din actul normativ menționat, contestarea respingerii ofertei sale, la lotul 4, urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

**MEMBRU,**
**……**

….