

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5135/31.01.2022, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin Avocat ... cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Achiziția de dezinfectanți în cadrul proiectului STOP COVID în cadrul Spitalelor A.S.S.M.B.*”- lot 2, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 1521/19.01.2022 și a rezultatului procedurii nr. 1527/19.01.2022, în ceea ce privește atribuirea lotului 2 și constatarea faptului că oferta SC ... SRL pentru lotul 1 este conformă, întrucât îndeplinește cerințele stabilite prin documentația de atribuire cu privire la timpul de contact acceptat pentru acțiune Virucidă, respectiv 0,5 min – 1 min,
- reevaluarea ofertelor și desemnarea ofertei câștigătoare în funcție de toate ofertele conforme.

Prin adresa nr. 94/02.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 5877/03.02.2022, SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional prin C. Av. ..., în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii de atribuire antementionată, formulează cerere de intervenție în sprijinul autorității contractante în care solicită:

- admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție și respingerea contestației SC ... SRL,
- obligarea SC ... SRL la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de contestația sa.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5135/31.01.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale aferente lotului 2, ca neconformă.

Contestatoarea menționează că după o primă evaluare a ofertelor depuse, autoritatea contractantă a emis și comunicat raportul procedurii nr. 29954/02.11.2021 prin care a desemnat câștigătoare pentru lotul nr. 2, oferta societății ... S.R.L., cu produsul ... Gel Dezinfectant.

Împotriva raportului procedurii și a adresei de comunicare a raportului procedurii, ofertantul ... S.R.L. a formulat contestație soluționată prin decizia nr. ... din 09.12.2021, prin care Consiliul a admis contestația formulată de ... S.R.L. și a dispus anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertei ... S.R.L. în partea aferentă lotului 2, în termen de 15 zile de la comunicare.

După publicarea în SEAP a Deciziei CNSC nr. ... din 09.12.2021 prin care s-a dispus reevaluarea ofertei ... S.R.L. în partea aferentă lotului 2, în data de 22.12.2021, societatea ... SRL a transmis autorității contractante o adresă prin care o informa că, față de considerente din Decizia nr. ... din 09.12.2021 și limitele reevaluării impuse de către Consiliu, produsul ... Gel Dezinfectant ofertat îndeplinește cerința tehnică referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut), aspect care poate fi dovedit prin prezentarea Raportului de testare întocmit în data de 02.07.2021 și Raportului de testare din data de 17.06.2021 și Avizul de extindere emis de CNPB la data de 14.09.2021.

În data de 19.01.2022, ca urmare a reevaluării ofertei ... în partea aferentă lotului 2, autoritatea contractantă a întocmit și comunicat raportul procedurii nr. 1521/19.01.2022 și rezultatul procedurii nr. 1527/19.01.2022 prin care s-a respins ca neconformă oferta depusă de ... S.R.L. pentru produsul ... Gel Dezinfectant.

Comisia de evaluare a constatat faptul că *"produsul ... Gel Dezinfectant nu îndeplinește cerințele astfel cum au fost stabilite prin documentația de atribuire, modificată și completată conform Răspunsului consolidat, cu privire la timpul de contact acceptat pentru acțiunea Virucidă, respectiv de 0,5 min - 1 min. Din documentația prezentată rezultă un timp de contact pentru acțiunea Virucidă de 2 minute, iar oferta a fost respinsă ca neconformă"*.

În consecință, eliminând ca neconformă oferta ... S.R.L., s-a procedat în continuare la reevaluarea ofertelor financiare și a fost declarată câștigătoare oferta depusă de către ofertantul ... S.R.L. cu o valoare de 1.669.800,00 lei.

Prețul produselor oferit de ... S.R.L. este de 1.201.200,00 lei, cu peste 400.000 lei mai mic decât prețul propus de ofertantul declarat câștigător.

Contestatoarea apreciază ca fiind nelegale actele autorității contractante pentru următoarele motive:

Conform dispozițiilor din Decizia CNSC nr. ... din 09.12.2021, autoritatea contractantă trebuia să reevalueze oferta ... S.R.L. sub aspectul verificării îndeplinirii condiției timpului de contact acceptat pentru acțiunea Virucidă a produsului ... Gel Dezinfectant, respectiv de 0,5 min - 1 min.

Consiliul nu a impus condiții speciale în ceea ce privește modalitatea de reevaluare, prin urmare, și în această etapă autoritatea contractantă trebuia să aplice regulile generale de evaluare, conform dispozițiilor din Legea nr. 98/2016.

Astfel, la reevaluare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări și/sau completări cu privire la aspectele cercetate, mai cu seamă că societatea ... S.R.L. i-a adus la cunoștință anterior, într-o manieră informală, că produsul ... Gel Dezinfectant oferit îndeplinește cerința tehnică referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut), aspect care poate fi dovedit prin Raportul de testare întocmit în data de 02.07.2021 și Raportul de testare din data de 17.06.2021, precum și din Avizul de extindere emis de CNPB la data de 14.09.2021.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea invocă prevederile art. 208 din Legea nr. 98/2016, art. 133 alin. (1) și art. 134 din H.G. nr. 395/2016 precum și Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel ... - Secția de contencios administrativ - *"În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 133 și art. 134 alin. 1 din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la dispozițiile art. 28 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată, are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară".*

Din considerentele Deciziei CNSC nr. ... din 09.12.2021 rezultă că autoritatea contractantă, la prima evaluare efectuată în procedură, nu a verificat pentru produsul ... Gel Dezinfectant îndeplinirea cerinței tehnice referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut). Prin urmare, la reevaluare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite de la ... S.R.L., în temeiul art. 133 și art. 134 din Norme, clarificările și

completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea corectă a ofertei.

Pentru produsul ... Gel Dezinfectant, contestatoarea are întocmite, suplimentar față de testarea obligatorie prevăzută în Standardul EN 14885/2015 (EN 14476 - activitatea virucidă) cu timp de contact între 30 secunde și 2 minute, și testări adiționale, pentru un timp de contact de 1 min., aspect care încadrează produsul în limita cerinței tehnice impusă de către autoritatea contractantă (între 30 secunde și 1 minut).

Astfel, respectând drepturile procedurale subiective ale particularului ofertant de a fi invitat să completeze sau să clarifice certificatele și documentele prezentate în cadrul ofertei tehnice, o solicitare de clarificare din partea autorității contractante ar fi fost mai mult decât necesară. Pasivitatea autorității contractante, manifestată mai mult decât ostentativ pe parcursul derulării procedurii, a condus, în realitate, la excluderea societății ... din procedură.

Nu se poate aprecia că o solicitare de clarificare ar fi putut conduce la o modificare a ofertei deja depuse. Produsul ... Gel Dezinfectant oferat avea efectuate testările adiționale care demonstau îndeplinirea condiției pentru timpul de contact aferent acțiunii Virucide încă din 17.06.2021, respectiv 02.07.2021, anterior depunerii ofertei tehnice.

Mai mult, autoritatea contractantă are obligația să trateze toți candidații în mod egal și loial. Atâta vreme cât pentru produsul ... Gel Dezinfectant nu s-au solicitat, la prima evaluare, clarificări cu privire la îndeplinirea condiției referitoare la timpul minim de acțiune pentru activitatea Virucidă, aceste clarificări trebuiau solicitate la cea de-a doua evaluare. Și aceasta, pentru că pe parcursul evaluării propunerilor tehnice, atât pentru lotul 1, cât și pentru lotul 2, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor participanți clarificări suplimentare pentru analizarea conformității ofertelor.

Cu titlu exemplificativ, contestatoarea amintește solicitarea de clarificări nr. 2759/11.10.2021 pe care autoritatea contractantă a transmis-o operatorului ... SRL pentru evaluarea conformității produsului cu care acest ofertant a participat în cadrul lotului 1, solicitare ce urmărea să clarifice îndeplinirea cerințelor minim impuse în caietul de sarcini cu privire la forma de condiționare și modalitatea de ambalare a produsului.

Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca oricând pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se respecte reguli sau cerințe pe care autoritatea contractantă trebuie să le aplice identic pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

În plus, o evaluare corectă a propunerii tehnice ar fi adus mai multe avantaje autorității contractante, inclusiv în ceea ce privește valoarea contractului final. Astfel prețul produsului oferat de ... S.R.L.

pentru lotul 2 este de 1.201.200,00 lei, cu peste 400.000 lei mai mic decât prețul propus de ofertantul declarat câștigător (1.669.800,00 lei).

Prin adresa nr. 94/02.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 5877/03.02.2022, SC ... SRL în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii de atribuire antemenționată, formulează cerere de intervenție în sprijinul autorității contractante în care solicită:

- admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție și respingerea contestației SC ... SRL,
- obligarea SC ... SRL la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de contestația sa.

Intervenienta solicită respingerea contestației ... pentru neconstituirea cauțiunii, pe motiv că în contestație, ... nu face nicio mențiune referitoare la îndeplinirea obligației de constituire a unei cauțiuni pentru soluționarea contestației sale.

De asemenea, intervenienta invocă excepția inadmisibilității contestației, existând autoritate de lucru judecat.

... critică diverse defecte ale autorității contractante în procedura de comunicare a diverselor acte apărute în procedura de contestare a deciziei anterioare a autorității contractante de atribuire a acordului cadru al lotului 2.

... invocă faptul că autoritatea contractantă nu a ținut seama, în procesul de reevaluare, de acte care ar dovedi îndeplinirea cerinței dovedirii producerii efectului VIRUCID conform standardului EN 14476 în timpul de 30 secunde -1 minut, acte comunicate autorității contractante printr-o adresă (în afara cadrului legal de comunicare) din 22.12.2021.

La data când ... a luat cunoștință de decizia CNSC nr. 2710/C4/09.12.2021, adică la 20.12.2021, în urma publicării în SEAP a acestei decizii de către autoritatea contractantă, la solicitarea expresă a ..., toate actele acum invocate erau cunoscute de ... și ar fi putut/trebuia să fie folosite în calea de atac a plângerii împotriva deciziei, ceea ce ... nu a făcut.

Ori, în considerentele deciziei se indică cu claritate modul în care trebuie să se facă reevaluarea ofertei

Astfel, reevaluarea ofertei ... trebuia să se realizeze prin raportare la mențiunile din avizul C.N.P.B. aflat în cuprinsul ofertei sale referitoare la timpul de acțiune pentru producerea efectului VIRUCID de un produs gata de utilizare (nediluat) - mențiuni apreciate ca dovedind neîndeplinirea condiției stabilite prin caietul de sarcini (între 0,5 și 1 minut). Acest considerent a rămas definitiv, nefiind contestat de ... în termenul și condițiile prevăzute de lege.

Rezultă că actuala contestație a ... pune în discuție autoritatea de lucru judecat a deciziei atât în ce privește conformitatea ofertei ... (sub aspectul timpului de contact pentru acțiunea virucidă), cât și în ce privește modul în care trebuia să se facă reevaluarea ofertei sale de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește critica ... respectiv: *„Conform dispozițiilor din Decizia CNSC nr. ... din 09.12.2021, autoritatea contractantă trebuia să reevalueze oferta ... S.R.L. sub aspectul verificării îndeplinirii condiției timpului de contact acceptat pentru acțiunea Virucidă a produsului ... Gel Dezinfectant, respectiv de 0,5 min - 1 min.*

Consiliul nu a impus condiții speciale în ceea ce privește modalitatea de reevaluare, prin urmare, și în această etapă autoritatea contractantă trebuia să aplice regulile generale de evaluare, conform dispozițiilor din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și din HG nr. 395/2016”, în opinia intervenientei aceasta este nefondată, întrucât decizia a stabilit cu claritate atât cauza greșitei evaluări inițiale a ofertei ... (neîndeplinirea condiției timpului de contact de 0,5 - 1 minut pentru producerea efectului VIRUCID de un produs gata de utilizare), cât și modul de efectuare a reevaluării.

Intervenienta invocă faptul că autoritatea contractantă a respectat atât litera, cât și sensul dispozițiilor deciziei când a decis, prin raport, neconformitatea ofertei ... în raport de neconformitatea stabilită cu titlu definitiv prin decizie.

În ceea ce privește critica contestatoarei ..., respectiv: *„Astfel, la reevaluare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări și/sau completări cu privire la aspectele cercetate, mai cu seamă că societatea ... S.R.L. i-a adus la cunoștința anterior, într-o manieră informală, că produsul ... Gel Dezinfectant ofertat îndeplinește cerința tehnică referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut), aspect care poate fi dovedit prin Raportul de testare întocmit în data de 02.07.2021 și Raportul de testare din data de 17.06.2021, precum și din Avizul de extindere emis de CNPB Ia data de 14.09.2021”, intervenienta invocă prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016,*

În raport de aceste prevederi, nu erau îndeplinite condițiile pentru lansarea unei solicitări de clarificări astfel cum susține ...:

- data limita de depunere a ofertelor a fost 15.09.2021,
- actele acum invocate de ... nu au fost depuse în oferta prezentată de ... până la data limită de depunere a ofertelor;
- răspunderea întocmirii ofertelor revine exclusiv ofertantului;
- evaluarea unei oferte se face în raport de conținutul său, astfel cum a fost depusă până la data limită de depunere a ofertelor; conform art. 64 alin. (7) HGR nr. 395/2016, aplicat mutatis mutandis (în speță fiind vorba despre o completare a ofertei ...),
- prin lipsa unor acte din ofertă, nu este îndeplinită condiția legală „informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente” (căci informațiile sau documentele trebuie să fi fost „prezentate” în cadrul ofertei, astfel încât să se simtă nevoia completării lor sau îndreptării lor, respectiv trebuie să se fi constatat că „lipsesc

anumite documente" - ceea ce nu este cazul, întrucât toate actele necesare pentru evaluarea conformității îndeplinirii cerinței timpului de contact pentru activitatea VIRUCIDĂ în intervalul 0,5-1 minut existau în cadrul ofertei);

- încercarea de depunere de acte care nu au fost inserate în ofertă, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, înseamnă încălcarea „principiilor tratamentului egal și transparenței, căci a permite unui ofertant să-și modifice/completeze oferta după data limită de depunere a ofertelor înseamnă a-l plasa pe poziție privilegiată față de ceilalți ofertanți; textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 se opune admiterii unui asemenea comportament solicitat autorității contractante acum de

Autoritatea contractantă a depus în copie, documentele necesare soluționării cauzei, anexate punctului de vedere nr. 3651/08.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 6698/08.02.2022, cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

În data de 19.01.2022, în cadrul procedurii, a fost publicat raportul procedurii nr. 1521, ca urmare a finalizării procesului de reevaluare a ofertelor și a documentelor ce însoțesc ofertele, depuse de către toți ofertanții, conform deciziei C.N.S.C. nr. ... din 09.12.2021, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de ofertantul ... SRL.

Comisia de evaluare constatând că oferta declarată câștigătoare îndeplinește criteriile de evaluare stabilite de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, realizând cel mai mare punctaj ca urmare a aplicării criteriului de evaluare "cel mai bun raport calitate preț", oferta depusă de ofertantul ... SRL este declarată neconformă, întrucât nu îndeplinește cerințele solicitate de autoritatea contractantă cu privire la acțiunea virucidă.

În conformitate cu prevederile caietului de sarcini au fost stabilite cerințele minimale necesare a fi îndeplinite pentru lotul 2 - GEL DEZINFECTANT pentru mâini (TP1), de către ofertanții participanți la procedură, cu privire la spectrul de activitate, astfel:

Activitate antimicrobiană și standarde:

- Spectrul de activitate conform EN 14885/2015:
- Bactericidă: EN 13727, EN 1499 sau EN 1500 cu modificările

și completările ulterioare:

- Levuricidă: EN 13624 cu modificările și completările ulterioare:

- Virucidă: EN 14476 cu modificările și completările ulterioare: Instrument» Structurate 2M4>2030

• Micobactericid/Tuberculocid: SR EN14348 cu modificările și completările ulterioare.

Din analiza ofertei tehnice și a documentelor ce însoțesc oferta, depuse de către ofertantul ... SRL, respectiv:

- Aviz sanitar emis de Ministerul Sănătății, Comisia Națională pentru Produse Biocide, nr. 2251BIO/01/12.24, cu termen de valabilitate 31.12.2021,
- Fișa caracteristici tehnice ... Gel Dezinfectant;
- Fișa cu date de Securitate ... Gel Dezinfectant;
- Buletin de analiză 0035/13.01.2021;
- Certificat de conformitate 0035/13.01.2021; comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu îndeplinește criteriile minimale de calificare astfel cum au fost solicitate, cu privire la acțiunea virucidă din care să rezulte timpul de contact necesar, respectiv între 0,5 și 1 min.

Din Avizul sanitar emis de Ministerul Sănătății, Comisia Națională pentru Produse Biocide nr. 2251BIO/OI/12.24, rezultă că produsul oferat este destinat pentru dezinfecția igienică și chirurgicală a mâinilor prin frecare, utilizat în domeniul medical și spații private, iar pentru acțiunea virucidă, pentru eficacitate, produsul are nevoie de un timp de acțiune de 2 min, dovedind neîndeplinirea condiției stabilite prin caietul de sarcini.

În ceea ce privește, documentele depuse prin e-mail de către ... SRL, prin care arată că îndeplinește condiția solicitată, autoritatea contractantă menționează că acesta a omis a depune actele de care înțelege a se folosi în oferta prezentată în cadrul procedurii, cu bună știință depunând documente ce nu atestă îndeplinirea în totalitate a cerințelor solicitate de autoritatea contractată în documentația de atribuire.

Evaluarea ofertei tehnice s-a făcut în raport cu conținutul acesteia și în raport cu analizarea documentelor depuse în susținerea acesteia, astfel cum au fost depuse de către ofertant până la data limită de depunere a ofertelor conform art. 64 alin. (7) din HGR nr. 395/2016.

Critica adusă de ofertant, aceea că autoritatea contractantă avea obligația de a-i solicita clarificări, este nefondată, întrucât potrivit art.209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea dreptul, iar nu obligația de a solicita clarificări ofertanților, în situația în care "informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente", ceea ce nu este cazul, întrucât toate actele necesare evaluării conformității cerinței, respectiv a timpului de contact pentru acțiunea virucidă - existau în cadrul ofertei, toate indicând același timp de contact, respectiv de 2 min pentru acțiunea virucidă.

Autoritatea contractantă susține că permiterea unui ofertant de a depune acte ce nu au fost depuse în cadrul ofertei, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, înseamnă încălcarea "principiilor tratamentului egal și transparenței", acordând un tratament privilegiat față de ceilalți ofertanți, dacă se permite unui ofertant să modifice sau să completeze oferta după data limită de depunere a ofertelor, încălcând astfel dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele evocate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ... SRL, menținerea ca legal și temeinic a raportului procedurii nr. 1521/19.01.2022, cât și a comunicării rezultatului procedurii, întocmite de comisia de evaluare a autorității contractante, prin care oferta depusă de SC ... SRL a fost declarată câștigătoare pentru lotul 2, având cel mai bun punctaj ca urmare a aplicării criteriului de evaluare "cel mai bun raport calitate-preț" și continuarea procedurii pentru atribuirea contractului de furnizare lot 2.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 7794/14.02.2022, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care invocă lipsa de echitate pe care autoritatea contractantă o manifestă față de anumiți operatori participanți la procedură, precum și tratamentul părător acordat intervenientei ... S.R.L.

Atât intervenienta ... S.R.L., cât și autoritatea contractantă, consideră contestația neîntemeiată, întrucât ASSMB nu avea obligația să solicite clarificări ofertantei ... S.R.L. la reevaluarea propunerii tehnice, iar luarea în considerare unor documente noi, ce nu au fost depuse împreună cu oferta tehnică, ar echivala cu o încălcare a dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În combaterea acestui argument, contestatoarea face următoarele precizări:

- Solicitarea de clarificări suplimentare cu privire la îndeplinirea cerinței tehnice referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut) nu ar fi condus la crearea unui avantaj în favoarea ... SRL. Practic, Autoritatea contractantă ar fi acționat similar cu toate situațiile anterioare din procedură în care a înțeles să solicite clarificări ofertanților participanți (a se vedea filele 108-114 din dosarul achiziției în care se regăsesc o serie de documente intitulate "Solicitare de clarificare ofertă tehnică", documente prin care autoritatea contractantă solicită ofertanților "să argumentați, prin documente justificative îndeplinirea cerinței..."). Aceasta înseamnă că ofertanților nu numai că li s-a permis, dar chiar le-au și fost cerute documente, fără a se interpreta că li se crează un avantaj.

- Totodată, analizând procesul-verbal privind evaluarea conformității ofertei tehnice (anexa la Raportul procedurii nr. 29954/02.11.2021) în ceea ce privește ofertantul Sante International SRL, acestuia i s-au solicitat clarificări conform adresei nr. 28017/14.10.2021 strict pe îndeplinirea specificațiilor tehnice (fila 298 din dosarul achiziției).

- Din cuprinsul deciziei CNSC nr. ... din 09.12.2021 și din punctul de vedere prezentat de autoritatea contractantă în contestația ce a făcut obiectul dosarului nr. 2914/2021, se remarcă faptul că, la prima evaluare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a omis să verifice pentru

oferta ... SRL îndeplinirea cerinței tehnice referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut). Prin urmare, dacă la momentul primei evaluări autoritatea contractantă ar fi procedat, în concret, la analiza acestei cerințe tehnice și ar fi constatat că informațiile din oferta tehnică nu sunt suficiente sau sunt contradictorii, atunci ar fi solicitat și de la ... SRL clarificări privind îndeplinirea acestei cerințe, astfel cum a procedat și cu ceilalți ofertanți.

- Din aceste considerente contestatoarea susține că noua evaluare a propunerii tehnice a ofertei ... S.R.L. impusă de CNSC prin Decizia nr. ... din 09.12.2021 ar fi trebuit să respecte toate principiile care guvernează achizițiile publice.

- Produsul ... Gel cu care contestatoarea a ofertat pentru lotul 2, este plasat pe piața din România în baza Avizului nr. 2251 BIO/01/12.24 emis de Comisia Națională pentru Produse Biocide. Spectrul de acțiune al produselor biocide este verificat și dovedit prin efectuarea de testări de eficacitate periodice. Aceste testări se efectuează în conformitate cu Standardul EN 14885:2015 (actualizat).

- Prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a impus ca cerință minimă obligatorie prezentarea rapoartelor de testare care să dovedească îndeplinirea cerințelor tehnice, astfel că la data depunerii documentației tehnice a produsului, contestatoarea s-a conformat cerințelor minim impuse prin caietul de sarcini.

- Modalitatea prin care autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice îndeplinirea cerinței tehnice referitoare la eficacitatea virucidă pentru timpul de contact impus în caietul de sarcini (între 30 secunde și 1 minut), conform deciziei CNSC, era să solicite operatorului ... SRL, astfel cum a procedat și în celelalte situații anterior menționate, să argumenteze, "prin documente justificative îndeplinirea cerinței."

- O completare a documentației tehnice ar putea fi considerată, eventual, situația în care rapoartele de testare nu erau întocmite la data limită pentru depunerea ofertei tehnice (14.09.2021), însă nu este cazul, deoarece ele au fost emise în data de 02.07.2021 și în data de 17.06.2021.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Achiziția de dezinfectanți în cadrul proiectului STOP COVID în cadrul Spitalelor A.S.S.M.B.*”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul nr. .../03.09.2021.

În cadrul acestei proceduri, a fost depusă de ... SRL o contestație în partea aferentă lotului 2, criticându-se oferta clasată pe primul loc,

depusă de ... SRL, pe motiv că nu respectă răspunsul la clarificarea nr. 24358/10.09.2021, Solicitarea nr. 2.

În soluționarea acestei contestații, Consiliul a emis decizia nr. ... din 09.12.2021, admitând contestația depusă de ... SRL, și a dispus reevaluarea ofertei ... SRL.

Ca urmare a noii reevaluări, autoritatea contractantă a respins ca neconformă oferta ... SRL, declarând câștigătoare oferta ... SRL.

Împotriva acestui rezultat a formulat contestația de față ... SRL, solicitând reevaluarea ofertei sale.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 53.900,60 lei, prin recipisa de consemnare nr., emisă de CEC Bank, Unitatea

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

În cadrul dosarului nou constituit la Consiliu, ... SRL a depus cerere de intervenție, aceasta urmând a fi admisă în principiu de către Consiliu, având în vedere că în calitate de ofertantă câștigătoare, are interesul să stea în cauză.

Intervenienta a invocat două excepții, prima dintre ele, inadmisibilitatea contestației pe motiv că nu s-ar fi constituit cauțiunea urmând a fi respinsă, deoarece, așa cum s-a arătat mai sus, cauțiunea a fost constituită în termenul legal.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației deoarece ar exista autoritate de lucru judecat, Consiliul reține considerentele deciziei anterioare.

„Pe fondul contestației, contestatoarea arată că potrivit răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 24358/10.09.2021, Solicitarea 2, documentația de atribuire a fost modificată în ceea ce privește timpul de contact pentru activitatea virucidă:

„Vă rugăm să precizați ce timp de contact doriți pentru acțiune virucidă standardizată. Vă rugăm ca la răspunsul dvs. să aveți în vedere și prevederile caietului de sarcini standardizat OMS 1071/2017, care indică pentru această categorie de produs următoarele. Virucidă En 14476 (2.1), timp de contact între 0,5 și 1 min., reducere Ig. >1=4.0.

Răspuns: Timpul de contact acceptat pentru standardul EN 14476 este de 0,5 - 1 min”.

Verificând răspunsul în cauză, Consiliul reține că acesta este corect reprodus de către contestatoare, fiind corectă și susținerea sa că această modificare a prevederilor inițiale ale caietului de sarcini al lotului 2 nu a fost atacată de vreun operator economic, astfel încât aceasta, fiind definitivă, trebuie respectată de autoritatea contractantă în evaluarea ofertelor prezentate în procedura de atribuire.

Astfel, deși Standardul EN14885/2015 prevede pentru activitatea Virucidă: EN 14476, condiții obligatorii de testare un timp de contact între 30

secunde și 2 minute, pentru faza 2 etapă 1, prin răspunsul la clarificare autoritatea contractantă a precizat condiții de testare între 0,5 - 1 min.

Cu siguranță, această modificare a documentației de atribuire, s-a produs, fiind lipsite de relevanță, în acest sens, informațiile din Avizul sanitar emis de Ministerul Sănătății, Comisia Națională pentru Produse Biocide, nr. 2251 BIO/01/12.24, invocate de autoritatea contractantă, că produsul oferat este destinat pentru dezinfectia igienică și chirurgicală a mâinilor prin frecare, utilizat în domeniul medical și spații private, că în conformitate cu prevederile cap. IX - Eficacitate, produsul oferat îndeplinește cerințele impuse de standardele stabilite de către autoritatea contractantă, acestea reprezentând - cerințe minimale necesare a fi îndeplinite, iar în conformitate cu prevederile cap. X - Indicații de utilizare, pentru a-și demonstra eficacitatea în dezinfectia igienică a mâinilor produsul trebuie folosit în forma concentrată, astfel cum a fost oferat, având un timp de acțiune 30 secunde - cerința minimală solicitată în documentație.

Astfel cum rezultă din răspunsul citat, autoritatea contractantă a precizat prevederea din caietul de sarcini, respectiv că se solicită dovada testării pentru activitatea virucidă din care să rezulte timpul de contact necesar, respectiv între 0,5 și 1 minut. Din avizul Bio prezentat, rezultă că pentru activitatea virucidă, testarea s-a realizat pe **o concentrație de 97%**, rezultând un timp de contact de 2 minute. Este adevărat că la cap. X - Indicații de utilizare, din avizul BIO nr. 2251 BIO/01/12.24, depus de ofertanta câștigătoare se menționează că **produsul nediluat**, în cantitate de 3 ml, aplicat direct pe mâini, acționează în 30 de secunde, dar această nu se referă punctual la testarea pentru activitatea virucidă, așa cum a precizat autoritatea contractantă în răspunsul la solicitarea de clarificări, neexistând o dovadă, în cap. IX - Eficacitate, a testării Virucide EN 14476 (2.1), timp de contact între 0,5 și 1 min., în cap. reducere Ig. $>1=4.0$, pentru concentrația 100%, așa cum se menționează în răspuns. Deci în aviz nu există o mențiune referitoare la testarea specifică pentru eficiența virucidă a produsului cu o concentrație de 100%.

Prin urmare, Consiliul reține că modalitatea de evaluare realizată de autoritatea contractantă încalcă răspunsul la solicitarea de clarificări, menționat mai sus, fiind necesară reevaluarea ofertei depuse de ... SRL

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertei ... SRL, în partea aferentă lotului 2".

Astfel, în considerentele deciziei, Consiliul nu a reținut neconformitatea produsului oferat de SC ... SRL, ci Consiliul a reținut că testarea virucidă conform avizului existent în dosar s-a realizat pe o concentrație de 97%, rezultând un timp de contact de 2 minute, ori la cap. X - Indicații de utilizare, din avizul BIO nr. 2251 BIO/01/12.24, depus de ofertanta SC ... SRL se menționează că produsul nediluat, în cantitate de 3 ml, aplicat direct pe mâini, acționează în 30 de secunde, **dar această nu se referă punctual la testarea pentru activitatea virucidă, așa cum a precizat autoritatea contractantă în răspunsul la solicitarea de clarificări**, neexistând o dovadă, în cap. IX -

Eficacitate, a testării Virucide EN 14476 (2.1), timp de contact între 0,5 și 1 min., în cap. reducere Ig. >1=4.0, pentru concentrația 100%, așa cum se menționează în răspuns. **Deci în aviz nu există o mențiune referitoare la testarea specifică pentru eficiența virucidă a produsului cu o concentrație de 100%.**

Prin urmare, Consiliul a reținut necesitatea reevaluării ofertei SC ... SRL, și nu neconformitatea acestei oferte, făcându-se vorbire exclusiv de lipsa dovezii referitoare la existența acestei testări, introdusă, așa cum s-a arătat expres în decizie, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, și în ceea ce privește activitatea virucidă, pentru un timp de contact de între 0,5 și 1 min. Prin urmare, autoritatea de lucru judecat nu poate fi extinsă dincolo de limitele analizei Consiliului în discuție, în speța aflată pe rolul Consiliului la acest moment, referindu-se la admisibilitatea documentelor nou depuse de contestatoare, respectiv dacă reevaluarea dispusă de Consiliu limita evaluarea ofertei contestatoarei doar la documentele existente în dosar sau dacă exista posibilitatea solicitării de clarificări în acest sens, cu respectarea principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice.

Astfel, potrivit art. 430 din Codul de procedură civilă, „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă. (...)

Consiliul reține că este lipsit de relevanță faptul că societatea contestatoare din prezenta cauză a formulat sau nu cerere de intervenție în dosarul constituit la Consiliu sau plângere împotriva deciziei Consiliului, din moment ce aceasta nu se plânge în legătură cu pronunțarea unei decizii nelegale, ci dimpotrivă, recunoaște că din eroare, nu a depus extinderea avizul BIO nr. 2251 BIO/01/12.24 care cuprindea și testarea specifică pentru eficiența virucidă a produsului cu o concentrație de 100%, susținând că evaluarea realizată de autoritatea contractantă este deficitară, respectiv că aceasta a respins oferta fără o minimă verificare, deși la momentul emiterii deciziei Consiliului, din oficiu, fără o solicitare din partea autorității, a transmis prin e-mail, în data de 22.12.2021 Raportul de testare întocmit în data de 02.07.2021, Raportul de testare din data de 17.06.2021 și Avizul de extindere emis de CNPB la data de 14.09.2021.

Prin urmare, Consiliul va respinge excepția autorității de lucru judecat în ceea ce privește respingerea ofertei ..., prin decizia anterioară dispunându-se reevaluarea acestei oferte.

În ceea ce privește contestația depusă, Consiliul reține că pasajul citat de contestatoare din Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr.

66/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel ... - Secția de contencios administrativ - *"În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 133 și art. 134 alin. 1 din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la dispozițiile art. 28 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată, are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară", nu are aplicabilitate în speța de față, acesta referindu-se la posibilitatea verificării altor aspecte care nu au format obiectul controlului de legalitate, verificare posibilă doar în măsura în care nu există dovezi ale parcurgerii ei cu ocazia verificării anterioare.*

În situația de speță, controlul de legalitate a invalidat evaluarea realizată de comisia de evaluare, în decizia anterioară a Consiliului remarcându-se exact neverificarea de către autoritatea contractantă a respectării specificației tehnice referitoare la eficacitatea virucidă a produsului cu o concentrație de 100%, ori tocmai această verificare trebuia realizată de autoritatea contractantă, în baza deciziei Consiliului, nefiind vorba de o posibilitate a autorității. Deci, autoritatea de lucru judecat se aplică strict în limitele analizei anterioare a Consiliului, și nu extensiv, ori așa cum s-a arătat, Consiliul a retrimis procedura în faza evaluării tehnice pentru verificarea îndeplinirii specificației tehnice în discuție, autoritatea fiind obligată să aplice decizia Consiliului.

Pe fondul cauzei, Consiliul are în vedere că nu există dispoziții legale care să stabilească modalitatea în care se realizează reevaluarea ofertelor. Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018, menționată de contestatoare, stabilește că autoritatea contractantă trebuie să verifice aspectele invalidate în urma controlului de legalitate, arătându-se, în acest sens, că „81. Exercițarea controlului de legalitate administrativ- jurisdicțional sau jurisdicțional și invalidarea concluziei de inadmisibilitate a ofertei la care a ajuns comisia prin raportul de evaluare întocmit **obligă autoritatea contractantă de a proceda la reluarea operațiunii de evaluare a acestei oferte de la etapa contestată, conform celor dispuse prin decizia C.N.S.C. sau hotărârea instanței**, comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect”.

Prin urmare, autoritatea de lucru judecat a deciziei anterioare obliga autoritatea contractantă să verifice îndeplinirea specificației în discuție, inclusiv prin solicitarea de clarificări. Se remarcă, astfel, că autoritatea contractantă a realizat o primă etapă de verificare viciată,

neobservând că specificația tehnică astfel cum a fost modificată prin răspunsul la clarificări necontestat de operatori, nu este dovedită de oferta SC ... SRL, iar în urma deciziei Consiliului, a realizat, de asemenea, o verificare sumară, fără să solicite clarificări.

Consiliul nu își însușește interpretarea autorității contractante și a intervenientei potrivit căreia dreptul autorității contractante de a solicita clarificări s-ar aplica la libera apreciere a acesteia, discreționar, ci dimpotrivă, practica a stabilit la unison că art. 209 din Legea nr. 98/2016 se interpretează în sensul inexistenței unei interdicții de a solicita clarificări și că dimpotrivă, principiul proporționalității impune corectarea unor vicii minore ale ofertelor. De altfel, autoritatea contractantă gestionând bani publici, nu poate justifica, în niciun fel, lipsa unei minime diligențe și cheltuirea unei sume mai mari cu o treime ca urmare a acestei neverificări.

De altfel, Consiliul reține că art. 209 alin. (1), invocat de intervenientă și autoritate, are un conținut mult mai larg, acesta stabilind că: „În cazul în care **informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia** în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”.

În același sens, sunt și dispozițiile art. 134 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, care stabilesc următoarele: „(1) Comisia de evaluare **are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte**, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia. (...)

(4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor [art. 209](#) din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Prin urmare, ansamblul legislației achizițiilor publice stabilește obligația lămuririi unor aspecte neclare ale ofertei, și nu respingerea automată a acestei oferte. De asemenea, legislația permite completarea ofertei cu informații sau documente omise sau prezentate eronat care să facă dovada conformității ei.

Consiliul mai reține că autoritatea contractantă a publicat răspunsul consolidat pe data de 10.09.2021, iar data depunerii ofertelor prevăzută în SEAP era 15.09.2016. De asemenea, se mai observă că extinderea Avizului nr. 2251BIO/01/12.24, cu termen de valabilitate 31.12.2024, emis de Ministerul Sănătății, Comisia Națională pentru Produse Biocide, a avut loc la data de 14.09.2021, dată care coincide cu elaborarea ofertei contestatoarei. Deci, la momentul elaborării și depunerii ofertei, contestatoarea avea aviz de extindere valabil până în data de 31.12.2024, nedepunerea fiind, în mod vădit, o eroare. De altfel, chiar și în situația în care s-ar presupune că societatea contestatoare nu se regăsea fizic în posesia documentului respectiv, acesta era valabil, deci își produce efectele, respingerea unei oferte cu un preț mai mic cu 30% decât al ofertei următoare, fără o minimă verificare în acest sens, apare ca fiind o măsură neproportională.

Nu în ultimul rând, Consiliul reține că la data emiterii raportului procedurii, autoritatea contractantă era în posesia documentelor, deci avea posibilitatea să le ia în considerare pe cele depuse din oficiu de contestatoare sau să solicite o clarificare formală, ori ea a ales să nu le ia în considerare, invocând prevederile art. 64 alin. (7) din HG nr. 395/2016 și cele ale art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, considerând că ar fi favorizat-o pe contestatoare dacă i-ar fi luat în considerare documente depuse ulterior. Prevederile legislației, însă, nu se interpretează trunchiat, prin smulgerea lor din contextul întregului act normativ, ci dimpotrivă, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare și prevederile legale care impun clarificarea ofertelor.

Pe de altă parte, o atare solicitare de clarificări este, cu siguranță, una de confirmare, în condițiile în care extinderea avizului face corp comun cu avizul însuși, deci nu se pune problema unei favorizări. Totodată, depunerea unor documente omise nu conduce la modificarea propunerii tehnice, așa cum greșit consideră autoritatea contractantă, propunerea tehnică fiind aceeași, respectiv produsul ... gel dezinfectant, fiind vorba doar de depunerea unor documente „*incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente*”, în condițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, situația de speță fiind exact cea reglementată de legiuitor.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertei contestatoarei, în conformitate cu cele dispuse.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertei contestatoarei, în conformitate cu cele dispuse.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu SC ... SRL.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire într-un termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 16 (șaisprezece) pagini.