



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de dezinfectanți pentru incinte spitalicești, coduri CPV 24455000-8, 33631600-8 și 39811200-2, lotul 2 – dezinfectanți pentru dezinfecția chirurgicală a mâinilor, cu data de deschidere a ofertelor 25.02.2013, organizată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii și reevaluarea corectă a ofertelor pentru lotul 2.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a

Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, respectiv respingerea ofertei sale pentru lotul 2 ca neconformă.

În motivarea contestației, autoarea ei învederează că, pentru poz. 2.1, a oferit produsul Maxil Sept ICF, iar pentru poz. 2.2 produsul Maxil Săpun Lichid.

Potrivit caietului de sarcini, ofertanții trebuiau să prezinte teste și dovezi din care să reiasă perioada în care flaconul poate fi folosit după deschidere fără să se contamineze substanța, astfel încât personalul utilizator să poată respecta art. 31 din Ordinul nr. 261/2007, durată de minimum 28 de zile.

Cu adresa nr. 4598/14.03.2013, autoritatea i-a solicitat teste și dovezi din care să rezulte perioada în care produsele oferite își păstrează proprietățile antimicrobiene din momentul în care flacoanele sunt desfăcute, iar societatea a răspuns că testul de eficacitate-stabilitate în timp, depus la dosarul achiziției publice, certifică faptul că produsele sunt conforme cu avizele de punere pe piață, cu o stabilitate mult mai mare decât cele 28 de zile. Comisia de evaluare a apreciat că lămuririle aduse nu sunt de natură a considera oferta conformă cu solicitările din caietul de sarcini, rezultat comunicat cu adresa nr. 4786/18.03.2013.

... este producător al produselor oferite (nu distribuitor). Pentru autorizarea fabricării produselor din categoria dezinfectanților, normele Ministerului Sănătății și certificările de calitate și mediu ISO 9001 și 14001 sunt extrem de severe, iar printre condițiile de autorizare se numără și existența unui laborator propriu de teste și încercări ale produselor fabricate. Testul de eficacitate-stabilitate în timp inclus în ofertă se referă și la cerința cuprinsă în caietul de sarcini, respectiv la capacitatea dezinfectantului și a săpunului de a nu se contamina în mediul în care este folosit după deschidere, păstrându-și proprietățile bactericide, fungicide, tuberculocide și virucide cel puțin 28 de zile.

Autoritatea face confuzie între termenul de garanție a produsului și stabilitatea în timp a produsului după deschiderea flaconului de dezinfectant și săpun în contact cu aerul. Contaminarea, în cazul unui produs chimic, reprezintă modificarea

structurii chimice în contact cu aerul sau cu alți agenți aflați în mediul înconjurător. Or, după cum s-a arătat în adresa nr. 4641/15.03.2013, prin testele de măsurare cu bandă indicatoare [care sunt fabricate de firme specializate în domeniu și cu aprobarea Ministerului Sănătății] se măsoară capacitatea chimică a produsului, respectiv aceea de a-și păstra în timp proprietățile bactericide, fungicide, tuberculocide și virucide.

Testele de măsurare cu bandă indicatoare nu prezentau modificări față de momentul deschiderii flaconului (venind în contact cu aerul sau cu alți agenți aflați în mediul înconjurător) și, prin urmare, produsele testate nu s-au contaminat și nici nu și-au pierdut proprietățile dezinfectante. Testele respective nu s-au făcut doar pentru stabilirea unui termen de garanție a produsului (în condiții de comercializare), ci și pentru verificarea modificărilor fizico-chimice ce ar putea avea loc în cazul în care produsele sunt/vin în contact cu aerul după desigilarea flacoanelor.

Produsele oferite și-au păstrat structura chimică, după deschidere și folosire, chiar și după un an de zile, iar testul de eficacitate-stabilitate în timp vine să confirme acest aspect.

Aprecierile autorității contractante sunt subiective.

În punctul său de vedere nr. 5658/29.03.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 10341/02.04.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că una dintre condițiile esențiale solicitate prin caietul de sarcini era aceea de a se prezenta *"teste, dovezi din care să reiasă perioada în care flaconul poate fi folosit după deschidere, fără să se contamineze substanța, astfel încât personalul utilizator să poată respecta art. 31 din OMS nr. 261/2007: «Criteriile de utilizare și păstrare corectă a produselor antiseptice sunt următoarele: ...4. pe flacon se notează data deschiderii și data limită până la care produsul poate fi utilizat»*. Autoritatea apreciază durata de utilizare a unui flacon de 1 litru în unitatea sa la 28 zile, drept urmare dovezile prezentate vor avea în vedere perioada de timp de minim 28 de zile". Acest lucru înseamnă că, odată flaconul desfăcut, în contact cu aerul din mediul spitalicesc unde este folosit (mediu ostil), conținutul trebuie să aibă capacitatea de a nu se contamina și de a-și păstra proprietățile dezinfectante pentru care a fost achiziționat (bactericid, fungicid, tuberculocid, virucid), proprietăți ce trebuie menținute cel puțin până la terminarea conținutului din flacon, respectiv minimum 28 zile. Rezistența la contaminare nu poate fi determinată decât prin analize ale produsului care se află în contact cu aerul o perioadă de timp. În toată aceasta perioadă se fac analize ale aceleiași mostre periodic, până în momentul în care se constată că mostra a fost contaminată și, prin urmare, s-a stabilit termenul cât produsul poate fi folosit în siguranță. Aceste date se comunică utilizatorilor care, conform art. 31 pct. 4 din Ordinul nr. 261/2007, vor înscrie (utilizatorul, nu

producătorul) pe eticheta flaconului data deschiderii acestuia și data limită până la care poate fi utilizat. Perioada de rezistență la contaminare a produselor nu se confundă cu perioada de garanție acordată de producător, trecută pe etichetă.

Comisia de evaluare a constatat că doar două oferte (... și SC Santomed Impex SRL) prezentaseră produse care răspundeau cumulativ cerințelor, însă fără testele de rezistență la contaminare. ... a prezentat teste de stabilitate fizică și chimică în timp a produselor, prin care se urmăreau pH-ul, culoarea, vâscozitatea, aspectul general, iar nu date cu privire la rezistența la contaminare după desfacerea flaconului în contact cu aerul (perioada cât s-a testat, datele de testare și rezultatele finale menționate în buletinul de analize cu mențiunea "negative" sau "lipsă contaminare").

Comisia a solicitat clarificări, pe care, însă, ... nu le-a adus. A afirmat, în schimb, că rezistența la contaminare a produselor pe care le-a prezentat a fost demonstrată prin "benzi indicatoare" care au relevat "absența bactericidelor, fungicidelor, tuberculocidelor și virucidelor". Metoda determinărilor cu "teste indicatoare" nu este specifică antisepticelor pentru mâini, ci sterilizării chimice a instrumentarului care se utilizează în cuve cu capac.

Conform art. 26 din Ordinul nr. 261/2007 pentru aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfectia și sterilizarea în unitățile sanitare: "(1) În vederea unei corecte practici medicale și a eliminării oricărui risc în domeniul sanitar, soluția chimică de sterilizare nu se va folosi mai mult de 48 de ore de la preparare în cuve cu capac sau maximum 24 de ore, în cazul utilizării în instalații cu ultrasunete. În ambele cazuri, numărul maxim de proceduri (cicluri de sterilizare) este de 30. (2) În cazul soluțiilor care au termen de valabilitate mai mare de 48 de ore și nu s-a efectuat numărul de proceduri permis, este obligatorie testarea concentrației soluției cu benzi indicatoare speciale la începutul fiecărei noi proceduri, până la epuizarea celor permise sau până la termenul maxim de valabilitate specificat în fișa tehnică a produsului."

SC Santomed Impex SRL a răspuns solicitării de clarificări prin adresa nr. 4740/18.03.2013, la care a anexat buletinele de analize de la un laborator independent, din care rezultă rezistența la contaminare a produselor pe o perioadă de 40 zile, cu examinări la date diferite.

Autoritatea consideră nefondată contestația depusă de ... iar încadrarea ei în prevederile art. 271 alin. (1) este lăsată la aprecierea Consiliului.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după deliberare Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 10.01.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării, prin

intermediul unui acord-cadru pe 24 de luni, de diverse tipuri de dezinfectanți, achiziție estimată valoric la maximum 2.173.220 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP, la 10.01.2013, alături de anușul de participare.

La procedură, pentru lotul 2 s-au prezentat cinci operatori economici, între care și ... a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă, întrucât nu a prezentat niciun buletin de analiză din care să rezulte că produsul își menține proprietățile dezinfectante (bactericide, fungicide, micobactericide și virucide) pe perioada declarată de un an. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul trimiterii pe care autoritatea contractantă o face la art. 271 alin. (1) din ordonanță, Consiliul este ținut să analizeze cu precădere incidența acestui text, conform căruia, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare. În speță, societatea contestatoare a luat cunoștință despre actul pe care îl reclamă (comunicarea nr. 4786/18.03.2013) la 19.03.2013, când a fost primită prin fax de la autoritate, dată care reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației, stabilit în textul art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice. Conform acestui text legal, în cazul în care valoarea estimată a loturilor care urmează să fie atribuite este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), ipoteză în care se încadrează și contractul în referință, contestația poate fi depusă în cel mult cinci zile, începând cu cea următoare luării la cunoștință de către contestator de actul autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Socotirea termenului de contestare se realizează potrivit art. 3 lit. z) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ceea ce înseamnă că, în speță, ultima zi pentru depunerea în termen a contestației de către ofertantă atât la Consiliu, cât și la autoritate, era luni ... În speță, ... a formulat și transmis contestația atât de Consiliu, cât și de autoritatea contractantă, la ... deci în interiorul termenului legal de contestare. Autoritatea contractantă recunoaște că a primit contestația la data de ... însă i-a dat număr de înregistrare la ... În analiza tardivității contestației, respectarea termenului se determină în funcție de data la care a avut loc transmiterea contestației, iar nu la data la care autoritatea a înregistrat-o în evidențele sale. În atari condiții, se respinge ca nefondată excepția tardivității contestației ridicată de autoritatea contractantă.

Asupra aspectelor de fond sesizate de petentă, Consiliul reține că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire. Din această documentație face parte integrantă și caietul de sarcini, care, în introducere, prevede următoarea atenționare: "Caracteristicile precizate mai jos sunt cerințe minime obligatorii. Nerespectarea oricăreia din acestea duce la considerarea ofertei neconforme pentru produsul respectiv."

Lotul 2 cuprinde produsele "dezinfectant antiseptic pentru dezinfectia igienica si chirurgicala a mainilor prin frecare pe baza de alcool" și "sapun antiseptic pentru dezinfectia igienica si chirurgicala a mainilor prin spalare", pentru care autoritatea a introdus, între altele, următoarele cerințe:

"Sa prezinte teste, dovezi din care sa reiasa perioada in care flaconul poate fi folosit dupa deschidere fara sa se contamineze substanta, astfel incat personalul utilizator sa poata respecta art. 31 din OMS 261/2007 Criteriile de utilizare și păstrare corectă a produselor antiseptice sunt următoarele:4. pe flacon se notează data deschiderii și data limită până la care produsul poate fi utilizat. Apreciem durata de utilizare a unui flacon de 1 litru in unitatea noastra la 28 zile, drept urmare dovezile prezentate vor avea in vedere perioada de timp de minim 28 zile.

Perioada de garanție a produsului sa fie minim un an din momentul livrării.

Notă: Pentru fiecare din produsele lotului ofertantii vor preciza durata de utilizare a acestora de la desigilarea si deschiderea flacoanelor (recipientilor) care trebuie sa fie de minim 28 de zile calendaristice."

La 14.02.2013, autoritatea a posta în SEAP următoarea clarificare:

Intrebare: "Sectiunea a II-a Caiet de sarcini-Specificatii tehnice Lot. 2. Se specifica sa se prezinte teste, dovezi din care sa reiasa perioada in care flaconul poate fi folosit dupa deschidere fara sa se contamineze substanta, astfel incat personalul utilizator sa poata respecta articolul 31 clauza 4 din OMS 261/2007: "pe flacon se noteaza data deschiderii si data limita pana la care produsul poate fi utilizat". Va trimitem atasat declaratie de la producator unde se specifica durata de depozitare in ambalajul original desigilat."

Raspuns: "Solicitarea noastra se refera la proprietatea/capacitatea acestuia de a nu se contamina in contact cu aerul dupa deschiderea flaconului si nu la stabilitatea solutiei pe perioada de

valabilitate a produsului ofertat. Importanta acestui aspect este relevata de OMS 261.2007 Art. 31 Criteriile de utilizare și păstrare corectă a produselor antiseptice sunt următoarele: 4. pe flacon se notează data deschiderii și data limită până la care produsul poate fi utilizat. Aceasta obligatie a utilizatorilor nu se refera la termenul de garantie al produsului (care oricum se regaseste notat pe flacon de producator), ci la rezistenta la contaminare in acest caz pentru perioada de utilizare a produsului in mediu spitalicesc unde sunt prezente mai multe tulpini de germeni."

În pofida prevederilor redade mai sus, dar și a propriilor declarații din prima pagină a propunerii tehnice, conform cărora produsele oferite Maxil SEPT ICF și Maxil Săpun Lichid "prezintă test din care reiese perioada în care flaconul poate fi folosit după deschidere fără să se contamineze substanța", ... nu a inclus în oferta sa niciun astfel de test. Într-adevăr, în propunerea tehnică s-au identificat fișele tehnice, fișele de securitate, avizele nr. 2179 și 2509, teste de eficacitate-stabilitate în timp și numeroase rapoarte de încercare pentru produsele Maxil SEPT ICF și Maxil Săpun Lichid, însă nu și vreun document de testare a rezistenței produselor la contaminare, cum a cerut imperativ autoritatea contractantă.

În această conjunctură faptică, deși autoritatea era îndrituită să decidă respingerea ofertei ca neconformă, a preferat să îi acorde o șansă ... solicitându-i, cu adresa nr. 4598/ 14.03.2013, dovezi în sensul testării capacității produselor oferite de a nu se contamina în mediul în care este folosit după deschidere, păstrându-și proprietățile bactericide, fungicide, tuberculoide și virucide cel puțin 28 de zile. Ofertanta nu a valorificat șansa acordată, întrucât prin răspunsul său din 15.03.2013 nu dovedește că produsele sale prezintă testarea cerută în mod obligatoriu de autoritate. Ofertanta se mărginește să menționeze că testele proprii de eficacitate-stabilitate în timp demonstrează că, după deschidere, chiar și după un an de zile, produsele sale nu prezintă modificări fizice sau chimice.

În acord cu autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că ofertanta reclamantă se află în eroare cu privire la cerința pe care trebuia să o îndeplinească. Astfel, ofertanta ignoră clarificarea postată în SEAP de către autoritate, parte integrantă a documentației de atribuire, conform căreia cerința în discuție se refera la proprietatea/capacitatea produsului de a nu se contamina în contact cu aerul după deschiderea flaconului, iar nu la stabilitatea soluției pe perioada de valabilitate a produsului ofertat. Nu se are în vedere termenul de garanție a produsului, ci rezistența la contaminare pentru perioada de utilizare a produsului in mediu spitalicesc, unde sunt prezente diverse tulpini de germeni.

Este adevărat că ... a cuprins în oferta sa teste de eficacitate-stabilitate în timp pentru ambele produse oferite, însă niciunul

dintre cele două teste nu relevă rezistența la contaminare a produselor. Concluziile celor două teste vizează stabilitatea și eficacitatea produselor pe un anumit interval de timp de la deschiderea ambalajelor, adică tocmai ceea ce autoritatea a subliniat că nu o interesează în cadrul testării cerute. Alta ar fi fost situația dacă ... asemenea concurentei sale SC Santomed Impex SRL, ar fi depus la autoritate buletine de examinare a gradului de contaminare în timp a produselor.

Consiliul nu tăgăduiește că Maxil SEPT ICF și Maxil Săpun Lichid sunt stabile și eficiente mai mult de un an de zile de la deschiderea recipientelor, însă această proprietate nu se confundă cu testarea particulară solicitată de ... testare pe care ofertanta nu a reușit să o prezinte autorității (și nici Consiliului). De asemenea, explicațiile pe care ofertanta le aduce în cadrul contestației pot fi considerate judicioase, dar în absența contestării în termenul legal a documentației de atribuire, cerința testării rezistenței la contaminare a produselor oferite își menține valabilitatea și nu poate fi ignorată de autoritate, a cărei sarcină este de a verifica îndeplinirea ei de către fiecare ofertant. Dacă ar face abstracție de redactarea cerinței și ar lua în considerare testările eficacitate-stabilitate în timp aduse de ... autoritatea ar avantaja în mod nepermis de lege acest ofertant.

În jurisprudența sa [hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction Ltd și County Council of the County of Mayo, C-19/00 (punctele 42-44)], Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Consecința lipsei din oferta contestatoarei a testărilor solicitate constă în respingerea ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 36 alin. (2) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 81 din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca neconformă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

După cum s-a menționat anterior, chiar la începutul caietului de sarcini autoritatea a atras atenția ofertanților că trebuie să își elaboreze propunerile tehnice astfel încât să respecte în totalitate

cerințele din caietul de sarcini, în caz contrar rezultatul fiind considerarea ofertei drept neconformă.

Totodată, art. ... din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Raportat la propunerea tehnică a contestatoarei, clarificată ulterior, ea nu respectă cerința impusă de autoritate ca produsele să fie testate din perspectiva rezistenței la contaminare. Conform alin. (3) al art. 34 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Prin urmare, ... a încălcat atât documentația de atribuire, cât și normele legale precitate. În consecință, decizia de respingere a ofertei sale este legală și nu există motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii sau pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

Față de cele evocate și în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, Consiliul urmează a decide respingerea ca nefondată a contestației ... nr. ... în contradictoriu cu ...

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...