CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.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 și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 387/07.03.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9884/12.03.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO... și număr de ordine în Registrul Comerțului J40/1432/2005, reprezentată convențional de ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ..., formulată împotriva procedurii de atribuire, aferentă loturilor 1 și 2, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Reactivi de biochimie, reactivi de hemostază și medii de cultură”, s-a solicitat Consiliului anularea procedurii de atribuire, *„în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, cu obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire*”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL atacă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 5497/23.12.2018, respectiv faptul că oferta sa, pentru loturile 1 și 2, a fost declarată necâștigătoare, întrucât, potrivit criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut", a existat cel puțin o ofertă mai bine clasată, fiind declarată câștigătoare, cu încălcarea dispozițiilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, oferta SC ... SRL, care nu corespunde, în opinia sa, specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției publice.

În fapt, contestatoarea arată că, din informațiile pe care le deține, dispozitivele ofertate de către SC ... SRL, pentru loturile 1 și 2, nu corespund specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției publice, printre care și numărul de teste/minut ce pot fi efectuate de acestea.

SC ... SRL menționează că, deoarece autoritatea contractantă a refuzat să-i pună la dispoziție specificațiile tehnice ofertate de către operatorul economic declarat câștigător, își rezervă dreptul de a detalia acest motiv de contestație, după ce va intra în posesia datelor solicitate.

În continuarea expunerii sale, contestatoarea susține că *„autoritatea contractanta i-a încălcat obligația de a avea acces la dosarul de achiziție publică”*, comunicându-i faptul că pentru a avea acces la specificațiile tehnice aferente lotului 1 și 2 ofertate de către operatorul declarant câștigător, în vederea lămuririi modului de atribuire a contractului către SC ... SRL, este necesar acordul câștigătorului, fără a preciza însă motivul.

Date fiind dispozițiile art. 57, art. 150, art. 215 și art. 217 din Legea nr. 98/2016, petenta consideră că autoritatea contractantă putea refuza punerea la dispoziție a informațiilor solicitate, doar în măsura protejații drepturilor câștigătorului privind respectarea informațiilor confidențiale, iar, în anunțul de participare nu s-au precizat măsurile pe care le solicită în scopul protejării naturii confidențiale a informațiilor, precum și modalitatea prin care asigură accesul operatorilor economici la documentele respective.

În aceste condiții, refuzul autorității contractante de a pune la depoziție specificațiile tehnice aferente ofertei câștigătorului pentru loturile 1 și 2, apare ca fiind una abuzivă.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, documente.

Prin adresa nr. 7767/14.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 10504/14.03.2018, autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și continuarea procedurii, precizând următoarele:

Autoritatea contractantă arată că oferta depusă de SC ... SRL, pentru lotul 1 și 2, a îndeplinit toate cerințele, condițiile stabilite prin documentele achiziției, iar, în urma aplicării criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut", a fost clasată pe locul 1, fiind desemnată câștigătoare.

Raportat la cerințele speciale de la lotul 1 și lotul 2, *„operatorul economic participant la procedură, care nu poate livra reactivii descriși în caietul de sarcini, poate pune la dispoziție autorității contractante, gratuit, un analizor echivalent și oferta reactivii respectivi pentru numărul de probe estimat”*, autoritatea precizează că, pentru lotul 1, SC ... SRL a ofertat reactivi și consumabile pentru realizarea probelor solicitate în caietul de sarcini, punând la dispoziție, gratuit, un analizor XL 1000 Erba Lachemas, care efectuează 800 teste pe oră, mult superior cerinței minime din caietul de sarcini, de 400 teste pe oră.

De asemenea, pentru lotul 2, SC ... SRL a ofertat reactivi și consumabile pentru realizarea probelor solicitate în caietul de sarcini punând la dispoziție, gratuit, un analizor XL 200 Erba Lachemas, care efectuează 360 teste pe oră cu ISE, mult superior cerinței minime din caietul de sarcini, de 240 teste pe oră.

În ceea ce privește refuzul de a pune la dispoziția ofertantului SC ... SRL, specificațiile tehnice ofertate de către operatorul economic declarat câștigător, autoritatea contractantă precizează că nu se poate vorbi despre un refuz categoric, ci numai despre aprecierea ca fiind oportun acordul dat de SC ... SRL ori de a se adresa CNSC, ca organism competent să soluționeze eventualele contestații cu privire la procedurile de atribuire.

Ca mijloace de probă, autoritatea depune, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției.

Urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa din 20.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 11398/20.03.2018, SC ... SRL transmite „Concluzii scrise", precizând următoarele:

1.1 Oferta declarată câștigătoare pentru lotul 1 a fost aleasă cu încălcarea dispozițiilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, dat fiind că nici propunerea tehnică inițială și nici cea modificată nu corespund specificațiilor tehnice cuprinse în caietul de sarcini, astfel:

Propunerea tehnică inițială a SC ... SRL

Caracteristice tehnice prevăzute in caietul de sarcini pentru lotul 1	*Oferta tehnică făcută de către ... inițial*
Analizor automat biochimie	*Analizor automat biochimie XL 640*
Capacitate 400 teste/oră	*Capacitate 400 teste/ora*
Principii de măsurare - absorbantă fotometrică, turbidimetrie	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Timpul de citire pt. fiecare test - la fiecare 15 sec, până la 15 min	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Capacitate pt. probe - 90 poziții	*80 de poziții - nu corespunde caietului de sarcini !!!*
Volum probă 2-45 uL cu pas de 0,1 uL	*2-70 ul cu pas de 0,2 ul- valoarea pasului este mai mică decât cea prevăzută in caietul de sarcini Ul*
Detecție a nivelului de lichid, a cheagurilor și protecție la coleziune	*Detecție a nivelului de lichid, a cheagurilor si protecție la coleziune*
Poziții reactivi in frigider -100 de poziții (4-10 grade C)	*Poziții reactivi in frigider - 56 de poziții (8-12 grade C) - valoarea este mai mică decât în caietul de sarcini*
Duratare ace: automat, intern si extern	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Rotoare de reacție din metacrilat, spălare automată	*Prima condiție nu rezultă din ofertă*

Temperatura de reacție 37 grade C	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Sistem de citire cu LED, până la 100000 ore de funcționare	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Control si calibrare: liniar (1 punct, 2 puncte sau multipoint), logaritmic, xpline, exponențial, polinom, parabola si cu reguli Westgard de control	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Computer extern: *- unitate* *- stabilizator* *- monitor LCD* *- mouse* *- cititor cod de bare*	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Stație de apă, compatibile cu analizarul	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*

Oferta declarata câștigătoare

Caracteristice tehnice prevăzute în caietul de sarcini pentru lotul 1	*Oferta tehnică făcută de către ... SRL*
Analizor automat biochimie	*Analizor automat biochimie XL 1000*
Capacitate 400 teste/oră	*Capacitate 800 teste/oră*
Principii de măsurare - absorbanta fotometrică, turbidimetrie	*Principii de măsurare - absorbanta fotometrică, turbidimetrie*
Timpul de citire pt. fiecare test - la fiecare 15 sec, până la 15 min	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Capacitate pt. probe - 90 poziții	*129 poziții*
Volum proba 2-45 uL cu pas de 0,1 uL	*2-60 ul cu pas de 0,1 ul*
Detecție a nivelului de lichid, a cheagurilor și protecție la coleziune	*Nu este specificată în ofertă îndeplinirea condiției protecției la coliziune - nu corespunde caietului de sarcini !!!*
Poziții reactivi in frigider - 100 de poziții (4-10 grade C)	*Poziții reactivi în 83 - nu corespunde caietului de sarcini !!!*
Duratare ace: automat, internș extern	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Rotoare de reacție din metacrilat, spălare automată	*Rotoare de reacție din sticlă, spălare automată - nu corespunde caietului de sarcini !!!*
Temperatura de reacție 37 grade C	*Temperatura de reacție 37 grade C*
Sistem de citire cu LED .pana la 100000 ore de funcționare	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Control si calibrare: liniar (1 punct, 2 puncte sau multipoint), logaritmic, xpline, exponenţial, polinom, parabola și cu reguli Westgard de control	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*

Computer extern: *- unitate* *- stabilizator* *- monitor LCD* *- mouse* *- cititor cod de bare*	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Stație de apă, compatibile cu analizorul	*Nu apare ca fiind ofertată - nu corespunde caietului de sarcini !!!*

În opinia contestatoarei, dispozițiile documentației de atribuire sunt obligatorii, atât pentru ofertanți, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de atribuire, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele parți în derularea procesului competitiv.

Astfel, chiar dacă oferta SC ... SRL a avut beneficiul prețului cel mai scăzut, fiind îndeplinit criteriul principal de atribuire, acest fapt nu exclude obligația ca oferta să corespundă din punct de vedere tehnic.

1.2. SC ... SRL a modificat oferta tehnică pe parcursul procedurii, cu încălcarea dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016 și a principiilor tratamentului egal și transparenței, prin modificarea, ca urmare a solicitărilor de clarificări adresate de către autoritatea contractantă, a tipului aparatului ofertat inițial, respectiv înlocuirea analizorului tip XL 640 cu analizorul tip XL 1000.

În opinia contestatoarei, modificarea cifrei aferentă tipului analizorului nu poate fi încadrată în noțiunea de "vicii de formă", respectiv eroare umană, astfel cum a arătat SC ... SRL în răspunsul nr. 1513/25.01.2018, aflat în dosarul cauzei, deoarece nu a fost modificată doar o cifră, ci a fost modificată întreaga ofertă, în conținutul său, analizorul tip XL 640 având specificații diferite față de analizorul tip XL 1000, inclusiv un număr de poziții mai mare față de primul, care nu îndeplinea criteriul de minim 100 de poziții prevăzut în caietul de sarcini.

Astfel, prin acceptarea de către autoritatea contractantă a modificării ofertei inițiale, ceilalți participanți au fost discriminați, prin favorizarea SC ... SRL, acesta având obligația de a aplica prevederile art. 134 alin. 6 din HG nr. 395/2016.

2.2. Oferta declarată câștigătoare pentru lotul 2, s-a ales cu încălcarea dispozițiilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, fără să corespundă cu specificațiilor tehnice cuprinse în caietul de sarcini, astfel:

Caracteristice tehnice prevăzute în caietul de sarcini pentru lotul 1	*Oferta tehnică făcută de către ... SRL*
Analizor automat biochimie	*Analizor automat biochimie XL 200*

Timpul unui ciclu -15 secunde (până la 240 teste/oră)	*Capacitate 200 teste/oră*
Timpul de citire pt. fiecare test - la fiecare 15 sec, până la 15 min	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Capacitate stative de probe - 24	*capacitate stative de probe - 39*
*Poziții reactivi în frigider - 3 stative*10 flacoane (2C>/5oml) + 22 la cald*	*poziții reactivi in frigider -3 stative*
Sistem de pipetare - piston ceramic cu garnitură de grafit PTFE	*Nu rezulta din oferta daca îndeplinește condițiile*
Volum de reactiv programabil 10 uL - 440 uL	*volum de reactiv programabil Ri 50 uL - 300 uL R2 10 uL - 200 uL*
Volum de probă programabil 3 uL - 40 uL	*volum de proba programabil 2- 70 uL*
Sistem de spălare a de acului - consum de sistem lichid 5 ml /test	*Nu rezultă din ofertă dacă ca aparatul să fie dotat cu sistem de spălare a de acului*
Lampă cu halogen 12 V/20 W	*Nu rezultă din oferta dacă aparatul e dotat cu lampă cu halogen*
Tambur cu filtre 340, 405, 505, 535, 560, 600, 635, 670 nm	*tambur cu filtre 340,405,505.456, 578, 600, 660, 700 mm - nu corespunde caietului de sarcini !!!*
Computer extern:	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*
Rotoare se reacție din metacrilat, refolosibil, cu 120 celule reacție și volum de amestec de reacție tolerat 200 uL - 8oouL	*45 cuve din sticla reutilizabile - nu corespunde caietului de sarcini!!!*
Computer extern: - unitate - stabilizator - monitor LCD - mouse - cititor cod de bare	*Nu rezultă din ofertă dacă îndeplinește condițiile*

Astfel, chiar dacă oferta SC ... SRL a avut beneficiul prețului cel mai scăzut, fiind îndeplinit criteriul principal de atribuire, acest fapt nu exclude obligația ca oferta să corespundă din punct de vedere tehnic.

Contestatoarea susține că, neîndeplinirea condițiilor tehnice de către oferta declarată câștigătoare, nu poate conduce decât la anularea actelor autorității contractante, care a adoptat o astfel de soluție și la reluarea procedurii pentru respectarea tuturor condițiilor de legalitate, prevăzute de lege.

Prin adresa nr. 8764/23.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 12056/23.03.2018, ... transmite „Punct de vedere la concluzii scrise”, precizând următoarele:

Deoarece obiectul procedurii de atribuire îl reprezintă reactivii, iar nu aparatul, astfel cum reiese chiar din denumirea contractului, s-a

avut în vedere, în principal, achiziția reactivilor, la un preț cât mai scăzut, pentru utilizarea banilor publici într-un mod cât mai eficient, oferta depusă de SC ... SRL îndeplinind criteriul principal de atribuire, respectiv "prețul cel mai scăzut", și respectând prevederile caietului de sarcini, în ceea ce privește obiectul contractului. Atât timp cât obiectul procedurii este îndeplinit și corespunde cerințelor din caietul de sarcini, pe perioada de valabilitate a contractului, operatorul economic a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare poate veni oricând cu un aparat mai performant pentru îndeplinirea obiectivelor contractului.

Chiar dacă prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1513/25.01.2018, SC ... SRL a afirmat că, dintr-o eroare umană, a procesat analizorul XL 640 în loc de XL1000, oferta inițială de reactivi și consumabile nu a fost modificată în niciun fel, prețul contractului rămânând același, nefiind vorba despre o discriminare a celorlalți participanți.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Reactivi de biochimie, reactivi de hemostază și medii de cultură”, împărțită pe loturi, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 661.841,09 și 1.425.489,21 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

În raportul procedurii nr. 5487/23.02.2018, s-a consemnat modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică în cauză, admisibilitatea tuturor ofertelor depuse, precum și ofertele desemnate câștigătoare pentru fiecare lot în parte.

Rezultatul procedurii de atribuie a fost comunicat către SC ... SRL, prin adresa nr. 5497/23.02.2018, conform căruia, în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, oferta acestuia, pentru lotul 3, a fost admisă și declarată câștigătoare la un preț al ofertei de 316.802,32 lei, fără TVA, iar, pentru loturile 1, 2, 4 și 5, oferta a fost admisibilă, dar nu a fost declarată câștigătoare, deoarece, conform criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, a existat cel puțin o ofertă mai bine clasată.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuie aferent loturilor 1 și 2, după transmiterea notificării prealabile nr. 386/27.02.2018 și a primirii răspunsului din partea autorității contractante în sensul că nu înțelege să adopte măsuri de remediere, SC ... SRL a formulat contestația de față, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

SC ... SRL critică decizia autorității contractante de desemnare câștigătoare, pentru loturile 1 și 2, a ofertei depuse de SC ... SRL, susținând că este nelegală, deoarece, oferta menționată, nu

„corespunde specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției”, respectiv *„dispozitivele ofertate (...) nu corespund specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției, printre care și numărul de teste/minut ce pot fi efectuate de acestea*”, acesta din urmă fiind, de altfel, singurul motiv concret de nelegalitate şi netemeinicie a deciziei autorității menționat de către contestatoare.

Raportat la susținerile contestatoarei conform cărora se află în imposibilitatea detalierii acestui motiv de contestație, ca urmare a refuzului autorității contractante de a-i pune la dispoziție specificațiile tehnice ofertate de operatorul economic desemnat câștigător, Consiliul reține că motivarea contestaţiei, reprezentând un element esenţial al acesteia, conform art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, trebuie prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare.

Simpla invocare în contestaţie a faptului că ofertantul desemnat câştigător *„nu corespunde specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției*”, nu reprezintă o motivare validă a contestaţiei, nereieşind de niciunde temeinicia acuzei rămasă la nivel declarativ.

Chiar şi atunci când contestatoarea invocă faptul că înscrisurile se află la partea adversă (autoritatea contractantă), este ţinută să îşi motiveze acţiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorităţii pe care îl atacă, în termenul prescris imperativ de lege.

În plus, în lumina legislației aplicabile, formularea şi, implicit, motivarea contestaţiei sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestatoare, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestaţiei, ci se întocmeşte ulterior de către organul administrativ-jurisdicţional. În consecinţă, şi soluţionarea contestaţiei este şi trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă. Nicio prevedere în vigoare nu leagă şi, cu atât mai puţin, nu împiedică soluţionarea contestaţiei de către Consiliu de absenţa studierii dosarului de către părţile în conflict.

Consiliul nu se poate substitui autoarei sesizării în ce priveşte invocarea tuturor motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate. Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condiţiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, care serveşte la determinarea exactă a obiectului judecăţii administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condiţiile actualei legislaţii.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziţii.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestaţiei sau soluţionarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestaţie trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate şi netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe

parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziţiei publice. Contestaţia este şi rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părţi, cum s-a arătat anterior.

Faţă de conţinutul contestaţiei, prin care SC ... SRL s-a limitat la a afirma doar că specificațiile tehnice impuse prin documentele achiziției, nu sunt îndeplinite de ofertanta câştigătoare, Consiliul reţine motivele de nelegalitate a deciziei atacate ca fiind unele generice, bazate exclusiv pe generalităţi şi speculaţii, fără vreun argument concret cu privire la oferta desemnată câştigătoare şi vreun mijloc de probă în susţinerea celor afirmate.

SC ... SRL a ales, deci, să depună o contestaţie incompletă, lipsită de motivarea efectivă a acuzelor aduse autorităţii contractante şi ofertei concurente, motivarea criticilor de mai sus constând în redarea unor presupuneri ale contestatoarei.

Posibilitatea părţilor de a depune concluzii scrise (prevăzută de art.21 alin.2 din lege) nu se identifică cu posibilitatea de a completa contestaţia cu motivarea în fapt, element esenţial al acesteia. Similar procedurii judiciare, concluziile scrise reprezintă expunerea sistematizată a motivelor de fapt şi de drept invocate în termenul de formulare a contestaţiei, iar nu o motivare a acesteia.

Cu alte cuvinte, nu se poate veni cu o contestaţie nemotivată şi pentru care motivarea să fie formulată, spre pildă, ulterior studierii documentelor aflate la dosarul cauzei. O astfel de variantă ar duce la deturnarea termenelor de contestare şi a, însăşi, celerităţii procedurii, fiind incompatibilă cu dispoziţiile normative în vigoare.

Mai mult decât atât, dispoziţiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevăd expres că „*Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia*."

Dispoziţiile art. 19 alin. (1) din Legea nr.101/2016 îi garantează, într-adevăr, contestatorului accesul la documentele aflate la dosarul achiziţiei publice depuse de autoritatea contractantă la Consiliu, dar nu se constituie într-un motiv de derogare de la caracterul imperativ al termenului în care trebuie invocate neregularităţile procedurii de atribuire.

Astfel, în cele ce urmează, Consiliul va analiza modul în care oferta SC ... SRL, depusă pentru loturile 1 și 2, respectă cerința privind numărul de teste menționate prin caietul de sarcini, ca fiind, așa cum s-a reținut mai sus, singurul motiv concret de nelegalitate a actului atacat, precizat de contestatoare.

Referitor la acest aspect, Consiliul constată însă că această critică a contestatoarei nu se regăsește și în notificarea prealabilă nr. 386/27.02.2018.

Sub acest aspect este de reținut că legislația a stabilit parcurgerea, anterior depunerii contestației la Consiliu, a etapei vizând transmiterea de către contestator către autoritatea contractantă a

notificării prealabile, care, potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *trebuie să privească solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile.*

În cazul în care persoana vătămată este nemulțumită de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul legal prevăzut poate sesiza Consiliu, după cum dispune art. 8 alin. (1) din legea remediilor.

Se desprinde din dispozițiile invocate concluzia că, atâta vreme cât depunerea contestației la Consiliu este precedată de o notificare prealabilă, contestatoarea fiind nemulțumită de răspuns sau neprimind răspuns la notificare, cele două nu pot avea conținut diferit. În caz contrar, ar fi golită de orice conținut necesitatea parcurgerii etapei premergătoare a notificării.

De altfel, în expunerea de motive a Legii nr. 101/ 2016, ce se găsește pe site-ul Camerei Deputaților (http://www.cdep.ro/ proiecte/2016/ 000/10/9/em19.pdf) se arată, la pct. 2 Schimbări preconizate, subpct. 2 Obligativitatea notificării prealabile a autorității contractante, următoarele:

”Un aspect de noutate este reprezentat de obligativitatea notificării prealabile – mecanism care încurajează un dialog prealabil între autoritățile contractante și operatorii economici. Această abordare se înscrie în linia generală a directivelor europene în materie de achiziții publice, care pun accent pe eliminarea barierei de comunicare dintre actorii implicați in procedurile de atribuire, in vederea imbunătățirii calității și finalității procedurilor de atribuire.

Astfel, operatorii economici pot sesiza in mod direct autoritatea contractante asupra unor eventuale nereguli, inainte de a depune contestație la Consiliu sau la instanța de judecata. Lipsa notificarii prealabile duce la imposibilitatea sesizarii Consiliului sau instanței competente.

Obiectivul acestui demers este de a face autoritațile contractante mai responsabile cu privire la respectarea principiilor aplicabile procedurilor de atribuire de a asigura ca acestea au posibilitatea reala de a lua masuri de remediere, fara a fi sub presiunea unei contestații. (...)”

Atâta vreme cât legiuitorul a urmărit să existe un dialog prealabil între operatorii economici și autoritățile contractante, astfel încât acestea din urmă, în cazul în care consideră necesar, să poată adopta măsuri de remediere, este evident că acest dialog trebuie să privească aceleași aspecte care, pentru situația în care nu s-a ajuns la luarea unor astfel de măsuri, operatorul economic nemulțumit să se adreseze Consiliului.

Cât timp autorității i se invocă o anumită încălcare a legislației, nu se poate veni ulterior, după primirea unui răspuns la notificare sau a expirării termenului de răspuns, pe calea contestației, cu invocarea unor aspecte cu privire la care nu s-a efectuat procedura prealabilă.

De altfel, dacă nu s-ar aplica această interpretare, scopul introducerii notificării prealabile, de a da posibilitatea autorității contractante să își revizuiască actele încheiate, în cazul în care i se aduce la cunoștință o eventuală încălcare a legii, nu ar mai putea fi atins. Doar în cazul unui refuz din partea autorității contractante de a

răspunde sau de a adopta măsuri de remediere sau pentru situația în care se consideră vătămat de măsurile adoptate, operatorul economic se poate adresa Consiliului, pentru aceleași motive în legătură cu care a notificat autoritatea.

Notificarea prealabilă este o procedură obligatorie care trebuie parcursă conform dispozițiilor legale și respectată cu strictețe, nefiind o procedură formală, fără relevanță asupra conținutului său. Criticile nefiind supuse rezolvării amiabile între părți, nu pot face obiectul contestației. Conținutul notificării trebuie să fie clar și să conțină pretinsele încălcări, astfel încât să poată fi dispuse măsuri de remediere în consecință. Simpla afirmație, fără indicarea în concret a cerințelor din caietul de sarcini nerespectate de oferta desemnată câștigătoare, ulterior cuprinse în contestație, nu poate fi considerată suficientă pentru cunoașterea de către achizitoare a măsurilor de remediere care ar putea fi luate.

Părțile litigante se întâlnesc în etapa premergătoare contestației pentru o soluționare amiabilă a aspectelor reclamate, or, atâta vreme cât ele nu au fost aduse în discuție în respectiva etapă, nu pot fi admisibile în etapa atacării actului la Consiliu.

Față de considerentele de fapt și de drept anterior evocate, Consiliul constată caracterul inadmisibil al criticii privind nerespectarea, de către oferta desemnată câștigătoare, a cerinței privind numărul de teste prevăzut prin caietul de sarcini, aceasta nefiind cuprinsă și în notificarea prealabilă înaintată autorității contractante anterior formulării contestației de față.

Cât privește motivele de completare a contestaţiei pe care SC ... SRL le aduce la adresa evaluării ofertei concurente, prin intermediul concluziilor scrise depuse la Consiliu la 20.03.2018, vor fi înlăturate de acesta ca inadmisibile, raportat la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, şi nu vor fi reţinute pentru analizare, depăşind cadrul procesual cu care a fost învestit.

În opinia Consiliului, SC ... SRL trebuia să depună diligențele necesare pentru obținerea de probe care să demonstreze temeinicia susținerilor sale, respectiv să întreprindă, din timp, demersurile necesare de obținerea a informațiilor privind oferta desemnată câștigătoare și modul de evaluare a acesteia de către comisia de evaluare, pentru a putea să motiveze și să dovedească caracterul neconform al acesteia, sau nelegalitatea evaluării realizate de autoritatea contractantă.

Or, în speța de față, contestatoarea s-a limitat doar la a afirma că, „din informațiile pe care le deține”, oferta desemnată câștigătoare nu corespunde specificațiilor tehnice, fără a depune înscrisuri sau orice alte mijloace de probă pentru dovedirea susținerilor sale, astfel cum avea obligația potrivit normelor juridice antecitate și potrivit art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016.

Ținând cont de considerentele expuse anterior, în motivare, referitoare la scopul procedurii de notificare prealabilă, Consiliul

apreciază că solicitarea de acces la dosarul achiziției trebuia realizată anterior transmiterii notificării prealabile, și nu în cuprinsul acesteia, tocmai pentru ca, prin notificare, să poată fi aduse la cunoștința autorității toate neregulile sesizate.

Fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*".

Având în vedere prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecinţă, în cauză nu se impune adoptarea vreunei măsuri de remediere dintre cele solicitate de contestatoare, astfel că va fi respinsă solicitare de anulare a procedurii de atribuire, faţă de motivarea contestaţie neputându-se concluziona că actele atacate sunt nelegale.

Mai mult, chiar şi în situaţia în care s-ar fi concluzionat astfel, măsura adoptată ar fi fost cea a anulării actelor atacate şi reevaluării ofertei câştigătoare, pentru vicii în evaluarea acestei ultime oferte, iar în niciun caz anularea procedurii, măsură ce ar fi putut interveni doar în cazul în care viciile din cadru procedurii nu ar fi putut fi înlăturate fără încălcarea principiilor din materia achiziţiilor publice.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie, 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, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.