**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**

**C.N.S.C.**

Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

# DECIZIE

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

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...., formulată de ..., cu sediul în ...., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. ..., reprezentată legal de .... – Director general, împotriva comunicării intermediare a rezultatului procedurii postată, în SEAP, în data de ..., de ...**,** în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în .... în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru de furnizare, având ca obiect ”..., cod CPV ..., s-a solicitat anularea deciziei de descalificare din punct de vedere tehnic și declararea ca și conformă a ofertei sale pentru lotul nr. 291.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant la procedura de licitație deschisă, organizată ..., în vederea încheierii acordului cadru de furnizare, divizat în loturi, având ca obiect ”..., cod CPV ..., inițiată prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

În cuprinsul contestației, ... precizează că, la data de ..., a depus, în SEAP, solicitarea de clarificări nr. ... privind descrierea tehnică a produsului ..., prin care solicita argumentele ce stau la baza descrierii tehnice și menționa că acestea sunt discriminatorii și limitative, îngrădind libera concurență între distribuitori; autoritatea contractantă nu a răspuns la această solicitare de clarificări, continuând procedura de atribuire.

În lipsa unui răspuns din partea ..., contestatoarea susține că a considerat acceptul tacit de participare a celor două produse cu aceeași

denumire comună internațională (D.C.I) autorizate pe piața din România și a depus oferta tehnică pentru lotul nr. 291 produsul ... care are .... ..., fiind un produs generic autorizat pe piața din România.

De asemenea, arată că, la data de ..., autoritatea contractantă a postat, în SEAP, decizia de respingere a ofertei sale tehnice pe motiv că nu corespunde din punct de vedere al concentrației și al modului de ambalare.

Prin adresa nr. ...., contestatoarea a solicitat revenirea asupra deciziei și calificarea din punct de vedere tehnic, întrucât produsul ofertat corespunde din punct de vedere tehnic, fiind produs generic cu ... similar celui solicitat, având documente care să justifice concentrația, respectiv autorizația de punere pe piața și buletin de analiză.

Totodată, afirmă că în fișa de date a achiziției, Anexa B la Informații privind loturile, la lotul nr. ..., descrierea succintă "... 99,975 % flacon din naftalat de PE de culoare brună x 250 ml lichid volatil pentru inhalat cu 2 variante de închidere" este limitată la un singur produs, eliminând din competiție produsul ofertat de ..., care conţine ... în concentrație de minim 99.97%, flacon x 250 ml.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante copia dosarului achiziției integral, oferta contestatoarei, inclusiv DUAE și documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, precum şi punctul de vedere cu privire la contestație, inclusiv dovada comunicării acestuia către ....

Prin adresa nr. ...., înregistrată la CNSC sub nr. .... autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestație.

În cuprinsul punctului de vedere, ... apreciază contestația ca fiind inadmisibilă, întrucât ... nu a notificat prealabil autoritatea, conform art. 6 din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că ... nu a îndeplinit specificațiile solicitate în caietul de sarcini.

Totodată, ... afirmă că dorește achiziționarea produsului „... 99.975% flacon din naftalat de PE de culoare brună x 250 ml lichid volatil pentru inhalat cu 2 variante de închidere" deoarece:

- ... este supus degradării în prezența acizilor ..., prezenți, în mod normal, în mediul înconjurător (oxid de aluminiu, oxid de fier și oxid de zinc);

- această degradare poate duce la formarea de niveluri toxice de HF (...);

- această degradare poate fi inhibată eficient prin prezența unui inhibitor de acid ...;

- dintre inhibitorii de acid ....evaluați, a fost selectată apa, deoarece aceasta este: stabilă, biocompatibilă și, în concentrațiile folosite, nu induce pierderea eficacității;

- adăugarea la ...., pe parcursul procesului de fabricație a unei cantități suficiente de inhibitor de acid Lewis (apa), este o cale practică de protejare a .... față de degradarea care poate fi declanșată de către acizii Lewis din mediu, în timpul transportului, depozitării și chiar în timpul utilizării;

- formula actuală de ... conţine cel puţin 300 ppm apă pentru a preveni degradarea ...ui și formarea de compuși toxici;

- noua formula ".. a fost aprobată de ... și patentată.

TOXICOLOGIE:

- apariția ...

- expunerea acută sau subacută la .. poate duce la toxicitate respiratorie amenințătoare de viață (EPA, sângerare, traheobronșite ulcerative, IRA, tulburări de ritm cardiac);

- doze foarte mici de ... la om au fost asociate cu alterări în funcția pulmonară (<1 ppm) și deces (50-250 ppm).

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că dorește *... cu flacon din polietilenă naftalat de PEN*, deoarece:

- are greutate redusă - este ușor de manipulat;

- are rezistență crescută la casare - se reduc riscurile legate de spargere;

- nu interacționează chimic cu .....

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului – cadru de furnizare, divizat în loturi, având ca obiect ”..., cod CPV ..., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ....

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului cadru este cuprinsă între .....

Consiliul, în aplicarea prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv ”*Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, va analiza contestația formulată de ... prin raportare la următoarele prevederi legale, de imediată aplicare, din Legea nr. 101/2016:

- art. 6 alin. (1) lit. a), potrivit căruia:

*„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:*

*a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie*

*transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”*.

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

*„(10) Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”.*

- art. 8, alin. (1) lit. a), conform căruia:

*„(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

*a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.*

*(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:*

*a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;*

*b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;*

*c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere.”.*

- art. 11 alin. (2), care dispun:

*„(2) Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune.”*.

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma *„se poate face numai după”*, utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă

obligatorie, efectuarea acesteia, cu respectarea termenelor legale, fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Consiliul va reține faptul că, prin adresa nr. ..., contestatoarea a notificat autoritatea contractantă cu privire la decizia acesteia, publicată în SEAP la data de ..., de respingere a ofertei tehnice a ..., solicitând răspuns «în termenul prevăzut în Legea nr. 101/2016 art. 6 alin. (4) și anume: "În termen de 3 zile calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile. Autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări"»; răspunsul la notificare a fost transmis contestatoarei prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă, în mod eronat, considerând adresa nr. .... ca fiind solicitare de clarificări adresată de către ..., în condițiile în care, așa cum s-a arătat, ... adresa nr. ... îmbracă forma unei notificări prealabile, potrivit dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere textele de lege invocate la alineatele precedente, precum și documentele depuse de ..., Consiliul apreciază că ... și-a îndeplinit obligația de a notifica autoritatea contractantă, înainte de a sesiza Consiliul cu contestația de față, astfel încât, excepția inadmisibilității contestației formulate de ..., invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere comunicat Consiliului, va fi respinsă, ca nefondată.

Procedând la analiza pe fond a contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ..., formulată de ..., Consiliul reține că aceasta critică faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns solicitării sale de clarificări, nr. ...., publicată în SEAP, prin care solicita argumentele ce stau la baza descrierii tehnice și menționa că acestea sunt discriminatorii și limitative, îngrădind libera concurență între distribuitori, precum și modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa, din punct de vedere tehnic, având în vedere, că în opinia sa, au fost depuse toate documentele relevante în îndeplinirea tuturor cerințelor în referire la produsul ofertat.

Preliminar analizării contestației, Consiliul învederează că, prin necontestarea în termen a documentației de atribuire, aceasta și-a îndeplinit forța obligatorie pentru operatorii economici și, mai mult, autoritatea contractantă are obligația verificării stricte a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare impuse, prin raportare la prevederile acesteia, luarea în considerare a unor elemente ce nu sunt cunoscute de către toți potențialii ofertanți conducând la încălcarea principiului tratamentului egal și al transparenței enunțate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul învederează contestatoarei faptul că legislația în materia achizițiilor publice stabilește termene clare în referire la solicitările de clarificări adresate de operatorii economici autorității contractante și la răspunsul autorităţii contractante la acestea, lipsa răspunsului autorității

contractante nu echivalează cu "răspunsul dumneavoastră pozitiv, în mod tacit" la solicitarea operatorului economic, acesta din urmă având posibilitatea de a ataca, potrivit dispozițiilor Legii nr. 101/2016, lipsa răspunsului autorității contractante la solicitarea de clarificări adresată.

Astfel, prin necontestarea, în termen, a lipsei răspunsului autorității contractante la solicitarea de clarificări nr. ..., ... și-a însușit prevederile documentației de atribuire, așa cum a fost aceasta publicată pe SEAP.

De asemenea, Consiliul reține că, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*.

Consiliul reține, în soluționare, că, prin documentația de atribuire (fișa de date a achiziției și caiet de sarcini), autoritatea contractantă a solicitat, pentru lotul nr. .... *% flacon din naftalat de PE de culoare brună x 250 ml lichid volatil pentru inhalat cu 2 variante de închidere*.

Din documentele depuse de ..., rezultă că aceasta a ofertat, pentru lotul nr. 291 - potrivit propunerii tehnice și autorizației de punere pe piață nr. ...., emisă de ... .... ...., compoziție *... 100%, flacon din sticlă brună* x 250 ml, lichid pentru vapori de inhalat, *prevăzut cu capac* din rășină fenolică cu filet și con din PEJD transparent (pelicula) și adaptor (inel) pentru vaporizator.

Analizând documentele depuse de contestatoare, raportat la textele legale menționate și la cerințele documentației de atribuire, Consiliul constată că produsul ofertat de ... nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini, în referire la concentrație și mod de ambalare (*100%* concentrație, raportat la *99,975%*; *flacon din sticlă brună*, prevăzut *cu capac* din rășină fenolică cu filet și con din PEJD transparent (pelicula) și adaptor (inel) pentru vaporizator, cerința fiind *flacon din naftalat de PE de culoare brună, cu 2 variante de închidere).*

Față de cele expuse anterior, Consiliul reține că oferta depusă de ... a fost, în mod corect, respinsă de către autoritatea contractantă, ca neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât, nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

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 Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă de ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți, potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10

zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

| **PREȘEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **....** | **...** | **...** |

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