CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24696/19.06.2018, depusă de SC ... SRL, lider al asocierii ..., cu sediul în …, având CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului …, reprezentată convențional prin …, având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în …, privind procedura de licitație deschisă online, pentru încheierea acordului-cadru de …, cod CPV …, organizată de ..., cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat admiterea contestației, revocarea raportului procedurii de atribuire și a actului ”Comunicare rezultat evaluare” nr. 6009/25.05.2018, anularea procedurii de achiziție și, pe cale de consecință, reluarea de către autoritatea contractantă a procedurii de achiziție cu respectarea prevederilor legale în materie, reexaminarea propunerilor tehnice depuse corelat cu legislația specifică în vigoare și cu obligarea tuturor ofertanților la depunerea avizului de punere pe piață și mostre de produs (nu fotografii, descrieri etc.) în concordanță cu legislația și cu dosarul achiziției.

... SRL, cu sediul în …, având CUI …, număr de înregistrare în Registrul Comerțului …, prin administrator …, cu sediul în …, a formulat cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 4405/04.07.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 27396/05.07.2018, prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție voluntară; pe cale de excepție, respingerea contestației ca fiind tardivă și inadmisibilă; pe fondul cauzei, respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și, pe cale de consecință,

menținerea rezultatului procedurii de achiziție; constatarea legalității declarării ofertei ... SRL ca fiind câștigătoare.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei, arătând că, urmare primirii adresei nr. 6009/25.05.2018, intitulată "Comunicare rezultat evaluare", în temeiul dispozițiilor art. 217 din Legea nr. 98/2016 a solicitat autorității contractante accesul neîngrădit la raportul procedurii de atribuire și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și financiare.

La această cerere, a revenit în data de 12.06.2018, prin intermediul corespondenței electronice, cerere respinsă de autoritatea contractantă, încălcând astfel dispozițiile art. 217 din Lege.

Prin urmare, contestatoarea subliniază că nu se află în posesia tuturor documentelor emise în cadrul procedurii de atribuire, sens în care solicită acces la dosarul cauzei constituit la Consiliu.

Cu privire la raportul procedurii de atribuire și actul ”Comunicare rezultat evaluare” nr. 6009/25.05.2018, contestatoarea apreciază că ambele sunt nelegale, pentru următoarele considerente:

1. Formulele de lapte praf pentru sugari, cu care au participat la licitație ... SRL și ... SRL, sunt formule destinate sugarilor cu vârsta cuprinsă între 0-6 luni, ceea ce contravine dispozițiilor legale în vigoare, respectiv Legea nr. 321/2001 privind acordarea gratuită de lapte praf pentru copii cu vârste cuprinse între 0-12 luni și Ordinului MS și MAI nr. 267/1253/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 321/2001.

Legea nr. 321/2001, completată cu prevederile art. 5 din Normele metodologice de aplicare a acesteia, prevede achiziționarea unui singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0 și 12 luni.

În fapt, în toată perioada 2001-2017 inclusiv, în care a fost derulat acest program național de sănătate, s-a achiziționat un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-12 luni. Aceleași criterii/condiții au fost solicitate și la achiziția publică organizată de ... în anul 2017 (anunț de participare nr. 175760/ 27.05.2017), licitație nefinalizată, întrucât au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme.

În consecință, în anul 2017, achiziția a fost făcută în mod direct de către …, toate aceste instituții achiziționând, în mod legal, formula 0-12 luni.

Contestatoarea susține că, în toată această perioadă (anul 2017), au fost exercitate presiuni, atât în cadrul …, cât și la nivelul …, ca la respectivele achiziții să fie acceptate și formule 0-6 luni.

În acest context, contestatoarea solicită autorității contractante ca, în comunicarea punctului său de vedere asupra contestației, să facă referire, concret, la eventualele acte normative noi apărute în perioada 27.05.2017 - 03.02.2018, în cuprinsul cărora ar exista modificări intervenite asupra compoziției formulei de lapte praf, astfel cum aceasta este stabilită de dispozițiile art. 5 alin. (1), (2) și (3) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 321/2001.

Formulele de lapte praf pentru sugari cu care au participat la licitație ceilalți doi ofertanți (... SRL și ... SRL) sunt formule destinate sugarilor cu vârsta cuprinsă între 0 și 6 luni, ceea ce contravine dispozițiilor legale in vigoare (Legea nr. 321/2001 și Normele de aplicare a acesteia).

Contestatoarea solicită … să indice temeiul legal prin care formulele 0-12 luni nu mai sunt acceptate, precum și normele potrivit cărora sugarul cu vârsta cuprinsă între 0-6 luni este mai expus anemiei feriprive decât cel cu vârsta cuprinsă între 6-12 luni.

Autoritatea contractantă nu a solicitat ofertanților avizul de punere pe piață a formulelor de lapte praf și, implicit, dacă acestea există, trebuia să solicite … din cadrul … să verifice și să comunice cărei perioade de vârstă a sugarului se adresează respectiva formulă.

Astfel, în răspunsul la întrebarea nr. 1 din Notificarea prealabilă, privind avizul/notificarea de punere pe piață, contestatoarea consideră că ... este în eroare, acesta fiind necesar nu numai pentru medicamente, ci și pentru alte categorii de produse (de ex. suplimente alimentare). Cu privire la formulele de lapte praf pentru sugari, precizează că acest aviz de punere pe piață a fost solicitat la achizițiile publice anterioare. Pe altă parte, atât timp cât autoritatea contractantă amintește de prevederile Directivei CE nr. 141/2006, contestatoarea dorește să știe dacă dispozițiile acesteia se aplică aleatoriu și discreționar, invocând în acest sens art. 9 din Directivă.

În acest sens, SC ... SRL face trimitere la susținerile din clarificările depuse, însușite de autoritatea contractantă prin așa-numita ”Clarificare nr. 8” pe care, pentru exactitate, le redă, cu evidențierea argumentelor în susținere.

Contestatoarea arată că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă face trimitere la adoptarea de către România a legislației europene în domeniu, respectiv Directiva CE 141/2006.

În încercarea de a clarifica neconcordanța dintre cerințele din anunțul de participare, a detaliilor licitației deschise în desfășurare și a

fișei de date prin care se anunță achiziția formulei de lapte praf destinată copiilor cu vârsta cuprinsă între 0-12 luni, pe de o parte, și specificația tehnică din caietul de sarcini conform căreia "se va achiziționa un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-6 luni”, pe de altă parte, autoritatea contractantă răspunde la întrebarea nr. 1 din clarificarea nr. 3, astfel: "S-a procedat la această soluție pentru că nu există o formulă unică acceptată prin Normele Europene care să corespundă nevoilor nutriționale ale copilului 0-12 luni", răspuns apreciat de contestatoare că este fără nici un temei științific/medical, așa cum este întreaga argumentație a respectivului răspuns: "...se va achiziționa un singur tip de formulă ... care să acopere grupa de vârstă 0-6 luni, considerată cea mai vulnerabilă pentru malnutriție, formulă care se poate administra în caz de necesitate și la sugarii în vârstă de 6- 12 luni".

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă încalcă principiile de drept ale unei achiziții publice, din următoarele motive:

Directiva CE 141/2006 trebuie respectată în strânsă corelație cu legislația națională, respectiv Legea nr. 321/2001 (care nu a fost actualizată în 2017, așa cum eronat se susține în caietul de sarcini), împreună cu Normele metodologice de aplicare care, într-adevăr, pe parcursul derulării acestui program de sănătate, au suferit mai multe modificări dar, în niciun caz, așa cum susține autoritatea contractantă în caietul de sarcini că, prin actualele norme metodologice de aplicare, s-ar stabili acordarea gratuită de lapte praf pentru copiii cu vârsta cuprinsă între 0-6 luni.

În acest sens, mențiunea din caietul de sarcini " ...se va achiziționa un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-6 luni", este în totală contradicție cu art. 5 alin. (1), potrivit căruia: *Formula de lapte praf pentru sugari care se achiziționează prin licitație are o compoziție acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0 si 12 luni...*

În plus, respectând principiile de drept, un act normativ cu putere inferioară, așa cum este un Ordin de ministru, nu ar putea să aducă o modificare unui act normativ cu putere superioară, precum o lege, în speță Legea nr. 321/2001, iar această lege nu a suferit nici o modificare și face referire clară la "acordarea gratuită de lapte praf pentru copiii cu vârste cuprinse între 0-12 luni”.

Singurul alineat din articolul sus-amintit care a fost modificat prin incidența indirectă a legislației europene, respectiv a Directivei CE nr. 141/2006 este alineatul 3. Modificările privesc însă exclusiv compoziția formulei, stabilind limite diferite ale unor componente sau valori.

Alegerea unei formule 0-6 luni apare ca fiind în totalitate abuzivă și nelegală. Pe piața din România, implicit pe piața europeană, există formule de început 0-4 luni, formule de început 0-6 luni și formule de început 0-12 luni, cele din urmă corespunzând întru totul Normelor Europene și legislației naționale privind acordarea gratuită de lapte praf

pentru copiii cu vârste cuprinse între 0-12 luni (Legea nr. 321/2001 și Normele metodologice de aplicare).

În concluzie, contestatoarea opinează că nu există niciun temei pentru organizarea licitației în alte condiții/raportat la alte criterii, comparativ cu licitațiile organizate în anii anteriori.

Pe cale de consecință, singura ofertă acceptabilă, ce corespunde din punct de vedere al parametrilor tehnici (formula de lapte praf) pentru întreaga perioadă, respectiv 0-12 luni, este cea prezentată de asocierea reprezentată de SC ... SRL, astfel cum rezultă din avizul de punere pe piață deținut.

Prin adresa nr. 25117/2088/C9/20.06.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei punctul său de vedere asupra inadmisibilității criticilor aduse caietului de sarcini, anunțului de participare și fișei de date a achiziției, raportat la art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că documentația de achiziție a fost publicată în SEAP în data de 03.02.2018, iar notificarea prealabilă a fost depusă la autoritatea contractantă în data de 04.06.2018.

Prin adresa nr. 6824/27.06.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 26247/27.06.2018, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată și tardivă.

Referitor la aspectele legate de formula de lapte praf, autoritatea contractantă consideră că aceste aspecte ar fi putut fi clarificate în perioada premergătoare depunerii ofertelor. În acest sens, contestatoarea nu a depus nicio solicitare de clarificări autoritatea contractantă apreciind că toate clarificările postate în SEAP, la solicitarea celorlalți operatori economici, au oferit ofertanților toate informațiile necesare, astfel încât aceștia să-și poată alcătui oferta.

În ceea ce privește avizul de punere pe piață a formulelor de lapte praf, precizează că, potrivit Cap. III Punerea pe piață - Secțiunea 1- Autorizarea de punere pe piață din Legea nr. 95 republicată* din 14 aprilie 2006 privind reforma în domeniul sănătății, Autorizarea de punere pe piață se obține pentru medicamente, neexistând, în acest moment, nicio prevedere legală care să impună o astfel de autorizație pentru comercializarea laptelui praf.

Referitor la prețul ofertat în cadrul licitației electronice, ... precizează că, la data limită de depunere a ofertelor, cei doi operatori economici menționați de contestatoare au depus propuneri financiare a căror valoare se încadrează în valoarea estimată a achiziției.

Prețul final a rezultat în urma etapei de licitație electronică.

Referitor la modul de achiziționare a laptelui praf în anul 2017 de către …, autoritatea contractantă subliniază că acestea și-au derulat propriile achiziții conform Ordinului nr. 377/2017, cu asumarea răspunderii privind specificațiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini, având în vedere faptul că acestea sunt, la rândul lor, autorități

contractante, astfel cum este statuat la art. 4 alin (1) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la afirmația contestatarei potrivit căreia „au fost exercitate presiuni, atât în cadrul …, cât și la nivelul …, ca la respectivele achiziții să fie acceptate și formule 0 - 6 luni", autoritatea contractantă susține că nu are cunoștință despre niciun fel de presiune exercitată. Mai mult, apreciază că ar fi foarte util ca dovezile privind aceste presupuse presiuni să fie prezentate în mod clar de către contestatoare.

... susține că nu are cunoștință despre acte normative noi, apărute în perioada 27.05.2017-03.02.2018.

Totodată, precizează că Legea nr. 321/2001 nu cuprinde reglementări cu privire la stabilirea formulei de lapte praf, ci face doar trimitere la norme care sunt aprobate prin Ordin de ministru, act normativ cu aceeași putere juridică ca și Ordinul de ministru care stabilește formula de lapte.

Deși recunoaște că, la nivelul normelor europene în domeniu, nu este reglementată o formulă unică, care să corespundă nevoilor nutriționale ale copiilor cu vârsta între 0-12 luni, dorește să fie luate în considerare doar prevederile normei OMS MAI nr. 267/1253/2006.

Precizează că, în data de 07.06.2018, a răspuns la Notificarea prealabilă nr. 37/04.06.2018, iar contestația a ajuns la sediul Ministerului Sănătății în data de 21.06.2018, fapt pentru care se constată tardivitatea acesteia.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 26519/29.06.2018, SC ... SRL a răspuns solicitării primite, transmițând punctul său de vedere referitor la inadmisibilitatea criticilor aduse caietului de sarcini, anunțului de participare și fișei de date a achiziției, raportat la art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea precizează că nu a înțeles să formuleze o notificare prealabilă care să vizeze caietul de sarcini și fișa de date achiziției din următoarele considerente:

1. Încă de la început, caietul de sarcini a fost unul ambiguu, reprezentând o schimbare radicală în raport de caietele licitațiilor din anii precedenți, într-o așa-zisă încercare de aplicare a legislației europene, respectiv de a modifica formula de lapte praf pentru care se organiza licitația. Astfel, acesta a prezentat nenumărate ambiguități și neconcordanțe, pe care ... a încercat să le remedieze/ clarifice pe parcurs fie la solicitarea unor firme potențial participante, fie din proprie inițiativă.

2. Au existat nu mai puțin de 10 clarificări, ultimele două fiind făcute cu nerespectarea termenului de 10 zile stabilit.

3. Prin urmare, ca urmare a neconcordanțelor existente în documentația de atribuire, a urmat o serie de solicitări de clarificare, respectiv răspunsuri în vederea clarificării condițiilor achiziției.

4. Astfel, la data de 23.02.2018, în cuprinsul Clarificării nr. 8, autoritatea contractantă precizează: "dintr-o eroare a fost menționată în

preambulul caietului de sarcini vârsta 0-6 luni în loc de 0-12 luni", motiv pentru care a fost modificat conținutul preambulului caietului de sarcini: "Conform prevederilor articolului 18 (1) a Directivei CE nr. 141/2006, Romania a adoptat si publicat … Conform Normelor metodologice se va achiziționa un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-12 luni."

5. Ulterior, la data de 27.02.2018, prin Clarificarea nr. 10, autoritatea contractantă a revenit: "In completare la clarificarea nr. 3 din data de 08.02.2018 și la clarificarea nr. 8 din data de 23.02.2018: Se va achiziționa un singur tip de lapte praf respectând prevederile Legii nr. 321/2001.

Tipul de lapte praf care se va achiziționa va fi formula de început menționat în Directiva CE nr. 141/2006, art. 2 (c) care definește "formula de început", produsele alimentare destinate să fie utilizate de sugari în primele luni de viață și care îndeplinesc prin ele însele cerințele nutriționale ale acestora până la introducerea unei alimentații complementare corespunzătoare."

6. Revenirea/clarificarea a fost publicată în SEAP în data de 27.02.2018, cu nerespectarea termenului de 10 zile prevăzut în fișa de date a achiziției.

7. Pe cale de consecință, clarificarea este tardivă și nu ar fi trebuit să producă efecte.

8. O dată cu Clarificarea nr. 10/27.02.2018, prin interpretarea dată de autoritatea contractantă se revine la varianta inițială.

9. Contestatoarea precizează că nu înțelege care este motivul pentru care autoritatea contractantă a înțeles să acționeze în sensul modificării radicale a documentației de licitație, atât timp cât recunoaște că, din mai 2017 și până în prezent, nu a avut loc nicio modificare a legislației în vigoare și în condițiile în care există alternativa legală de a achiziționa lapte praf formula de început pentru perioada 0-12 luni, ca și până acum, cu respectarea normelor prevăzute de Legea nr. 321/2001 și Ordinul MS și MAI nr. 267/1253/2006 privind aprobarea Normelor metodologice ale acestei legi.

10. Contestatoarea susține că se află în această situație din cauza încercării Ministerului Sănătății de a modifica documentele de achiziție în vederea unei așa zise "adoptări" de către România a legislației europene în domeniu, respectiv a Directivei CE141/2006, dar aceasta a fost respectată și în anii precedenți, întrucât legislația națională nu contravine niciun moment celei europene.

Prin adresa nr. nr. 4405/04.07.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 27396/05.07.2018, ... SRL a depus cerere de intervenție voluntară accesorie, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Referitor la tardivitatea contestației, intervenienta subliniază că, prin intermediul contestației, asocierea critică pentru prima dată caietul de sarcini și clarificările aduse de către autoritatea contractantă.

Astfel, în caietul de sarcini (pag. 1), publicat în SEAP în data de …, odată cu anunțul de participare nr. …, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu dispozițiile legale în vigoare, *Se va achiziționa un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-6 luni.*

Reamintind conținutul clarificării nr. 8, postată în SEAP, în data de 23.02.2018 și a clarificării nr. 10, interveninenta subliniază că, prin răspunsul la solicitările de clarificări, *autoritatea contractantă nu a modificat compoziția laptelui praf ce urmează a fi achiziționat, ci doar a precizat că se va achiziționa un singur tip de lapte pentru copiii în vârstă de 0-12 luni.*

Intervenienta precizează că SC ... SRL nu a contestat caietul de sarcini și/sau mențiunile din Clarificarea nr. 8, motiv pentru care este evident că acestea au devenit obligatorii, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, motiv pentru care nu mai pot fi contestate după expirarea termenului de 10 zile prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) și ale art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Termenul în care contestatoarea putea să formuleze notificare prealabilă cu privire la cerințele caietului de sarcini s-a împlinit în data de 13.02.2018, iar termenul în care contestatoarea putea să formuleze notificare prealabilă cu privire la prevederile Clarificării nr. 8 s-a împlinit în data de 05.03.2018.

În concluzie, criticile formulate de ofertantul clasat pe locul 3 sunt tardive, motiv pentru care intervenienta solicită Consiliului să respingă contestația ca fiind tardivă.

Referitor la inadmisibilitatea contestației, intervenienta amintește că asocierea nu a adus nicio critică cu privire la prevederile menționate în caietul de sarcini, respectiv mențiunile făcute prin Clarificarea nr. 8.

Contestatoarea a încălcat prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, condiții în care, prin raportare la atitudinea de pasivitate a contestatoarei, precum și în considerarea dispozițiilor legale sus menționate, ... SRL solicită Consiliului să dea eficiență prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 și, pe cale de consecință, să respingă contestația ca fiind inadmisibilă.

Contestația ce face obiectul dosarului nr. 2088/2018 este vădit neîntemeiată, având în vedere că produsul ofertat respectă în totalitate formula solicitată de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, fapt care rezultă din Fișa tehnică depusă în cadrul procedurii de atribuire, anexată cererii de intervenție.

După ce prezintă un "Tabel de concordanță", intervenienta concluzionează că produsul ofertat de ea respectă în totalitate dispozițiile legale în vigoare, incidente în acest domeniu, respectiv Legea nr. 321/2001 și Norma metodologică de aplicare.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei potrivit cărora autoritatea contractantă nu a solicitat ofertanților avizul/notificarea de punere pe piață a produselor de tipul celor care fac obiectul achiziției,

intervenienta apreciază că SC ... SRL încearcă cu rea-credință să provoace Consiliul să soluționeze o cerere inadmisibilă.

În acest sens, ... SRL învederează că, atâta vreme cât contestatoarea nu a solicitat autorității contractante să introducă în caietul de sarcini obligația ofertanților de a depune avizul de punere pe piață, în termenul legal de 10 zile, apreciază că argumentele aduse în acest cadru procesual sunt, pe de o parte inadmisibile, iar pe de alta, vădit neîntemeiate.

Prin urmare, în opinia intervenientei, contestatoarea nu a respectat prevederile imperative ale art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care toate argumentele aduse pentru prima dată prin intermediul contestației sunt nefondate.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 26247/27.06.2018 și 26723/02.07.2018.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 28084/10.07.2018, ... SRL a solicitat stabilirea datei/orei pentru susținerea concluziilor orale.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 28083/10.07.2018, ... SRL a depus concluzii scrise, în care a răspuns excepțiilor invocate și a prezentat motivele în susținerea solicitării de anulare a procedurii și a raportului procedurii.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online, pentru încheierea unui acord-cadru de *…,* cod CPV ... Din informațiile anunțului de participare nr. …, Consiliul a reținut că valoarea estimată este cuprinsă între … și … lei, fără TVA, criteriul de atribuire este ”prețul cel mai scăzut”, iar termenul limită de primire a ofertelor a fost ...

Împotriva rezultatului procedurii, pentru motivele evocate anterior, SC ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 188.015,77 lei, conform prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de ... SRL, văzând că societatea are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în calitate de operator economic desemnat câștigător, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu ca cerere de intervenţie accesorie în interesul autorităţii contractante.

Trecând la analiza contestației, Consiliul va verifica cu prioritate excepțiile invocate de Consiliu, autoritatea contractantă și intervenientă cu privire la tardivitatea/inadmisibilitatea criticilor aferente anunțului de participare, caietului de sarcini și fișei de date a achiziției.

Astfel, Consiliul constată că anunțul de participare și documentația de atribuire au fost publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice la

data de 03.02.2018. Raportat la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, în forma în vigoare la data publicării celor două acte, ultima zi pentru depunerea în termen a notificării prealabile era 13.02.2018. Notificarea prealabilă a fost formulată în data de 04.06.2018, fiind cu mult depășit termenul de 10 zile prevăzut de dispozițiile legale invocate.

Documentația de atribuire și anunțul de participare în forma în care au fost publicate au rămas obligatorii pentru autoritatea contractantă și operatorii economici, astfel că orice critică adusă ulterior primirii rezultatului procedurii este inadmisibilă.

Referitor la clarificările aduse caietului de sarcini, Consiliul constată că ultima clarificare în procedură (clarificarea nr. 10) a fost postată în SEAP în data de 27.02.2018. Clarificările nr. 3 și 8 au fost publicate în datele de 08.02.2018 și 23.02.2018, astfel că și față de acestea notificarea prealabilă a fost tardiv formulată.

Aspectele invocate în adresa de răspuns asupra excepției tardivității criticării documentației de atribuire nu constituie motive pentru înlăturarea acestei excepții. De asemenea, critica adusă publicării clarificării nr. 10 cu nerespectarea termenului prevăzut în fișa de date a achiziției trebuia formulată în termenul legal, nexistând vreun motiv pentru acceptarea depășirii lui.

În ce privește transmiterea cu întârziere a contestației la autoritatea contractantă, Consiliul reține că, la dosarul cauzei, a fost depusă dovada depunerii contestației la oficiul poștal adresată ..., luni, 18.06.2018. Întrucât răspunsul la notificarea prealabilă a fost transmis în data de 07.06.2018, depunerea contestației la data de 18.06.2018, s-a efectuat cu respectarea termenului legal de 10 zile, prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Este lipsită de relevanță data la care contestația a ajuns la minister (21.06.2018), cât vreme depunerea la oficiul poștal s-a realizat în termenul legal, fiind aplicabile dispozițiile art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că petenta aduce critici sub două aspecte: 1. formulele de lapte praf pentru sugari cu care au participat la licitație SC ... SRL și SC ... SRL sunt formule destinate sugarilor cu vârsta cuprinsă între 0-6 luni și 2. autoritatea contractantă nu a înțeles să solicite ofertanților avizul de punere pe piață a formulelor de lapte praf și, implicit, dacă acestea există, să solicite … să verifice și să comunice cărei perioade de vârstă a sugarului se adresează respectiva formulă.

Referitor la formulele de lapte praf pentru sugari cu care a participat la licitație SC ... SRL și SC ... SRL, Consiliul constată că obiectul contractului este *Furnizare lapte praf pentru derularea intervenției „Profilaxia distrofiei la copiii cu vârsta cuprinsă între 0 - 12 luni, care nu beneficiază de lapte matern prin administrare de lapte praf”*.

În caietul de sarcini, la cap. SPECIFICAŢII TEHNICE, s-au menționat următoarele: *Conform prevederilor articolului 18 (1) a Directivei CE nr. 141/2006, România a adoptat şi publicat actele cu putere de lege şi actele administrative necesare pentru a se conforma articolelor 2, 3 şi 5-17 şi anexelor I-VII din Directiva, respectiv Ordinul MSF nr. 387/2002 cu modificările şi completările ulterioare (norma actualizată până la 1 martie 2014), precum si a prevederilor art. 5 din Anexa 1 la Ordinul MS şi MAI nr. 267/1253/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 321/2001 (actualizată 2017) pentru acordarea gratuită de lapte praf pentru copiii cu vârste cuprinse între 0-6 luni, care nu beneficiază de lapte matern, cu modificările şi completările ulterioare. Conform Normelor metodologice se va achiziţiona un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-6 luni.*

În **Clarificarea nr. 3**, la Întrebarea nr. 1:

În caietul de sarcini, la preambul, la „Specificaţii tehnice" se menţionează ca respectiva licitaţie se organizează pentru „acordarea gratuita de lapte praf pentru copiii cu vârste cuprinse intre 0-6 luni, care nu beneficiază de lapte matern", iar „Conform Normelor metodologice se va achiziţiona un singur tip de formula, acceptabila pentru orice varsta cuprinsa intre 0-6 luni", deşi conform anunţului de participare si datelor din fisa de date, acord cadru de furnizare se menţionează foarte clar ca respectiva Licitaţie are in vedere furnizarea de lapte praf pentru derularea intervenţiei „Profilaxia distrofiei la copiii cu varsta cuprinsa intre 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern prin administrarea de lapte praf."

Va solicitam modificarea preambului caietului de sarcini la „Specificaţii tehnice" in sensul corelării prevederilor din caietul de sarcini cu menţiunile din anunţul de participare fisa de date si acordul-cadru de furnizare, astfel incat furnizarea de lapte praf sa se deruleze pentru intervenţia „Profilaxia distrofiei la copiii cu varsta cuprinsa intre 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern prin administrarea de lapte praf."

s-a răspuns:

Anunţul de participare şi datele din fisa tehnică se referă la implementarea intervenţiei 1.1 "Profilaxia distrofiei la copii cu vârstă cuprinsă între 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern prin administrarea de lapte praf", conform Ordinului 377/2017 privind Normele tehnice de realizare a programelor naţionale de sănătate publică pentru anii 2017 şi 2018.

Având în vedere că se va achiziţiona un singur tip de formulă, s-a propus un produs cu specificaţii tehnice conforme cu Normele Europene (Directiva CE 141/2006), care **să acopere grupa de vârsta de 0-6 luni**, considerată cea mai vulnerabilă pentru malnutriţie, formulă care se poate administra în caz de necesitate şi la sugarii în vârstă de 6-12 luni.

S-a procedat la această soluţie pentru că nu există o formulă unică acceptată prin Normele Europene care să corespundă nevoilor nutriţionale ale copilului 0-12 luni.

Prin **Clarificarea nr. 8**, s-au adus la cunoștința operatorilor economici următoarele:

Întrebare nr. 1

[…] Solicităm Autorităţii Contractante, în temeiul respectării principiului legalităţii și în scopul eliminării elementelor discreţionare și fără suport legal, ştiinţific și medical, corelarea Caietului de sarcini cu Anunţul de participare, cu Detaliile licitaţiei, cu Fișa de date și, mai presus de orice, cu legislaţia în vigoare în sensul

achiziţionării unui singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-12 luni. […]

Răspuns întrebare nr. 1

Dintr-o eroare a fost menţionată în preambulul caietului de sarcini vârsta de 0 - 6 luni în loc de 0 - 12 luni, motiv pentru care conţinutul preambulului va fi:

"Conform prevederilor articolului 18 (1) a Directivei CE nr. 141/2006, România a adoptat şi publicat actele cu putere de lege şi actele administrative necesare pentru a se conforma articolelor 2, 3 şi 5 - 17 şi anexelor I - VII din Directivă, respectiv Ord. MSF nr. 387/2002 cu modificările şi completările ulterioare (norma actualizată până la 1 martie 2014), precum și a prevederilor art. 5 din Anexa 1 la Ord. MS şi MAI nr. 267/1253/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 321/2001 (actualizată 2017) pentru acordarea gratuită de lapte praf pentru copiii cu vârste cuprinse între 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern, cu modificările şi completările ulterioare. **Conform Normelor metodologice se va achiziţiona un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-12 luni.",** conform Legii nr. 321/2001, privind acordarea gratuită de lapte praf pentru copii cu vârste cuprinse între 0-12 luni.

Întrebare nr. 2

Pornind de la neconcordanța informațiilor existente între Caietul de sarcini și celelalte informaţii din Anunţul de participare, vă rugăm a clarifica dacă la licitaţia organizată vor putea participa formule de lapte praf pentru sugari 0-6 luni sau formule de lapte praf pentru sugari 0-12 luni.

Răspuns întrebare nr. 2

Se va achiziţiona un singur tip de lapte praf pentru copiii în vârstă de 0 - 12 luni, respectând legea nr. 321/2001, art. l "Se aprobă acordarea gratuită de lapte praf, formulă pentru sugari, copiilor cu vârstă cuprinsă între 0-12 luni care nu beneficiază de lapte matern".

Se va achiziţiona formula de început în conformitate cu prevederile Directivei CEE nr. 141/2006 art. 2 (c) care defineşte "formula de început": produsele alimentare destinate să fie utilizate de sugari în primele luni de viaţă şi care îndeplinesc prin ele însele cerinţele nutriţionale ale acestora până la introducerea unei alimentaţii complementare corespunzătoare. "Formulele de continuare" constituite, dimpotrivă, un aliment destinat să fie utilizat de sugari atunci când se introduce o alimentaţie complementară corespunzătoare şi care constituie principalul element lichid din alimentaţia diversificată progresivă a acestor sugari.

Achiziţionarea formulei de început ca singur tip de lapte permite acoperirea nevoilor nutriţionale ale copilului 0-12 luni, deoarece cantitatea optimă a unor nutrienţi pe 100 kcal, respectiv proteine, lipide, fier şi vitamina D mai scăzută în formula de început poate fi completată prin aportul acestor nutrienţi adus de alimentaţia complementară introdusă după vârsta de 6 luni.

În caietul de sarcini la paragraful 1 "Cantităţi" s-a făcut referire la vârsta de 0-6 luni luând în considerare cantitatea de lapte praf care va fi achiziţiontă, pentru a face diferenţierea de formula de continuare care, conform Regulamentului delegat UE nr. 127/2016, în care se menţionează la Art. 6 (3) că, în plus faţă de menţiunile obligatorii prevăzute la articolul 9 aliniatul (1) din Regulamentul (UE) nr. 1169/2011, se vor furniza menţiuni suplimentare obligatorii pentru formulele de continuare: (a) o menţiune care să precizeze că produsul este adecvat numai pentru sugarii în vârstă de peste şase luni, că ar trebui să constituie doar o parte dintr-o alimentaţie diversificată, că nu trebuie utilizat ca înlocuitor al laptelui matern în primele şase luni de viaţă şi că decizia de introducere a alimentaţiei complementare, inclusiv orice excepţie până la vârsta de şase luni, ar trebui luată numai cu avizul unor persoane independente, calificate în domeniul medicinii, al nutriţiei sau al farmaciei sau al altor profesionişti responsabili de îngrijirea mamei şi a copilului, pe baza nevoilor de creştere şi specifice fiecărui sugar.

Prin **clarificarea nr. 10** s-au adus la cunoștința operatorilor economici următoarele:

Întrebare nr. 1

- Având in vedere Clarificarea nr. 8 publicata in SEAP in data de 23.02.2018 prin care spuneţi ca: „Se va achiziţiona un singur tip de lapte praf pentru copii in varsta de 0-12 luni” va rugam sa argumentaţi răspunsul dat prin Clarificarea nr.3 publicata in SEAP in data de 08.02.2018, al cărei conţinut contrazice in mod clar răspunsul din clarificarea nr.8 cu privire la grupa de varsta: „ Având in vedere ca se va achiziţiona un singur tip de formula, s-a propus un produs cu specificaţii tehnice conforme cu Normele Europene (Directiva CE 141/2006), care sa acopere grupa de varsta 0-6 luni considerata cea mai vulnerabila pentru malnutritie, formula care se poate administra in caz de necesitate si la sugarii cu varsta de 6-12 luni. S-a procedat la aceasta soluţie pentru ca nu exista o formula unica acceptata prin Normele Europene care sa corespunda nevoilor nutriţionale ale copilului 0-12 luni.”

Raspuns intrebare nr. 1:

In completare la clarificarea nr. 3 din data 08.02.2018 şi la clarificarea nr.8 din data 23.02.2018:

Se va achiziţiona un singur tip de lapte praf respectând prevederile Legii nr. 321/2001

Tipul de lapte care se va achiziţiona va fi formula de început - menţionat în Directiva CE nr. 141/2006 art.2 (c) care defineşte “formula de început”, produsele alimentare destinate să fie **utilizate de sugari în primele luni de viaţă şi care îndeplinesc prin ele însele cerinţele nutriţionale ale acestora până la introducerea unei alimentaţii complementare corespunzătoare**.

Laptele formula de început care va fi achiziţionat va fi acordat tuturor copiilor în vârstă de 0 -12 luni care vor respecta condiţiile înscrierii în Subprogramul 1.1. “Profilaxia distrofiei la copii cu vârstă cuprinsă între 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern prin administrarea de lapte praf’, din cadrul Programului Naţional de Sănătate a Femeii şi Copilului aprobat prin Ordinul Ministerului Sănătăţii nr. 377/2017 privind aprobarea normelor tehnice de realizare a Programelor Naţionale de Sănătate Publică pentru anii 2017-2018 si conform Ordinului nr. 267/1253/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 321/2001 privind acordarea gratuită de lapte praf pentru copii cu vîrste cuprinse intre 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern.

In vederea argumentării achiziţionării formulei de început ca unic tip de lapte care va fi administrat copiilor beneficiari ai Programului Naţional de Sănătate a Femeii şi Copilului, revenim cu explicaţia care subliniază faptul că **formula de început are elementele nutritive necesare care permit creşterea şi dezvoltarea copilului în caz de necesitate şi după introducerea alimentaţiei complementare.**

Vârsta de 0-6 luni şi 6-12 menţionată în clarificările anterioare constituie vârste de referinţă ale alimentaţiei sugarului la care se face apel în documentele menţionate:

Directiva CE nr. 141/2006 Legea nr.321/2001 Ordin nr.267/1253/2006

- Recomandările OMS
- Recomandările Societăţii Române de Pediatrie

în concluzie este vorba de achiziţia unui singur tip de lapte şi anume formulă de început care va fi administrat în contextul Subprogramul 1,1. “Profilaxia distrofiei la copii cu vârstă cuprinsă între 0-12 luni, care nu beneficiază de lapte matern prin administrarea de lapte praf’, în condiţiile legilor, a documentelor şi argumentelor anterior enumerate tuturor copiilor în vârstă de 0-12 luni.

Se observă din cele de mai sus, cum de altfel, susține și contestatoarea, că, prin răspunsurile la clarificări, autoritatea contractantă a specificat operatorilor economici că se dorește

achiziţionarea un singur tip de formulă, acceptabilă pentru orice vârstă cuprinsă între 0-12 luni; *având în vedere că se va achiziţiona un singur tip de formulă, s-a propus un produs cu specificaţii tehnice conforme cu Normele Europene (Directiva CE 141/2006), care* ***să acopere grupa de vârsta de 0-6 luni (clarificarea nr. 3).***

Prin formula de început, după cum a remarcat și petenta, autoritatea contractantă a avut în vedere formula pentru produsele destinate utilizării în primele luni de viață ale sugarului, apreciindu-se că îndeplinesc cerinţele nutriţionale ale acestora până la introducerea unei alimentaţii complementare corespunzătoare.

Consiliul nu poate analiza criticile contestatoarei vizavi de legalitatea/nelegalitatea caietului de sarcini și a clarificărilor aduse acestuia, fiind ținut de tardivitatea atacării lor.

Dacă aprecia că există o singură formulă acceptabilă, respectiv doar cea pentru 0-12 luni, neputând fi acceptată nicio altă formulă, și, în consecință, nu a fost în mod corect elaborat caietul de sarcini, petenta trebuia să critice documentația de atribuire în termenul legal.

Nefiind modificat caietul de sarcini, Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să evalueze ofertele pe baza unor alte cerințe care nu a fost impuse și care nu a fost aduse la cunoștința operatorilor economici anterior datei limită de depunere a ofertelor.

Întreaga pledoarie a societății reclamante vizează modul de elaborare a documentației de atribuire și răspunsurile la clarificări, acte asupra cărora Consiliul nu se poate pronunța nefiind criticate în termenul legal.

Inclusiv în concluziile scrise, ofertanta a susținut că, încă de la început specificațiile tehnice ale caietului de sarcini au fost eronate, organizându-se o licitație de lapte praf pentru copii sugari cu vârste cuprinse între 0-12 luni, pe baza unei formule specifice vârstei 0-6 luni.

Așadar, contrar susținerilor contestatoarei, criticile sale și pe baza cărora solicită anularea procedurii vizează conținutul caietului de sarcini, după cum s-a arătat mai sus, tardiv atacat. Ambiguitățile caietului de sarcini și ale clarificărilor trebuiau criticate în termenul legal.

Totodată, se observă că toate cele trei oferte (ale contestatoarei și ale SC ... SRL și SC ... SRL) au fost declarate conforme, clasamentul fiind stabilit în baza prețului obținut în urma fazei finale de licitație electronică.

Petenta nu a a formulat, în contestație, nicio critică asupra valorilor pe care trebuie să le respecte laptele praf, specificate în caietul de sarcini, și pe care nu le-ar fi respectat propunerile tehnice ale celor două ofertante clasate pe locurile 1 și 2. Aspectele aduse în discuție prin concluziile scrise nu pot fi analizate, fiind inadmisibile, raportat la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În ce privește cel de-al doilea aspect invocat, legat de faptul că nu a fost solicitat ofertanților avizul de punere pe piață a formulelor de lapte praf, se constată că nici în caietul de sarcini, nici în fișa de date a

achiziției, nu s-a impus o astfel de cerință, astfel că evaluarea ofertelor nu putea fi efectuată în funcție de aceasta.

Potrivit art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 *Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile.*

Așadar, operatorii economici nu puteau fi obligații să întocmească oferta cu respectarea unei cerințe neinclusă în documentație.

Dacă dorea ca ofertanții să fie obligați să prezinte un astfel de document, contestatoarea trebuia să facă o astfel de solicitare în termenul legal raportat la data publicării documentației de atribuire.

În privința prețurilor ofertate de SC ... SRL și SC ... SRL, singurele argumente ale contestatoarei au fost că, anterior, aceștia au ofertat 25 lei/cutie/400 grame, iar în prezenta procedură au ofertat 25 lei/kg, argumente care nu pot conduce în mod automat ideea ofertării unor prețuri nereale.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei.

Referitor la îngrădirea accesului de către autoritatea contractantă la dosarul achiziției, se poate observa că SC ... SRL a solicitat, în data de 11.06.2018, accesul la dosarul achiziției. În data de 12.06.2018, a cerut ca achizitoarea să primească la sediul său o delegație din partea societății.

Ministerul a refuzat o întâlnire cu delegația ofertantei, apreciind-o ca fiind neoportună. Nu s-a răspuns solicitării vizând studiul dosarului achiziției.

Potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, în forma în vigoare la data inițierii procedurii, *Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.*

Cu toate că autoritatea contractantă avea obligația să asigure accesul ofertantei la dosar, având în vedere că aceasta a studiat dosarul la Consiliu, admiterea cererii nu se mai impune.

Referitor la faptul subliniat prin concluziile scrise că, din dosarul constituit la Consiliu, au lipsit caietul de sarcini, varianta modificată, clarificările solicitate ofertanților, răspunsurile la aceste clarificări, dovada

constituirii garanțiilor de participare, Consiliul reține că accesul la caietul de sarcini modificat și clarificările aduse acestuia s-a realizat prin intermediul Sistemului Electronic de Achiziții Publice, iar celelalte documente indicate nu au fost necesare soluționării cauzei raportat la criticile formulate în contestație.

În ce privește solicitarea de formulare de concluzii orale, Consiliul o va respinge, apreciind suficientă în soluționarea cauzei depunerea concluziilor scrise.

Astfel fiind, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ... SRL. Contestația fiind respinsă, cererea de intervenție va fi admisă.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația SC ... SRL, lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ....

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 5 exemplare, conţine 17 pagini.