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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., atribut fiscal RO, reprezentată prin administrator ....., împotriva lipsei răspunsului la revenire la notificarea prealabilă, emisă de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „.....”, coduri CPV 33600000-6 - Produse farmaceutice (Rev.2), 33622200-8 - Antihipertensive (Rev.2), 33632000-9 - Medicamente pentru sistemul musculo-scheletic (Rev.2), 33651520-9 - Imunoglobuline (Rev.2), 33652100-6 - Antineoplazice (Rev.2), s-a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini prin eliminarea specificației tehnice referitoare la «2000 UI», deoarece reprezintă o cerință restrictivă și, în subsidiar, anularea procedurii, cu suspendarea procedurii de licitație, pentru loturile 1 și 2, în conformitate cu prevederile art. 22 și următoarele din Legea 101/2016.

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 ..... SRL solicită obligarea autorității contractante la eliminarea din caietul de sarcini a mențiunii privind specificația tehnică referitoare la „2000 UI”, ce reprezintă o cerință restrictivă, întrucât prin păstrarea acesteia este favorizat un anume producător german, singurul care comercializează imunoglobulina în ambalaj cu o astfel de dimensiune.

Critică refuzul autorității contractante de a înlătura mențiunea „2000 UI”, în condițiile în care, prin notificarea prealabilă din data de 05.10....., a solicitat eliminarea din caietul de sarcini a mențiunii „40 ml”. Subliniază că autoritatea contractantă a dispus în data de 10.10..... adoptarea măsurii de remediere de înlăturare a mențiunii „flacon de 40ml”, însă a înțeles păstrarea mențiunii „2000 UI”, care, în opinia contestatoarei, este una echivalentă.

În continuare, susține că, în data de 11.10....., a formulat o revenire la notificarea inițială solicitând eliminarea mențiunii „2000 UI”.

Ulterior, în data de 19.10....., în interiorul termenului de 10 zile de la data primirii răspunsului inițial, a retransmis aceeași solicitare. Până la data promovării prezentei contestații, nu a primit răspuns de la autoritatea contractantă.

Prin adresele cu nr. 46925/.....-...../06.11..... și nr. 46936/.....-...../06.11....., Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității introducerii contestației.

Contestatoarea a formulat un punct de vedere față de excepția invocată din oficiu prin adresa cu nr. 2123/06.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 47100/06.11....., prin care a solicitat respingerea excepției invocate.

Susține că a formulat notificarea prealabilă în data de 05.10....., iar în data de 10.10..... autoritatea contractantă a răspuns că adoptă măsuri de remediere, în sensul eliminării din caietul de sarcini a cerinței restrictive „40 ml”.

Prin raportare la data de 10.10....., data adoptării măsurilor de remediere, contestatoarea susține că se impune a fi respectat termenul impus de prevederile art. 6 alin. (5) din Legea 101/2016, care s-a împlinit la data de 17.10....., iar în cauză, începând cu data de 18.10....., a început să curgă termenul de 10 zile de formulare a contestației.

Arată că, raportat la prevederile art. 6 alin. (11) din Legea 101/2016, față de măsurile de remediere adoptate, nu este ținută să formuleze notificare prealabilă și, în consecință, nu este ținută de vreun termen să formuleze contestația.

Față de toate aceste argumente, contestatoarea apreciază că, prin formularea contestației la data de 26.10..... a respectat

prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, iar contestația a fost formulată în termen.

..... a răspuns cu adresa nr. 17666/07.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 47320/07.11....., prin care solicită admiterea excepției și respingerea contestației ca tardiv introdusă.

Subliniază că ..... SRL a formulat în data de 05.10..... o notificare prealabilă prin care a solicitat eliminarea din caietul de sarcini a mențiunii restrictive privind ambalajul respectiv sintagma „flacon de 40 ml".

În urma notificării prealabile a formulat răspunsul nr. 15796/10.10....., prin care a adoptat măsuri de remediere în sensul solicitat de contestatoare.

Arată că, față de măsurile de remediere adoptate în răspunsul indicat mai sus, contestatoarea avea posibilitatea să formuleze contestație în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de răspunsul său.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă, ..., a inițiat o licitație deschisă în vederea achiziționării de medicamente, achiziție estimată valoric la 40.710.273,76 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut".

Potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură şi de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*.

Prin urmare, potrivit rolului activ al Consiliului, acesta trebuie să verifice dacă a fost legal învestit cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate excepțiile de procedură şi de fond, care fac inutilă cercetarea pe fond a contestației.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că nerespectarea termenului legal şi imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege; prin constatarea decăderii dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate; excepțiile absolute (ce privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu, din oficiu, în orice moment al soluționării contestației.

Potrivit dispozițiilor din Legea nr. 101/2016 art. (6)

(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 cunoştință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare 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 şi concesiunile de servicii;

(4) 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.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziție un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4).

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

(11) Prin excepție de la prevederile alin. (1) şi (10), ***orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate depune contestație în fața Consiliului sau instanței fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă".***

Consiliul constată că ..... SRL a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. 2096/05.10....., la care cea din urmă a răspuns în data de 10.10..... (fiind publicat în SEAP în data de 10.10..... ora 15:14, sub denumirea „clarificare"), prin care a adoptat măsuri de remediere, în sensul eliminării caracteristicii de 40 ml, denumirile loturilor1 și 2 modificându-se în sensul:

- Lotul nr. 1 – Imunoglobulină anti hepatică B 2000 UI
- Lotul nr. 2 – Imunoglobulină anti hepatică B 2000 UI.

Potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016:

(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 şi ***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 şi pentru recunoaşterea 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 egală sau mai mare 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 şi concesiunile de servicii, după caz;

Luând în considerare data de ....., data transmiterii contestației la Consiliu, și ținând cont că începând cu data de

10.10....., data la care autoritatea a comunicat că a dispus măsurile de remediere solicitate, a început să curgă termenul de 10 zile de formulare a contestației (având în vedere valoarea estimată a contractului de furnizare) şi calculând termenul legal în care ..... SRL putea înainta contestația, având în vedere dispozițiile art. 8 alin. (1), coroborate cu art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă, la Consiliu, în afara termenului legal prevăzut de legislația în vigoare, ultima zi fiind data de 20.10.....

Consiliul apreciază că nu poate fi reținută data de 17.10....., invocată de petentă, ca termen de implementare a măsurii de remediere, din moment ce clarificarea publicată în SEAP în 10.10..... cuprinde ea înseși măsurile de implementare ale acestora.

Aşadar, în speța de față, prin transmiterea contestației către Consiliu în data de ....., prin raportare la data de la care a început să curgă termenul de contestare (10.10..... fiind data la care s-a considerat vătămată de măsurile dispuse), termen calculat anterior, se constată că ..... SRL nu a respectat termenul de depunere a contestației, de 10 zile prevăzut de legiuitor sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardiv introdusă.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul şi/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Termenul de depunere a contestației, în speța de față, **începe să curgă de la data de implementare a măsurilor insuficiente de remediere adoptate de autoritatea contractantă**, luând în considerare dispozițiile art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016 ce prevăd, cu titlu de excepție, că persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate depune contestaţie în faţa Consiliului fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Consiliul consideră că acest termen, fiind un termen legal, potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, nimeni nu se poate prevala de necunoaşterea legii potrivit principiului de drept *„nemo censetur ignorare legem”*.

Prin urmare, Consiliul constată că ..... SRL a transmis contestația la Consiliu în afara termenului legal, nerespectând dispozițiile legale antemenționate, contestația fiind tardiv formulată.

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

Respinge, ca tardivă, contestația ..... SRL, în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
.....

Redactată în patru exemplare, conține 6 pagini.