



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr. 896/19.08.2015 (completată prin adresa nr. 933/26.08.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 16202/26.08.2015), înregistrată la CNSC sub nr. 15809/20.08.2015, înaintată de SC ... SA, cu sediul în ..., ..., județul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – Administrator, formulată împotriva deciziei de anulare a procedurii, cerere de oferte, organizate de ... SA, cu sediul în ..., ..., ..., în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Achiziție materiale igienico sanitare: săpun, detergent și cremă de mâini”, cu invitație de participare nr. ..., publicată în SEAP în ..., s-a solicitat Consiliului ...

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

DECIDE:

Respinge excepția „netimbării în termen” a contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Admite excepția de inadmisibilitate a capătului de cerere privind atribuirea contractului către contestatoarele, pe care îl respinge, ca atare.

Respinge contestația, ca nefondată.

Menține măsura respingerii ofertei contestatoarei și măsura anulării procedurii, dispuse de autoritatea contractantă.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 896/19.08.2015 (completată prin adresa nr. 933/26.08.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 16202/26.08.2015), înregistrată la CNSC sub nr. 15809/20.08.2015, SC ... SA atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 7357/14.08.2015, emis de ... SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire mai sus arătate, potrivit căruia aceasta a dispus anularea procedurii de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, susținând că oferta tehnică pentru produsul cremă de întreținere a pielii are în compoziție *vaselină/petrolatum*, substanță clasificată, conform REACH, ca substanță cu risc cancerigen-fraza de pericol H350, care contravine cerinței din specificația tehnică „să nu conțină ingrediente periculoase”.

Potrivit cerințelor autorității contractante, arată contestatoarea, a depus oferta tehnică pentru detergent automat Alley 400 gr, săpun de toaletă Jini 100 gr. și cremă de întreținere a pielii *Proderma* 100 gr.

Referitor la crema pusă în discuție de autoritate contractantă, contestatoarea menționează că aceasta a fost produsă de SC Toyland SRL și conține, printre alte ingrediente, și vaselină, așa cum rezultă din datele cuprinse la rubrica Generalități. Potrivit datelor furnizate de producătorul cremei, substanțele conținute de aceasta nu intră în categoria ingredientelor periculoase. Această afirmație este dovedită, având în vedere dispozițiile HG nr. 1408/2008, coroborate cu datele cuprinse în înscrisurile comunicate de producătorul cremei de întreținere a pielii *Proderma*, înscrisuri anexate prezentei contestații.

Mai mult, potrivit înscrisurilor depuse la dosar, această substanță are denumirea comercială *VARA 4800* și este produsă de Sasol Wax GmbH (fișă cu date de securitate conform CE 1907/2006, articolul 31).

Potrivit Declarației de conformitate, dată de producător și a buletinului de analiză, substanța *VARA 4800* este în conformitate cu Ediția a 7-a a Farmacopeei Europene, este o vaselină albă și nu are nici un efect teratogen (Declaration of compliance din 10.10.2011, Product Data Sheet).

Pe de altă parte, în înscrisul ce evaluează impactul substanței vaselină/petrolatum, respectiv *VARA 4800*, vaselină albă, asupra sănătății, la pagina 6, în tabelul din capitolul Carcinogenic Effects, sunt cuprinse și o serie de date tehnice din care rezultă faptul că substanța în discuție nu este cancerigenă (Health Assessment of Petroleum Jelly, aparținând Prof. Dr. med. Hellmut Ippen).

Mai exact, coloanele 7-9 din acest tabel vizează exact vaselina/petrolatum, sub denumirea ei de white petroleum jelly, prescurtat wPJ, respectiv vaseline din 3 loturi diferite, concentrațiile fiind date în micrograme/kilogram, un microgram reprezentând a milioana parte dintr-un gram.

Față de concentrațiile cuprinse în tabel, contestatoarea înțelege să invoce Hotărârea nr. 1408/2008, care, la Nota L, prevede: „Clasificarea

ca substanță cancerigenă nu este necesar să se aplice, dacă se poate demonstra că substanța conține mai puțin de 3% hidrocarburi aromatice polinucleare, identificate prin extracție în dimetilsulfoxid (DMSO), măsurat conform metodei IP 346. Această notă se aplică numai anumitor substanțe complexe derivate din petrol, din anexa 2".

La ultimul rând din tabel există date privind PAH total, respectiv polycyclic aromatic hydrocarbons (hidrocarburi aromatice polinucleare sau policiclice) și, după cum se poate observa, dacă înmulțim valorile PAH total din dreptul celor 3 coloane cu wPJ cu 10^{-6} , valorile PAH sunt mult sub valoarea maxim admisă de 3%, adică 30 g/kg.

În consecință, contestatoarea solicită admiterea cererilor sale de anulare a adresei atacate și de atribuire către ea a contractului în cauză, invocând, în drept, dispozițiile OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 7453/31.08.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 16569/31.08.2015, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, pe cale de excepție, pentru neconstituirea garanției de bună conduită și ca inadmisibilă, iar pe fondul cauzei, ca nefondată.

Pe de o parte, autoritatea contractantă arată că autoarea contestației nu a făcut dovada constituirii garanției de bună conduită în termenul legal prevăzut la art. 271¹ alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că cererea contestatoarei (transmisă prin poșta electronică în 19.08.2015) nu a fost însoțită și de dovada achitării garanției de bună conduită.

Ulterior, contestatoarea a transmis Ordinul de plată nr. 572/25.08.2015, în original, în valoare de 5.700 lei (1% din valoarea estimată a contractului), reprezentând contravaloarea garanției de bună conduită.

Totodată, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației, în ceea ce privește stabilirea ca și câștigătoare a ofertei contestatoarei, aceasta reprezentând un petit inadmisibil prin raportare la dispozițiile art. 278 alin. (9) din OUG nr. 34/2006.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă susține că anularea procedurii este o obligație, nu o posibilitate și nicio opțiune, având în vedere concluziile procesului-verbal de evaluare tehnică încheiat la data de 14.08.2015, în sensul că toate cele trei oferte depuse (SC ... SA, SC ... SRL și SC ... SRL) sunt neconforme și contravin cerinței obligatorii din specificația tehnică „să nu conțină ingrediente periculoase”.

De altfel, autoritatea contractantă arată că compoziția produselor ofertate rezultă chiar din Fișele tehnice depuse de contestatoare la procedură (Specificație tehnică crema de întreținere a pielii Proderma, Document pentru evaluarea riscului asupra sănătății umane a produsului cosmetic, Studiu de iritabilitate a pielii prin patch-test și altele).

Astfel, autoritatea contractantă arată că autoarea contestației a ofertat „Cremă întreținere a pielii Proderma”, produs ce are în compoziție vaselină/petrolatum, substanță clasificată conform REACH ca substanță cu risc cancerigen fraza de pericol H350, contrar cerinței din specificația tehnică „să nu conțină ingrediente periculoase”.

Ingredientul Petrolatum este amestec de hidrocarburi cu consistență păstoasă, obținut din reziduurile ceroase de țigeti sau din uleiuri corespunzătoare, petrolatum/petroleum jelly/parafină moale - este o mixtură semi-solidă de hidrocarburi ce a fost inițial promovată ca un unguent local cu proprietăți de vindecare, denumirea cea mai populară este de Vaselina.

Petrolatumul derivat din petrol, produse sintetice ale petrolului procesat chimic, blochează porii, inhibă funcțiile naturale ale pielii. Poate produce acnee, prezintă risc cancerigen, cauzează uscăciunea pe termen îndelungat a pielii. La nivelul Uniunii Europene, Petrolatumul este inclus în categoria de risc R 45 - „Poate cauza cancer”.

În acest context, fără putință de tăgadă, ingredientul petrolatum (vaselină) este un ingredient periculos, motivația contestatoarei apărând ca puerilă în contextul în care acesta nu a uzat de dreptul de a solicita clarificări pe această cerință a caietului de sarcini.

Or, prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul caietului de sarcini, motiv pentru care avea obligația, potrivit dispozițiilor art. 170 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, de a elabora oferta în conformitate cu cerințele din aceasta.

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

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Achiziție materiale igienico sanitare: săpun, detergent și cremă de mâini”, cod CPV 33711900-6 - *Săpun (Rev. 2)*, ... SA (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... din ..., la care a atașat documentația de atribuire.

Împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 7357/14.08.2015), SC ... SA a înaintat Consiliului contestația de față (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 5.700,00 lei), solicitând revizuirea ei.

Văzând excepția lipsei garanției de bună conduită, respectiv pretinsa nerespectare a termenului de constituire a acesteia (denumită de autoare „excepția netimbrării contestației”), Consiliul constată netemeinicia ei.

Astfel, analizând excepția, cu întâietate, conform obligației instituite la alin. (1) al art. 278 din OUG nr. 34/2006, Consiliul are în vedere că, ulterior înaintării contestației, dar și punctului de vedere la aceasta, părțile confirmă existența garanției în discuție, respectiv îndeplinirea obligației de constituire a acesteia în favoarea autorității contractante.

Totodată, Consiliul are în vedere că, deși textul ordonanței, la care face trimitere și autoritatea contractantă, conține sintagma „odată cu depunerea contestației”, privitor la momentul prezentării garanției de bună conduită, nu există o sancțiune expresă a reglementării pentru o eventuală întârziere. De altfel, tocmai pentru aceste considerente, în practica actuală a Consiliului, dar și a instanțelor judecătorești de control a acesteia, s-a consacrat dreptul contestatorului de a proba constituirea

garanției de bună conduită și după momentul inițierii contestației, câtă vreme se atinge scopul acestei constituiri, indicat la alin. (1) al art. 271¹ din OUG nr. 34/2006.

Pe de altă parte, în concordanță cu cele din motivarea Deciziei nr. 5/15.01.2015 a Curții Constituționale, această garanție de bună conduită are caracterul unei cauțiuni, nu al unei taxe. În consecință, regimul juridic al acesteia nu este unul la fel de riguros cu al unei taxe scadente în timp, din punct de vedere formal, sub aspectul momentului de prezentare, ci doar sub aspectul realității și întinderii în timp impuse de autoritatea contractantă. Dimpotrivă, chiar în situația unei taxe de timbru, impusă corelativ unor demersuri judiciare, timbrarea după inițierea acestora este frecvent permisă, în practică.

Pentru aceste considerente, constatând că autoarea contestației a complinit obligația constituirii garanției de bună conduită, corespunzător obligației de la art. 271¹ din OUG nr. 34/2006, respinge excepția invocată de ... SA, ca nefondată.

Cât privește excepția de inadmisibilitate a cererii de obligare a ... SA în atribuirea către contestatoare a contractului de achiziție publică, Consiliul constată temeinicia ei, în sensul că autoarea excepției face trimitere la dispozițiile exprese ale art. 278 alin. (9) din OUG nr. 34/2006: *Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic.*

Totodată, Consiliul are în vedere că cererea în cauză a contestatoarei are caracter secundar, față de cererea principală, expresă, de anulare a măsurii de respingere a ofertei sale și a măsurii de anulare a procedurii. De asemenea, din textul contestației rezultă și cererea implicită, de obligare la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei, sub aspectul motivelor de respingere care ar fi nelegal reținute.

În consecință, Consiliul admite excepția de inadmisibilitate invocată și respinge cererea contestatoarei de atribuire a contractului către ea, în mod implicit, pe baza dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

Urmare a acestor măsuri, Consiliul face analiza pe fond a criticilor împotriva deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, constatând, de asemenea, netemeinicia lor.

Consiliul reține că, în fapt, prin atribuirea contractului, autoritatea contractantă a înțeles să nu-și asume niciun risc, în legătură cu substanțele componente (ingredientele) produselor achiziționate, fiind lipsită de orice dubii conduita aceasta, ce rezultă din specificația tehnică: „să nu conțină ingrediente periculoase”.

În privința ingredientului *Petrolatum*, asupra existenței căruia, în compoziția produsului ofertat - Proderma, nu există dispută, Consiliul constată că, în ANEXA II - LISTA SUBSTANȚELOR INTERZISE ÎN PRODUSELE COSMETICE la REGULAMENTUL (CE) NR. 1223/2009 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 30 noiembrie 2009 privind produsele cosmetice, este instituită restricția de utilizare a lui, chiar într-o varietate oarecare de procese de producție, dar și cu excepții specifice.

Văzând tipul de *Petrolatum* la care face referire contestatoarea, respectiv, cel rezultând din documentul *HEALTH Assesment PJ*, emis de Sasol Wax GmbH, prin Dr. Med. Hellmut Ippen, Consiliul constată că acesta este indicat la poziția 910. *Petrolatum (petrol), tratat cu argilă, cu excepția cazului în care se cunoaște istoricul complet al rafinării și se poate dovedi că substanța din care este obținut nu este cancerigenă*, din ANEXA II - LISTA SUBSTANȚELOR INTERZISE, sus amintită.

În același timp, Consiliul constată că între documentele depuse de contestatoare odată cu oferta nu există corelație exactă, în raport cu identitatea produsului ofertat. Din documentele emise de Institutul de Sănătate Publică, rezultă o denumire a produsului *PRODERMA-I*, iar din Notificarea în sistemul DG SANCO, obligatorie pentru toate produsele cosmetice, conform aceluiași Regulament nr. 1223/2009 al Parlamentului și Consiliului European, transpus prin Legea nr. 178/2000 și în România, rezultă o denumire diferită parțial – *PRODERMA*.

Prin urmare, în cazul în care contestatoarea făcea, pe de o parte, dovada unei identități de produse, trebuia să probeze, pe de altă parte, și faptul că, în procesul de fabricare a ingredientului *Petrolatum*, este cunoscut *istoricul complet al rafinării*, dar și că *se poate dovedi că substanța din care este obținut nu este cancerigenă*.

În concordanță cu legislația amintită, simpla notificare a produsului nu probează compoziția lui, ci doar asigură informarea asupra introducerii pe piață a acestuia. Informațiile privitoare la compoziție nu ar putea rezulta decât din dosarul tehnic al produsului ori din rapoarte de încercări/probe.

Totodată, Consiliul are în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006, ofertantul are dreptul (și obligația corelativă) de a proba printr-un mijloc adecvat (dosar tehnic sau raport de încercări) că produsul ofertat respectă reglementările europene și/sau naționale, respectiv să dovedească conformitatea cu specificațiile caietului de sarcini.

Or, în cauza de față, autoarea contestației nu a făcut proba, în fața autorității contractante, că produsul propus nu conține ingrediente periculoase, prin mijloacele impuse de normele sus menționate.

În consecință, Consiliul consideră că autoritatea contractantă era îndreptățită să refuze achiziția unui astfel de produs, întrucât prin documentația de atribuire prevenise ofertanții că nu-și asumă existența riscurilor de utilizare a unor produse periculoase (înțelegându-se că este vorba de risc în sănătate și nu numai).

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul respinge, ca nefondată, cererea de anulare a măsurii de respingere a ofertei SC ... SA și menține măsura anulării procedurii.

La punerea în aplicare a dispozițiilor prezentei, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că o pot ataca cu plângere, conform dispozițiilor art. 280 alin. (3) și art. 281 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...