



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. 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. ... înregistrată la Consiliu sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în Municipiul ... județului ... înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului cu nr. ... având CUI ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea ... str. ... județul ... în cadrul procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Acord cadru pentru furnizare de produse: apă minerală plată și apă minerală naturală, natural carbogazoasă - 4 loturi”, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini în sensul eliminării cerinței "carbogazoasă" din descrierea specificațiilor produsului ce se dorește a fi achiziționat;
- obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini în sensul eliminării cerinței "gust și miros: inodor, gust plăcut, caracteristic, fără gust și miros străin";
- obligarea autorității contractante la modificarea datei limită de depunere a ofertelor, în mod corespunzător.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei să modifice documentația de atribuire potrivit celor reținute în motivare.

Respinge ca rămas fără obiect, prin suspendarea procedurii, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la modificarea datei limită de depunere a ofertelor.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor anterior decise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

Prin contestația formulată, ... contestă documentația de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „Acord cadru pentru furnizare de produse: apă minerală plată și apă minerală naturală, natural carbogazoasă - 4 loturi”, solicitând cele de mai sus.

În susținerea contestației sale, ... învederează că, analizând fișa de date a achiziției, a constatat mai multe aspecte criticabile, motiv pentru care a adresat autorității contractante o serie de clarificări.

Prin adresa nr. ... din 07.06.2013, autoritatea contractantă răspunde solicitărilor contestatorului, însă, acesta apreciază că prin răspunsul dat, se restricționează în mod direct accesul la procedura de achiziție publică pentru anumiți operatori economici furnizori de produse tip "apă minerală naturală", cu consecința nerespectării principiilor achiziției publice, așa cum sunt ele stipulate atât în legislația europeană cât și în legislația națională, petentul fiind vătămat în mod direct întrucât, produsul (apă minerală naturală carbogazificată) cu care intenționează să participe la licitație este exclus „*de plano*” în mod arbitrar și nefondat de către autoritatea contractantă, ceea ce pune în pericol cadrul concurențial legal necesar a fi instituit în cadrul unei astfel de proceduri de achiziție din fondurile publice.

Față de acest aspect, contestatorul apreciază că solicitarea de cerințe restrictive, nejustificate, în raport cu nevoile autorității

contractante și complexitatea contractului de achiziție publică conduce la încălcarea principiului proporționalității.

Referitor la întrebarea nr. 2 - „*Vă rugăm să precizați în ce mod se va efectua analiza apei pentru verificarea cerinței = Proprietăți organoleptice: • aspect: lichid limpede, incolor, fără sediment, fără particule în suspensie; • gust și miros: inodor, gust plăcut, caracteristic, fără gust și miros străin*); în sensul de a avea un gust plăcut, respectiv fără gust și miros străin”, ofertantul contestator susține că autoritatea contractantă nu a răspuns la solicitarea de clarificări în mod clar și concis, ci doar a reluat argumentația neconformității, neeligibilității apei minerale naturale carbogazificate.

În lumina celor relatate, petentul solicită verificarea documentului de fundamentare (nota de justificare și fundamentare/raport sau referat de necesitate) emis în cadrul procedurii de achiziție publică, pe baza căruia autoritatea contractantă a selectat produsul apă minerală naturală carbogazoasă ca fiind singurul produs din categoria apelor minerale naturale recunoscute în România, capabil să acopere necesitățile reale ale achizitorului.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. F/A/5477/11.06.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19176/11.06.2013, ... în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de ... ca fiind neîntemeiată.

Astfel, autoritatea contractantă susține că, față de dispozițiile art. 35 alin. (6) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, în raport cu precizările suplimentare prevăzute prin H.G. nr. 1020/2005, cerințele au fost impuse tocmai pentru a stabili cu exactitate și obiectivism obiectul contractului de achiziție publică. faptul că documentația de atribuire a fost văzută de un alt operator economic care nu are în stoc sau nu furnizează produsul solicitat, nu înseamnă că a fost introdus un obstacol nejustificat de natură să restrângă concurența între operatorii economici, ci a respectat cu precădere prevederile art.35 din O.U.G. nr.34/2006 și a actelor normative în vigoare, în materie.

În acest sens, faptul că documentația de atribuire a fost văzută de un operator economic care nu are în stoc sau nu furnizează produsul solicitat, nu înseamnă că autoritatea contractantă a introdus un obstacol nejustificat de natură să restrângă concurența între operatorii economici, ci a respectat cu precădere prevederile art. 35 din O.U.G. nr. 34/2006 și a actelor normative în vigoare, în materie.

Concluzionând, autoritatea contractantă este de părere că motivele prezentate de către ofertantul contestator nu sunt

temeinice, nu sunt fundamentate pe dispoziții legale, iar prin înșiruirea unor prevederi sau răspunsuri transmise la solicitarea de clarificări subiectiv interpretate, petentul încearcă să denatureze clarificările transmise și să schimbe obiectul contractului de achiziție publică, din apa minerală naturală, natural carbogazoasă în apa minerală naturală carbogazificată.

Prin adresa nr. .../12.06.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. .../13.06.2013, ... a formulat răspuns la punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, solicitând înlăturarea apărărilor autorității ca netemeinice și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Astfel, contestatorul este de părere că autoritatea nu poate exclude un anumit produs din perimetrul de produse circumscris unui anumit cod CPV din simple motive „comerciale”, întrucât în acest mod denaturează caracterul unei proceduri de atribuire de acest gen.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „cerere de oferte” pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Acord cadru pentru furnizare de produse: apă minerală plată și apă minerală naturală, natural carbogazoasă - 4 loturi”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ... din data de 05.06.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de ... Consiliul constată că acestea vizează anumite cerințe din caietul de sarcini.

Prin caietul de sarcini (II.2. Specificații tehnice minim de îndeplinit) autoritatea contractantă a solicitat:

„Lotul 3: Apă minerală naturală, natural carbogazoasă (pentru bar):

Condiții tehnice de calitate: conform standardelor în vigoare.

Proprietăți organoleptice:

- *aspect: lichid limpede, incolor, fără sediment, fără particule în suspensie;*
- *gust și miros: inodor, gust plăcut, acidulat, caracteristic, fără gust și miros străin;*

Ambalarea și etichetarea: PET de 0,5 litri.

Lotul 4: Apă minerală naturală, natural carbogazoasă (pentru bar):

Condiții tehnice de calitate: conform standardelor în vigoare.

Proprietăți organoleptice:

- *aspect: lichid limpede, incolor, fără sediment, fără particule în suspensie;*

- gust și miros: inodor, gust plăcut, acidulat, caracteristic, fără gust și miros străin;

Ambalarea și etichetarea: ambalaj PET de 1,5 litri sau 2 litri".

Contestatorul solicită eliminarea cuvântului "carbogazoasă", care, din punctul său de vedere, face cerința să fie restrictivă.

Operatorul economic contestator, interesat de participarea la procedură, a formulat, înainte de depunerea contestației, următoarea solicitare de clarificare:

„Vă rugăm să precizați care este interpretarea autorității contractante legată de cerința/noțiunea de produs=apă minerală naturală carbogazoasă și dacă din perspectiva acestei interpretări este eligibil și produsul=apă minerală naturală carbogazificată. În ipoteza în care produsul apă minerală naturală carbogazificată nu este eligibil, vă rugăm să precizați care sunt criteriile/motivele pentru care autoritatea contractantă a ales produsul apă minerală naturală carbogazoasă și a restricționat în mod direct accesul la licitație pentru produsul similar (apă minerală naturală carbogazificată), respectiv dacă a fost respectat principiul proporționalității (adică stabilirea unor condiții în concordanță cu obiectul contractului și necesitatea lui, astfel încât contractul să poată fi dus la bun sfârșit dar fără a se solicita condiții exagerate, care să ducă la defavorizarea unor ofertanți)", la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. F/D/5380/07.06.2013, publicată în SEAP în data de 07.06.2013, precizând: „Așa cum s-a precizat în Caietul de sarcini „Apă minerală naturală, natural carbogazoasă” va fi oferită conform clasificării apelor minerale prevăzută în CAPITOLUL 3 din HOTĂRÂREA de GUVERN nr. 1020 din 01 septembrie 2005, pentru aprobarea Normelor tehnice de exploatare și comercializare a apelor minerale naturale, respectiv:

CAP. 3 Precizări suplimentare referitoare la apele minerale naturale carbogazoase

Apele minerale naturale carbogazoase îmbuteliate se împart în 3 categorii la care se aplică următoarele definiții:

a) apa minerală naturală, natural carbogazoasă - apa al cărei conținut de dioxid de carbon provenind de la sursă este, după o eventuală condiționare și după îmbuteliere, același ca la urgență, luându-se în considerare și impregnarea, acolo unde este cazul, cu o cantitate de dioxid de carbon provenit din același zăcământ/acvifer, care să compenseze pierderile echivalente rezultate în cursul operațiunilor amintite, în limitele tehnice uzuale de toleranță;

b) apa minerală naturală îmbogățită cu dioxid de carbon de la sursă - apa al cărei conținut în dioxid de carbon provenind din același zăcământ/acvifer este, după eventuala condiționare și după îmbuteliere, mai mare decât la urgență;

c) apa minerală naturală carbogazificată - apa la care s-a adăugat dioxid de carbon de altă origine decât cea din zăcămintul/acviferul de proveniență, dar de uz exclusiv alimentar.

În acest sens, în conformitate cu art. 35 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă a solicitat un tip de produs, definit clar, în documente oficiale și nu a fost o interpretare proprie.

Ca urmare, produsul solicitat este apa minerală naturală, natural carbogazoasă ambalat în PET de 0,5 litri și 1,5 sau 2 litri.

Produsul „apa minerală naturală carbogazificată” nu este eligibil, fiind un alt produs decât cel solicitat în caietul de sarcini și s-a precizat clar că nu dorim produse similare.

Pe internet sunt prezentate de către Societatea Națională a Apelor Minerale S.A., informații despre zăcămintele hidrominerale din România și sunt enumerate în cadrul Legendei, cel puțin 25 de surse/izvoare/zăcăminte privind apa minerală naturală, natural carbogazoasă.

Mai mult, precizăm că la procedură se pot prezenta ofertanți din alte țări, nu neapărat din România sau distribuitori ai acestora.

Ca urmare a celor precizate mai sus, nu considerăm că „s-a restricționat, în mod direct, accesul la procedură pentru produsul similar „apa minerală naturală carbogazificată”, ci doar s-a solicitat un produs dorit, bine definit prin Hotărârea de Guvern menționată, autoritatea contractantă având acest drept, prin legislația în vigoare și respectând principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică”.

Consiliul constată că prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificări primită din partea contestatorului, interesat de procedură, publicată în data de 07.06.2013 în SEAP, autoritatea contractantă a menținut cerința din caietul de sarcini, impusă inițial.

Consiliul urmează să admită critica formulată de către contestator, din următoarele considerente:

- art. 33 din O.U.G. nr. 34/2006 „autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”;

- art. 38 din O.U.G. nr. 34/2006 dispune în mod expres și imperativ că „se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse.

În soluționarea contestației, Consiliul constată că autoritatea contractantă a limitat ca în cadrul acestei proceduri să fie furnizată doar apă carbogazoasă, încălcând prevederile legale

anume menționate care sunt exprese și imperative și de la care legiuitorul a reglementat o singură excepție de la care nu se poate deroga, potrivit principiului de drept „*exceptio est strictissimae interpretationis*” și anume în situația în care descrierea ar fi insuficient de precisă și neintangibilă se poate indica sursa, producția, procedeul special, marca de fabrică, comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, însă doar însoțită de mențiunea „sau echivalent”.

Consiliul consideră că impunerea unui anumit tip de apă minerală, de către autoritatea contractantă, este o cerință restrictivă având în vedere obligația prevăzută la art. 35 de a formula specificațiile tehnice corespunzătoare necesităților sale fără să restrângă concurența dintre operatorii economici.

Autoritatea contractantă nu face dovada faptului că folosirea doar a apei carbogazoasă este singura soluție care poate asigura satisfacerea unor cerințe sociale, nevoile reale ale beneficiarilor finali ai produselor (salariații sau clienții autorității contractante).

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a justificat necesitățile sale, a căror realizare să fie strict legate de achiziția doar de apă carbogazoasă, nu pot fi de natură a îndreptăți autoritatea contractantă la eliminarea de la procedură a apei carbogazificată, cu eficacitate echivalentă sau superioară, dar care este realizată pe baza altor rețete (procedee, tehnologii).

Față de acestea, Consiliul urmează a admite această solicitare a contestatorului, considerând restrictivă impunerea unui anumit tip de apă minerală.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă, prin stabilirea unui singur tip de apă minerală, nu a respectat scopul legislației privind achizițiile publice, respectiv acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe pentru ofertanți, ea este obligată să se limiteze doar la cele necesare și strict la condițiile care nu îngrădesc operatorii economici. Într-adevăr autoritatea este competentă să introducă cerințe tehnice cu anumite condiții, dar aceasta trebuie să fie preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze, o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

În considerarea celor prezentate, Consiliul apreciază ca fiind netemeinică solicitarea autorității contractante referitoare la impunerea acestei cerințe.

Raportat la dispozițiile legale enumerate, precum și la argumentele aduse de contestator, Consiliul stabilește că cerința evocată îngreudește accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare.

Solicitarea contestatorului de eliminare a cerinței din caietul de sarcini, respectiv: *„gust și miros: inodor, gust plăcut, caracteristic, fără gust și miros străin”*, este de asemenea, întemeiată, deoarece:

Prin aceeași adresă de solicitare clarificări, contestatorul a formulat următoarea întrebare:

„Vă rugăm să precizați în ce mod se va efectua analiza apei pentru verificarea cerinței = Proprietăți organoleptice: aspect: lichid limpede, incolor, fără sediment, fără particule în suspensie; gust și miros: inodor, gust plăcut, caracteristic, fără gust și miros străin); în sensul de a avea un gust plăcut, respectiv fără gust și miros străin.

Se va face o (simplă) degustare? Considerăm că această cerință este, pe de o parte, neconformă din perspectiva legislației actuale care impune obligații suficiente pentru agenții economici care pun pe piață (producători, importatori, comercianți) de natură a proteja consumatorii iar, pe de alta parte, cerința unui produs cu gust plăcut, respectiv fără gust și miros străin așa cum este formulată poate conduce la interpretări arbitrare și subiective care vor afecta în mod negativ prezenta achiziție publică”, la care autoritatea contractantă răspunde:

„Descrierile minimale ale produselor solicitate, precizate în Caietul de Sarcini și Anexa B din Fișa de date a achiziției, se vor regăsi în Propunerile Tehnice prezentate de ofertanți, aceștia având obligația să-și asume răspunderea pentru oferta produsului „apa minerală naturală, natural carbogazoasă”.

Dacă oferta va fi întocmită pentru „apa minerală naturală carbogazificată”, aceasta va fi respinsă, fiind considerată ofertă neconformă, cf. art. 36, alin. (2), lit. a) din H.G. nr. 925/2006.

De asemenea, pentru Propunerea tehnică prezentată de ofertanți, comisia de evaluare va efectua verificări la instituții abilitate în acest sens.

Dacă ofertantul va prezenta inițial, o propunere tehnică pentru „apa minerală naturală, natural carbogazoasă”, se vor încheia contractele aferente și ulterior, în urma comenzilor se va livra „apa minerală naturală carbogazificată” (menționată și pe etichetele produselor), se vor lua toate măsurile precizate în legislația în vigoare, împotriva ofertantului respectiv”.

După cum se poate observa răspunsul autorității contractante nu are nicio legătură cu întrebarea formulată de contestator, deci practic autoritatea nu a răspuns solicitării de clarificări. Nici nu avea

ce să răspundă, având în vedere faptul că stabilirea gustului și a mirosului nu se poate face decât în urma unei testări de mostre, iar prin documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a solicitat mostre și nu a stabilit o dată pentru efectuarea testului. Drept urmare impunerea unei astfel de cerințe nu are relevanță în raport cu cerințele de calificare stabilite de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, deci trebuie eliminată.

Solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante să modifice data limită de depunere a ofertelor, rămâne fără obiect, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a suspendat procedura din data de 11.06.2013, iar la reluarea acesteia și după efectuarea remedierilor dispuse prin această decizie, va stabili o altă dată de depunere a ofertelor.

Față de cele precizate, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei să modifice documentația de atribuire potrivit celor reținute în motivare.

În baza art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca rămas fără obiect, prin suspendarea procedurii, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la modificarea datei limită de depunere a ofertelor.

În baza art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor dispuse anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini