



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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.cnscc.ro

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

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în ..., ... județul ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare de unități de înmagazinare deșeuri tip europubele de 240 litri, cod CPV 39224340-3, cu data de deschidere a ofertelor 19.08.2013, organizată de ... cu sediul în ... CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea din caietul de sarcini a specificației privind greutatea între 12 și 14 kg a europubelelor (fără roți).

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

DECIDE:

În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii, să elimine din caietul de sarcini

specificația potrivit căreia greutatea europubelelor (fără roți) trebuie să fie între 12 și 14 kg. Măsura de remediere va fi adusă la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea ei în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptată, înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Cele dispuse nu aduc atingere dreptului autorității contractante de a anula procedura de atribuire, în baza art. 209 alin. (2) lit. b) și art. 278 alin. (2) teza ultimă din aceeași ordonanță.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă cerința referitoare la greutatea europubelelor ce fac obiectul achiziției publice inițiată de ... În motivare, contestatoarea învederează că, prin respectiva specificație cuprinsă în caietul de sarcini, autoritatea restricționează accesul la licitație al majorității operatorilor economici, încălcând astfel prevederile art. 2 din ordonanță, referitoare la promovarea concurenței între operatorii economici și la garantarea tratamentului egal și nediscriminării acestora. De asemenea, sunt încălcate și prevederile art. 35 alin. (5) din ordonanță, potrivit cărora "*specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici*".

Soluțiile constructive moderne permit o rezistență sporită a pubelei la șocuri mecanice, prin inserarea unor structuri lamelare care le absorb, structuri care prin proiectare conferă robustețea necesară și reduc greutatea produsului sub minimul de 12 kg impus de autoritate, nemaifiind necesară o grosime exagerată a pereților pubelei. De altfel, autoritatea consideră în mod greșit că o greutate mai mare a pubelei garantează o rezistență sporită a ei.

Standardele europene în materie (EN 840-1 și EN 840-5), pe care autoritatea le indică în caietul de sarcini, reglementează aspectele legate de dimensiuni și proiectare (standardul EN 840-1) și de performanțele și metodele de încercare (standardul EN 840-5) ale europubelelor, fără a prevedea o anumită greutate a lor.

Specificația tehnică atacată a fost aleasă de autoritate în mod arbitrar, nejustificat și restrictiv, reprezentând un obstacol de natură să restrângă concurența.

La 03.07.2013, în completarea contestației, ... arată că ea comercializează europubele de 240 litri ce cântăresc (fără roți) aproximativ 9 kg, la fel ca europubele comercializate de toți marii producători europeni, situație în care nu se încadrează în cerința de 12-14 kg.

Din moment ce ofertanții prezintă în cadrul ofertei un certificat de conformitate cu standardele europene indicate, rezultă că sunt satisfăcute necesitățile autorității legate de calitatea, performanțele și specificațiile tehnice ale produsului.

În punctul său de vedere nr. 28800/05.07.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 22311/05.07.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că standardele europene în materie (EN 840-1 și EN 840-5) impun anumite cerințe privind structura și funcționalitatea europubelelor, ceea ce nu exclude dreptul achizitorului de a stabili cerințe suplimentare.

Pe baza experienței de peste 8 ani în utilizarea europubelelor, ... a decis asupra oportunității impunerii unei cerințe suplimentare privind greutatea lor, acest fapt fiind în conformitate cu art. 35 alin. (2) din ordonanță: "*specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante*".

Autoritatea a derulat numeroase alte achiziții publice în care a impus această cerință și a primit oferte conforme de la numeroși operatori economici, ceea ce confirmă existența pe piață a unui număr suficient de producători și ofertanți care să respecte în totalitate cerințele menționate în caietul de sarcini. Prin modul de formulare, contestatoarea nu aduce dovezi ale afirmațiilor sale, ci doar face speculații/interpretări, în interes comercial propriu.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, 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 26.06.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării a 4.000 de unități de înmagazinare deșeuri tip europubele de 240 litri, estimate valoric la 700.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 26.06.2013, alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că specificația privind greutatea europubelelor (între 12 și 14 kg), impusă de autoritate, este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, ... a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în cele două pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele, specificația "*greutate europubele (fără roți) 12 kg-14 kg*", pe care ... o apreciază ca fiind nejustificată și restrictivă, în condițiile în care firma comercializează astfel de europubele, conforme standardelor europene, cu o greutate de aproximativ 9 kg.

Autoritatea combate această poziție a reclamantei, limitându-se să afirme că deține o experiență de peste 8 ani în utilizarea europubelelor, care a stat la baza oportunității impunerii specificației respective. Astfel fiind, Consiliul observă că ... nu a invocat niciun motiv concret pe care să se sprijine decizia sa de a accepta la licitație doar europubele cu greutatea cuprinsă între 12 și 14 kg. Prin urmare, concluzia ce poate fi trasă este că autoritatea a specificat cerința în discuție doar cu scopul de a exclude accesul la procedură al anumitor operatori economici, respectiv cei care furnizează în mod legal pe piața de profil europubele cu greutatea mai scăzute sau mai ridicate decât cele amintite.

În atare context, cerința se vedește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor art. 35 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, potrivit cărora specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Întrucât autoritatea contractantă nu a prezentat documente și argumente relevante care să îi acorde dreptul de a interzice acceptarea de europubele cu alte greutatea, însă corespunzătoare nevoilor sale, prin cerința în dezbateri autoritatea a încălcat și prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) - principiile nediscriminării și tratamentul egal. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința greutății, în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva ordonanței privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca

oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Conform art. 35 alin. (5) din ordonanță și art. 23 alin. (2) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici, iar neacceptarea de echipamente conforme necesităților autorității, însă mai ușoare, reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat, în cauza de față. Aceeași directivă prevede și că: "Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită exercitarea concurenței în domeniul achizițiilor publice. În acest scop, trebuie să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea de soluții tehnice. Prin urmare, pe de o parte, specificațiile tehnice trebuie să poată fi stabilite în termeni de performanță și cerințe funcționale, și, pe de altă parte, în cazul în care se face trimitere la standardul european – sau, dacă un astfel de standard nu există, la standardul național – autoritățile contractante trebuie să ia în considerare și ofertele bazate pe alte soluții echivalente."

Dacă produsele sunt conforme standardelor europene specifice, aspect demonstrat în condițiile art. 36 din ordonanță, autoritatea nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de o anumită greutate a lor, mai cu seamă dacă ele asigură performanțe egale sau superioare celor cu greutatea între 12 și 14 kg. Nimic nu exclude ca parametrii calitativi ai produselor ce nu se încadrează în acest interval de greutate să îi depășească pe cei ai produselor cu respectiva greutate. Cu alte cuvinte, simpla greutate a europubelei nu este în măsură să garanteze, prin ea însăși, o calitate superioară a produsului sau o fiabilitate/rezistență sporită. Până la proba contrară, este posibil ca anumiți producători să utilizeze în procesul de fabricație materiale superioare calitativ sau tehnologii avansate, care să le permită obținerea unor performanțe care să le surclaseze pe cele ale containerelor de depozitare între 12 și 14 kg.

După cum s-a evocat mai sus, cerința nu a fost justificată în fapt de autoritate în niciun fel, respectiv nu a precizat la ce îi servește introducerea ei, în contextul în care europubelele pot funcționa la fel de bine și fără a avea respectiva greutate. La ce îi trebuie autorității produse între 12 și 14 kg rămâne o necunoscută, probabil și pentru organizatoarea licitației. Specificațiile tehnice din

caietul de sarcini trebuie să reflecte o nevoie reală și justificată a autorității, care trebuie acoperită prin respectiva specificație, iar impunerea unor specificații doar de dragul de a supraîncărca paginile caietului de sarcini sau de a îngreuna elaborarea ofertelor de către operatorii economici este reprimată de normele în vigoare. În această privință, cum s-a afirmat, textul art. 35 alin. (5) din ordonanță este limpede – "specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici" – și nu poate fi încălcat sau ignorat de către autoritate.

În contextul în care conformitatea tehnică și utilizarea europubelelor nu este afectată în vreun fel de o greutate mai scăzută, ci dimpotrivă, constituie un avantaj, Consiliul determină că autoritatea contractantă a urmărit, prin introducerea acestei cerințe nerelevante pentru buna execuție a contractului, să excludă de la procedură anumiți operatori economici, respectiv pe aceia care, deși au produse corespunzătoare funcțional, nu se încadrează în intervalul de greutate dat.

Este veridică afirmația autorității că standardele europene în materie (EN 840-1 și EN 840-5) nu exclud dreptul achizitorului de a stabili caracteristici suplimentare, însă, cum s-a spus mai înainte, toate aceste caracteristici trebuie introduse cu scopul de a răspunde unei nevoi reale și obiective a autorității, iar nu pentru a face dificilă participarea operatorilor economici la procedură. Autoritatea nu este abilitată să introducă cerințe tehnice care nu îi servesc la nimic sau care au ca unică menire (nelegală) excluderea participării la licitație a anumitor potențiali ofertanți. La licitația de față, dacă s-ar merge pe concepția autorității, ar însemna că aceasta din urmă este liberă să introducă orice fel de cerințe, iar nimeni nu ar avea dreptul să i le cenzureze, chiar dacă sunt aberante sau nu transpun nicio necesitate obiectivă a autorității (de pildă, rezistența europubelelor la temperatura de – 100 grade Celsius sau la radiații nucleare).

Art. 35 alin. (3) din ordonanță enumeră mai multe tipuri de specificații tehnice, între care se încadrează și greutatea, ceea ce nu înseamnă că autoritățile contractante sunt obligate sau abilitate legal să le introducă pe toate în caietul de sarcini, dacă acele specificații nu au nicio influență în îndeplinirea corespunzătoare a contractului. În speță, cum s-a arătat, având sau nu greutatea între 12 și 14 kg, europubelele necesare autorității sunt la fel de "funcționale".

Încălcarea regulilor de elaborare a specificațiilor tehnice, cum s-a constatat mai sus, este calificată de legiuitor în categoria contravențiilor [art. 293 lit. b)], sancționabilă cu amendă de la 80.000 la 100.000 lei.

Ținând seama de cele ce preced, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... urmând a se dispune autorității remedierea corespunzătoare a documentației de atribuire aferentă licitației, prin eliminarea specificației potrivit căreia greutatea europubelelor (fără roți) trebuie să fie între 12 și 14 kg, astfel încât la licitație să poată participa și societatea contestatoare. Actul de remediere a documentației va fi postat de autoritate în SEAP, pentru a fi adus la cunoștința operatorilor economici interesați, înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Cele dispuse nu aduc atingere dreptului autorității contractante de a anula licitația în baza art. 278 alin. (2) teza ultimă din aceeași ordonanță (*"în cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii de atribuire"*).

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...