



...CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, ... România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.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 CNSC sub nr. ... aparținând ... cu sediul în ... str. ... județul ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - Director general, înaintată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte, cu etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare apă minerală pentru locațiile ... Brașov, Predeal și litoral”, cod CPV 15981200-0 - *Apă minerală carbogazoasă* (Rev.2), s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, la prelungirea termenului de depunere a ofertelor și la prezentarea notei justificative care a stat la baza stabilirii specificațiilor tehnice criticate, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

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

DECIDE:

...Admite contestația formulată și dispune continuarea procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, prin modificarea

documentației de atribuire, în sensul celor reținute, în motivarea ce urmează, prin postarea unei erate și stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, de minim 10 zile de la publicarea măsurilor. 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. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... atacă documentația de atribuire și susține că nu au fost respectate reglementările legale în materia achizițiilor publice, cu referire la stabilirea cerințelor cuprinse în secțiunea *Specificații tehnice*, a caietului de sarcini aferent procedurii arătate.

În acest sens, contestatoarea solicită Consiliului:

- modificarea caietului de sarcini privind cerințele cuprinse în *Specificații Tehnice*, în sensul eliminării cerințelor referitoare la:

- denumirea mărcilor comerciale apă minerală „Bucovina”, apă minerală „Borsec” și apă minerală „Tușnad”;
- proprietăți fizico-chimice;
- număr probabil de bacterii coliforme la 1 dmc.;
- radioactivitate Alfa-Beta;
- pesticide organo-clorurate mg/dmc;

- prelungirea datei limită de depunere a ofertelor, în mod corespunzător, după refacerea și modificările aduse caietului de sarcini;

- obligarea autorității contractante la prezentarea notei justificative care a stat la baza alegerii mărcilor comerciale respective, a valorilor indicatorilor fizico-chimici din caietul de sarcini privind cerințele cuprinse în "SPECIFICAȚII TEHNICE";

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea pe fond a contestației.

Contestatoarea precizează că menționarea unor mărci comerciale reprezintă o încălcare a principiilor de desfășurare a procedurii de achiziție publică, situație în care, procedura din speță dobândește un caracter pur formal.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că, prin stabilirea unor intervale de referință extrem de mici pentru indicatorii fizico-chimici, autoritatea contractantă impune încă de la începutul procedurii de achiziție publică, doar anumite tipuri de produse (apă

minerală), considerând cerințele restrictive având în vedere dispozițiile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006.

În acest sens, contestatoarea apreciază că se impune verificarea criteriilor stabilite de autoritatea contractantă prin care au fost alese respectivele intervale de valori ale fiecărui indicator fizico-chimic (*criterii din care să rezulte satisfacerea unor cerințe sociale/nevoile reale ale beneficiarilor finali ai produselor care urmează a fi achiziționate*), raportat la faptul că stabilirea unor intervale de referință (extrem de mici) pentru indicatorii fizico-chimici sunt restrictive și excesive - apărând ca nejustificate, față de nevoile autorității contractante și complexitatea relativ redusă a contractului de achiziție publică, împrejurare care ar conduce la restrângerea concurenței între operatorii economici.

În speță, contestatoarea consideră că, din perspectiva nevoilor reale ale beneficiarilor finali ai produselor, nu există motive care să susțină cerința autorității contractante referitoare la indicatorii fizico-chimici din caietul de sarcini.

Prezentând principiile comunitare și cele naționale aplicabile procedurilor de achiziție publică, contestatoarea susține că noțiunea de *proporționalitate* în materia achizițiilor publice asigură un *echilibru* între nevoia autorității contractante care lansează o anumită procedură, obiectul contractului de achiziție publică (natură și complexitate) și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

De asemenea, contestatoarea arată că efectele principiului proporționalității sunt:

- definirea în mod exact de către autoritatea contractantă a obiectivelor care urmează să fie atinse, în termeni tehnici și de performanță;
- eliminarea cerințelor restrictive pe care aceasta ar fi tentată să le introducă în caietul de sarcini sau în documentația de atribuire.

În speță, contestatoarea consideră că nu pot exista rațiuni/criterii/motive/avantaje reale pentru care autoritatea contractantă să restrângă în mod direct competiția/licitația prin excluderea din start a unor sortimente de ape minerale, astfel că în acest mod se restricționează în mod nejustificat accesul la competiție *pentru celelalte ape minerale naturale, recunoscute și comercializate în mod legal în România* (în susținere contestatoarea invocă legislația actuală în materie, respectiv produsele care figurează pe lista apelor minerale recunoscute în România, conform Ordinului președintelui ANRM nr. 4/09.01.2013 privind aprobarea listei apelor minerale naturale recunoscute în România).

Invocând și citând prevederile art. 35 și art. 38 din OUG nr. 34/2006, contestatoarea apreciază că cerințele autorității contractante cu privire la mărcile comerciale, respectiv plajele valorilor indicatorilor fizico-chimice, așa cum au fost solicitate, în realitate, nu sunt esențiale pentru rezolvarea unor necesități specifice ale autorității contractante, considerând că, în acest mod se restricționează în mod nejustificat accesul la competiție pentru celelalte ape minerale, recunoscute și comercializate, în mod legal, în România.

În drept, contestatoarea invocă prevederile OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 3884097/1/... înregistrată la CNSC sub nr. 3267/31.01.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația formulată de ... pe care o apreciază ca fiind *netemeinică și nelegală*, solicitând respingerea ei.

În fapt, autoritatea contractantă susține că specificațiile tehnice au fost întocmite avându-se în vedere cerințele, prescripțiile și caracteristicile de natură tehnică ale fiecărui produs, în așa manieră încât să corespundă necesităților sale. Astfel, autoritatea contractantă arată că, prin cerințele impuse au fost avute în vedere scopul achiziției, destinația produsului și nevoile beneficiarilor finali. Totodată, autoritatea contractantă menționează că scopul pentru care se face achiziția de apă minerală carbogazoasă este acela de a asigura funcționarea complexurilor de odihnă și refacere aflate în administrarea Ministerului Afacerilor Interne, conform prevederilor HG nr. 787/2003 *privind aprobarea înființării pe lângă MAI a unor activități finanțate integral din venituri proprii*. Astfel, autoritatea contractantă arată că de aceste servicii beneficiază angajații ministerului și membrii familiilor acestora, iar funcționarea este asigurată exclusiv din *venituri proprii* realizate prin prestarea de servicii și *nu* din fonduri ale bugetului de stat.

În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la cerințele caietului de sarcini, autoritatea contractantă precizează că aceasta nu se susține deoarece conform prevederilor art. 38 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, se permite indicarea unei anumite origini, surse, producție, însă numai însoțită de mențiunea sau echivalent, ceea ce a fost respectat în tot cuprinsul documentației de atribuire.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că s-a folosit indicarea sursei cu mențiunea „sau echivalent” deoarece nu a avut la dispoziție o descriere suficient de precisă și inteligibilă a produselor care fac obiectul achiziției în așa fel încât să ofere informații cât mai detaliate celor interesați, pentru a înlesni participarea la procedură

a unui număr suficient de mare și astfel încât să se asigure o concurență reală.

Referitor la criticile privind stabilirea unor intervale de referință extrem de mici pentru indicatorii fizico – chimici, având în vedere dispozițiile art. 38. alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă apreciază că oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și specificațiile tehnice impuse pentru acestea sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 4 alin. (3) lit. a) din HG nr. 925/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că, prin specificațiile tehnice publicate, nu a impus cerințe fixe/exacte ci a solicitat un interval de valori ori un echivalent, astfel încât să se poată oferta și produse cu caracteristici echivalente.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că invocarea încălcării principiului proporționalității este nereală, deoarece în desfășurarea procesului de achiziție publică a fost asigurată corelația între necesitatea sa, obiectul contractului de achiziție publică precum și cerințele solicitate.

Autoritatea contractantă precizează că nu se susține afirmația contestatoarei conform căreia *nu există motive care să susțină cerința autorității contractante referitoare la indicatorii fizico-chimici*, deoarece motivele pentru care s-a optat la alegerea tipurilor de produse (ape minerale) au avut în vedere criteriile de satisfacere a unor cerințe (desfacerea acestor produse se face în cadrul complexurilor de odihnă și refacere aparținând MAI), aspect confirmat chiar de contestatoare și, de altfel, din experiența anterioară a rezultat că au fost solicitări ferme de la beneficiarii finali pentru aceste tipuri de produse (ape minerale), sens în care au fost întocmite specificațiile tehnice având în vedere aceste necesități.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că nu se susține critica privind încălcarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, deoarece finanțarea este asigurată exclusiv din venituri proprii realizate prin prestarea de servicii către angajații MAI și membrii de familie ai acestora și nu din fonduri ale bugetului de stat, iar concurențialitatea în vederea obținerii celui mai bun raport preț/calitate se asigură deoarece la procedură pot participa producătorii de ape minerale, distribuitorii acestora, cât și operatorii economici care au ca obiect de activitate comercializarea de ape minerale, existând o piață variată cu prețuri diferite.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă apreciază contestația ... ca fiind netemeinică și nelegală, considerând că prin desfășurarea procedurii de atribuire a acționat în spiritul prevederilor legale, respectând în totalitate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, iar prin specificațiile tehnice solicitate a avut în vedere satisfacerea nevoilor sale, fără a îngreuna accesul operatorilor economici interesați, astfel încât aceștia să poată oferi produse identice sau echivalente, iar intervalul de valori pentru indicatorii fizico-chimici nu a fost impus pentru a favoriza un anumit operator economic, ci pentru a oferi informații cât mai detaliate celor interesați, pentru a încuraja participarea la procedură a unui număr suficient de mare și astfel să se asigure o concurență reală.

De asemenea, precizează că, în conformitate cu prevederile art. 33 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă stabilește cerințele documentației de atribuire nu operatorii economici și, în plus, aceasta a fost verificată și validată de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice.

Totodată, autoritatea contractantă informează că procedura a fost suspendată, iar în conformitate cu prevederile art. 274 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, măsura adoptată precum și punctul său de vedere privind contestația au fost transmise și societății contestatoare.

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

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Furnizare apă minerală pentru locațiile ... Brașov, Predeal și litoral”, cod CPV 15981200-0 – *Apă minerală carbogazoasă* (Rev.2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte, cu etapă finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ... din data de 23.01.2014, la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

Nemulțumită de unele *Specificații tehnice* ale caietului de sarcini aferent procedurii din speță, ... a investit Consiliul în soluționarea contestației de față, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, la prelungirea termenului de depunere a ofertelor și prezentarea notei justificative care a stat la baza stabilirii specificațiilor tehnice criticate, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii, Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ... în sensul respingerii ei, ca rămasă fără obiect.

Analizând fondul cauzei, Consiliul constată că, în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat, printre altele:

„APĂ MINERALĂ BUCOVINA SAU ECHIVALENT

Caracteristici produs:

Ambalaj: recipient plastic 0,5 l și 1,5 l;

Apele minerale trebuie să provină de la sursă subterană aprobată și controlată de organele sanitare stabilite de Ministerul Sănătății;

Proprietăți organoleptice: turnată în pahar, apa minerală trebuie să degaje dioxid de carbon;

Proprietăți fizico-chimice: HCO₃ 790 -795; CO₂ 3875- 3880; Na 20-20,5; Ca² 150-160; Mg.²45-47; PH 5,70-5,90; Bacterii aerobe la cmc.: sub 20;

Număr probabil de bacterii coliforme la 1 dmc.: Ssub 3;

Microorganisme patogene la 1 dmc.: absent;

Radioactivitate Alfa-Beta: 0,1 Bq/dmc; 3 pCi/dmc;

Pesticide organo-clorurate mg/dmc.: 0,0001;

În compoziție nu se acceptă următoarele substanțe: amoniu, arsen, bariu, borați, cadmiu, cianuri, crom, cupru, fenoli, fier, fosfați, hidrogen sulfurat. APĂ MINERALĂ BORSEC SAU ECHIVALENT ... APĂ MINERALĂ TUȘNAD SAU ECHIVALENT ...”, pentru cele 3 locații (... Brașov - Predeal; Litoral) pe 18 loturi.

Din modul de prezentare a specificațiilor tehnice, Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006: „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”, precum și pe cele ale art. 38 din același act normativ, conform căruia: „(1) 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. (2) Prin derogare de la prevederile alin. (1), se admite o astfel de indicație, dar numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 și numai însoțită de mențiunea sau echivalent”.

Prin urmare, textul respectiv interzice *expressis verbis* menționarea în cadrul documentației de atribuire 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, situația contrară putând fi admisă doar cu caracter excepțional, și numai atunci când o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36, dar obligatoriu, însoțită de mențiunea „sau echivalent”. Din apărările formulate de ambele părți și din actele de la dosar, rezultă, însă, că, mențiunea „sau echivalent”, are o utilizare pur formală.

De asemenea, precizările autorității contractante că „la procedură se pot prezenta producătorii de ape minerale, distribuitorii acestora, cât și operatorii economici care au ca obiect de activitate comercializarea de ape minerale”, nu au relevanță în contextul în care legislația precizează expres că specificațiile tehnice trebuie să nu facă trimitere la un anumit produs.

Astfel, deși autoritatea contractantă susține că a indicat sursa (Bucovina, Borsec, Tușnad) cu mențiunea „sau echivalent”, deoarece a fost în situația în care nu a avut la dispoziție o descriere suficient de precisă și inteligibilă a produselor care fac obiectul achiziției, textul citat mai sus se referă exact la situația inversă, respectiv interdicția ca specificațiile tehnice să conducă la o anumită origine, sursă, producție, marcă de fabrică și comerț sau denumire.

Astfel, indicând denumirea „apă minerală Bucovina (sau echivalent), apă minerală Borsec (sau echivalent), apă minerală Tușnad (sau echivalent)”, precum și caracteristicile tehnice ale acestor categorii de ape minerale (Bucovina, Borsec, Tușnad), autoritatea contractantă a știut, din momentul redactării documentației, că numai acestea sunt produsele care respectă specificațiile tehnice impuse.

Rezultă că specificațiile tehnice, astfel cum au fost stabilite, fac trimitere exclusivă la produsele indicate (Bucovina, Borsec și Tușnad), fiind discriminatorii față de toate celelalte produse de acest gen, aprobate prin Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Resurse Minerale nr. 4/09.01.2013.

Mai mult, organizarea unei proceduri deschise, care trebuie să aibă caracter concurențial, în ipoteza în care poate participa un singur produs, este lipsită de sens, în niciun caz rațiunea legii nefiind aceea de a crea forme fără fond, ci de a avea un beneficiu din organizarea procedurii, respectiv obținerea unui preț mai mic.

În situația prezentă, alegând cererea de ofertă ca modalitate de încheiere a acordului-cadru, orice operator economic având dreptul de a participa, stabilirea 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 sau un producător reprezintă o încălcare a principiilor consacrate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Înlăturarea, însă, a specificațiilor tehnice restrictive, ar putea fi de natură a obliga autoritatea contractantă la achiziționarea unor produse pe care nu le dorește, menirea Consiliului nefiind aceea de a cenzura necesitatea obiectivă a autorității contractante.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu poate organiza o procedură competițională pentru un singur produs, al unui producător unic, aceasta, în măsura în care va decide achiziționarea apelor minerale carbogazoase indicate (Borsec, Tușnad, Bucovina). Folosirea unei proceduri competitive atunci când nu se poate asigura o concurență minimă este doar o măsură formală, lipsită de eficacitate practică, neexistând nicio posibilitate, cel puțin teoretică, de a obține un preț mai scăzut.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul constată că solicitarea contestatoarei referitoare la eliminarea mărcilor comerciale pentru a permite ofertarea și a altor tipuri de ape minerale carbogazoase din lista aprobată prin Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Resurse Minerale nr. 4/09.01.2013 este întemeiată.

În acest sens, Consiliul obligă autoritatea contractantă să elimine din cadrul documentației de atribuire referirile la mărcile amintite (Borsec, Tușnad, Bucovina) și să redefinească specificațiile tehnice din caietul de sarcini referitoare la proprietățile bio-fizico-chimice ale apelor minerale carbogazoase, pentru a permite ofertarea și a altor tipuri de ape minerale carbogazoase, indicând un minim/maxim ale acestora.

Astfel, văzând valorile proprietăților fizico-chimice indicate în caietul de sarcini, autoritatea contractantă va stabili plaje valorice cuprinzătoare ale produselor (eventual, cu indicarea unui număr minim de produse diferite, pentru fiecare locație, pe care să-l cuprindă în ofertă operatorii economici).

Având în vedere cererea contestatoarei de „prelungirea datei limită de depunere a ofertelor”, stadiul procedurii „suspendată”, termenul inițial de depunere a ofertelor „04.02.2014”, precum și cererea autorității contractante de „continuare a procedurii”, Consiliul consideră necesar ca, în temeiul dispozițiilor de la art. 50¹, 80 și

256¹ alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă să stabilească un nou termen limită de depunere a ofertelor, ce va ține cont de perioada necesară întocmirii ofertelor.

De asemenea, Consiliul consideră nerelevante documentele justificative, aflate la dosarul cauzei, întocmite de autoritatea contractantă prin care a stabilit specificațiile tehnice. În acest sens, cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante de prezentare a notei justificative care a stat la baza stabilirii specificațiilor tehnice, deși aparent rămasă fără obiect, întrucât aceasta a comunicat documente având un astfel de obiect, din conținutul lor nu rezultă că specificațiile tehnice au fost stabilite în mod obiectiv.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (2), (4) și (6) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată și dispune continuarea procedurii în termen de 10 zile de la primirea deciziei, prin modificarea documentației de atribuire, conform celor reținute mai sus.

La punerea în aplicare a acestei măsuri de remediere, autoritatea contractantă va avea în vedere dispozițiile coroborate ale art. 50¹ alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, ce o obligă la publicarea unei erate și la asigurarea unui termen rezonabil de elaborare a ofertelor de cel puțin 10 zile de la publicarea măsurilor amintite.

De asemenea, părțile vor avea în vedere că aceasta este obligatorie, conform art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și că au dreptul de a o ataca cu plângere, în concordanță cu art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

... ..

...

MEMBRU COMPLET