CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, pentru Lot 2, întocmite de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect ”Furnizarea și distribuția produselor de panificație pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore și Furnizarea și distribuția produselor lactate pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, în perioada .....–2021, în .....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă documentația de atribuire, pentru Lotul 2, privind achiziția de lapte UHT, solicitând obligarea CONSILIULui JUDEȚEAN ... la modificarea documentației.

Cu privire la mențiunea, din fișa de date a achiziției, în sensul că procedura organizată este licitație deschisă, fără fază finală licitație

electronică, contestatoarea apreciază că sunt încălcate dispozițiile art. 4 alin. (2) din OUG nr. 96/2002 potrivit cărora:

"Pentru obținerea unor prețuri cât mai competitive, autoritățile contractante pot opta pentru atribuirea contractului de achiziție pentru întregul pachet sau distinct, pentru produsul lactat sau pentru produsul de panificație, faza finală a procedurii de atribuire fiind organizată în mod obligatoriu prin licitație electronică".

În legătură cu această solicitare, contestatoarea arată că, prin răspunsul dat, autoritatea contractantă a invocat dispozițiile din Legea cadru nr. 98/2016, care-i permit acesteia să opteze, în legătură cu procedura aleasă, astfel încât nu are obligația de a organiza licitația electronică (art.73 alin. 2), în faza finală.

Apreciază contestatoarea că nu se află în ipoteza reglementată de textul invocat și, în cazul de față, autoritatea contractantă nu are dreptul de a exclude organizarea licitației electronice, câtă vreme pentru procedura de atribuire a contractelor privind furnizarea și distribuția produselor de panificație și produsele lactate pentru elevi și preșcolari este aplicabil un act normativ, derogatoriu de la dreptul comun, act normativ care este menționat în fișa de date ca fiind aplicabil (OG nr. 96/2002). Autoritatea contractantă nu ar putea încălca dispozițiile art. 4 alin. (2) din OUG nr. 96/2002, care reglementează obligativitatea licitației electronice în faza finală a procedurii de atribuire.

De asemenea, contestatoarea precizează că, împrejurarea că ANAP ar fi verificat "de două ori" documentația și ar fi validat-o, nu înseamnă că autoritatea contractantă, la notificarea prealabilă a persoanei interesate de licitație, nu are obligația de a pune în acord documentația dată publicității cu actele normative menționate în cuprinsul fișei de date, dând prevalență actului normativ special ce reglementează o anumită procedură, considerând că se impune modificarea fișei de date și a documentației în sensul solicitat.

Mai arată contestatoarea că, potrivit fișei de date, atribuirea contractelor subsecvente prin reluarea competiției nu se realizează prin SEAP (art. II 1.4 din fișa de date), aspect confirmat prin răspunsul primit de la autoritatea contractantă care justifica această situație invocând principiile reglementate în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea apreciază că, odată ce un act normativ, dintre cele menționate în fișa de date este aplicabil (cu referire la OG nr. 96/2002), prevede obligativitatea licitației electronice, este obligatorie atribuirea contractelor prin reluarea competiției tot prin SEAP, așa cum rezultă și din dispozițiile art. IV 4.3 din fișa de date, motiv pentru care solicită modificarea fișei de date în acest sens cu referire la art. ll 1.4 alin. (2) din această fișă.

SC ..... SRL mai susține și că a solicitat autorității contractante modificarea documentației în ceea ce privește restricționarea furnizării produselor lactate doar la lapte UHT, opțiune justificată de autoritatea contractantă prin durata de valabilitate a acestui produs și imposibilitatea unor unități de învățământ de a asigura păstrarea produselor lactate în spații de depozitare corespunzătoare, apreciind că

această prevedere din documentația întocmită încalcă legea și creează un avantaj în competiție pentru producătorii de lapte UHT.

De asemenea, contestatoarea precizează că argumentele autorității contractante vin în contradicție cu legislația invocată drept temei al organizării licitației care, potrivit art. 1 alin. (2) din OUG nr. 96/2002 "se vor distribui numai lapte și produse lactate ....", iar potrivit art. 1 alin. (4) din OUG nr. 96/2002 "diversificarea programului cu produse derivate din produsul de bază lapte nu va depăși limita maximă de 50%. Produsele lactate derivate sunt următoarele: iaurt simplu, lapte bătut, sana sau chefir".

Contestatoarea susține că, potrivit fișei de date, se recunoaște aplicabilitatea în cazul de față a HG nr. 714/2008, act normativ care, în legătură cu produsele lactate, prevede: "Specificații tehnice: Caracteristici generale

Se vor furniza:

a)lapte tratat termic, UHT și pasteurizat, precum și produse din lapte fermentat care conțin cel puțin 90% din greutate lapte tratat termic: iaurt simplu, lapte bătut, sana sau chefir".

Însă, în raport cu aceste specificații, prin mențiunile din fișa de date, că obiectul furnizării îl poate forma numai laptele UHT, au fost încălcate dispozițiile legale citate, precum și dispozițiile din legea achizițiilor, care consacră principiul nediscriminării, fiind evident avantajul creat unei anumite categorii de posibili ofertanți (producătorii de lapte UHT).

Prin adresa nr. 6215/31.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 21536/31.05....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea ei, ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că își menține răspunsul la solicitarea de clarificări adresată de către SC ..... SRL și consideră că au fost respectate principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și prevederile legale în materia achizițiilor publice, fapt confirmat și de Autoritatea Națională a Achizițiilor Publice, care a verificat de două ori respectarea legislației în vigoare pentru acest tip de contract și a validat documentația de atribuire în cauză.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că alegerea de a desfășura procedura de licitație deschisă fără etapă finală de licitație electronică este conformă cu prevederile art. 73 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind un drept al său, nu o obligație.

Totodată, autoritatea contractantă arată că, la întocmirea documentației de atribuire, a respectat întocmai prevederile art. 107-110, cu privire la acordul - cadru din HG nr. 395/2016 și a decis că reluarea competiției cu semnatarii acordului-cadru să nu se realizeze în SEAP, în vederea simplificării procesului de reofertare, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Face

precizarea autoritatea contractantă că documentația de atribuire a fost verificată și validată de către Autoritatea Națională de Achiziții Publice.

Autoritatea contractantă susține că a decis să furnizeze numai lapte UHT din considerentul că acesta are o perioadă de valabilitate de 6 luni de la data fabricației, și conferă mai multă siguranță, în ceea ce privește sănătatea beneficiarilor, având în vedere faptul că nu toate unitățile de învățământ de pe teritoriul județului Ialomița au spații de depozitare adecvate pentru păstrarea produselor lactate, respectiv spații frigorifice suficiente, făcând imposibilă furnizarea, pe lângă laptele UHT, și a altor produse, cum ar fi: iaurt simplu, lapte bătut, sana și chefir, produse care au perioadă de valabilitate foarte mică și a căror păstrare în condiții neadecvate ar duce la posibilitatea apariției de îmbolnăviri în rândul beneficiarilor.

Menționează autoritatea contractantă faptul că, până în prezent, ... a furnizat numai lapte UHT, nu din dorința de a crea avantaj pentru viitorii competitori, ci ca o stare de fapt a situației administrative din școlile din județ.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că diversificarea programului de produse este o opțiune a autorității contractante, în funcție de situația existentă în teren și nu o obligație, iar de la începutul derulării programului, niciun ofertant nu a contestat acest drept al său.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect ” Furnizarea și distribuția produselor de panificație pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore și Furnizarea și distribuția produselor lactate pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și privat, precum și pentru copiii preșcolari din grădinițele de stat și private cu program normal de 4 ore, în perioada .....–2021, în .....”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, privitor la lotul 2, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând modificarea ei, în sensul obligării autorității contractante la organizarea etapei de licitație electronică, dar și la acceptarea de produse alternative laptelui UHT.

În privința lipsei, din procedura de atribuire, a etapei de licitație electronică, Consiliul constată că autoarea criticilor nu invocă o vătămare directă a sa, datorată acestui fapt, ci pretinde nerespectarea obligației ce ar rezulta din legislația aplicabilă domeniului de furnizare a produsului *Lapte UHT*, adică a prevederilor alin. (2) al art. 4 din OUG nr. 96/2002: *Pentru obţinerea unor preţuri cât mai competitive, autorităţile*

contractante pot opta pentru atribuirea contractului de achiziţie pentru întregul pachet sau distinct, pentru produsul lactat sau pentru produsul de panificaţie, faza finală a procedurii de atribuire fiind organizată în mod obligatoriu prin licitaţie electronică.

În raport cu amintitele prevederi, autoritatea contractantă a invocat dispozițiile noii legislații din domeniul achizițiilor publice, respectiv, prevederile Legii nr. 98/2016, ce nu ar impune organizarea unei astfel de etape, ci ar permite autorității contractante să opteze pentru parcurgerea unei faze de licitație electronică sau nu.

Consiliul are în vedere, de asemenea, dispozițiile art. 1 alin. (3) din OUG nr. 96/2002 privind acordarea de produse lactate şi de panificaţie pentru elevii din învăţământul primar şi gimnazial de stat şi privat, precum şi pentru copiii preşcolari din grădiniţele de stat şi private cu program normal de 4 ore, care stabilesc aplicabilitatea dispozițiilor legislației din domeniul achizițiilor publice: *Procedura de atribuire a contractelor de furnizare a produselor lactate şi de [...] se stabileşte potrivit prevederilor legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice.*

În concordanță cu dispozițiile Legii nr. 98/2016, privitoare la licitația electronică, această etapă are caracter voluntar, este destinată îmbunătățirii prețului/altor elemente ale ofertei, în sensul reducerii lui, în mod competitiv și automat. Astfel, la art. 3 alin. (1) litera bb), se regăsește definiția: *licitaţie electronică - procesul repetitiv desfăşurat prin mijloace electronice după o evaluare iniţială completă a ofertelor, în cadrul căruia ofertanţii au posibilitatea de a reduce preţurile prezentate şi/sau de a îmbunătăţi alte valori ale unor elemente ale ofertei, care permite clasificarea ofertelor prin metode automate de evaluare*; iar la art. 73, aplicabil într-o procedură de licitație deschisă (precum cea de față), nu există obligația invocată de contestatoare: *(1) Procedura de licitaţie deschisă se desfăşoară într-o singură etapă obligatorie.*

(2) Autoritatea contractantă <u>are dreptul</u> de a decide organizarea unei etape finale de licitaţie electronică, caz în care are obligaţia de a preciza această decizie în anunţul de participare şi în documentaţia de atribuire.

Or, în lipsa unei certitudini de vătămare directă a contestatoarei, datorată absenței în cauză (incertitudine dată de împrejurarea că autoarea criticilor nici nu ar putea livra lapte UHT, ci alte produse lactate, așa cum susține), Consiliul va analiza obiecțiunile de legalitate aduse documentației atacate prin prisma unei posibile vătămări viitoare a acesteia, date de condițiile specifice de derulare a procedurii.

În situația de față, autoritatea contractantă a înțeles să nu atribuie un contract de achiziție publică, pur și simplu, ci a ales încheierea unui acord-cadru, cu mai mulți ofertanți, între care se va relua competiția, tip de înțelegere contractuală ce presupune menținerea competiției în atribuirea contractelor de achiziție subsecvente, conform prevederilor art. 119 litera d) din Legea nr. 98/2016: *autoritatea contractantă atribuie fiecare contract ofertantului care prezintă oferta cea mai avantajoasă, desemnată prin aplicarea criteriului de atribuire şi a*

factorilor de evaluare menţionaţi în documentaţia de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru. De altfel chiar noțiunea de acord-cadru, definită la litera c) a aceluiași art. 3 din Legea nr. 98/2016, stabilește condițiile de competitivitate specifice: *acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorităţi contractante şi unul ori mai mulţi operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor şi condiţiilor care guvernează contractele de achiziţie publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, după caz, cantităţile avute în vedere*.

Având în vedere, pe de o parte, că legislația actuală impune organizarea tuturor procedurilor de atribuire în format online, regulă generală ce nu exista la momentul apariției OUG nr. 96/2002, Consiliul consideră că obligația organizării licitației electronice, ca reglementare din acest act normativ, ce avea drept scop utilizarea unei forme de competiție care să excludă orice apreciere de natură subiectivă asupra elementelor ofertelor, și-a pierdut eficiența.

Pe de altă parte, în raport cu scopul expres al obligației amintite, evocat chiar în partea de început a alin. 2 al art. 4 din OUG nr. 96/2002 (*Pentru obţinerea unor preţuri cât mai competitive ...*), Consiliul consideră că încheierea acordului-cadru cu mai mulți operatori economici, cu reluarea competiției între aceștia la momentul atribuirii contractelor subsecvente de achiziție publică, asigură premisele obținerii unor prețuri competitive, condiție echivalentă regulii evocate.

Prin urmare, sub aspectul absenței etapei de licitație electronică, criticile contestatoarei sunt considerate de Consiliu nefondate.

În privința achiziționării de *lapte UHT*, exclusiv, Consiliul consideră, de asemenea, că autoarea criticilor nu a probat o vătămare certă a sa și nici o încălcare a dispozițiilor legale invocate.

În fapt, solicitarea sa de a obliga achizitorul la acceptarea ”tuturor tipurilor de lactate, în limitele și cu caracteristicile menționate în lege”, reprezintă o solicitare cu caracter general, care nu ar putea să conducă la modificarea caietului de sarcini, câtă vreme autoarea nu probează că necesitatea efectivă a achiziției ar reclama și alte tipuri de produse decât cel indicat de autoritatea contractantă.

Tocmai dispozițiile alin. (4) al art. 1 din OUG nr. 96/2002, modificate prin Legea nr. 68/2016, lasă la latitudinea achizitorului să aleagă o diversificare a programului, în raport cu produsul de bază – lapte: *Diversificarea programului cu produse derivate din produsul de bază lapte nu va depăşi limita maximă de 50%. Produsele lactate derivate sunt următoarele: iaurt simplu, lapte bătut, sana sau chefir.*

În situația de față, achizitorul a ales să nu diversifice programul, demers ce nu este în contradicție nici cu prevederile legale din domeniul achiziției publice, în condițiile în care necesitatea de achiziție se raportează la nevoile obiective ale acestuia, conform cu cele descrise în alineatul 10 al art. 20 din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobată prin HG nr. 395/2016: *Caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau*

lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante.

Prin urmare, întrucât nici solicitarea de modificare a caietului de sarcini, în sensul acceptării tuturor tipurilor de produse lactate, de către autoritatea contractantă, nu este considerată de Consiliu întemeiată, contestația va fi respinsă, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

....