



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.

N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
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 Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. / 29.02.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... / 29.02.2016, formulată de S.C. S.R.L. cu sediul în municipiul, ..., Județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având Cod Unic de Înregistrare, reprezentată convențional prin, cu sediul profesional în municipiul, str., ap., județul, formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de, cu sediul în municipiul, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare vopsea și creioane forestiere”, cod CPV 44812200-7, 30192130-1, tip de finanțare: „Alte fonduri”, s-a solicitat:

„- în principal, obligarea autorității contractante la emiterea unui anunț tip erată, care să conțină modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire, prin divizarea pe loturi a achiziției pe fiecare tip de produs și prin acceptarea participării la procedură și cu vopsele spray ambalate în recipiente de 500 ml, cu respectarea principiilor consacrate de O.U.G nr. 34/2006;

- în subsidiar, în situația în care nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate prin emiterea unei erate, să se dispună anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante să întocmească o nouă documentație tehnică corespunzătoare, cu divizarea pe loturi a achiziției”.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de către S.C. S.R.L., în contradictoriu cu, respectiv critica privind *acceptarea participării la procedură și cu vopsele spray ambalate în recipiente de 500 ml.*

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 nefondate celelalte capete de cerere.

Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) 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

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr./29.02.2016, înregistrată la CNSC sub nr. .../29.02.2016, S.C. S.R.L atacă documentația de atribuire întocmită de, în procedura mai sus arătată, considerând că prin modalitatea de contractare a produselor într-un lot unic se aduce o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție.

În fapt, contestatorul susține că, în speță, autoritatea contractantă dorește achiziționarea de vopsele și creioane forestiere.

Întrucât produsele care urmează a fi furnizate autorității contractante în urma încheierii contractului de achiziție publică, au specificații tehnice diferite și, în mod evident îndeplinesc scopuri diferite în domeniul forestier, contestatorul consideră că ar trebui să fie asigurată de către autoritatea contractantă posibilitatea de a participa la procedura de achiziție publică și numai pentru o parte din produsele ce fac obiectul achiziției, prin divizarea pe loturi a contractului de achiziție publică.

Modalitatea de contractare prevăzută în fișa de date a achiziției este, însă, numai pentru un lot unic, iar în mod evident, în acest fel se aduce o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție, reprezentând un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia.

Astfel, contestatorul arată că, la data de 29.02.2016, în conformitate cu prevederile art. 256¹ din O.U.G nr. 34/2006 a transmis autorității contractante o notificare prealabilă sesizării Consiliului, respectiv Notificarea nr./29.02.2016, prin care a solicitat autorității

contractante luarea măsurilor de remediere pentru împărțirea pe loturi a achiziției publice și pentru acceptarea participării la procedura de achiziție și cu spray-uri vopsele ambalate la 500 ml.

Ca răspuns la notificare, autoritatea contractantă a trimis adresa nr. din data de 29.02.2016 prin care a precizat că se vor respecta întocmai prevederile documentației de atribuire și a caietului de sarcini.

Referitor la împărțirea pe loturi a achiziției, contestatorul arată că produsele care urmează a fi furnizate autorității contractante în urma încheierii contractului de achiziție publică, au specificații tehnice diferite, și în mod evident îndeplinesc scopuri diferite, iar autoritatea contractantă ar trebui să asigure posibilitatea de a participa la procedură și numai pentru o parte din produsele ce fac obiectul achiziției, prin divizarea pe loturi a acestui contract de achiziție publică.

În consecință, modalitatea de contractare prevăzută în fișa de date a achiziției a fost, numai pentru un lot unic și a fost menținut de autoritatea contractantă, și în acest fel, în mod evident se restrânge și se denaturează concurența.

În concluzie, contestatorul consideră că sunt încălcate prevederile art. 2, art. 35 din O.U.G nr. 34/2006, pe care le citează.

Contestatorul arată pe de o parte, faptul că, creioanele forestiere nu fac parte din aceeași clasă cu celelalte produse care fac obiectul achiziției, fiind produse cu specificații tehnice net diferite de vopsele, iar acestea ar trebui să fie achiziționate în lot separat. Pe de altă parte, în ceea ce privește vopsele, acestea ar trebui achiziționate în loturi diferite pentru că, deși fac parte din aceeași clasă de produse - fiind încadrate sub același cod CPV, au specificații tehnice diferite, fiind specifice a două domenii de activitate comercială complet diferite, respectiv vopsele tip Spray sunt specifice pentru vopsirea lemnului, iar celălalt tip de vopsele sunt pretabile și pentru lucrări de construcții, ca atare specifice operatorilor economici care au ca obiect principal de activitate în domeniul construcțiilor.

Datorită particularității produselor care constituie obiectul contractului de achiziție publică din cadrul procedurii din speță, contestatorul susține că divizarea pe loturi ar determina obținerea unei concurențe mai mari între operatorii economici care ar fi optat pentru depunerea ofertelor în acest sens, iar procedura ar fi efectuată cu respectarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării a operatorilor economici. Așadar, pentru că au specificații diferite și îndeplinesc scopuri diferite, contestatorul consideră că este necesară divizarea pe loturi a contractului de achiziție publică și nicidecum constituirea unui lot unic care să aducă atingere atât principiilor care stau la baza oricărei proceduri de achiziții publice, cât și a concurenței dintre ofertanți.

Prin nedivizare se produce o restrângere a concurenței atât din punct de vedere tehnic cât și economic, precum și o îngreunare a executării contractului de furnizare, scăzând în mod drastic șansele de a

obține mai multe oferte cu sume mai mici, ofertanții neavând libertatea de a transmite oferta pentru produsele pe care le comercializează.

De asemenea, contestatorul arată că, un operator economic care își desfășoară activitatea principală în domeniul forestier nu poate prezenta o ofertă completă conform cerințelor din caietul de sarcini, decât numai pentru produsele constând în vopsea tip Spray și eventual pentru creioanele forestiere. Pentru vopseaua clasică, operatorul economic va fi nevoit să intre în asociere cu alți operatori care își desfășoară activitatea în domeniul construcțiilor pentru a avea posibilitatea de a participa la prezenta procedură.

Astfel, în ceea ce privește vopselele, chiar dacă par a fi din aceeași categorie, ele presupun specificații diferite, din domenii diferite de activitate comercială, fiind necesară divizarea pe loturi și nu constituirea unui lot unic care să aducă atingere atât principiilor care stau la baza oricărei proceduri de achiziții publice, cât și a concurenței dintre ofertanți. Iar în ceea ce privește creioanele forestiere, fiind produse cu specificații tehnice diferite de vopsele, încadrate și în coduri CPV distincte, în mod evident și acestea trebuie achiziționate în lot diferit.

Mai mult, contestatoarea susține că, așa cum rezultă și din jurisprudența constantă a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, concurența dintre ofertanți trebuie să fie una reală, cu desfășurarea unei proceduri de achiziție publică în mod transparent și cu respectarea scopului și a principiilor prevăzute de O.U.G nr. 34/2006.

Art. 17 din O.U.G nr. 34/2006 statuează expres că autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, iar art. 2 alin. (1) din H.G nr. 925/2006 stabilește că, în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență.

Prin urmare, contestatoarea arată că, deși în legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, conform cărora autoritatea trebuie să urmărească sporirea concurenței la procedura de achiziție, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor care ar putea fi, la fel de bine, să fie achiziționate separat.

Pe de altă parte, în Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice (European Code of Best Practices Facilitating Access by Small and Medium-sized Enterprises - SMEs - to Public Procurement Contracts), Comisia Europeană chiar a evocat că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze această posibilitate pentru a restrânge libera competiție.

Referitor la recipientele de spray-uri de 500 ml, contestatorul menționează utilitatea și beneficiile acceptării la această procedură și a livrării de vopsele profesionale pentru amenajare și pentru marcarea în spray-uri ambalate la 500 ml, mai ales că aceste tipuri de spray-uri, ambalate la 500 ml, sunt cel mai des utilizate în practică, iar din punct de vedere al manevrabilității, nu există nicio diferență notabilă între spray-urile de 400 ml și cele de 500 ml, ambele fiind la fel de ușor de manevrat și de utilizat în scopul pentru care au fost produse.

Contestatorul precizează că, autoritatea contractantă nu a acceptat posibilitatea participării la procedura de achiziție și cu vopsele spray ambalate la 500 ml și astfel a încălcat prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G nr. 34/2006.

Prezentând avantajele și dezavantajele vopselelor forestiere ambalate în spray-uri de 500 ml și 400 ml, contestatorul menționează că nu există niciun motiv obiectiv pentru care spray-urile ambalate la 500 ml să nu fie acceptate la această procedură de achiziție, ele îndeplinind întrutotul necesitățile autorității contractante, astfel încât menținerea solicitării din caietul de sarcini privind ambalarea în recipiente de 400 ml a vopselelor este restrictivă de concurență și nu se justifică din punct de vedere legal, prin raportare la exigențele în materia achizițiilor publice.

În aceste condiții, raportat la prevederile legale, mai sus invocate, la jurisprudența CNSC, la recomandările venite din partea Comisiei Europene, la practica celorlalte direcții silvice și la susținerile de mai sus, contestatorul solicită Consiliului ca, în măsura în care autoritatea contractantă nu ia din proprie inițiativă măsurile de remediere pentru îndreptarea situației și împărțirea pe loturi a procedurii de achiziție, să dispună măsurile necesare pentru ca procedura de atribuire din speță să se poată desfășura în condiții de legalitate și liberă concurență, cu respectarea principiilor fundamentale prevăzute de legislația în materie și în conformitate cu criteriile tehnice și economice care stau la baza încheierii contractului de achiziție publică.

În drept, contestația invocă prevederile O.U.G nr. 34/2006, H.G nr. 925/2006, precum și dispozițiile legale ale Codului de procedură civilă.

Prin adresa nr. /03.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. /03.03.2016, autoritatea contractantă a transmis un „Punct de vedere” cu privire la contestație, solicitând respingerea ca „neîntemeiată”.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă, prezintă un scurt istoric al procedurii.

Cu privire la primul petit din contestație, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia ca fiind netemeinic și nelegal menționând că la cap. II.1.8 din fișa de date a achiziției este menționat „împărțire pe loturi – DA – unul sau mai multe loturi”. De asemenea, tot în fișa de date a achiziției la cap. III. 1.1.a. a fost specificat faptul că „Garanția de participare în cuantum de 251,27 lei (defalcat pe loturi în Anexa B), iar

În anexa B au fost prezentate loturile: „lotul 1 – vopsea” și „lotul 2 – creioane forestiere”. Informații referitoare la loturi sunt regăsite și în caietul de sarcini precum și în formularul de ofertă, astfel critica contestatorului, în opinia autorității contractante este neîntemeiată.

Referitor la al doilea motiv al contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia ca lipsit de temei.

Autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat nici un principiu al O.U.G nr. 34/2006, invocând în acest sens prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 și nr. 171/2012.

Referitor la solicitarea contestatorului de emitere a unui anunț de tip erată prin care să modifice conținutul documentației, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui petit, deoarece în momentul derulării procedurii nu este posibilă emiterea unui anunț de tip erată și contravine Ordinului nr. 171/2012 emis de ANRMAP.

Cu privire la „acceptarea participării la procedura de achiziție și cu vopsea de tip spray de 500 ml”, autoritatea contractantă arată că a optat pentru ambalare la 400 ml întrucât aceasta se potrivește cel mai bine necesităților sale.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de S.C S.R.L.

Prin adresa nr. /07.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. /07.03.2016, contestatorul a răspuns punctului de vedere al autorității contractante nr. /03.03.2016.

Astfel, contestatorul precizează că, în ceea ce privește împărțirea pe loturi a achiziției, solicitarea a fost aceea de a obliga autoritatea contractantă la divizarea achiziției în trei loturi distincte, respectiv inclusiv vopselele care fac obiectul achiziției publice să fie divizate în loturi separate, iar dacă acest lucru nu mai este posibil din motive de ordin tehnic, solicită Consiliul să anuleze procedura, cu obligarea autorității contractante ca, la reluarea procedurii, să divizeze produsele în trei loturi distincte.

Cu privire la creioanele forestiere, contestatorul menționează că din eroare a menționat constituirea unui lot distinct.

Referitor la anunțul tip erată, contestatorul precizează că, notificarea adresată autorității contractante nu a reprezentat o solicitare de clarificări pentru a fi incidente prevederile Ordinului nr. 171/2012 - art. 1 pe care autoritatea contractantă le-a invocat, ci a reprezentat o notificare prealabilă sesizării CNSC prin care a solicitat Direcției Silvice Călărași să ia măsurile de remediere pe care le considera necesare pentru ca procedura de achiziție publică să se desfășoare în condiții de legalitate.

Astfel, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a lua orice măsuri prevăzute de lege pentru a transpune solicitările contestatorului de modificare a documentației de atribuire, inclusiv măsura anulării procedurii de atribuire.

Cu privire la ambalarea vopselelor spray de 500 ml, contestatorul arată că, autoritatea contractantă nu a prezentat o justificare în privința stabilirii unui singur tip de ambalare a vopselei spray, încălcând astfel dispozițiile O.U.G nr. 34/2006.

Față de cele menționate mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației.

La data de 10.03.2016, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, înregistrat la Consiliu sub nr. 6616/10.03.2016.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, este adresa nr./11.03.2016, emisă de S.C. S.R.L., înregistrată la Consiliu sub nr. /11.03.2016.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Furnizare vopsea și creioane forestiere”, cod CPV 44812200-7, 30192130-1, tip de finanțare: „Alte fonduri”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în S.E.A.P. anunțul de participare nr. /24.02.2016, potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 12.563,5 RON, echivalentul a 2.806,54 Euro (1 euro = 4,4765 lei/24.02.2016), criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează anumite prevederi din documentația de atribuire. Prin urmare, Consiliul va proceda la soluționarea contestației analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, respectiv neîmpărțirea pe loturi a produselor ce urmează a fi achiziționate și neacceptarea ambalajului de 500 ml pentru vopseaua spray, S.C. S.R.L. a investit Consiliul în soluționarea contestației de față, solicitând refacerea acesteia.

În ceea ce privește critica cu privire la neîmpărțirea pe loturi a produselor ce urmează a fi achiziționate, respectiv „forma de lot unic”, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată din următoarele considerente:

În cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

“II.1.8) Impartire in loturi

Da - unul sau mai multe loturi

II.2) CANTITATEA SAU DOMENIUL CONTRACTULUI

II.2.1) Cantitatea totala sau domeniul

675 cutii vopsea 0.75 litri

340 vopsea spray 400 ml

400 creioane

Garantia de participare este in cuantum de 251,27 lei (pe loturi in anexa B).

Anexa B

INFORMATII PRIVIND LOTURILE

LOT NR. 1 DENUMIRE: vopsea

1) DESCRIERE SUCCINTA

vopsea cutie 0.75 litri

vopsea spray 400 ml

LOT NR. 2 DENUMIRE: creioane forestiere

1) DESCRIERE SUCCINTA

400 bucati

În caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat:

Cap. III SPECIFICAȚII TEHNICE - DESCRIEREA PRODUSELOR SOLICITATE

LOTUL 1 :

a) vopsea cutie 0,75 litri

b) vopsea spray

LOTUL 2 :

-creioane forestiere

După cum se poate observa, autoritatea contractantă a divizat, obiectul supus procedurii de atribuire, pe loturi, deci nu există un lot unic cum afirmă contestatorul.

Față de solicitarea contestatorului de divizare pe 3 loturi, respectiv de împărțire a lotului 1 în alte 2 loturi, Consiliul constată că nu este întemeiată, deoarece, în legislația privind achizițiile publice, nu este stabilită o astfel de obligație în sarcina autorității contractante. Astfel:

- conform prevederilor art. 10 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, „autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea contractului pe loturi, cu respectarea prevederilor art. 23 din ordonanța de urgență și cu condiția de a preciza acest lucru în documentația de atribuire”;

- potrivit prevederilor art. 23 din O.U.G. nr. 34/2006, „autoritatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice”.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că legiuitorul a reglementat un drept al autorității contractante de care poate uza și nu a instituit o obligație în sarcina acesteia.

Analizând vopselele care urmează a fi achiziționate, se observă/constată că toate vor fi utilizate pentru vopsirea lemnului, astfel

chiar dacă produsele cuprinse de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri de atribuire au caracteristici tehnice diferite, în sensul celor susținute de contestatoare, **scopul pentru care urmează a fi folosite acestea este similar, chiar identic, motiv pentru care nedivizarea lotului 1 nu poate fi considerată contrară prevederilor legale în vigoare.**

Mai mult, legiuitorul acordă operatorilor economici interesați dreptul de a participa în cadrul unei proceduri în asociere cu un alt operator economic potrivit art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006 sau poate să subcontracteze parte a contractului respectiv conform art. 45 din același act normativ.

Legislația în vigoare privind achizițiile publice a prevăzut posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea subcontractanți în vederea participării la procedurile de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului, în cazul de față lipsa din obiectul de activitate a comercializării anumitor produse ce urmează a fi achiziționate de autoritatea contractantă.

La dosarul cauzei, contestatoarea nu a depus nicio dovadă din care să rezulte limitarea concurenței prin nedivizarea lotului 1 în alte 2 loturi.

Prin alegerea atribuirii unui singur contract de achiziție publică pentru produse grupate în două loturi, toate necesare desfășurării în condiții optime a tuturor activităților, autoritatea contractantă nu a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură, individual sau în asociere (ori în subcontractare), pentru furnizarea întregii game de produse.

În considerarea celor antementionate sunt relevante în soluționare susținerile autorității contractante potrivit cărora:

„Ambele tipuri de vopsea au aplicabilitate în silvicultura (se vor folosi pe lemn) și nu consideram ca a fost încălcat nici un principiu al OUG 34/2006 la care face referire contestatarul.

Tinand cont de cele sus menționate Direcția Silvica Calaras» nu a impus condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa. Privitor la critica contestatoarei precum ca "Lotul I „ vopsea la cutie de 0,75 litri și vopsea spray de 400 ml" trebuie divizat la rândul lui în 2 loturi distincte, facem cunoscute prevederile art. 1 din Ordinul nr. 171/2012 emis de A.N.R.M.A.P. (în prezent A.N.A.P.) după ce achizitorul publica documentația de atribuire acesta nu mai poate aduce modificări cu privire la conținutul documentației de atribuire, așa cum a fost publicată în SEAP.”

Dat fiind că divizarea pe loturi este un drept și nu o obligație a autorității contractante, Consiliul respinge ca neîntemeiată critica contestatorului.

Referitor la solicitarea contestatorului de a fi acceptată și vopseaua spray ambalată în recipiente de 500 ml, Consiliul reține următoarele aspecte:

Prin caietul de sarcini (III. Specificații tehnice) autoritatea contractantă a solicitat:

"b) vopsea spray

*Vopsele forestiere profesionale de culoare alba pentru marcaj pe suprafete de lemn si piatra, ambalate in cutii tip spray de **400 ml net.**"*

Contestatorul solicită și acceptarea vopselei spray ambalată în recipiente de 500 ml, nu numai de 400 ml, care, din punctul său de vedere conduce la solicitarea, de către autoritatea contractantă, a unei cerințe restrictivă.

În această situație, Consiliul constată că se impune acceptarea vopselei spray ambalată în recipiente de 500 ml, deoarece neacceptarea acesteia conduce, în mod direct, la distorsionarea concurenței, respectiv la nerespectarea unuia dintre scopurile fundamentale ale O.U.G. nr. 34/2006, statuat la art. 2 alin. (1) lit. a), respectiv „promovarea concurenței între operatorii economici”.

Operatorul economic contestator, interesat de participarea la procedură, a formulat, înainte de depunerea contestației, o solicitare de clarificare, prin adresa nr./29.02.2016, prin care a solicitat autorității contractante luarea măsurilor de remediere pentru acceptarea participării la procedura de achiziție și cu spray-uri vopsele ambalate la 500 ml. Autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. din data de 29.02.2016 prin care a precizat că se vor respecta întocmai prevederile documentației de atribuire și a caietului de sarcini, menținând cerința din caietul de sarcini.

În speța de față sunt incidente următoarele dispoziții legale:

- 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 vopsea spray ambalată în recipiente de 400 ml, încălcând prevederile legale antemenționate 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 vopsea, 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.

Din examinarea dosarului cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu face dovada faptului că folosirea doar a vopselei spray ambalată în recipiente de 400 ml este singura soluție care poate asigura satisfacerea necesității autorității.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a justificat necesitățile sale, a căror realizare să fie strict legate de achiziția doar de vopsea spray ambalată în recipiente de 400 ml, nu pot fi de natură a îndreptăți autoritatea contractantă la eliminarea de la procedură a vopselei spray ambalată în recipiente de 500 ml, cu eficacitate echivalentă sau superioară, dar care este disponibilă, probabil, la alt preț.

În absența unor justificări pertinente, cele raționate de autoritatea contractantă, în punctul său de vedere, nu vor fi reținute de Consiliu.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să admită această solicitare a contestatorului, considerând restrictivă impunerea unui anumit tip de ambalaj al vopselei.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă, prin stabilirea unui singur tip de ambalaj de vopsea, 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 îngreșesc 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 îngreșează accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare.

Caracterul restrictiv al cerinței reiese și din punctul de vedere al autorității contractante, respectiv:

„Vopselele de tip spray, fie ca sunt ambalate la 300, 400 ml, 500 ml sau 600 ml, se găsesc în egala masura pe piața, oferta fiind foarte vastă. Autoritatea contractantă a optat pentru ambalare la 400 ml intrucat aceasta se potrivește cel mai bine necesităților acesteia”, fără a preciza care sunt aceste necesități.

Consiliul va reține în soluționarea contestației și argumentele prezentate de contestator, respectiv:

Totodată, de referință este că prețul vopselelor forestiere ambalate în spray-uri de 500 ml, în comparație cu cele prevăzute în caietul de sarcini (de 400 ml), este mai convenabil, iar avantajul pe care îl prezintă spray-urile de 500 ml îl reprezintă cantitatea mai mare cu vopsea cuprinsă în spray.

De asemenea, spray-ul de 500 ml, pe lângă specificațiile tehnice și de calitate pe care le cere caietul de sarcini și pe care le acoperă, la fel ca și în cazul spray-ul de 400 ml, primul prezintă avantajul că prin cantitatea mai mare a volumului de vopsea conținută în interiorul spray-ului, pentru lucrările și activitățile din silvicultură, vor fi folosite pentru o suprafață mai mare de lemn și de piatră, un număr mai mic de spray-uri, dată fiind cantitatea mai mare de vopsea conținută. În privința celorlalte specificații tehnice, spray-urile de 500 ml îndeplinesc și aceste cerințe ale caietului de sarcini.

*Prin urmare, nu există niciun motiv obiectiv pentru care spray-urile ambalate la 500 ml să nu fie acceptate la această procedură de achiziție, ele îndeplinind întrutotul **necesitățile** autorității contractante, astfel încât menținerea solicitării din Caietul de sarcini privind ambalarea în recipiente de 400 ml a vopselelor este restrictivă de concurență și nu se justifică din punct de vedere legal, prin raportare la exigențele în materia achizițiilor publice.*

Din această perspectivă, Consiliul apreciază că nu se impune anularea procedurii de atribuire în cauză, ci modificarea documentației, conform dispozițiilor OUG nr. 34/2006.

Anularea procedurii de atribuire în cauză reprezintă o abordare extremă, la care se poate apela numai în cazurile expres prevăzute de lege, regula derulării oricărei proceduri de atribuire fiind dată de dispozițiile art. 93 alin. 1) din HG nr. 925/2006, conform cărora *„autoritatea contractantă are obligația de a finaliza procedura de atribuire prin încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului – cadru”.*

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 S.C. S.R.L., în contradictoriu cu, respectiv critica privind acceptarea participării la procedură și cu vopsele spray ambalate în recipiente de 500 ml.

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 nefondat capătul de cerere privind împărțirea pe loturi. De asemenea, va respinge ca nefondat capătul de cerere privind anularea procedurii, având în vedere faptul că în cadrul acestei proceduri de atribuire pot fi dispuse măsuri de remediere, măsura anulării procedurii putând fi dispusă doar în situațiile în care în cadrul procedurii nu se mai pot dispune măsuri corective, în speță fiind o măsură excesivă.

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 exemplare originale, conține pagini.