CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ..... - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare de preparate din carne, cod CPV 15131700-2, cu data-limită de depunere a ofertelor 27.07....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat eliminarea cerinței ambalării produselor prin înaltă presiune, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin încheierea nr. 347/...../...../04.07....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere din contestație.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ..... SRL reclamă caietul de sarcini elaborat de autoritatea contractantă ....., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că cerința: „Produsul să

fie ambalat în pachete vidate și protejat printr-un sistem de înaltă presiune, etichetat conform cu Regulamentul UE nr. 1169/2011 al Parlamentului European și al Consiliului privind informarea consumatorilor cu privire la produsele alimentare.” trebuie înlăturată, întrucât conduce către singurul producător de piața românească care dispune de respectiva tehnologie.

Prin răspunsul nr. 818/27.06..... la notificarea prealabilă, autoritatea a răspuns că nu urmează să adopte măsuri de remediere, deoarece produsele care urmează a fi achiziționate sunt destinate hrănirii persoanelor vârstnice și copiilor din centrele de îngrijire și educație timpurie.

În opinia contestatoarei, cerința tehnologiei de înaltă presiune infirmă criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Termenul de valabilitate este nefiresc și exagerat, în condițiile în care, în România, termenele de valabilitate uzuale practicate sunt între 15 și 30 zile, determinate atât de lipsa spațiilor de depozitare ale achizitorilor, cât și de costurile mari ale produselor ambalate cu termene prelungite. Practic, cerința stabilită de autoritate nu face decât să restrângă participarea la licitație la un singur ofertant, cu costuri foarte ridicate si nejustificate.

În punctul său de vedere nr. 2112/04.07..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 26951/05.07....., autoritatea contractantă susține în apărare că, la stabilirea cerințelor tehnice minimale, a ținut seama de faptul că produsele care urmează a fi achiziționate sunt destinate preparării hranei copiilor din centrele de îngrijire și educație timpurie și asistaților social (bătrâni și persoane fără adăpost) din așezămintele aflate în administrarea Direcției Generale de Asistență Socială a Municipiului .....

Cerința tehnică *„produsul să fie ambalat în pachete vidate și protejat printr-un sistem de înaltă presiune* [...]” se regăsește în toate caietele de sarcini care au stat la baza evaluării ofertelor și atribuirii contractelor în anii anteriori.

Termenele de valabilitate și siguranța alimentară sunt legate de calitatea microbiană. Eficiența unei tehnici de conservare alimentare este evaluată, în principal, pe baza capacității sale de a eradica microorganismele patogene. Produsele „protejate printr-un sistem de înaltă presiune” sunt acele produse supuse presiunilor înalte, mai mari de 100 Mpa (aproximativ 1000 bari), iar aceste presiuni înalte utilizate la conservarea alimentelor sunt capabile să neutralizeze microorganisme fără să afecteze vitaminele/aminoacizii (compuși cu masa moleculară mică). Autoritatea e responsabilă de protecția copiilor și persoanelor în vârstă prin asigurarea de produse sigure și sănătoase, cu un grad redus de aditivare.

Față de cele de mai sus, consideră ca fiind neîntemeiate motivele pe care este fundamentată contestația.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, 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 ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de diverse preparate din carne (1800 kg cârnați de porc, 1600 kg ciolan afumat, 2650 kg șuncă țărănească, 4000 kg crenwursti pui, 3000 kg șuncă piept pui, 2850 kg salam vară, 1200 kg carnați grătar, 2750 kg parizer pasăre, 5700 kg salam de porc, 1900 kg șuncă presată, 2550 kg șunca praga, 2050 kg mușchi file afumat, 1300 kg pastramă porc și 2300 kg șuncă toast), estimate valoric la maximum 1.131.300 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că cerința ca produsele să fie ambalate în pachete vidate printr-un sistem de înaltă presiune, impusă de autoritate în caietul de sarcini, este restrictivă și contravine dispozițiilor legale, SC ..... SRL a notificat în termenul legal autoritatea contractantă (la 22.06.....), iar aceasta a răspuns la 27.06..... că „sistemul de înaltă presiune solicitat este o condiție obligatorie pentru admiterea la licitație”, răspuns în urma căruia SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației care constituie obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul constată că, în cele 13 pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, la anumite produse, cerința „să fie ambalat în pachete vidate și protejat printr-un sistem de înaltă presiune, etichetat conform cu Regulamentul (UE) nr. 1169/2011”, cerință însoțită de indicarea unor termene de valabilitate minimale (45/50/60 de zile) și pe care SC ..... SRL o apreciază ca fiind nejustificată și restrictivă, în condițiile în care, susține societatea, pe piața de profil din România există un singur producător care utilizează tehnologia de înaltă presiune. Vizavi de acest argument, Consiliul observă că reclamanta nu indică niciunde care ar fi acel unic producător din România și, cu atât mai puțin, nu își probează în niciun fel afirmația, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului. Așadar, societatea nu reușește să probeze că ar exista un operator economic posibil favorizat de către achizitoare.

Cerința tehnică în discuție a mai fost utilizată la achizițiile organizate de către ....., inclusiv la cele la care a participat și

SC ..... SRL (între aceleași părți a existat un litigiu soluționat prin decizia Consiliului nr. 1963/C6/2142/17.11.2015, la rezultatul procedurii).

În privința specificațiilor tehnice, legislația achizițiilor publice cuprinde reglementări detaliate, care pornesc de la dreptul autorității contractante de a își asigura, prin intermediul achiziției, propriile necesități, pe care autoritatea este suverană a le stabili și în funcție de care impune anumite specificații, independent de eventuala opoziție a operatorilor economici.

Specificațiile tehnice sunt definite de Legea nr. 98/2016 ca fiind „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare *îndeplinirii necesității autorității contractante*", iar, potrivit art. 35 alin. (10) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, „caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, *astfel încât să corespundă necesității autorității contractante*". Caracteristicile de ordin tehnic pot să vizeze inclusiv procesul sau metoda specifică de fabricare a produselor.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță/calitate, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității [art. 2 din normele precitate]. Cenzurarea sau modificarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați într-un termen care curge de la momentul publicării documentației de atribuire în SEAP.

Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2004 din 12 decembrie 2016, a reținut că necesitatea sau oportunitatea unei anumite achiziții este stabilită de fiecare autoritate contractantă, în funcție de necesitățile obiective și particularitățile comunicate de compartimentele din cadrul său. Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității. Elocvente sunt și:

– decizia nr. 1280/CA din 3 decembrie 2008, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal:

Specificațiile tehnice se definesc astfel încât să corespundă, atunci când este posibil, necesităților/exigențelor oricărui utilizator, inclusiv ale persoanelor cu dizabilități. Specificațiile 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.

Prin caietul de sarcini autoritatea a impus, pentru subsistemul automat de control acces, dimensiuni fixe ale pilonului telescopic, respectiv înălțime 500 mm și diametru 200 mm. Contestatoarea a solicitat clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns arătând că dimensiunile pilonului trebuie să respecte întocmai prevederile caietului de sarcini.

Nici contestatoarea și nici Consiliul nu au arătat cum dimensiunea fixă a diametrului pilonului afectează accesul egal al participanților la procedură, în ce fel constituie o măsură restrictivă și de ce n-ar putea toți participanții să depună oferte adecvate acestei cerințe. Pe de altă parte, autoritatea contractantă a justificat temeinic o atare prevedere.

În speță, greșit au fost aplicate dispozițiile art. 35 alin. (5) din ordonanță, cerințele autorității fiind impuse de necesitatea integrării noilor lucrări în zona centrului istoric al municipiului și pe amplasamentul pilonilor culisanți existenți. Prin urmare, instanța apreciază că prevederile caietului de sarcini nu afectează accesul egal al operatorilor la procedură.

– decizia nr. 843 din 16 octombrie 2009, Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 2762 din 11 decembrie 2008 (autoritatea este singura în măsură să decidă asupra nevoilor sale 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), nr. 285 din 2 februarie 2009 (prin faptul că autoritatea a descris produsul care corespunde necesităților sale nu s-au încălcat prevederile ordonanței) și nr. 3094 din 12 iulie 2013 (impunerea caracteristicilor tehnice ale echipamentelor supuse achiziției reprezintă o chestiune de oportunitate, față de care autoritatea are o marjă largă de apreciere. Actul autorității se bucură de prezumția de legalitate și, cât timp nu s-au adus probe din care să rezulte că cerințele impuse sunt vădit nejustificate, instanța nu le poate modifica), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 2279/CA/2011-R din 10 noiembrie 2011 (necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă), Curtea de Apel Oradea, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal.

Cenzurarea sau modificarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 155 alin. (6) - "*specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici*" - și cea a art. 156 alin. (2) din lege - "*cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care*

caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse".

În speță, atât termenul de valabilitate, cât și metoda de ambalare/conservare pot reprezenta specificații tehnice importante în acoperirea necesităților Direcției Generale de Asistență Socială a Municipiului ....., respectiv asigurarea hranei în condiții de siguranță alimentară și calitate pentru copii, persoane vârstnice sau fără adăpost. Autoritatea a justificat motivul pentru care a impus cerința în discuție, justificare pe care Consiliul o găsește pertinentă și credibilă – tehnica de conservare a alimentelor la presiune înaltă este capabilă să neutralizeze microorganismele fără să afecteze vitaminele/aminoacizii produsului, cu prelungirea termenului de valabilitate a acestuia.

Nu poate fi tăgăduit că, în cazul produselor alimentare perisabile din punct de vedere microbiologic și care, din cauza acestui fapt, pot reprezenta, după o scurtă perioadă, un pericol pentru sănătatea umană, data-limită de consum este extrem de importantă, iar cu cât ea este mai îndepărtată, cu păstrarea caracteristicilor organoleptice, sprijinită de tehnica de ambalare/ conservare, cu atât produsul devine mai util direcției cumpărătoare, pentru unitățile de asistență socială aparținătoare (complex de servicii socio-medicale, șos Berceni nr. 12; cantina Grivița; cantina Filaret; cantina Bucur; cantina Ferentari; cantina Sf. Constantin; cantina „Ominis”; complexul integrat de servicii sociale pentru adulți Sf. Ioan; centrul de educație timpurie „Casa cu Pitici”; complexul de servicii sociale „Omnis”). Este în interesul direcției ca preparatele din carne dorite să fie lipsite de agenți patogeni și să prezinte un termen de consum cât mai lung, context în care cerința aflată în dezbatere se vădește a fi relevantă și justificată.

Obiecțiile SC ..... SRL nu pot fi validate ca întemeiate de către Consiliu, câtă vreme specificațiile impuse corespund necesității unității achizitoare și nu sunt contrare legii. Impunerea unei tehnologii de prelungire a termenului de consum, cu diminuarea numărului de microorganisme și păstrarea caracteristicilor produsului alimentar se încadrează în marja de specificații tehnice la care este îndrituită unitatea achizitoare de produse alimentare.

Nimic nu oprește societatea contestatare să își dezvolte tehnologiile de ambalare/conservare a produselor, astfel încât să poată intra în competiție la licitațiile organizate de entitățile publice. Nu există o interdicție legală pentru impunerea unor termene de valabilitate extinse, mai ales pentru produsele alimentare din carne, pentru care există norme stricte în domeniul siguranței alimentelor.

Cerința stabilită de autoritate nu este lipsită nici de logică și nici de coerență, ci are un fundament credibil – calitatea superioară a produselor, dată de decontaminarea lor și termenul de valabilitate ridicat (fără a se recurge la conservanți suplimentari).

În considerarea celor evocate și a dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu .....

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.