

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.
Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de, cu sediul în, împotriva documentației de atribuire, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect, s-a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurii de remediere constând în eliminarea cerinței

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 critică documentația de atribuire, elaborată de, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În ceea ce privește cerința de la pct. 3 lit. d) Formularul 6 (6.16) - *Propunere tehnică* lot 16, contestatorul face următoarele precizări:

Cadrul legal pentru implementarea pe întreg teritoriul României a sistemului de garanție-returnare (SGR) este prevăzut de HGR nr. 1074/2021 și privește doar (i) producătorii, (ii) comercianții cu structuri de vânzare (cu amănuntul) și (iii) compania Returo (administrator desemnat al SGR). Astfel, ceea ce autoritatea contractantă denumeste preluare ambalajelor de tip SGR implică organizarea unui punct de returnare, în condițiile legii (art.13 din HGR nr.1074/2021), ceea ce presupune existența unei structuri de vânzare (vânzare cu amănuntul) la locul returnării.

Prin HGR nr. 1074/2021 și OG nr. 99/2000, legiuitorul face o distincție clară între comerciant și distribuitor.

Conform art. 13 alin. (3) din HGR nr. 1074/2021, organizarea punctelor de returnare se realizează doar de către comercianți care dețin și comercializează produsele prin structurile de vânzare (magazine, supermagazine, hipermagazine, etc., ierarhizate în funcție de suprafața de vânzare) și în incinta structurilor de vânzare sau în imediata lor apropiere (maxim 150 de metri față de fiecare structură de vânzare, în rural, n.n.) și/sau de către (art.7-8).

Specific acestui contract este faptul că produsele nu sunt comercializate prin structuri de vânzare și pe cale de consecință nici nu se pot organiza puncte de returnare.

Conform art. 23 alin. (9) din HGR nr. 1074/2021, administratorul SGR are următoarele obligații: *lit. m) să asigure și să achite preluarea ambalajelor SGR de la punctele de returnare (...).*

Raportat la specificul autorității contractante - unitate militară (categorie de beneficiari uitată de legiuitor), contestatorul apreciază ca fiind mai apropiată de realitate situația Horeca, prevăzută de art. 17 alin. (4) din HGR nr. 1074/2021: *Ambalajele SGR ale produselor consumate la locul structurii de vânzare a comercianților HoReCa vor fi preluate și gestionate de către administratorul SGR în cadrul sistemului de garanție-returnare în aceeași manieră cu cele colectate din cadrul punctelor de returnare.*

Astfel, dacă este posibilă legal preluarea și gestionarea acestor ambalaje ale produselor consumate în restaurante, fără organizarea unui punct de returnare, ... consideră că este posibilă preluarea și gestionarea aceluiași ambalaje ale produselor consumate și în cantinele unităților militare, în aceleași condiții.

Legiuitorul a prevăzut doar două posibilități de colectare a acestor ambalaje SGR:

(i) ori se are în vedere organizarea unui punct de returnare (respectiv organizarea unui astfel de serviciu ce în cazul produsului apă plată, ajunge să fie chiar mai oneros decât produsul în sine), cu toate obligațiile ce decurg din actul normativ mai sus citat;

(ii) ori se asigură preluarea și gestionarea de către administratorul SGR (Returo) a acestor ambalaje în cadrul sistemului de garanție-returnare în aceeași manieră cu cele colectate din cadrul punctelor de returnare.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul afirmă că în lipsa unui punct de returnare, singura societate comercială abilitată legal să preia ambalajele și să asigure returnarea garanției este doar administratorul desemnat al SGR (Returo), sens în care, cerința criticată din documentația de atribuire este nelegală, prin atribuirea unei activități în sarcina unui alt operator decât cel expres prevăzut/desemnat de lege.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. face următoarele precizări:

În bază dispozițiilor legislative interne, ce nu pot fi anexate, stabilite de către Statul Major al Apărării, structurile Ministerului Apărării Naționale care au calitatea de consumator sau utilizator final răspund de punerea în aplicare a prevederilor Legii nr. 249/2015 privind modalitățile de gestionare a ambalajelor și deșeurilor de ambalaje, cu modificările și completările ulterioare și a Hotărârii Guvernului nr. 1074/2021 privind stabilirea sistemului de garanție - returnare pentru ambalaje primare nereutilizabile, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, pentru viitoarele proceduri de achiziție publică, care vor avea ca obiect achiziția de produse în ambalaje primare utilizabile și/sau nereutilizabile din sticlă, plastic sau metal, caietul de sarcini și contractul de achiziție publică vor conține prevederi care să impună în sarcina furnizorului obligația de preluare a ambalajelor de tip SGR odată cu aprovizionarea de cantități noi, care va returna valoarea garanției pentru acestea prin virament către unitatea achizitoare.

În baza acestor prevederi, în documentația de atribuire, înregistrată la nr.

În documentația de atribuire nu este limitat dreptul de participare la procedura de atribuire a operatorilor economici, producători/comercianți/distribuitori, în funcție de responsabilitățile legale de implementare a sistemului SGR. Obligatorietatea operatorii economici prevăzuți la art. 16 alin. (1) din Legea nr. 249/2015, pentru implementarea pe întreg teritoriul României a sistemului de garanție-returnare, denumit în continuare SGR, decurge din prevederile HG 1074/2021, iar modul de aplicare a acesteia este atributul individual al fiecărui operator economic în funcție de specificul activității, excepțiile fiind specificate la art. 17 din HG nr. 1074/2021.

În caietul de sarcini nr. ... s-a folosit termenul de furnizor, indicând ofertantul cu care s-a va încheia contractul de furnizare a produselor agro-alimentare specific lotului, și care va prelua ambalajele de tip SGR odată cu aprovizionarea de cantități noi.

Având în vedere definițiile enumerate în prevederile art. 2 alin. (2) pct. 13 din Legea nr. 321/2009 privind comercializarea produselor alimentare, autoritatea contractantă consideră corectă folosirea termenului de furnizor, putând aplica prevederile documentației de atribuire uniform față de toți eventualii ofertanți.

În cadrul cerințelor Secțiunii nr. I din cadrul documentației de atribuire - *Instrucțiuni către candidați/ofertanți* - la punctul II. 1.6) - *Informații privind loturile* este specificat faptul că *Numărul maxim de loturi care poate fi atribuit unui singur ofertant: 18 (optsprezece)*, nefiind indicat un număr minim de loturi pe care un ofertant trebuie să le depună, în discuție la prezenta contestație fiind doar lotul nr. 16.

În bază prevederilor legislative interne, ce nu pot fi anexate, stabilite de către Statul Major al Apărării, structurile Ministerului Apărării Naționale care au calitatea de consumator sau utilizator final, adoptă modalitățile de gestionare a ambalajelor și deșeurilor de ambalaje, prin administratorul SGR, doar ca măsură tranzitorie, până la încheierea viitoarelor proceduri de achiziție publică, care vor avea ca obiect achiziția de produse în ambalaje primare utilizabile și/sau nereutilizabile din sticlă, plastic sau metal

Asimilarea situației cu situația HoReCa, nu are la bază prevederi legale.

Prevederile documentației de atribuire, prin care se specifică faptul că furnizorul va prelua ambalajele de tip SGR odată cu aprovizionarea de cantități, indică modalitatea de gestionare a ambalajelor SGR, având în vedere faptul că, din cauza specificului autorității contractante nu pot fi organizate puncte de returnare în sau în apropierea acesteia.

Un alt aspect este legat de faptul că, în caietul de sarcini, la punctul nr. 3.3 - *Descrierea produselor solicitate*, s-a consemnat că: *În situații, bine definite, ce nu țin de voința autorității contractante (ex: situații de urgență) locația punctului A se poate modifica la adresa str. Vasile Goldiș nr. 13, Brașov, județul Brașov, fapt ce impune livrarea/furnizarea produselor agroalimentare solicitate în regim franco-beneficiar cu suportarea tuturor cheltuielilor de transport de către operatorul economic la noua adresă.*

Ca urmare, organizarea unui punct de returnare în incinta sau în apropierea incintei autorității contractante nu este viabilă.

Prin documentația de atribuire s-au stabilit cantitățile minime și maxime ce fac obiectul achiziției de produse alimentare, cantități ce determină și numărul de ambalaje SGR.

Pe cale de consecință, cantitățile aprovizionate vor fi stabilite în baza contractului și nu suplimentar acestuia. Returnarea valorii garanției, așa cum se face mențiune în documentația de atribuire, se va executa doar pentru cele contractate. Virarea garanției către autoritatea contractantă, pentru ambalajele de tip SGR ridicate, trebuie să fie în concordanță cu numărul ambalajelor pe care autoritatea contractantă le gestionează prin evidența contabilă în cadrul fluxului de primire/returnare/încasare garanție.

La primirea produselor în recipiente SGR, ambalajele se înregistrează în evidența contabilă separat (ambalajul de produsul ambalat în acesta) și se scad cu documentele de predare. Garanția returnată de operator este egală cu valoarea ambalajelor primite de autoritatea contractantă și returnate furnizorului, și nu poate depăși valoarea ambalajelor primite, ambele valori fiind gestionate/comparate de către compartimentul financiar contabil al unității.

Ca urmare, ... subliniază că nu va preda furnizorului decât ambalajele gestionate conform contractului, de unde rezultă implicit că

furnizorul nu va preluat toate ambalajele SGR colectate de autoritatea contractantă, ci doar cele care fac obiectul contractului.

Organizarea unui punct de returnare face obiectul colectării tuturor ambalajelor reciclabile, indiferent de proveniența acestora din punct de vedere al furnizorului care le-a distribuit. În cazul acordului cadru ce se dorește a se încheia se discută strict de ambalajele furnizate de operatorul economic căruia i s-a atribuit contractul subsecvent pentru lotul nr. 16 și nu de ambalajele SGR ce fac obiectul altor acorduri/contracte.

Având în vedere cele enumerate mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea a contestației formulată de ca nefondată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

.... a constituit cautiunea, în cuantum de

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pe loturi, în vederea încheierii unui acord-cadru de furnizare având ca obiect prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea estimată totală a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Nemulțumit de prevederea regăsită la pct. 3 lit. d) din Formularul 6 (6.16) - *Propunere tehnică*, aferent lotului 16 - *Băuturi și produse conexe*, pentru motivele evocate în cele ce preced, ... a depus contestația de față.

Examinând contestația, Consiliu ia act că autorul acesteia reclamă cerința regăsită la pct. 3 lit. d) din *Formularul 6 (6.16) - Propunere tehnică*, având conținutul:

3. Angajamentul derulării viitorului acord-cadru de achiziție publică „Furnizare de produse agroalimentare” operatorul economic trebuie să țină cont de următoarele cerințe:

a) Tipul de contract

(...)

d) **Preluarea ambalajelor de tip SGR odată cu aprovizionarea de cantități noi și returnarea valorii garanției pentru acestea prin virament către autoritatea contractantă,**

susținând că este restrictivă prin raportare la dispozițiile HG nr. 1074/2021, care stabilesc două posibilități de colectare a ambalajelor, respectiv prin organizarea unui *punct de returnare* ori *preluarea și gestionarea de către administratorul SGR (Returo)* a ambalajelor în cadrul sistemului de garanție-returnare *în aceeași manieră cu cele colectate din cadrul punctelor de returnare*.

În soluționare, Consiliul înțelege față de prevederile documentației de atribuire privitoare la obiectul lotului, conținutul cerinței criticate și argumentele părților, că ceea ce solicită autoritatea contractantă în fapt constă în asigurarea de către furnizorul produselor obiect al lotului inclusiv a preluării ambalajelor returnabile și rambursarea prin transfer bancar a sumei reprezentând contravaloarea garanției lor ulterior predării.

Ambalajele care vor fi preluate de furnizorul cu care se va încheia acordul-cadru, mai reține Consiliul, sunt exclusiv cele aferente produselor livrate și nu altele, iar preluarea se va face odată cu aprovizionarea cu cantități noi.

În justificarea introducerii cerinței în discuție, autoritatea contractantă invocă satisfacerea necesități sale ce derivă din respectarea Legii nr. 249/2015 și HG nr. 1074/2021 până la încheierea viitoarelor proceduri de achiziție publică care vor avea ca obiect achiziția de produse în ambalaje primare utilizabile și/sau nereutilizabile din sticlă, plastic sau metal.

Consiliul reține că legislația pe linia achizițiilor publice definește, la art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice ca reprezentând: 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 la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 arată: 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.

Aceste prevederi legale dovedesc faptul că autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, deci să aprecieze relevanța unei specificații tehnice sau avantajele impunerii anumitor specificații, în speță, având incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor.

Pe de altă parte, art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 stabilește că 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, iar 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.

Așadar, modificarea sau cenzurarea caracteristicilor tehnice impuse de autoritatea contractantă poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării ipotezelor date de cele două temeuri de drept citate mai sus.

Analizând argumentele contestatorului Consiliul constată că acesta reclamă caracterul restrictiv al cerinței criticate prin raportare la dispozițiile HG nr. 1074/2021 privind stabilirea sistemului de garanție-returnare pentru ambalaje primare nereutilizabile față de care susține o imposibilitate de realizare a serviciului dorit de autoritatea contractantă.

Dincolo de faptul că nu indică prevederea încălcată din legislația achizițiilor publice, respectiv nu arată că cerința criticată este de natură a restrânge participarea la procedură deoarece este îndeplinită doar de un singur operator economic care, astfel, este favorizat, se observă că autoritatea contractantă nu a cerut nicăieri în cadrul documentației de atribuire ca ofertantul, viitor furnizor în cadrul contractului, să înființeze vreun punct de returnare, ci doar să preia ambalajele produselor pe care singur le-a furnizat spre a le preda către un asemenea punct de returnare.

La art. 8 alin. (4) din HG nr. 1.074/2021 se stabilește că:

(4) Operatorul punctelor de returnare prevăzute la alin. (1) și art. 7 **are obligația de a oferi consumatorilor finali posibilitatea de rambursare a garanției în numerar, prin transfer bancar** sau prin voucher care poate fi utilizat sau schimbat în numerar în cadrul structurilor de vânzare ale comercianților asociați potrivit art. 7 alin. (1) sau în cadrul structurilor de vânzare de pe raza administrativ-teritorială în situația art. 7 alin. (2), după caz.

Prin urmare, furnizorul din contractul încheiat cu autoritatea contractantă urmează să acționeze ca un consumator final încasând de la operatorul punctului de returnare contravaloarea garanției ambalajelor predate pe care o va vira mai apoi autorității contractante.

Că un operator economic nu dorește să-și asume respectarea cerinței criticate prin demersul de față nu înseamnă nicidecum că aceasta are un caracter restrictiv, fiind necesară demonstrarea caracterului restrictiv invocat, în considerarea art. 249 C.proc civ. (Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege) demonstrație care în speța de față nu a fost făcută.

Necesitatea demonstrării caracterului restrictiv al unei cerințe criticate a fost reținută constant și în practica judiciară, de interes fiind Sentința civilă nr. 180/2021 din 23.09.2021 emisă de Curtea de Apel Constanța, ca urmare a plângerii formulate împotriva unei decizii emise de Consiliu, prin care s-a reținut:

Analizând cerința în discuție, Curtea apreciază că statuarea CNSC în sensul că aceasta reflectă opțiunea autorității contractante pentru o anumită soluție tehnică este corectă, în condițiile în care reclamanta nu a probat că cerința este și restrictivă.

Astfel, reclamata nu a prezentat argumente pertinente de fapt și de drept în sensul celor menționate, **nefiind probată susținerea vizând** identitatea cerinței cu specificația tehnologiei

menționate, respectiv **faptul că aceasta este patentată și că un singur operator economic ar putea ofera un produs beneficiind de această tehnologie.**

Reclamanta a depus fotografii ale unor lămpi și descrierile lor tehnice, inclusiv oferta unui operator economic, fără ca acestea să dovedească caracterul restrictiv al ofertei, nereieșind că produsul solicitat în documentația de atribuire nu ar putea fi oferat de alți operatori economici.

Reclamanta susține că nu i se poate pretinde să dovedească caracterul inutil al unei specificații tehnice, însă Curtea apreciază că raționamentul expus al CNSC este corect, întrucât este apanajul autorității contractante alegerea unei specificații tehnice, revenind contestatorului obligația de a proba contrariul.

Se constată, astfel, în acord cu cele reținute de CNSC, că autoritatea contractantă este singura în măsură să stabilească necesitățile funcționale proprii în vederea realizării contractului, ținând cont de specificul acestuia.

Prin urmare, contestatorului îi revine sarcina probei, respectiv să demonstreze caracterului restrictiv al cerinței, iar nu autorității contractante că o anumită specificație tehnică reflectă necesitatea sa.

În susținerea caracterului restrictiv invocat nu pot fi reținute nici dispozițiile art. 17 alin. (3) din HG nr. 1.074/2021, care, așa cum însuși contestatorul arată, reglementează situația comercianților HoReCa, doar în cazul acestei categorii existând obligația administratorului SGR de a le prelua de la *locul structurii de vânzare*. Or, autoritatea contractantă nu se circumscrie respectivei categorii, situație în care obligația administratorului SRL nu subzistă față de aceasta.

Pe cale de consecință, nefiind demonstrat caracterul restrictiv invocat, Consiliul reține că cerința criticată are rol de acoperire a necesității autorității contractante, drept care critica va fi respinsă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 va respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ce nefondată, contestația formulată, în contradictoriu cu

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

