

# DECIZIE

Nr. ■ BO2009\_0057

Data: ■ 2009

Prin contestația nr. ■/20.07.2009, înregistrată la CNSC sub nr. ■/20.07.2009, înaintată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ■, având CUI ■, reprezentată prin ■ și prin ■, formulată împotriva „actului administrativ nr. ■/17.07.2009”, emis de ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect „Cartușe toner imprimante Hp P3005 DN”, cod CPV 30125100-2, se solicită Consiliului anularea actului atacat și obligarea autorității contractante „să facă aplicabilitatea textului legal al art. 36 alin. (3), art. 38 alin. (2), art. 193”.

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

DECIDE:

Admite contestația, în parte.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în maxim 15 zile prin modificarea conținutului documentației de atribuire, conform celor precizate în motivarea de mai jos. Executorie.

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:

SC ■ SRL a depus contestația ■/20.07.2009, înregistrată la CNSC sub nr. ■/20.07.2009, împotriva „actului administrativ nr. ■/17.07.2009”, emis de ■, în calitate de autoritate contractantă în procedura cerere de oferte, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Cartușe toner imprimante Hp P3005 DN”, cod CPV 30125100-2.

Contestatoarea critică actul menționat, emis ca urmare a notificării sale nr. ■/16.07.2009, formulată în conformitate cu prevederile art. 256<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006, în vederea remedierii situației de drept încălcate, în condițiile în care autoritatea contractantă înțelege să nu facă aplicarea dispozițiilor art. 38 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 (apreciate imperative), menținând cerințele de la cap. III punctul 2, cap. III punctul 3, cap. VII punctul 5 din fișa de date a achiziției și cerința de la Cap. III punctele 3 și 4 din caietul de sarcini, încălcând astfel principiul tratamentului egal și al discriminării.

Contestatoarea susține că a notificat autoritatea contractantă asupra omisiunii sale, respectiv asupra nerespectării dispozițiilor art. 178 alin. (2) și art. 179 din OUG nr. 34/2006, prin menținerea cerinței privind „declarația de la producător”, prin acesta nerespectând nici cele statuate prin „Notificarea nr. ■/13.04.2006 (pct. 9-10) emisă de Consiliul Concurenței și Notificarea nr. 4 a ANRMAPP, publicată în SEAP”, privind atenționarea autorităților contractante la a renunța la astfel de practici.

Contestatoarea precizează că, potrivit art. 178 alin. (2) și art. 179 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională prin care să restricționeze participarea la procedură, iar la stabilirea criteriilor de calificare are obligația respectării principiului proporționalității (or, solicitarea acestei declarații are ca efect restricționarea participării la procedură).

Contestatoarea susține că, având în vedere cele menționate, autoritatea contractantă poate solicita doar „declarația de conformitate a produsului non oem produs în România sau importat, comercializat sub marca proprie”. Mai mult, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu are în vedere dispozițiile HG nr. 621/2005 privind gestionarea ambalajelor și a deșeurilor de ambalaje, modificată și completată prin HG nr. 1872/2006, care la art. 24 prevede că „Achizițiile de produse din fonduri publice se fac cu acordarea de prioritate pentru produse obținute din materiale reciclate sau ale căror ambalaje sunt obținute din materiale reciclabile.

Concluzionând, contestatoarea precizează că, din analiza art. 38 alin. (2) al OUG nr. 34/2006, reiese faptul că, pentru ca un produs să fie echivalent, adică să suplinească lipsa de OEM, trebuie să obțină aceleași calități la imprimare și același efect. Proba acestei conformități urmează a se face însă conform art. 36 alin. (3) și art. 193 din OUG nr. 34/2006, cu dosarul tehnic al producătorului (teste sau rapoarte).

În motivarea contestației, contestatoarea invocă și faptul că, potrivit art. 38 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, este interzis a se defini în caietul de sarcini specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, procedeu special (nu se acceptă remanufacturate, produsul OEM se poate obține doar prin procedeul tehnic al manufacturării, astfel se indică implicit și acest procedeu), marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție sau de licența de fabricație care au sau pot avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau anumitor produse (în cazul de față non oem, echivalente).

De asemenea, contestatoarea precizează că, prin dispozițiile art. 38 alin. (2) și cele ale art. 36 alin. (1), legiuitorul utilizează pentru a suplini lipsa de OEM doar expresia „sau echivalent”, fără a determina aria de cuprindere sau condițiile ce trebuie îndeplinite pentru echivalent. Pentru acest motiv, contestatoarea arată că definirea expresiei „sau echivalent” a căzut în sarcina jurisprudenței, prin „echivalent” urmând a se înțelege posibilitatea obținerii aceleiași calități (la imprimare), cu același efect și în același sens cu specificațiile la care se referă.

Prin procedeul tehnic al manufacturării se poate obține doar nu produs OEM, în vreme ce, prin remanufacturare, se pot obține doar produse NON OEM echivalente, fără ca acestea să se identifice cu produsul OEM, consumabilele non oem, de tip remanufacturat, fiind produse noi, fără utilizare anterioară, cu calități tehnice optime în obținerea și satisfacerea cerințelor beneficiarului.

Contestatoarea arată că se poate observa că, autoritatea contractantă, făcând aplicarea dispozițiilor art. 35 alin. (3), prin utilizarea unor specificații privind modalitatea de marcare/etichetare, deși avea obligația să facă și mențiunea „sau echivalent”, omite să facă aplicarea acestora. Echivalentul reprezintă celelalte modalități de etichetare/marcare respectiv „eticheta

autoadezivă” sau după caz „ștampila” reprezentând totodată și o aplicare a dispozițiilor Legii nr. 296/2004, OG nr. 21/1992, ce completează corespunzător prevederile OUG nr. 34/2006. Pe de altă parte, cerința supusă notificării rămânând neschimbată, contestatoarea arată că, într-o astfel de accepțiune, excede dispozițiilor art. 35 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, câtă vreme denaturează sensul și înțelesul dispozițiilor legale citate, acestea nefăcând vorbire despre necesitatea inscripționării pe ambalaj ci doar că specificațiile tehnice pot privi și acest aspect.

Mai mult, contestatoarea precizează că cerința este disproporționată, în raport cu prevederile art. 2 din OUG nr. 34/2006, câtă vreme „inscripționarea” nu reprezintă decât un procedeu de fabricație (marcare) și respectiv de individualizare a produsului, neputând să i se atribuire rolul unei măsuri de combatere a contrafacerii, cu atât mai mult cu cât, în speță, nu se ofertează un brand sau produse ce s-ar putea confunda (pretinde) că sunt identice cu cele ale unui anumit producător.

De asemenea, contestatoarea apreciază că ori de câte ori unde legea nu discerne, nu ne este îngăduit să o facem, fiind interzis a se deroga prin convenții sau dispoziții particulare de la legile ce interesează ordinea de drept. Mai mult, contestatoarea arată că, prin raportare la prevederile art. 2 din HG nr. 925/2006, orice situație aferentă procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică lipsită de o reglementare explicită urmează a se interpreta prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea invocă și practica CNSC privind anularea procedurilor organizate de autoritățile contractante cu eludarea dispozițiilor art. 38 alin. (2) și în raport de imposibilitatea adoptării unor măsuri care să nu aducă atingere dispozițiilor art. 2 din OUG nr. 34/2006, conform art. 209 din același act normativ.

Contestatoarea precizează că, prin contestația formulată, dorește „doar crearea unui cadru legal unitar, respectarea și aplicarea judicioasă a dispozițiilor legale la procedurile de achiziție publică în considerarea și respectarea principiilor și scopului astfel cum au fost statuate prin art. 2 din OUG nr. 34/2006”.

Față de cele prezentate, contestatoarea solicită Consiliului anularea „actului nr. ■/09.07.2009” și obligarea autorității contractante să facă aplicabilitatea textului legal al art. 36 alin. (3), art. 38 alin. (2), art. 193, prin solicitarea doar a declarației de compatibilitate, acceptarea oricărui consumabil no oem echivalent, indiferent de tipul acestuia, remanufacturat, reciclat etc. și recunoașterea celorlalte forme de ambalare-etichetare, specifice consumabilelor no oem echivalente, singura măsură prin care se poate asigura tratamentul egal și respectarea celor statuate la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 255, art. 2 din OUG nr. 34/2006, art. 2 din HG nr. 925/2006, Codul de Procedură Civilă, art. 24 din HG nr. 621/2005, modificată și completată prin HG nr. 1872/2006 și Legea nr. 21/1996.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea depune, în copie, un set de documente probante.

Prin adresa nr. ■/24.07.2009, înregistrată la CNSC sub nr. ■/24.07.2009, autoritatea contractantă transmite Consiliului punctul de vedere cu privire la

contestația înaintată de SC ■ SRL, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Referitor la cerințele Cap. III „Condiții specifice acordului-cadru”, punctul III.1.2. „Clauze contractuale obligatorii, punctul 2, din fișa de date a achiziției, precum și la solicitările de la Cap. III „Cerințe tehnice”, punctul 3, din caietul de sarcini, autoritatea contractantă susține că a solicitat ca: „Produsele vor fi obligatoriu originale (OEM) sau echivalente. Produsele vor fi în mod obligatoriu noi. Se menționează în mod expres că nu se acceptă cartușe compatibile (de tip „for use”), reîncărcate, recondiționate, reciclate sau remanufacturate...”, considerând astfel că au fost respectate prevederile art. 38 și art. 36 din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că excluderea produselor de tip reîncărcate, recondiționate, reciclate sau remanufacturate este implicită, deoarece aceste produse nu ar mai fi noi, căci au mai fost utilizate deja (înainte de a fi supuse procesului de reîncărcare, recondiționare, reciclare sau remanufacturare).

Mai mult, autoritatea contractantă susține că a precizat în caietul de sarcini și modul în care se poate demonstra echivalența produselor non-OEM cu cele OEM: „Pentru toate produsele oferite ca fiind echivalente se vor prezenta în parte, următoarele documente:

a)Declarație în ORIGINAL de la producător sau de la reprezentantul acestuia în România, conform căreia, TOATE componentele utilizate la fabricarea produsului sunt noi, nefolosite anterior. În acest caz, achizitorul își rezervă dreptul de a verifica această declarație la producătorul echipamentelor;

b)Document(e) în original prin care firma ofertantă atestă faptul că folosirea produsului nu duce la defectarea echipamentului pe care consumabilul oferit urmează a fi montat/instalat/folosit și totodată nu duce la pierderea garanției (în cazul în care echipamentul autorității contractante se află încă în perioada de garanție)...”.

Autoritatea contractantă precizează că, legislația în vigoare nu interzice achiziționarea produselor noi, iar prevederile art. 24 din HG nr. 1872/2006, la care contestatoarea face trimitere, au fost greșit interpretate din următoarele motive:

a)procedura de achiziție pentru care a fost întocmită documentația de atribuire contestată nu se efectuează din fonduri publice, ci din fonduri proprii (conform documentației de atribuire, secțiunea fișa de date a achiziției, pct. I.d. Sursa de finanțare);

b)reciclarea se referă la materialele utilizate în procesul tehnologic de fabricare a produselor și nu la produsul în sine sau la subansambluri din componența acestuia.

Solicitarea ca produsele să fie „noi” nu indică și nu face referire la nicio anumită „origine, sursă, procedeu special, marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție sau licență de fabricație...”, așa cum contestatoarea încearcă să inducă, furnizorul putând să oferteze produsele în condițiile caietului de sarcini.

Referitor la cerința privind „declarația de la producător” la care contestatoarea face referire, autoritatea contractantă susține că prin cap. VI.4. „Capacitatea tehnică și sau profesională”, punctul b), a solicitat „autorizația de

livrare sau document de parteneriat cu producătorul sau împuternicire, în original sau copie legalizată”, aceasta referindu-se la documentele de parteneriat cu producătorul cartușe toner în vederea livrării și comercializării produselor sale și nicidecum la vreun document din partea producătorului echipamentului pe care urmează a fi instalat consumabilul.

Punctul de vedere al Consiliului Concurenței cu nr. ■/13.04.2006, prin paragrafele 9 (c) și 10, face referire la eventuale documente solicitate de autoritatea contractantă unui „...ofertant de consumabile pentru un anumit echipament de a prezenta un certificat de echivalență emis de producătorul echipamentului...” pe care urmează a fi instalat/folosit consumabilul în cauză, lucru ce nu este solicitat de ■.

Referitor la cerințele Cap. III „Condiții specifice acordului cadru”, punctul III.1.2 „Clauze contractuale obligatorii”, punctul 3, din fișa de date a achiziției, precum și la solicitările de la Cap. III „Cerințe tehnice”, punctul 4, din caietul de sarcini, autoritatea contractantă susține că a solicitat ca: „ Produsele vor fi marcate și sigilate individual de către firma producătoare și vor avea în mod obligatoriu înscrise prin procesul de fabricație:

- i. pe produs-marca și codul produsului;
- ii. pe ambalaj-marca, codul produsului, sigiliul original de către producător, țara de origine, unitatea de măsură și termenul de valabilitate;
- iii. Sistemul de sigurață trebuie să nu permită resigilarea în formă originală;
- iv. Descrierea produsului, de preferat în limba română și în alte limbi de circulație internațională;
- v. Cutia va fi sigilată de firma producătoare cu timbru pentru a conferi autenticitatea produsului față de firma producătoare;
- vi. Produsele vor fi noi și de ultimă generație...”.

Autoritatea contractantă menționează că, a aplicat prevederile art. 35 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, pentru că solicitările reprezintă specificații tehnice ce definesc o cerință privind „metode de testare, ambalare, etichetare, marcare și instrucțiuni de utilizare a produsului”, iar inscripționarea este o metodă de marcare. Această cerință prezintă relevanță în raport cu obiectul contractului și trebuie privită în corelație cu celelalte cerințe, inclusiv cu faptul că produsele ce urmează a fi achiziționate trebuie să fie noi și de ultimă generație și nu se acceptă produse reîncărcate, remanufacturate.

Autoritatea contractantă arată că, efectul acestei cerințe nu este de a crea piedici nejustificate în calea operatorului economic, ci de a evita achiziția de produse necorespunzătoare, contrafăcute, cu nivele calitative și de performanță reduse. Legea nr. 296/2004, OG nr. 21/1992, Legea nr. 608/2001, OU nr. 71/2003, Legea nr. 245/2004 și HG nr. 1002/2002, care sunt invocate în cuprinsul contestației, reglementează modul în care se pot comercializa diferite bunuri și nu pot impune autorității contractante să achiziționeze produse care sunt de nivele calitative și de performanță reduse, reîncărcate, remanufacturate sau recondiționate. Îngăduirea ca produsele furnizate să aibă posibilitatea de a fi etichetate sau inscripționate ulterior, ar duce la încurajarea de practici de contrafacere a produselor, de falsificare a lor și ar fi în imposibilitatea de a

putea verifica și stabili proveniența reală a produsului, lucru care nu se dorește în niciun fel.

Față de cele menționate în cuprinsul contestației, autoritatea contractantă consideră că, contestatoarea „este mai mult interesată să-și impună produsele remanufacturate prin contestații și enunțarea a tot felul de legi, articole și paragrafe”, drept consecință solciită Consiliului respingerea contestației ca fiind „nefondată”.

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

■, în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura, cerere de oferte, pentru încheierea unui acord-cadru cu un singur ofertant, fără reluarea competiției, pe o durată de 9 luni, având ca obiect „Cartușe toner imprimante Hp P3005 DN”, cod CPV 30125100-2, publicând în SEAP invitația de participare nr. ■/15.07.2009 și stabilind data depunerii ofertelor la 22.07.2009. Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, respectiv de cerințele cap. III (punctele 2, 3) și cap. VII (punctul 5) din fișa de date a achiziției și ale cap. III din caietul de sarcini (punctele 3 și 4), SC ■ SRL a înaintat contestația de față împotriva refuzului autorității contractante (cuprins în adresa nr. 6535/17.07.2009) de a modifica cerințele pe care le consideră restrictive.

Asupra situației de fapt expuse, Consiliul reține că autoarea contestației, anterior cererii de față, s-a adresat autorității contractante (prin adresa nr. ■ din 16.07.2009) cu solicitarea de a elimina/completa cerințele din documentația de atribuire, privind produsele ce fac obiectul achiziției: „...nu se acceptă cartușe compatibile (de tip „for use”), reîncărcate, recondiționate, reciclate sau remanufacturate...”; „Produsele vor fi obligatoriu originale (OEM) sau echivalente. Produsele vor fi în mod obligatoriu noi”, „declarație în original de la producător sau de la reprezentantul acestuia în România...” și „...vor avea în mod obligatoriu înscrise prin procesul de fabricație ...codul produsului...”, fără ca această cerere să fie acceptată.

În aprecierea asupra modului de individualizare a specificațiilor tehnice care să conducă la caracterizarea produselor conform necesităților autorității contractante, Consiliul apreciază întemeiate în parte criticile contestatoarei. În cauză, asupra echivalenței produselor acceptate de autoritatea contractantă, în concordanță cu obligația de a respecta prevederile art. 35 și 38 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, este de utilitate înțelegerea concordantă de către părți a termenilor utilizați în documentația de atribuire (ce trebuie să fie clară și explicită, conform alin. (1) al art. 33 din ordonanța de urgență).

Acceptarea de către autoritatea contractantă a produselor echivalente este explicită (conform pct. 2) al cap. III din fișa de date a achiziției și punctului 3) din caietul de sarcini). Cu toate acestea, neacceptarea de produse remanufacturate, asupra cărui termen părțile au înțelesuri diferite (prin analogie cu acceptarea/neacceptarea doar a produselor noi), a determinat formularea contestației. În accețiunea contestatoarei (explicit expusă în contestație), produsele remanufacturate sunt produse noi, fără utilizare anterioară. Consiliul constată că acest aspect, așa cum a explicat și autoritatea contractantă în adresa sa nr. ■/2009, concordă și cu opinia părții potrivnice, ceea ce determină lipsa unui motiv de contestare a specificației tehnice în cauză. De altfel, în considerarea acestui aspect, Consiliul apreciază că prevederea de către

autoritatea contractantă, în mod independent, a condiției ca produsele achiziționate să fie noi, nu este contrară dispozițiilor alin. (5) al art. 35 din OUG nr. 34/2006 și nici înțelesului comun dat de părți termenului de remanufacturare.

De asemenea, cu referire la obligativitatea prezentării declarației emanând de la producător cu privire la faptul că produsul oferit este nou și nefolosit anterior, Consiliul constată că părțile au poziții concordante. Pe de o parte, se ia act de faptul că autoritatea contractantă, prin caietul de sarcini, făcea referire la faptul că declarația va putea fi verificată la „producătorul echipamentelor”, ceea ce a îndreptățit-o pe contestatoare să creadă că în cauză va fi implicat producătorul echipamentelor pentru care sunt destinate tonerele. Or, negarea de către autoritatea contractantă a acestei asocieri (conform adresei nr. ■/2009), ar fi trebuit să conducă, implicit, la acceptarea observației și la modificarea documentației.

Refuzul autorității contractante de a accepta modificarea cerinței, cu consecința menținerii unei informații caracterizate de ambiguitate, este apreciată de Consiliu ca fiind contrară dispozițiilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Cu toate acestea, cererea contestatoarei ca declarația în cauză să fie substituită de o declarație de compatibilitate este lipsită de temei, prevederile art. 188 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006 fiind concordante cu o declarație de conformitate a produsului emisă de furnizor/producător.

În ceea ce privește cerința de marcare individuală a produselor (prin inscripționare), Consiliul apreciază că refuzul autorității contractante de a accepta și alte metode de siguranță în recunoașterea producătorului/calității acestora este nejustificat. Pe de o parte, înscrierea codului produsului nu garantează faptul că un produs anume nu este contrafăcut sau de nivel calitativ inferior celui vizat.

Pe de altă parte, Legea nr. 296/2004(r1) - privind Codul consumului, prevede :

« Art. 47. - Informarea consumatorilor despre produsele și serviciile oferite se realizează, în mod obligatoriu, prin elemente de identificare și caracterizare ale acestora, înscrise la vedere, în mod vizibil, lizibil și ușor de înțeles, după caz, pe produs, etichetă, ambalaj de vânzare sau în cartea tehnică, instrucțiunile de folosire ori altele asemenea, ce însoțesc produsul sau serviciul, în funcție de natura acestuia.

... Art. 49. - Scopul etichetării este de a oferi consumatorilor informațiile necesare, suficiente, verificabile și ușor de comparat, astfel încât să permită acestora să aleagă acel produs care corespunde exigențelor lor din punct de vedere al nevoilor și posibilităților lor financiare, precum și de a cunoaște eventualele riscuri la care ar putea fi supuși. »

Prin urmare, cerința autorității contractante privind etichetarea nu poate îngreuna participarea în procedura de atribuire acelor operatori economici ce au ales o altă metodă de identificare a producătorului decât cea a inscripționării/marcării produsului.

Pentru aceste motive, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările

ulterioare, Consiliul admite contestația în parte și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în maxim 15 zile de la primirea deciziei, după modificarea documentației de atribuire și implicit a adresei de clarificări atacate. În acest sens, autoritatea contractantă va elimina expresia „producătorul echipamentelor”, înlocuind-o cu termenul „producător” din conținutul expresiei „...dreptul de a verifica această declarație la producătorul echipamentelor”, conținută atât de fișa de date cât și de caietul de sarcini.

De asemenea, în cuprinsul aceluiași documente, autoritatea contractantă fie va elimina cerința înscrierii pe produs a mărcii și codului produsului, fie va include termenul „sau” între condiția „pe produs-marca și codul produsului” și condiția „pe ambalaj-marca, codul produsului, ...”.

Modificările aduse documentației de atribuire vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați de îndată, la momentul reluării procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET



MEMBRU COMPLET



MEMBRU COMPLET

