

DECIZIE
BO2010_0757
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/12.01.2010, înregistrată la CNSC cu nr. ■/12.01.2010, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, CUI ■, împotriva documentatiei de atribuire emisa de Tribunalul ■, cu sediul in ■, în calitate de autoritate contractantă, in cadrul procedurii de cerere de oferte, derulata pentru atribuirea contractului de furnizare „cartuse pentru imprimante si copiatoare”, cod CPV 30125100-2, contestatoarea a solicitat obligarea autoritatii contractante la modificarea cerintei pct. II.1 al caietului de sarcini - „toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale; nu sunt admise consumabile reumplute sau compatibile” prin reformularea acesteia - “toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale sau echivalente [...]”.

Prin contestatia nr. ■/22.01.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/22.01.2010, depusa de SC ■ SA, in contradictoriu cu Tribunalul ■, impotriva rezultatului aceleiasi proceduri de atribuire, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii, obligarea autoritatii contractante la declararea ofertei sale conforma si castigatoare si suspendarea procedurii de atribuire pana la solutionarea cauzei.

Pentru soluționarea contestațiilor, având in vedere că acestea au fost formulate in cadrul aceleiași proceduri, Consiliul a procedat la conexasia lor, in conformitate cu dispozițiile art. 273 al. 1 din OUG 34/2006.

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

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În baza art. 278 al. 2 si 6 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea 337/2006, admite in parte contestațiile nr. ■/12.01.2010, depusa de SC ■ SRL si nr. ■/22.01.2010, depusa de SC ■ SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă Tribunalul ■, si anuleaza documentatia de atribuire, raportul procedurii nr. ■ din 19.01.2010, adresele de comunicare a rezultatului procedurii, precum si procedura contestata.

Capatul de cerere de obligare a autoritatii contractante la modificarea documentatiei de atribuire din contestatia depusa de SC ■ SRL se respinge, ca ramas fara obiect.

Capetele de cerere din contestatia depusa de SC ■ SA de obligare a autoritatii contractante la declararea ofertei depusa de SC ■ SA conforma si castigatoare, ca si cel suspendare a procedurii se resping, ca inadmisibile.

Prezenta decizie este executorie si obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 1 si 3 din OUG 34/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plangere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 al. 1 lit. a din OUG 34/2006, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. ■/12.01.2010, SC ■ SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă Tribunalul ■, a solicitat obligarea autoritatii contractante la modificarea cerintei pct. II.1 al caietului de sarcini - „toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale; nu sunt admise consumabile reumplute sau compatibile” prin reformularea acesteia - “toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale sau echivalente [...] pe motiv ca, prin modul in care a fost impusa cerinta, fara a fi insotita de mentiunea “sau echivalent” contravine dispozitiilor art. 35 si 38 din OUG 34/2006 si celor ale art. 23 din Directiva 18/CE/2004.

Prin contestatia nr. ■/22.01.2010, SC ■ SA, in contradictoriu cu Tribunalul ■, a solicitat anulara rezultatului procedurii, obligarea autoritatii contractante la declararea ofertei sale conforma si castigatoare si suspendarea procedurii de atribuire pana la solutionarea cauzei pe considerentul ca oferta sa a fost declarata in mod nelegal neconforma, produsele sale comercializate sub marca „Sky Print” sunt testate de producator si sunt echivalente cu produsele originale (OEM).

Se precizeaza ca, la solicitarea sa de echivalare a produselor „■” cu produsele originale (OEM), laboratorul de testare independent „■” i-a comunicat ca nu poate face o astfel de echivalare din lipsa unui standard international aplicabil in cauza.

In drept, au fost invocate dispozitiile art. 35, 36, 38, 250 si urmatoarele din OUG 34/2006, HG 925/2006, Directiva 18/CE/2004.

În probațiune, au fost depuse, în xerocopie: Decizia Consiliului nr. ■/22.12.2009, adresa de comunicare a rezultatului procedurii și confirmarea fax de transmitere a contestației autorității contractante.

Prin punctul său de vedere referitor la cele două contestații, înaintat Consiliului sub nr. ■/27.02.2010, autoritatea contractantă susține că, în condițiile în care ea nu deține competența de stabilire a gradului de compatibilitate ale componentelor neoriginale (produse echivalente) cu cele originale, iar legislația în materia achizițiilor publice nu definește termenul de „produs echivalent”, prezentarea oricărui alt produs, diferit de cele originale, reprezintă oferta alternativă care nu putea fi admisă, astfel după cum s-a precizat prin pct. B1.5 al fișei de date a achiziției.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare „cartuse pentru imprimante și copiatoare”, a fost inițiată de Tribunalul Constanța prin invitația de participare nr. ■ publicată în SEAP la ■.01.2010, data limită de depunere a ofertelor fiind 14.01.2010, ora 10.00. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Specificatiile tehnice au fost definite în caietul de sarcini de maniera: „cartridge pentru imprimanta Lexmark T642 - 0064016HE”, „toner pentru copiator Minolta Di 2510 - MT 205B” etc., cu mențiunea: „toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale; nu sunt admise consumabile reumplute sau compatibile”.

Prin raportul procedurii nr. ■ din 19.01.2010, oferta depusă de SC ■ SA a fost respinsă ca neconformă pe motivul că aceasta nu respecta cerința pct. II din caietul de sarcini, fiind oferite „produse echivalente”.

Având a se pronunța asupra celor două contestații, Consiliul va ține cont de dispozițiile art. 35 al. 2 din ordonanța de urgență privind achizițiile publice, potrivit cu care specificațiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini urmăresc descrierea în mod obiectiv a produsului care se dorește a fi achiziționat, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, 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 contractante [art. 3 al. 1 lit. a și art. 4 al. 3 lit. a din HG 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a

contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare]. Cenzurarea sau modificarea performanțelor ori caracteristicilor tehnice impuse de autoritate pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 35 al. 5 - "specificațiile tehnice 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" - și cea a art. 38 din ordonanță - "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", texte invocate de autoarele contestațiilor în analiză, pentru eliminarea condiției neacceptării de către autoritatea contractantă a consumabilelor echivalente, cele două petente intelegand prin expresia „sau echivalent” produsele reumplute, reciclate sau remanufacturate.

Dreptul autorităților contractante de a achiziționa numai produse noi și performante calitativ nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 35 al. 5 și 38 din ordonanța care reglementează achizițiile publice, susținut de autoarele contestațiilor. Opțiunea anumitor instituții (Comisia Europeană etc.) de a achiziționa și utiliza produse remanufacturate sau reciclate ține de necesitățile particulare ale acestora și nu poate constitui temei pentru obligarea altor autorități contractante de a achiziționa astfel de produse. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 al. 2 lit. e din ordonanța de urgență, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele *lato sensu* solicitate a fi îndeplinite.

În analiza cererii SC ■ SRL de obligare a autorității contractante la modificarea cerinței pct. II.1 al caietului de sarcini - „toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale; nu sunt admise consumabile reumplute sau compatibile” prin reformularea acesteia - “toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale sau echivalente; *nu sunt admise consumabile reumplute sau compatibile*”, Consiliul se va raporta la dispozițiile art. 38 al. 2 din OUG 34/2006 – “prin derogare de la prevederile al. 1, se admite o astfel de indicație, dar numai în mod excepțional, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 și numai însoțită de mențiunea *sau echivalent*” și la cele ale Directivei 2004/18/CE a

Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, expunerea introductivă, pct. 29 – “pentru a demonstra echivalența, ofertanții trebuie să poată utiliza orice mijloc de probă; autoritățile contractante *trebuie să poată motiva orice decizie conform căreia nu există o echivalență într-un caz dat*” și art. 23 al. 4 – “în cazul în care se folosesc de posibilitatea de a face trimitere la specificațiile prevăzute la al. 3 lit. a, autoritățile contractante nu pot respinge o ofertă pe motiv că produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile la care au făcut trimitere, dacă ofertantul dovedește în oferta sa, într-un mod care să răspundă cerințelor autorității contractante, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile pe care le propune *îndeplinesc în mod echivalent cerințele definite în specificațiile tehnice. Prin mijloc adecvat se poate înțelege un dosar tehnic emis de producător sau un raport de testare emis de un organism recunoscut*”.

Totodată, se vor avea în vedere definițiile date de Dex – <http://www.vocabular.ro/> cuvintelor: *original* – “care constituie forma de origine; produs pentru prima oară; servind drept bază pentru copii, reproduceri sau multiplicări”; *echivalent* - care are aceeași valoare, același efect, aceeași semnificație sau același sens cu altceva; mărime, număr etc. care caracterizează egalitatea sau echivalența, dintr-un anumit punct de vedere, a două efecte sau a două acțiuni”; *compatibil* - care se poate împăca cu altceva, care poate sta împreună sau poate exista simultan cu altceva; corespunzător, potrivit”.

Astfel fiind, autoritatea contractantă prin definirea specificațiilor tehnice sub forma „cartridge pentru imprimanta Lexmark T642 - 0064016HE”, „toner pentru copiator Minolta Di 2510 - MT 205B” etc., însoțite de condiția “toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale” a încălcat dispozițiile art. 38 al. 2 din OUG 34/2006 și pe cele ale art. 23 al. 4 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, fapt pentru care cererea SC ■ SRL de obligare a autorității contractante la modificarea caietului de sarcini în sensul completării cu mențiunea „sau echivalente” a cerinței ca “toate consumabilele din loturile 1 și 2 vor fi originale” este întemeiată, o astfel de completare nefiind de natura a conduce la înțelesul că produsele remanufacturate/reciclate se identifică cu produsele noi (care au în componență elemente ce au mai fost folosite anterior) chiar dacă respectivele consumabile sunt/pot fi compatibile cu echipamentele în cadrul cărora urmează a fi utilizate, mențiunea „sau echivalent” fiind

de natura a defini produse noi, cu performante comparabile cu cele ale celor originale.

Analizand cererile de anulare a rezultatului procedurii si de obligare a autoritatii contractante la declararea ofertei sale conforma si castigatoare formulata de SC ■ SA, Consiliul constata ca autoarea contestatiei, asa cum rezulta din certificatul de garantie totala nr. ■/11.01.2010 eliberat de SC ■ SRL, a oferat in cadrul procedurii produse comercializate sub marca „■”, reciclate/remanufacturate, considerate de catre societatea eliberatoare a certificatului ca fiind „echivalente in sensul OUG 34/2006”, nerespectand cerinta documentatiei de atribuire ca toate consumabilele din loturile 1 și 2 sa fie originale, caz in care, prin raportare la dispozitiile art. 170 din OUG 34/2006 – “ofertantul are obligatia de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentatia de atribuire”, oferta petentei a fost in mod corect considerata neconforma, aceasta intrand in categoria celor prevazute de dispozitiile art. 36 al. 2 lit. a din HG 925/2006 – “oferta este considerata neconformă în următoarele situatii: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

In adresa nr. ■/27.07.2009, ANRMAP a comunicat companiei SC ■ SRL: “referitor la <atestare produs echivalent> semnata de ■ SRL, face, urmatoarele mentiuni: [...] ANRMAP nu emite atestari tehnice produse [...]; legea da dreptul autoritatilor contractante de a solicita confirmari ale institutiilor abilitate sa emita anumite certificari, atestari, daca considera necesar; atasam, in copie, continutul adreselor transmise de noi la solicitarea ■, care au fost mentionate neintemeiat in atestarea “produs echivalent”.

Astfel fiind, Consiliul determina ca fiind lipsite de relevantă verificările tehnice și controlul calității la care sunt supuse produsele remanufacturate (care includ cartușe/tonere refozosite), în condițiile în care autoritatea contractantă nu are obligația de a achiziționa astfel de produse (care, după cum s-a arătat, nu sunt conforme cu necesitățile autorității).

Lipsit de relevanță în speță este și Punctul de vedere nr. ■/13.04.2006 al Consiliului Concurenței, privind unele aspecte sesizate în cazul procedurilor de achiziții publice pentru aprovizionarea cu consumabile pentru echipamente de birou, disponibil pe site-ul Consiliului Concurenței www.competition.ro, deoarece se referă la "practica autorităților contractante de a solicita ofertanților non-OEM sa prezinte certificate de compatibilitate emise de către producătorii echipamentelor" (pct. 10).

Intrucat, autoritatea contractanta a definit specificațiile tehnice prin indicarea unei anumite origini, marci de fabricatie si de comerț,

fara ca astfel de specificatii sa fie insotite de mentiunea "sau echivalent" si fara a-si motiva in vreun fel decizia sa de a nu completa specificatiile tehnice cu mentiunea respectiva din care sa rezulte fara echivoc faptul ca nu există o echivalență pentru produsele pe care doreste sa le achizitioneze, Consiliul, in baza dispozitiilor art. 278 al. 2 si 6 din OUG 34/2006, va admite in parte contestațiile nr. ■ din 12.01.2010, depusa de SC ■ SRL si nr. ■ din 22.01.2010, depusa de SC ■ SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă Tribunalul Constanta, si va anula documentatia de atribuire, raportul procedurii nr. ■/19.01.2010, adresele de comunicare a rezultatului procedurii, precum si procedura contestata, incalcarea normelor art. 38 al. 2 din OUG 34/2006 referitoare la *elaborarea documentatiei de atribuire*, neputand a fi remediată ulterior depunerii si evaluarii ofertelor fără încălcarea principiilor consacrate de dispozitiile art. 2 din OUG 34/2006.

Urmare a anularii procedurii de atribuire, capatul de cerere de obligare a autoritatii contractante la modificarea documentatiei de atribuire din contestatia depusa de SC ■ SRL se va respinge, ca ramas fara obiect.

Capatul de cerere din contestatia depusa de SC ■ SA de obligare a autoritatii contractante la declararea ofertei depusa de SC ■ SA conforma si castigatoare se va respinge ca inadmisibil, prin dispozitiile art. 200 din OUG 34/2006 si cele ale art. 81-82 din HG 925/2006, competenta de stabilire a ofertelor admisibile si castiga-toare fiind a autoritatii contractante.

Ca inadmisibil va fi respins si capatul de cere de suspendare a procedurii din aceeasi contestatie, prin normele art. 277 al. 3 din OUG 34/2006 fiind expres reglementat ca „in cazul primirii unei contestații de către Consiliu și de către autoritatea contractantă, pentru care nu s-a luat act de renunțare conform prevederilor al. 2, autoritatea contractantă nu are dreptul de a încheia contractul până la data expirării termenului prevăzut la art. 281 al. 1”.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată in patru exemplare, conține 7 (șapte) file