

DECIZIE
BO2012_0298
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/10.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/11.05.2012, înaintată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înmatriculată la ORC sub nr. ■, având CUI ■, reprezentată legal prin ■ – Director, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire ce i-a fost comunicat în 07.05.2012, prin adresa nr. ■/05.05.2012, emis de ■ SA, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Traductoare de măsurare curent”, cod CPV 31711120-0 – *Traductoare (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului anularea actului atacat și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite contestația și obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. ■/05.05.2012 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 5 zile de la primirea deciziei prezente, prin reevaluarea ofertei autoarei contestației, conform celor reținute în motivarea ce urmează.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. (3) din OUG 34/2006, aprobată prin Legea 337/2006, 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:
SC ■ SRL a înaintat contestația nr. ■/10.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/11.05.2012, prin care atacă rezultatul procedurii de atribuire ce i-a fost comunicat în 07.05.2012 prin adresa nr. ■/05.05.2012, emis de ■ SA, potrivit căruia oferta sa a fost declarată neconformă, decizie pe care o consideră nelegală.

În opinia contestatoarei, prin numeroasele solicitări de clarificări, autoritatea contractantă nu a încercat decât să înlăture oferta sa din procedură prin declararea neconformității.

Astfel, contestatoarea arată că, prin adresa nr. ■/22.03.2012, autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea unei declarații sau a unei autorizări din partea producătorului „din care sa reiasă faptul ca societatea dvs. este autorizată de producător să comercializeze produsele ofertate”. Tot în această adresă se mai face mențiunea ca acest document să fie semnat de către Dl. ■, în calitate de reprezentant vânzări al firmei producătoare.

Ca urmare a acestei ultime solicitări, autoarea contestației precizează că a atașat răspunsului său lista de formulări restrictive cuprinsă în Ordinul nr. 509/2011 – pag. 25, precum și Notificarea din iunie 2011 postată pe site-ul oficial al ANRMAP, atrăgând totodată atenția autorității contractante asupra faptului că această solicitare este nejustificată și abuzivă și nici măcar nu a fost inclusă în documentația de atribuire.

Mai mult, autoarea contestației precizează că, prin adresa nr. ■/29.03.2012, autoritatea contractantă a revenit cu aceeași cerere, prin care recunoaște că acest document (declarația sau autorizația producătorului) „nu a fost solicitat în cadrul secțiunii din fișa de date a achiziției *Capacitatea tehnică și/sau profesională* ca și cerință de calificare”.

În acest context, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a favorizat operatorul economic SC ■ SRL (reprezentantul autorizat al producătorului), declarând drept câștigătoare oferta cu prețul cel mai mare.

Pe de altă parte, autoarea contestației precizează că, înainte de depunerea ofertelor, văzând că nu primește oferta de la SC ■ SRL, a transmis mai multe cereri de ofertă către diverși distribuitori ai producătorului ■. Astfel, contestatoarea arată că a primit ofertă de la principalul distribuitor al producătorului - ■ din SUA, ofertă ce i-a fost retrasă după 4 zile, cu mențiunea acestuia că nu va accepta o eventuală comandă.

În plus, contestatoarea arată că nu înțelege ce relevanță are faptul că Dl. ■ nu este angajatul producătorului, într-o procedură de achiziție publică, în analizarea unor oferte ce au prețul cu mult mai mic decât cel ofertat de reprezentantul producătorului.

Totodată, contestatoarea menționează că, într-o situație asemănătoare, când producătorul a ales să-și protejeze unul din distribuitori (cel din România) în detrimentul altuia (din una din țările membre UE), a depus plângere către Consiliul Concurenței, plângere ce a fost acceptată și în prezent se află în stadiu de investigare.

Pentru motivarea în drept a cererii de anulare a rezultatului procedurii, contestatoarea invocă dispozițiile art. 2 al. (2) lit. c) din OUG 34/2006.

Prin adresa nr. ■/10.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/11.05.2012, SC ■ SRL a transmis Consiliului, în completarea contestației, informații suplimentare referitoare la confirmarea, de către distribuitor, a compatibilității produselor oferite cu analizatoarele de energie electrică ■.

Prin adresa nr. ■/16.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/17.05.2012, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Față de criticile formulate în contestație, autoritatea contractantă arată că solicitarea privind completarea documentelor lipsă sau cea de clarificare a conținutului ofertelor, precum și solicitarea de clarificare privind cantitatea de produse formulată de contestatoare au făcut parte din procesul firesc de evaluare a ofertelor și nu au adus atingere în niciun fel intereselor contestatoarei.

În ceea ce privește motivul care a condus la declararea ca neconformă a ofertei depuse de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că acesta constă în faptul că SC ■ SRL nu a depus (la solicitarea autorității contractante) documentele în vederea stabilirii autenticității celor declarate în formularul privind detaliile de producător.

Menționând că prin caietul de sarcini s-a solicitat ofertanților să prezinte tabelul privind detaliile de producător, conținând informații necesare în vederea evaluării conformității propunerilor tehnice cu cerințele caietului de sarcini, sub rezerva dreptului de a solicita orice document edificator în acest sens (conform mențiunii înscrise în subsolul „Tabelului detalii producător” la pct. 3), autoritatea contractantă precizează că autoarea contestației a prezentat în cadrul ofertei tabelul solicitat, în care aceasta consemnează că deține „Declarație sau autorizație” din partea producătorului. La rubrica privind numele semnatarului se menționează că acesta este ■, poziția acestuia în compania producătoare fiind aceea de reprezentant vânzări. La completarea „Tabelului detalii producător”, contestatoarea a omis să preia și mențiunea referitoare la dreptul autorității contractante de a solicita documente edificatoare.

Procedând la verificarea informațiilor furnizate de contestatoare prin „Tabelul detalii producător”, autoritatea contractantă arată că i-a solicitat acesteia, prin adresa nr. ■/22.03.2012, să depună declarația sau autorizația producătorului menționată la punctul 7 din tabel, semnată de persoana nominalizată în cadrul acestuia. Ca răspuns, contestatoarea și-a exprimat refuzul de a prezenta

documentul solicitat, arătând că solicitarea este abuzivă și nejustificată, în contextul în care acest document nu a fost solicitat prin fișa de date a achiziției și prin caietul de sarcini. Totodată, contestatoarea arată că, potrivit notificării ANRMAP, autorizația de comercializare nu poate fi solicitată ca document de calificare pentru ofertant.

Întrucât nici în urma unei noi solicitări (adresa nr. ■/29.03.2012), contestatoarea nu a transmis documentul cerut, autoritatea contractantă precizează că a solicitat clarificări producătorului ■ GmbH (prin e-mail în 19.04.2012). Potrivit răspunsului acestui operator economic (recepționat prin e-mail în 02.05.2012), SC ■ SRL nu beneficiază de suportul lui în vederea comercializării produselor care fac obiectul procedurii de achiziție în discuție și nu este autorizată să folosească numele mărcii.

Concluzionând că datele furnizate de contestatoare prin „Tabelul detalii producător” nu sunt reale, autoritatea contractantă arată că decizia comisiei de evaluare a fost aceea de a declara neconformă oferta contestatoarei în temeiul dispozițiilor art. 79 al. (1) din HG nr. 925/2006 și de a o respinge.

De altfel, autoritatea contractantă menționează că însăși contestatoarea recunoaște că i-a fost retrasă susținerea de la principalul distribuitor al producătorului ■, fapt ce o aduce în imposibilitatea îndeplinirii obligațiilor conform ofertei depuse (termen de livrare, termen de garanție, etc.).

În opinia autorității contractante, eventualele neînțelegeri dintre producători, respectiv distribuitori și ofertanții la o procedură de achiziție, precum și politica de comercializare a producătorilor /distribuitorilor de produse, sunt chestiuni care nu o privesc, competența în soluționarea unor astfel de aspecte aparținând altor instituții.

În replică, prin adresa nr. ■/23.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/23.05.2012, SC ■ SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație.

În plus, contestatoarea susține că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a afirmat că documentul pentru a cărui lipsă i-a respins oferta este *documentul în vederea stabilirii autenticității celor declarate*, fiind același cu „declarația sau autorizația producătorului” (așa cum îl numește în adresele nr. ■/22.03.2012, respectiv nr. ■/29.03.2012), ori cu „autorizația de comercializare a producătorului” (numit în comunicarea rezultatului procedurii nr. ■/05.05.2012).

În opinia contestatoarei, pentru a evalua conformitatea propunerii tehnice a ofertanților cu cerințele din caietul de sarcini, așa cum

motivează autoritatea contractantă, era de ajuns să se solicite prin caietul de sarcini ca produsele să fie însoțite la livrare de certificate de calitate și conformitate emise de producător. Acest document oricum este inutil pentru că nu îi garantează autorității contractante faptul că după semnarea contractului produsele vor fi achiziționate direct de la producător.

În aceste condiții, contestatoarea susține că oferta sa a fost declarată neconformă în mod abuziv, fiind suficientă susținerea unuia din distribuitorii autorizați ai producătorului, însă acest fapt ar putea fi cu greu controlat de producător, dar nu imposibil (având în vedere numărul mare de societăți din rețeaua de distribuție a producătorului ■ din întreaga lume).

Prin adresa nr. ■/16.05.2012 SC ■ SRL a transmis Consiliului un punct de vedere la adresa nr. ■/11.05.2012 a autorității contractante, referitoare la contestația de față. Prin adresa nr. ■/21.05.2012, aceasta precizează că demersul său nu reprezintă o cerere de intervenție în sensul dispozițiilor art. 49 și următoarele din Codul de procedură civilă, ci doar opinia sa cu privire la contestația în cauză urmare, a menționării în cuprinsul acesteia a numelui său.

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

Pentru atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Traductoare de măsurare curent”, cod CPV 31711120-0 – *Transductoare (Rev.2)*, ■ SA (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. ■ din ■.02.2012.

Cu ocazia deschiderii celor trei oferte depuse, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. ■/02.03.2012, consemnând rezultatul evaluării acestora în raportul procedurii nr. ■/05.05.2012.

Împotriva acestui rezultat, ce i-a fost comunicat în 07.05.2012 prin adresa nr. ■/05.05.2012 (potrivit căruia oferta sa a fost declarată neconformă), SC ■ SRL a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând revizuirea lui.

Criticile autoarei contestației împotriva respingerii de către autoritatea contractantă a ofertei sale, ca neconformă, sunt considerate de Consiliu întemeiate.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere, pe de o parte, dreptul/obligația autorității contractante de a solicita clarificări participanților la procedură și obligația acestora din urmă de a răspunde acestor solicitări. Pe de altă parte, a fost avut în vedere conținutul documentației de atribuire, al acestor solicitări, precum și al răspunsurilor la acestea, respectiv conduita autorității

contractante în procesul de evaluare a ofertelor, raportat la dispozițiile legale în materia achizițiilor publice.

Astfel, Consiliul constată că, prin adresa nr. ■/22.03.2012 autoritatea contractantă a solicitat depunerea autorizației producătorului, menționată la pct. 7 privind detaliile producătorului ■ GmbH, semnată de ■, în calitate de reprezentant vânzări al firmei producătoare, din care să rezulte calitatea sa de persoană autorizată de producător să comercializeze aceste produse.

Drept răspuns la această solicitare, prin corespondența sa, autoarea contestației subliniază caracterul excesiv și nelegal al cererii, prin documentația de atribuire nefiind solicitat un astfel de document.

Ca prim aspect, Consiliul reține că în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă nu a precizat necesitatea prezentării unui astfel de document. Plecând de la obligația participanților la procedura de atribuire de întocmire a ofertelor cu respectarea cerințelor documentației de atribuire (dispoziție expresă a art. 170 din OUG 34/2006), Consiliul constată că solicitarea autorității contractante contravine, în primul rând propriilor reguli stabilite în documentația de atribuire.

Este adevărat că prin caietul de sarcini autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul de a solicita orice document edificator pe care l-ar putea considera necesar în evaluarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu cerințele din caietul de sarcini, dar autorizarea de comercializare a unui operator economic din partea producătorului unui produs nu este condiție de conformitate a produsului respectiv.

Potrivit caietului de sarcini, participanții la procedura de atribuire aveau obligația prezentării detaliilor legate de producătorul produselor ce se doresc a fi achiziționate, sens în care trebuia prezentate și informații cu privire la persoana de contact din compania producătoare.

Prin urmare, Consiliul constată că autoarea contestației a îndeplinit cerința caietului de sarcini, așa cum a fost solicitată menționând drept producător ■ GmbH, iar la pct. 7 fiind menționat ■ având calitatea de reprezentant vânzări.

Consiliul constată eroarea în care se află autoritatea contractantă atunci când insistată să obțină o autorizație de comercializare din partea producătorului produselor, reprezentatul de vânzări amintit putând fi angajatul oricărui distribuitor de asemenea produse. Este lipsită de relevanță pentru desfășurarea procedurii de atribuire existența unei asemenea autorizații, conduita autorității contractante fiind contrară principiilor și scopului legislației în materia achizițiilor publice stabilit la art. 2 al. (1) din OUG 34/2006.

Faptul că autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul de a solicita *orice document edificator pe care-l consideră necesar în scopul evaluării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu cerințele din caietul de sarcini* nu-i conferă acesteia dreptul ca, prin clarificări, să solicite, ulterior ofertării, documente care, la data publicării documentației de atribuire, nu ar fi avut dreptul să le impună ofertanților prin aceasta.

Prezentarea unui asemenea document nu poate fi o condiție de conformitate a produsului, dispozițiile art. 35 din OUG 34/2006 prevăzând expres la al. (1) conținutul caietului de sarcini: (...) *conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice, precum și ceea ce reprezintă specificațiile tehnice: reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.*

De altfel, nici din documentele emise de autoritatea contractantă în timpul procesului de evaluare a ofertelor, și nici din punctul de vedere la contestație nu rezultă scopul demersurilor sale, respectiv *stabilirea veridicității datelor furnizate*. Din solicitările de clarificări adresate de autoritatea contractantă nu rezultă dorința sa de a clarifica anumite contradicții constatate, în fapt, la oferta celui de al treilea participant la procedura de atribuire (pe lângă autoarea contestației și ofertantul declarat câștigător) și nu în oferta contestatoarei. În realitate, din dorința de a clarifica anumite aspecte ale unei alte oferte, autoritatea contractantă ajunge la a solicita expres contestatoarei autorizația de comercializare din partea producătorului produselor, semnată de o anumită persoană, respectiv de ■.

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă a avut o conduită ce excede legislației în materia achizițiilor publice, prin insistența prin care a solicitat prezentarea unui acord direct cu producătorul produselor, încercând să înlăture, în mod artificial, participarea operatorilor economici care nu au raporturi directe cu respectivul producător, contrar principiilor care stau la baza achizițiilor publice stipulate la art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, respectiv a tratamentului egal și al nediscriminării. O asemenea conduită contravine dispozițiilor legale în materie, asigurarea elementului concurențial fiind unul din scopurile principale ale acesteia.

De asemenea, prin această conduită se neagă posibilitatea concretă ca pe lanțul de comercializare a produselor, ultimul distribuitor (vânzător) să substituie în tot producătorul original al acestora, conform dispozițiilor Legii 449/2003.

Această apreciere a Consiliului este susținută și de demersul autorității contractante către ■ GmbH, pe de o parte, iar pe de altă parte, de răspusul acestuia, care confirmă că cele două persoane desemnate de ceilalți doi concurenți din procedură (contestatoarea și SC ■ SA), alții decât ofertantul declarat câștigător (SC ■ SRL - reprezentantul producătorului în România), nu au calitatea de reprezentanți ai săi.

În acest context, conduita autorității contractante nu face altceva decât să procure un avantaj, în mod artificial, ofertantului declarat câștigător, cu un preț superior celorlalte două oferte, fără altă motivație decât lipsa unui acord direct cu producătorul produselor. De altfel, autoritatea contractantă procedând astfel nu și-a procurat vreun avantaj decât faptul că ofertantul declarat are o relație de reprezentare în mod direct a producătorului, "avantaj" pentru care este dispusă să plătească un preț superior, în contradicție cu principiul utilizării eficiente a fondurilor publice (art. 2 al. 2 lit. f din OUG 34/2006).

Prin urmare, Consiliul consideră necesară reluarea procesului de evaluare a ofertei contestatoarei cu respectarea dispozițiilor legale anterior amintite.

În consecință, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 2, 4, 5 și 6 din OUG 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația și obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. ■/05.05.2012 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente acestuia și dispune reevaluarea ofertei contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen de 5 zile de la primirea prezentei, cu respectarea celor cuprinse în motivare.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactată în 4 exemplare originale, conține 8 (opt) pagini