

D E C I Z I E
BO2012_0443
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/02.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/02.04.2012, formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, înregistrată la ONRC cu nr. ■, având CUI ■, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă ■ SA, cu sediul în ■ și punct de lucru (sediul operațional) în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de furnizare, având ca obiect: „ACHIZIȚIE DE CARTUȘE TONER”, cod CPV 30125100-2, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației și modificarea documentației de atribuire, publicată de autoritatea contractantă, prin înlăturarea următoarelor prevederi din Caietul de Sarcini:

1. la punctul 1. Calitatea Produselor, înlăturarea cerinței prin care autoritatea contractantă solicită ofertanților de consumabile echivalente: „produsele echivalente să fie însoțite de o declarație din partea producătorului echipamentului, din care să reiasă că prin utilizarea produselor echivalente, echipamentele aflate în perioada de garanție nu își vor pierde garanția”;

2. din secțiunea „model clauze contractuale”: modificarea punctului „Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor: 1. în cazul în care, din vina sa exclusivă, prestatorul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin prezentul contract, atunci achizitorul are dreptul de a percepe ca penalități, din prețul contractului, o sumă echivalentă cu 0,15% din prețul contractului, pentru fiecare zi de întârziere, începând cu prima zi lucrătoare după data scadenței, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, de drept, pe bază de factură, fără alte formalități prealabile” în „Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor: 1. în cazul în care, din vina sa exclusivă, prestatorul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin prezentul contract, atunci achizitorul are dreptul de a percepe din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15% din prețul produselor nelivrate, pentru fiecare zi de întârziere, începând cu prima zi lucrătoare după data scadenței, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, de drept, pe bază de factură, fără alte formalități prealabile”, în condițiile în care autoritățile contractante i se calculează penalități din plata neefectuată.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC ■ SRL, cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ SA, cu sediul în ■ și punct de lucru (sediul operațional) în ■.

Pentru considerentele expuse în motivare, obligă autoritatea contractantă să procedeze la înlăturarea cerinței din Caietul de sarcini privind „existența unei declarații din partea producătorului echipamentului, referitor la pierderea garanției prin utilizarea produselor echivalente, pentru echipamentele care nu mai sunt în perioadă de garanție”.

Dispune continuarea procedurii de atribuire, după luarea măsurii de remediere prevăzută la alineatul precedent și publicarea acesteia în SEAP, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

MOTIVARE

Prin contestația nr. ■/02.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/02.04.2012, formulată de SC ■ SRL, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către autoritatea contractantă ■ SA, în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de furnizare, având ca obiect: „ACHIZIȚIE DE CARTUȘE TONER”, cod CPV 30125100-2, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației și modificarea documentației de atribuire, publicată de autoritatea contractantă, prin înlăturarea următoarelor prevederi din Caietul de Sarcini:

1. la punctul 1. Calitatea Produselor, înlăturarea cerinței prin care autoritatea contractantă solicită ofertanților de consumabile echivalente: „produsele echivalente să fie însoțite de o declarație din partea producătorului echipamentului, din care să reiasă că prin utilizarea produselor echivalente, echipamentele aflate în perioada de garanție nu își vor pierde garanția”;

2. din secțiunea „model clauze contractuale”: modificarea punctului „Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor: 1. în cazul în care, din vina sa exclusivă, prestatorul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin prezentul contract, atunci achizitorul are dreptul de a percepe din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15% din prețul contractului, pentru fiecare zi de întârziere, începând cu prima zi lucrătoare după data scadenței, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, de drept, pe bază de factură, fără alte formalități prealabile” în „Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor: 1. în cazul în care, din vina sa exclusivă, prestatorul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin prezentul contract, atunci achizitorul are dreptul de a percepe din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu 0,15% din prețul produselor nelivrate, pentru fiecare zi de întârziere, începând cu prima zi lucrătoare după data scadenței, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor, de drept, pe bază de factură, fără alte formalități

prealabile”, în condițiile în care autoritățile contractante i se calculează penalități din plata neefectuată.

În fapt, contestatorul susține că în 28.03.2012 a descărcat de pe SEAP documentația de atribuire a procedurii și apreciază că cerințele autorității contractante sunt nelegale, netemeinice și anticoncurențiale, restrângând numărul participanților la licitație.

În speță, acesta susține că art. 2 din OUG 60/1996 consacră libera concurență, iar art. 2 din OUG 34/2006 statuează că scopul ordonanței îl constituie, printre altele, promovarea concurenței între operatorii economici.

SC ■ SRL precizează că, cerința autorității contractante ca „produsele echivalente să fie însoțite de o declarație din partea producătorului echipamentului, din care să reiasă că prin utilizarea produselor echivalente, echipamentele aflate în perioada de garanție nu își vor pierde garanția” în cazul ofertării de consumabile echivalente, are caracter restrictiv.

Contestatorul consideră că cerința încalcă prevederile art. 66. din OUG 34/2006: „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale”.

SC ■ SRL susține că această cerință duce și la încălcarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, prevăzute de art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, principii ce guvernează întreaga legislație în materia achizițiilor publice și de care trebuie să se țină cont în mod obligatoriu la întocmirea documentației de atribuire și la atribuirea contractului de achiziție publică. Mai mult, unul dintre scopurile pentru care a fost creată legislația în această materie este chiar promovarea concurenței între operatorii economici, „deziderat imposibil de realizat” în situația în care sunt prevăzute asemenea cerințe în documentația de atribuire.

SC ■ SRL apreciază că menținerea unei astfel de cerințe duce în mod evident la înlăturarea anumitor operatori economici, mai exact a ofertanților de consumabile echivalente, cărora nu le este permis practic accesul la procedura de achiziție publică chiar dacă, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a făcut precizarea „sau echivalent”.

Cerința contestată, precizează contestatorul, este de natură să împiedice libera concurență, precum și accesul egal la procedura de atribuire și astfel duce la crearea unui obstacol nejustificat, ce are ca efect restrângerea concurenței între operatorii economici, practică interzisă de prevederile art. 35 al. 5 din OUG 34/2006.

Așadar, contestatorul consideră că argumentul Consiliului Concurenței nr. ■/15.04.2006 este justificat, în sensul în care, dacă autoritatea contractantă nu respectă principiul liberei concurențe, a cărui aplicare reprezintă scopul atât al Legii concurenței nr. 21/1996 (art. 1), cât și al

OUG 60/2001 (art. 2), intervenția sa poate avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței cu încălcarea unuia sau ambelor acte normative.

În plus, acesta apreciază că, în conformitate cu principiile enunțate la art. 2, al. 2 din OUG 34/2006 și potrivit prevederilor art. 35, al. 5 din același act normativ, modalitatea de întocmire a caietelor de sarcini trebuie „să permită oricărui ofertant acces egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici”.

În același sens, contestatorul face trimitere la art. 38 al. 1 din OUG 34/2006, care interzice autorității contractante să definească, în caietul de sarcini, „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”, cum sunt cele echivalente, pe care SC ■ SRL dorește să le oferteze.

Contestatorul aduce în discuție și dispozițiile art. 38, al. 2 ale aceluiași act normativ, unde legiuitorul dă totuși posibilitatea, numai în mod excepțional ca, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36, autoritatea contractantă să specifice marca, originea, dar numai însoțită de mențiunea „sau echivalent”.

Prevederile legale sus menționate sunt în concordanță cu legislația europeană în domeniul achizițiilor publice, scopul comun al acestora fiind acela de a înlătura unele modalități de întocmire a caietelor de sarcini, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse.

În sprijinul contestației, SC ■ SRL aduce interpretarea ANRMAP, exprimată prin punctul de vedere numărul ■/23.12.2010, referitor la același gen de solicitări din caietele de sarcini, în care se prevăd:

- „Interzicerea ofertării anumitor produse, în speță consumabile non-OEM (compatibile, reîncărcate, remanufacturate, echivalente, etc) nu poate fi susținută, deoarece legislația în domeniul achizițiilor publice nu conține prevederi care să oblige autoritățile contractante la impunerea unor asemenea restricții.”

- În opinia ANRMAP, „condiția impusă de firmele producătoare de echipamente, prin care nu se acoperă garanția în cazul în care autoritatea contractantă decide să utilizeze consumabile non-OEM, poate determina autoritatea contractantă să solicite un anumit tip de consumabile pentru a-și menține garanția, dar poate veni totodată în contradicție cu anumite prevederi din legislația Uniunii Europene referitoare la libera circulație a produselor și serviciilor. Acestea, însă, sunt referitoare la garanția produselor și nu sunt reglementate prin legislația achizițiilor publice.”

- „În cazul în care furnizorul echipamentului nu-și va îndeplini obligațiile referitoare la garanție, dacă se utilizează consumabile non-OEM,

deși acestea au aceleași caracteristici tehnice calitative (echivalente) ca și produsul OEM, autoritatea contractantă are (...) posibilitatea de a acționa în instanță furnizorul echipamentului respectiv.”

- „Ca urmare a celor mai-sus subliniate, autoritățile contractante aflate într-o situație precum cea prezentată de către subscrisa, pot indica produsul OEM pe care doresc să-l achiziționeze, dar numai însoțit de expresia „sau echivalent”. Pentru a se conforma prevederilor legale, autoritatea contractantă va da posibilitatea operatorilor economici să demonstreze, prin orice mijloc adecvat, că propunerea tehnică prezentată satisface într-o manieră echivalentă cerințele autorității contractante definite prin specificații tehnice.”

Contestatorul apreciază că inserarea unor astfel de condiții contravine prevederilor art. 35, 36, 176 și 188 al. 2 din OUG 34/2006, precum și legislației europene.

Referitor la solicitarea autorității contractante privind modul de prezentare al produselor oferite, SC ■ SRL precizează că prin cerințe tehnice, potrivit dispozițiilor art. 35 din OUG 34/2006, se pot face referiri la nivelul calitativ, tehnic și de performanță sau se pot face referiri la standarde naționale sau internaționale, astfel încât nu poate fi calificată drept specificație tehnică sau cerință, o solicitare de tipul celor mai sus menționate.

SC ■ SRL face trimitere și la Directiva nr. 18/CE/2004³, care curpinde următoarea definiție: „prin specificație tehnică se înțelege [...] o specificație menționată într-un document ce definește caracteristicile solicitate [...] precum nivelurile de calitate, nivelurile de performanță ecologică și evaluarea conformității, a performanței [...] testări și metode de testare.”

În ceea ce privește calculul penalităților din secțiunea „Model clauze contractuale”, punctul „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, contestatorul solicită Consiliului să țină cont de faptul că această solicitare nu se subscie prevederilor art. 36 al. 2 lit. b din HG 925/2006 și precizează că acest calcul al penalităților trebuie să fie echitabil pentru ambele părți.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. ■/03.04.2012, să transmită copia dosarului achiziției publice, punctul de vedere referitor la contestația în cauză, precum și cu privire la solicitarea de suspendare a procedurii.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. ■/04.04.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/04.04.2012, a transmis punctul de vedere cu privire la solicitarea de suspendare a procedurii, solicitând respingerea acesteia, aducând în sprijinul afirmației sale următoarele argumente:

- cartușele toner, ce fac obiectul procedurii de achiziție contestate de către SC ■ SRL, urmează a fi transmise către ■ și Centrele teritoriale, precum și ■, în vederea tipăririi de pașapoarte;

- utilizarea de cartușe toner pentru care nu există o siguranță a folosirii pe echipamentele deja existente în toate locațiile din țară, atrage după sine defectarea unor părți din aceste echipamente, iar repararea acestora presupune cheltuieli suplimentare, impunându-se și înlocuirea echipamentului defect cu un altul, până la repunerea lui în funcțiune;

- defectarea echipamentelor conduce la situații de imposibilitate a emiterii pașapoartelor, în special în perioadele de vârf;

- producătorul echipamentelor nu garantează calitatea tiparului în procesul de personalizare a pașapoartelor, în condițiile utilizării unor cartușe care nu sunt testate/garantate de către producătorul echipamentului;

- în cuprinsul caietului de sarcini a fost menționat „sau echivalent”, în conformitate cu prevederile OUG 34/2006, ceea ce dovedește că nu s-a încercat restricționarea accesului ofertanților de consumabile echivalente la procedura de achiziție.

- în ceea ce privește solicitarea contestatorului de înlăturare a sintagmei: „sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor” din cadrul clauzelor contractuale, autoritatea contractantă a modificat paragraful contestat, conform solicitării contestatorului, modificare ce a fost adusă la cunoștință operatorilor economici interesați prin postarea unei clarificări în SEAP, în ■.04.2012;

- amânarea procedurii ar duce la îngreunarea activității de emiterie a acestor documente.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a revenit asupra adresei nr. ■/03.04.2012, solicitând autorității contractante să transmită copia dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere referitor la contestația în cauză.

Prin aceeași adresă, a solicitat ■ SA să facă dovada că echipamentele pentru care se solicită consumabilele ce fac obiectul procedurii se află în garanție, în cazul folosirii de produse echivalente, pierzându-se garanția.

Prin adresa nr. ■/26.04.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/26.04.2012, autoritatea contractantă a transmis un set de documente, precizând că echipamentele pentru care se solicită consumabilele ce fac obiectul procedurii în cauză se află în garanție, atașând dovada faptului că, în cazul folosirii de produse echivalente, se pierde garanția.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

■ SA a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de furnizare, având ca obiect: „ACHIZIȚIE DE CARTUȘE TONER”, cod CPV 30125100-2, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ■/■.03.2012, conform căruia valoarea estimată este de ■ lei, fără TVA.

SC ■ SRL, prin contestația nr. ■/02.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/02.04.2012, a solicitat suspendarea procedurii și modificarea

documentației de atribuire, prin înlăturarea unor prevederi din Caietul de Sarcini.

În baza dispozițiilor art. 275¹ al. 2 din OUG 34/2006, modificată și completată, prin Decizia nr. ■/■.04.2012, Consiliul a admis suspendarea procedurii de atribuire, urmare a solicitării formulate de SC ■ SRL, până la soluționarea, în termen legal, a celorlalte capete de cerere.

Pe fond, referitor la cerința contestatorului de a fi înlăturate/modificate anumite prevederi din Caietul de Sarcini:

Consiliul constată că, în Caietul de Sarcini, la pct.1 - *Calitatea Produselor*, este menționat, la primul alineat, *atât pentru echipamentele aflate în garanție, cât și pentru cele care nu mai au garanție*, următoarele: „Cartușele toner/cerneală achiziționate vor fi originale (OEM) sau 100% echivalente (...)”; la alineatul 3, este prevăzut însă, *doar pentru echipamentele aflate în perioada de garanție* - pentru care producătorul își asumă și responsabilitatea schimbării echipamentului, în cazul defecțiunilor, sub rezerva funcționării echipamentului cu consumabile originale - ca „produsele echivalente să fie însoțite fie de o declarație din partea producătorului echipamentului, din care să reiasă că, prin utilizarea produselor echivalente, echipamentele aflate în perioada de garanție nu își vor pierde garanția, fie pot fi prezentate documente emise de organisme abilitate care să confirme aceasta”.

De asemenea, Consiliul reține că o parte din echipamentele pentru care se achiziționează consumabile prin procedura de achiziție în cauză, se află în perioadă de garanție, autoritatea contractantă fiind obligată, prin contract, de către producătorul/furnizorul acestora, să utilizeze, pe toată perioada de garanție a respectivelor echipamente, doar consumabile originale sau aprobate de producător/furnizor, sub sancțiunea pierderii garanției.

În sensul celor de mai sus, Consiliul a solicitat autorității contractante dovada că echipamentele pentru care se solicită consumabilele ce fac obiectul procedurii se află în garanție, în cazul folosirii de produse echivalente, pierzându-se sau nu, garanția; ■ SA a prezentat documente valabile, din care rezultă cele de mai sus, doar pentru echipamentele incluse în lotul 2 (pag. 296) - factura fiscală nr. ■ din 14.01.2011 și, anexat, Documentul de conformitate și Certificatul de garanție nr. ■/14.01.2012 - și pentru o parte din echipamentele din lotul 5 (pag. 272), respectiv factura fiscală nr. ■ din data de 17.12.2009 și, anexat, certificatele de garanție aferente imprimantelor Lexmark Pro 905. Din documentele remise, nu rezultă că echipamentele: Lexmark T652/lotul 5, Brother/lotul 1, HP/lotul 3, Xerox/lotul 4, Zebra Printer/lotul 6, se află în garanție; autoritatea contractantă prezentând certificate de garanție incomplete, fără dată sau număr sau din care rezultă că aceste echipamente nu se mai află în garanție și fără facturile fiscale aferente.

Consiliul reține, în soluționare, că pentru echipamentele aflate în garanție și pentru care autoritatea contractantă a prezentat documente

edificatoare, solicitarea contestatorului de a înlătura din Caietul de sarcini cerința privind existența unei declarații din partea producătorului echipamentului, din care să reiasă că, prin utilizarea produselor echivalente, echipamentele aflate în perioada de garanție nu își vor pierde garanția, nu este excesivă, întrucât producătorul este cel care își asumă responsabilitatea schimbării echipamentului, în cazul defectiunilor, sub rezerva funcționării echipamentului cu consumabile originale; pentru echipamentele din loturile pentru care autoritatea contractantă nu a prezentat documente care să certifice că acestea sunt în garanție, respectiva cerință din Caietul de sarcini restrânge în mod nejustificat participarea operatorilor economici, dat fiind faptul că, în mod evident, nici un producător nu va elibera un astfel de document unui concurent de pe piață.

În ceea ce privește criticile aduse punctului „Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”, Consiliul constată că acestea au rămas fără obiect, dat fiind faptul că autoritatea contractantă, prin clarificările postate în SEAP, la ■.04.2012, a procedat la modificarea acestuia, conform cerințelor contestatorului.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 278 al. 2 și 4 din OUG 34/2006, modificată și completată, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■ SA și, pentru considerentele expuse în motivare, va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la înlăturarea din Caietul de sarcini, a cerinței privind existența unei declarații din partea producătorului echipamentului, referitor la pierderea garanției prin utilizarea produselor echivalente, pentru echipamentele care nu mai sunt în perioadă de garanție.

În temeiul art.278 alin. 6 din OUG 34/2006, modificată și completată, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 3 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini