



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

**În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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 nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,**

## DECIZIE

**Nr. ...**

**Data: ...**

Prin contestația datată ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de furnizare tonere pentru imprimante și copiatoare, cod CPV 30125110-5, organizată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității la modificarea documentației de atribuire, în sensul de a elimina cerința ca mostrele pentru produsele OEM prezentate să fie desigilate pentru a fi testate; sau, în situația desigilării și testării produselor OEM, obligarea autorității la achitarea contravalorii mostrelor, fie că oferta este câștigătoare, fie că este necâștigătoare; sau modificarea documentației în sensul precizării faptului că mostrele produselor OEM se restituie în aceeași stare în care au fost predate, participanților necâștigători la momentul încheierii contractului, iar celor câștigători la momentul finalizării acestuia. S-a solicitat, de asemenea, suspendarea procedurii până la soluționarea fondului cauzei.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost admis prin decizia nr. ... din ...

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

**DECIDE:**

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ... și obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în motivare. Modificările/ completările vor fi efectuate în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice, și vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea acestora în SEAP.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanță, dispune continuarea procedurii, cu stabilirea unei noi date pentru depunerea, respectiv deschiderea ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

## **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... a arătat că, în fișa de date a achiziției, s-a precizat că mostrele depuse vor fi testate prin prisma numărului de copii/toner-cartuș și a capacității acestora, precum și a faptului ca acestea să nu prezinte urme de forțare, zgăriere, curgere a conținutului, precum și alte aspecte tehnice ale acestora.

Se consideră că autoritatea contractantă, prin impunerea unei astfel de cerințe, fără a preciza dacă se aplică atât produselor OEM, cât și produselor echivalente, scapă din vedere faptul că agenții economici achiziționează aceste produse pe care le pun la dispoziție spre verificare cu titlu de mostre, așadar achită un preț către un furnizor. Odată sigilate și testate, chiar dacă s-ar restitui participantului necâștigător (fapt exclus însă prin neprecizarea expresă a acestei restituiri), aceste produse nu mai pot fi comercializate. Fiind produse originale, prețul de vânzare este mult mai mare decât al produselor echivalente, astfel încât nimeni nu poate fi interesat să achiziționeze produse OEM desigilate.

Produsele OEM sunt certificate internațional în ceea ce privește calitatea lor (număr maxim de pagini, capacitate, intensitate, luminozitate etc). Autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu poate să facă aprecieri calitative cu privire la produsele OEM de natură a modifica parametrii stabiliți internațional. În situația în care un produs OEM ar prezenta defecte de fabricație acestea vor fi remediate în baza obligației de garanție pe care ofertantul și-o asumă, nicidecum prin testare.

Totodată, în cazul în care testarea ar rămâne obligatorie pentru produsele OEM, iar mostrele testate nu se restituie și chiar dacă s-ar restitui, ele nu ar mai avea valoare economică, pentru aceleași considerente economice autoritatea contractantă fiind obligată să le factureze, în caz contrar îmbogățindu-se fără just temei.

Chiar dacă legislația achizițiilor publice nu prevede în mod expres obligația autorității contractante de a suporta cheltuielile generate de testarea și/sau reținerea mostrelor, aceste raporturi juridice rămân guvernate și de principiile dreptului civil, care nu prevăd posibilitatea îmbogățirii fără justă cauză a unei persoane fizice sau juridice, fie ea autoritate contractantă. Consiliul trebuie să analizeze contestația nu numai în contextul legislației achizițiilor publice, care este legea specială în materie, ci în contextul mult mai amplu al dreptului civil (comercial) care reprezintă legea generală care vine să completeze acolo unde legea specială nu distinge.

În punctul său de vedere nr. 2545/... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 5846/20.02.2013, ... solicită să se constate legalitatea și temeinicia cerințelor din documentația de atribuire și, în consecință, să fie respinsă contestația.

Autoritatea contractantă consideră că, prin documentația de atribuire, a asigurat condițiile pentru buna desfășurare a procedurii de achiziție, aplicând un tratament egal și nediscriminatoriu tuturor potențialilor operatori economici care ar dori să participe. În scopul verificării îndeplinirii criteriului cu privire la capacitatea tehnică și/sau profesională și în deplină conformitate cu prevederile art. 188 alin. (1) lit. e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 a fost solicitată prezentarea mostrelor.

Cu respectarea prevederilor art. 38 din ordonanță, nu s-a impus ofertarea exclusivă a unor produse OEM. Măsura testării mostrelor depuse (produse ce sunt identice cu ceea ce urmează a fi livrat) a fost necesară pentru verificarea calității produselor ce urmează a fi achiziționate și tocmai pentru că s-a avut în vedere eventualitatea depunerii unor produse non-OEM.

Autoritatea contractantă precizează că toate mostrele depuse de ofertanții necâștigători se returnează acestora, iar cele depuse de ofertantul/ofertanții câștigător/câștigători se păstrează la sediul universității pentru verificarea conformității produselor livrate în perioada de derulare a contractului cu cele ofertate la deschiderea ofertelor. Aceste mostre vor fi returnate la finalizarea contractului de achiziție publică. Solicitarea sa nu este absurdă și are în vedere exclusiv asigurarea conformității calitative a produselor care urmează a fi achiziționate cu cerințele caietului de sarcini.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, ... a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 5806/ 20.02.2013, în care a arătat că își menține contestația având în vedere că autoritatea contractantă doar a precizat că mostrele se vor restitui ofertanților necâștigători, dar fără a face vreo precizare în privința

testării mostrelor OEM. Contestoarea menționează că nu a susținut că solicitarea de prezentare a mostrelor încalcă dispozițiile legale, ci că nu se fac diferențieri clare în ceea ce privește testarea produselor OEM de cele echivalente/compatibile, precum și modalitatea în care înțelege autoritatea contractantă să rezolve din punct de vedere economic situația în care decide să testeze mostrele OEM depuse de ofertanți, respectiv aceea de a le achita contravaloarea. Produsele OEM sunt produse cu valoare foarte mare, care vin ambalate în cutii speciale, cu elemente de protecție care odată rupte fac ca acel produs să fie imposibil de comercializat (nimeni nu dorește să cumpere un toner original în valoare de 300-400 lei, dacă este desigilat sau consumat).

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării contestației au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 5846/20.02.2013.

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

Procedura de atribuire aplicată de ... în vederea atribuirii contractului de furnizare tonere pentru imprimante și copiatoare, este cererea de oferte. Conform invitației de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor a fost 19.02.2013, ora 09:00, iar deschiderea acestora a fost programată pentru aceeași zi, ora 13:00. Valoarea estimată a contractului este de 458.553,59 lei, fără TVA.

Ulterior luării la cunoștință de rezultatul procedurii, pentru motivele mai sus evocate, ... a depus la Consiliu prezenta contestație.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, la cerința 1, s-a solicitat prezentarea următoarelor mostre până la data limită pentru depunerea ofertelor:

- Lot 1: poz. din caiet sarcini: 4, 5, 7, 20, 39, 46, 69, 70, 71;
- Lot 2: poz. din caiet sarcini: 6, 8, 16, 26, 27, 28, 29, 63, 2;
- Lot 3: poz. din caiet sarcini: 3, 7, 6, 22, 25, 30, 35, 39, 83, 84, 19, 36, 45;
- Lot 4: poz. din caiet sarcini: 1, 2;
- Lot 5: poz. din caiet sarcini: 2,5.

Dacă în cadrul unei poziții din caietul sunt mai multe produse diferite, se vor prezenta mostre din toate produsele. Mostrele depuse vor fi testate prin prisma numărului de copii/toner-cartuș și a capacității acestora, precum și a faptului că acestea să nu prezinte urme de forțare, zgâriere, curgere a conținutului, precum și alte aspecte tehnice ale acestora.

Prin urmare, pentru a îi fi acceptată oferta, un ofertant trebuie să prezinte mostre pentru cele peste zece produse pe care autoritatea dorește să le achiziționeze, mostre pe care autoritatea le va testa, aspect care presupune implicit desigilarea lor.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a precizat că toate mostrele depuse de ofertanții necâștigători se returnează acestora, iar cele depuse de ofertantul/ofertanții câștigător/câștigători se păstrează la sediul universității pentru verificarea conformității produselor livrate în perioada de derulare a contractului cu cele ofertate la deschiderea ofertelor. Aceste mostre vor fi returnate la finalizarea contractului de achiziție publică.

Vizavi de cele de mai sus este de reținut că, potrivit art. 188 alin. (1) lit. e) din ordonanță, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de furnizare, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, autoritatea are dreptul de a le solicita acestora: "mostre, descrieri și/sau fotografii a căror autenticitate trebuie să poată fi demonstrată în cazul în care autoritatea contractantă solicită acest lucru." Așadar, solicitarea de mostre este calificată de legiuitor drept condiție de calificare a ofertanților, în cazul contractelor de furnizare. Totodată, în speță prezintă relevanță și următoarele prescripții legale:

- art. 178 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire";

- art. 179 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească";

- art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare".

Luând în considerare aceste dispoziții legale, ținând cont și de modul în care a fost redactată cerința, Consiliul apreciază că față de solicitarea în discuție, autoritatea contractantă trebuia să facă distincție după cum produsele ofertate sunt OEM sau non-OEM.

Astfel cum a susținut și societatea contestatoare, pentru produsele OEM, a căror proveniență este certă, informațiile legate de numărul maxim de pagini, a capacității acestora, precum și alte aspecte tehnice ale lor, pot fi obținute din documentele prezentate de ofertanți, testările acestor produse sub aspectele dorite de autoritatea contractantă fiind făcute conform standardelor în domeniu. Fiind sigilate cu respectarea anumitor condiții de siguranță, o eventuală neconformitate a produsului original, inclusiv sub

aspectul de a nu prezenta urme de forțare, zgâriere, curgere a conținutului, atrage o obligație de remediere din partea producătorului/furnizorului, în baza garanției asumate de acesta. O reverificare a produselor OEM de către autoritatea contractantă este o testare suplimentară, al cărui rezultat, raportat la expertiza deținută de aceasta, nu poate oferi informații suplimentare celor obținute din documentele care însoțesc un produs OEM. Orice abatere în funcționare de la cele precizate în respectivele documente conduce la activarea garanției produsului. Prin urmare, o verificare de către autoritatea contractantă a produselor OEM este lipsită de concludență, astfel că este necesar a se renunța la aceasta.

Cu toate acestea, în cazul în care achizitoarea consideră că se impune o verificare suplimentară a tonerelor OEM, având în vedere costurile lor ridicate, desigilarea unui număr atât de mare de tonere (peste 30 de poziții) câte au fost indicate în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă trebuie să completeze documentația de atribuire, în sensul menționării că, în cazul desigilării produselor OEM, va achita contravaloarea mostrelor sau le va restitui în aceeași stare în care au fost predate.

În lipsa acestor precizări, cerința este nelegală fiind un obstacol în calea participării la procedură a operatorilor economici care doresc să oferteze produse originale, încălcându-se astfel scopul noii legislații privind achizițiile publice de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu. Instituind cerința desigilării tonerelor, este evident că autoritatea contractantă a introdus un obstacol nejustificat în calea participării operatorilor economici la competiție, aceștia fiind nevoiți să suporte contravaloarea celor peste 30 de mostre pe care le cere autoritatea contractantă. Prin urmare, participarea la procedură nu mai este deschisă tuturor operatorilor economici interesați, ci doar acelor care au posibilitatea și sunt dispuși să piardă o parte dintre produsele pe care le comercializează, în scopul îmbogățirii fără justă cauză a autorității contractante.

Ca regulă, participarea operatorilor economici la procedura de atribuire trebuie să fie gratuită, iar nu să fie condiționată de achiziționarea unor mostre pentru produsele licitate, care ulterior nu mai pot fi folosite din cauza faptului că sunt returnate desigilate. Aceste mostre au valoare economică, iar operatorilor economici nu li se poate impune să suporte la fiecare licitație la care participă costurile mostrelor pe care autoritățile contractante le desigilează și le returnează astfel încât nu mai pot fi folosite. Asemenea costuri pentru operatorii economici reprezintă o barieră în calea participării lor la procedurile de achiziție publică, pe care actuala legislație urmărește să o reprime, în scopul deschiderii și promovării concurenței.

Prevederea în dezbatere, cuprinsă în documentația de atribuire determină o reticență din partea operatorii economici interesați de procedură în a participa la aceasta, știind că autoritatea contractantă le va restitui mostrele desigilate.

Cu alte cuvinte, clauza introdusă de autoritatea contractantă influențează în sens negativ libera concurență, aceasta în condițiile în care, potrivit art. 2 alin. (1) din ordonanță, scopul declarat al acesteia este tocmai de a promova concurența. Pe de altă parte, cerința nu trebuie privită doar izolat, limitat la achiziția organizată de ... ci în contextul general al pieței achizițiilor publice, în care un operator economic urmărește să participe la mai multe proceduri în același timp, iar dacă de fiecare dată ar fi ținut să prezinte autorității diverse mostre, care ulterior să i se returneze desigilate, acumularea pierderilor de participare ar determina reținerea acestuia în a mai lua parte la asemenea achiziții.

După cum s-a evocat, dacă autoritatea contractantă dorește să testeze inclusiv produsele OEM, pentru ca această soluție să nu intre în contradicție cu normele pe linie de achiziție publică, autoritatea contractantă *trebuie să plătească ofertanților contravaloarea mostrelor sau să le returneze în aceeași stare în care au fost predate. În acest din urmă caz, autoritatea contractantă trebuie să prevadă în documentație termenul în care va preda mostrele, pentru ofertanții necâștigători calculat de la momentul încheierii contractului, iar pentru cel/cei câștigător/câștigători de la finalizarea contractului.*

În considerarea celor prezentate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... și va obliga autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în motivare. Modificările/ completările vor fi efectuate în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice, și vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea acestora în SEAP.

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU COMPLET,**

...

...

**MEMBRU COMPLET,**