



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.cnscc.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 nr. ... 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 de cartușe toner, cartușe cerneală, kituri cilindru și kituri transfer imagine, coduri CPV 30125100-2, 30125000-1 și 30192113-6, cu data de deschidere a ofertelor 04.07.2013, organizată de ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat revizuirea documentației de atribuire, plata cheltuielilor prilejuite de formularea contestației, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației. Prin decizia nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingând-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) 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 în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire a contractului de furnizare de cartușe toner, cartușe cerneală, kituri cilindru și kituri transfer imagine, coduri CPV 30125100-2, 30125000-1 și 30192113-6, cu data inițială de deschidere a ofertelor 04.07.2013.

Respinge, ca rămas fără obiect, capătul de cerere de remediere a documentelor procedurii de atribuire și, ca nefondat, pe cel vizând obligarea autorității contractante la plata către contestatoare a cheltuielilor prilejuite de formularea contestației.

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:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic ... reclamă conținutul documentației de atribuire aferentă cererii de oferte menționată în partea introductivă, învederând în motivare că următoarele prevederi ale documentației au fost inserate de autoritate cu scopul de a înlătura de la procedură ofertanții de consumabile echivalente, non-OEM:

"În cazul ofertării de produse echivalente 100%, pe lângă documentele solicitate mai sus, pentru a demonstra ca produsele ofertate sunt echivalente cu cele OEM, ofertantul are obligația de a prezenta următoarele documente:

1. Certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele ofertate, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără niciun fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective; [...]

4. Să demonstreze că produsele au aceleași capacități în număr de pagini imprimate ca și cele OEM, prin depunerea, alături de descriere, pentru fiecare tip de produs ofertat, a buletinului de analiză/raportului de încercare/testare (de exemplu: la toner - cât e granularitatea la cel original și cât la cel echivalent, compoziția, gradul de culoare, magnetismul), emis de un laborator de încercări neutru, recunoscut și acreditat, care respectă standardele europene aplicabile, recunoscut în Uniunea Europeană."

În conformitate cu art. 36 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, autoritatea este obligată să accepte ca

mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate și dosarul tehnic al producătorului.

Solicitarea adresată operatorilor economici interesați să oferteze consumabile non-OEM nu este susținută din punct de vedere legal, întrucât nu se raportează la standarde românești sau internaționale adoptate în țara noastră. Solicitarea unei "*certificări care să ateste conformitatea produselor oferite*" nu are temei legal dacă nu este raportată la un standard sau o normă tehnică adoptate în România. O simplă rezoluție care să precizeze dacă produsele echivalente pot fi folosite fără restricții de ordin tehnic și de calitate a imprimării nu poate fi obținută de la niciun laborator din întreaga lume, întrucât nu există un standard care să reglementeze aceste aspecte.

Standardele din familia ISO/IEC 19752:2004, 19798:2007 și 24711:2006 sunt singurele standarde care reglementează acest domeniu de activitate și se referă numai la numărul de pagini tipărit de un consumabil cartuș toner sau cartuș de cerneală la o acoperire a paginii de 5%. Aceste standarde sunt voluntare, adică implementarea lor de către producătorii de consumabile nu este obligatorie și nu este supusă unei acreditări speciale (dovada implementării o reprezintă achiziționarea standardului, iar aplicarea prevederilor standardelor nu este retroactivă, adică dacă un consumabil este produs înainte de anul adoptării standardului, prevederile standardului nu i se aplică). Aceste standarde nu se aplică capetelor de imprimare ale cartușelor cu jet de cerneală, riboanelor, roletelor de film pentru aparate fax și unităților de imagine ale echipamentelor laser.

Faptul ca autoritatea solicită ofertanților de consumabile non-OEM să aibă produsele testate în conformitate cu standardele enumerate în laboratoare neutre acreditate, în timp ce ofertanții de consumabile OEM nu trebuie să prezinte raportul de testare emis de un laborator acreditat, reprezintă o încălcare a principiilor proporționalității și a liberei concurențe. Mai mult, în România, la ora actuală, nu există un laborator acreditat care să efectueze aceste testări. Abuzurile autorităților contractante din România în ceea ce privește solicitarea prezentării acestor rapoarte de testare de către ofertanți merg foarte departe, acceptând de la ofertanții de consumabile OEM orice documente emise de reprezentanța producătorului în România sau extrase de pe site-urile web ale producătorilor cartușelor (care nu au nicio legătură cu rapoartele de testare emise în baza standardelor ISO/IEC enumerate mai sus), în timp ce ofertanților de consumabile non-OEM li se solicită să prezinte documente pe care, uneori, nici ofertanții de consumabile OEM nu le pot prezenta.

Prin solicitarea de a prezenta o testare comparativă a consumabilelor non-OEM cu consumabilele OEM, realizată de un

laborator acreditat în UE, autoritatea realizează o diferențiere între produsele pe care dorește să le achiziționeze, după cum ele sunt "*originale OEM*" sau echivalente cu cele OEM. Condițiile în care vor fi acceptate produsele echivalente non-OEM sunt mult mai drastice decât celălalt tip de produse. O asemenea diferențiere nu are niciun suport legal, întrucât, din perspectiva autorității și a legislației în vigoare, relevant nu este producătorul consumabilelor sau caracterul lor OEM sau non-OEM, ci specificațiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească respectivele consumabile. Cu alte cuvinte, este nelegală diferențierea introdusă de autoritatea contractantă.

Potrivit art. 35 alin (1) și (2) din ordonanță, caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice, specificații care 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.*" Caracterul de a fi sau nu original OEM nu constituie o caracteristică în funcție de care să fie determinată conformitatea produsului cu necesitățile autorității contractante. Cu alte cuvinte, conformitatea tehnică a produsului nu se judecă prin prisma caracterului sau originea OEM sau nu, ci prin prisma acoperirii tuturor specificațiilor tehnice descrise de autoritatea contractantă în caietul de sarcini (în speță, număr minim de pagini imprimare).

Conform art. 35 alin (5) din aceeași ordonanță și art. 23 alin (2) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE, 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, iar neacceptarea de cartușe non-OEM, echivalente, reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat, în cauza de față. Autoritatea contractantă a nesocotit și scopul noii legislații, de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, întrucât ofertanții de produse non-OEM sunt clar dezavantajați față de ceilalți.

Dacă produsele sunt compatibile cu echipamentele din dotarea autorității contractante, iar compatibilitatea este demonstrată în condițiile art. 36 din ordonanță, autoritatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de caracterul OEM sau non-OEM al produsului.

Prin sintagma "*OEM sau echivalent*", autoritatea a înțeles să accepte ofertarea și de produse compatibile - în deplin acord cu principiile enunțate anterior, și că pot participa la procedură și ofertanții de consumabile non-OEM care dovedesc că produsele pe care le oferă sunt compatibile cu echipamentele cărora le sunt destinate, însă art. 38 alin (2) din ordonanță permite indicația "*OEM sau echivalent*" 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. Simpla completare cu mențiunea "*sau echivalent*" nu este în măsură să acopere încălcările normelor legale precitate, mai ales că autoritatea contractantă nu a demonstrat că se află în situația de excepție de a nu fi posibilă descrierea produselor prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36. Având în vedere că autoritatea a cerut, totuși, documente care să prezinte toate caracteristicile care au impact asupra calității produsului comparativ cu elementele similare din consumabilele OEM (de exemplu: la toner - cât e granularitatea la cel original și cât la cel echivalent, compoziția, gradul de culoare, magnetismul; la cilindru - compoziția, grosimea și uniformitatea stratului de material fotoconductor, la lamela de curățire - păstrarea caracteristicilor de elasticitate a elementului de curățire în timp), înseamnă ca ea are cunoștință de caracteristicile consumabilelor OEM, context în care nu putea apela la mențiunea "*sau echivalent*", ci trebuia să completeze caietul de sarcini cu specificațiile dorite.

În caz contrar, ar fi illogică solicitarea dovedirii calității produsului comparativ cu elementele similare din consumabilele OEM, fără a cunoaște care sunt aceste elemente similare din consumabilele OEM. Pe de altă parte, chiar și admitând că nu cunoaște aceste elemente similare la care îi obligă pe ofertanții de non-OEM, cu certitudine autoritatea cunoaște caracteristicile minimale ale produsului pe care îl dorește, cum ar fi numărul de pagini a fi imprimante, formatul, tipul/modelul aparatului pe care va fi folosit.

Prin rigorile impuse doar ofertanților de produse "*echivalente*" au fost nesocotite dispozițiile normative de mai sus, în speță fiind discriminați acești ofertanți în comparație cu cei care furnizează produse OEM, chiar dacă produsele primilor sunt la fel sau superioare calitativ și acoperă necesitățile autorității, fiind împiedicați să participe la licitație prin respectivele rigori. Din redactarea caietului de sarcini este evident că sunt favorizați producătorii OEM, în detrimentul celor non-OEM.

Dupa cum s-a subliniat mai sus, nu reprezintă nicio relevanță caracteristica OEM sau non-OEM, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritatea contractantă nu depind de aceasta, important fiind ca produsele consumabile să acopere specificațiile tehnice prestabilite. De altminteri, nici nu este posibilă o concurență loială între ofertanții de produse OEM și ofertanții de produse non-OEM, mai ales în condițiile prescrise de autoritatea contractantă.

Menținerea unor astfel de cerințe duce în mod evident la înlăturarea anumitor operatori economici, cărora, practic, nu le este permis accesul liber la procedura de achiziție publică.

Potrivit art. 38 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații

tehnice care indică o anumită origine, sursă, procedeu special, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici. Chiar Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, prin adresa nr. 11976/06.10.2009, condamnă în mod expres inserarea unor asemenea condiții în caietele de sarcini. Apare justificat și actual și argumentul Consiliului Concurenței nr. 2577/15.04.2006, în sensul în care dacă autoritatea contractantă nu respectă principiul liberei concurențe, a cărei aplicare reprezintă scopul atât al Legii concurenței nr. 21/1996 (art. 1), cât și al Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 60/2001 (art. 2), intervenția sa poate avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței cu încălcarea unuia sau ambelor acte normative.

Dacă ofertanții demonstrează prin unul dintre mijloacele prevăzute de art. 36 alin (3) din ordonanță că un produs non-OEM oferit de ei îndeplinește performanțele și cerințele funcționale definite prin specificațiile tehnice solicitate, fiind astfel echivalent din punct de vedere tehnic și calitativ cu produsul OEM solicitat prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu are dreptul de a respinge respectivele oferte. Este nejustificată pretenția autorității contractante de a se oferta numai consumabile noi, originale.

În punctul său de vedere nr. 6210/2118/01.07.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 21714/01.07.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că cerințele sunt formulate în deplină concordanță cu prevederile legale.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, calitate și caracteristicile tehnice impuse acestora sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante. În acest sens sunt și prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 4 alin.(3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În caietul de sarcini se precizează că "*se acceptă numai produse OEM sau echivalente 100%*" – cerință prin care autoritatea face referire atât la produse având originea producătorului echipamentului (OEM), cât și la produse de origini diferite, având caracteristici funcționale și de calitate echivalente. Prin urmare, nu se încalcă prevederile art. 38 alin. (1) din ordonanță, ci se dorește achiziționarea unor produse de origine, garantate de producător.

Pentru demonstrarea echivalenței produselor oferite, autoritatea permite operatorilor economici prezentarea unor documente care să ateste că produsele sunt testate în laboratoare certificate. Aceste testări trebuie să prezinte toate caracteristicile care au impact asupra calității produsului (de exemplu, cât e granularitatea la cel original și cât e la cel echivalent, compoziția, gradul de culoare, magnetismul), emis de un laborator de încercări

neutru, recunoscut și acreditat în UE, care respectă standardele europene aplicabile. Orice ofertant de produse echivalente este liber să-și testeze produsele comercializate pentru demonstrarea calității și performanțelor, testări făcute de laboratoare certificate și abilitate în acest sens și care să cuprindă cerințele inserate în caiet, edificatoare pentru buna funcționare a echipamentelor autorizate.

Produsele echivalente sunt acele produse care au aceleași caracteristici și care produc același efect cu cele la care face referire. În acest sens, pentru produsele echivalente 100% este definită cerința de conformitate cu standardele internaționale ISO/IEC 19752 pentru măsurarea cartușelor de toner negru, ISO/IEC 19798 pentru măsurarea cartușelor de toner color și ISO/IEC 24711 pentru măsurarea cartușelor de cerneală. Cerința de conformitate este necesară pentru a garanta că activitățile de măsurare a capacității de imprimare a consumabilelor au fost realizate într-un cadru neutru, transparent, cu o metodologie bine definită și acceptată de majoritatea producătorilor de echipamente de imprimare și consumabile. Autoritatea cunoaște pentru ce tipuri de consumabile se aplică respectivele standarde, în speță pentru cartușele de toner și cerneală monocrom și color, iar acest lucru a fost detaliat la pct. 5 din caietul de sarcini.

Contestatoarea omite să definească noțiunea de "*dosar al producătorului*", nespecificându-se ce documente ale producătorului ar echivala cerințelor solicitate a fi excluse din caietul de sarcini.

Referitor la solicitarea de documente suplimentare care să dovedească faptul ca produsele OEM corespund cerințelor tehnice, ea este fără sens și inutilă, deoarece chiar producătorul echipamentelor, prin aplicarea siglei OEM (Original Equipment Manufacturer), certifică faptul că acele consumabile sunt originale și conforme cu caracteristicile tehnice ale echipamentelor proprii și că pot fi utilizate în deplină siguranță, fără afectarea echipamentului. Mai mult decât atât, calitatea de consumabil OEM asigură și faptul că sunt îndeplinite cerințele privind calitatea imprimării, fiabilitatea consumabilului (toner/cartuș), capacitatea reală de imprimare. De altfel, oricare producător de echipamente de imprimare nu numai că recomandă utilizarea de consumabile OEM, dar specifică foarte clar că utilizarea de consumabile non-OEM în perioada de garanție duce automat la pierderea acesteia.

Autoritatea nu dorește introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor potențiali ofertanți de la procedura de achiziție sau a anumitor produse, ci dorește a se asigura de calitatea produselor oferite, care să respecte standardele de calitate și mediu, păstrarea în parametri optimi de funcționare a echipamentelor, fără a genera defecțiuni care ar duce la costuri suplimentare din partea sa.

Legat de mențiunea contestatoarei că în România nu există un laborator acreditat care să efectueze testări specifice, autoritatea susține că nu a impus în caietul de sarcini ca aceste testări să fie făcute într-un laborator din România, ci a dat posibilitatea ofertanților să prezinte aceste documente elaborate de un laborator acreditat în Uniunea Europeană.

În situația în care cerințele criticate ar fi eliminate din caietul de sarcini, achiziția ar consta în livrarea de produse necorespunzătoare din punct de vedere calitativ, ceea ce presupune deteriorarea/defectarea/degradarea iremediabilă a echipamentelor din dotarea autorității contractante, aceasta devenind responsabilă de neutilizarea eficientă a fondurilor. ... are experiența derulării defectuoase a unui contract de produse similare cu un operator economic care a livrat numeroase produse dovedite a fi necorespunzătoare la recepție sau în utilizare, fapt ce a condus la creșterea costurilor de întreținere și de reparații a echipamentelor și la perturbarea activității proprii prin consumarea unor timpuri suplimentari necesari returnării și înlocuirii produselor respective. Având în vedere derularea necorespunzătoare a contractului respectiv (finalizat cu document constatator cu calificativ "*necorespunzător*" transmis furnizorului), AFER a adoptat, prin cerințele caietului de sarcini întocmit, măsurile necesare evitării repetării unei situații similare pe viitor. Aceste cerințe menționate în caietul de sarcini nu reprezintă un obstacol nejustificat în calea operatorilor economici, ci permit fiecărui operator economic să demonstreze calitatea produselor oferite prin prezentarea de documente edificatoare în acest sens.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 21.06.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de cartușe toner, cartușe cerneală, kituri cilindru și kituri transfer imagine, estimate valoric la 150.000 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 21.06.2013, alături de invitația de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că anumite specificații impuse de autoritate sunt restrictive și contravin dispozițiilor legale, ... a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în caietul de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele:

- *Se acceptă numai produse OEM sau echivalente 100%;*
- *Prin produs echivalent 100% se înțelege produs compatibil, care are cel puțin aceleași caracteristici și performanțe cu ale celor OEM.*

- Ofertanții vor prezenta un document „Descrierea produselor oferite”, prin care să declare, după caz, cel puțin:

- dacă produsele oferite sunt OEM (Original Equipment Manufacturer - adică produse fabricate din componente noi, pe baza de licențe și patente, cu acordul și suportul producătorului de echipamente);

- dacă produsele oferite sunt echivalente 100% cu cele OEM.

În cazul ofertării de produse echivalente 100%, pe lângă documentele solicitate mai sus, pentru a demonstra că produsele oferite sunt echivalente cu cele OEM, ofertantul are obligația de a prezenta următoarele documente:

1. Certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără niciun fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective;

2. Dovada conformității produsului oferit prin prezentarea „Certificatului de calitate și conformitate” sau „Declarația de conformitate”, la care se anexează, în copie, documentele de conformitate emise de către producător;

3. Declarație pe propria răspundere că produsele corespunzătoare loturilor specificate în Caietul de sarcini au capacitatea de a furniza informații referitoare la starea de "low toner", "empty toner", seria și capacitatea acestuia. De asemenea, echipamentul poate să genereze rapoarte referitoare la numărul de pagini imprimate pe acesta, cu acel cartuș. În cazul în care după livrare se constată că produsele nu generează aceste informații, vor fi refuzate de către autoritatea contractantă și vor fi înlocuite cu cartușe ce prezintă aceste informații;

4. Să demonstreze că produsele au aceleași capacități în număr de pagini imprimate ca și cele OEM, prin depunerea alături de descriere, pentru fiecare tip de produs oferit, a buletinului de analiză/raportului de încercare/testare (de exemplu: la toner - cât e granularitatea la cel original și cât la cel echivalent, compoziția, gradul de culoare magnetismul), emis de un laborator de încercări neutru, recunoscut și acreditat, care respectă standardele europene aplicabile, recunoscut în Uniunea Europeană. Acest laborator nu trebuie să aparțină producătorului, operatorilor economici din lanțul de distribuție a produsului sau ofertantului;

5. Buletinele de analiză/rapoartele de încercare trebuie să certifice capacitățile în număr de pagini imprimate (numărul de pagini printate) rezultate în urma verificărilor efectuate în conformitate cu următoarele standarde:

- ISO 19752 pentru cartușe toner monocrom;

- ISO 19798 pentru cartușe toner color;

6. În scopul verificării și acceptării, buletinele de analiză/rapoartele de încercare/testare trebuie să conțină informațiile referitoare la:

a) laboratorul/organismul de certificare care a emis buletinele de analiză/rapoartele de încercare/testare (denumire, adresă alte date de identificare etc.);

b) denumirea/codul produsului încercat/testat;

c) *standardul ISO conform căruia s-a realizat încercarea/testarea produsului;*

d) *rezultatul încercării/testării (numărul, de pagini printate/tipărite);*

e) *numele și prenumele, semnătura și ștampilă;*

f) *data eliberării.*

7. *Declarație pe propria răspundere prin care furnizorul se obligă să despăgubească achizitorul împotriva oricărui:*

a) *reclamații și acțiuni în justiție ce rezultă din încălcarea unor drepturi de proprietate intelectuală (brevete, nume, mărci înregistrate etc.) legate de echipamentele materialele, instalațiile sau utilajele folosite pentru sau în legătură cu produsele achiziționate, implicit costuri, taxe și cheltuieli de orice natură aferente, cu excepția situației în care o astfel de încălcare rezultă din respectarea caietului de sarcini întocmit de achizitor;*

b) *defecțiuni ale echipamentelor care apar din cauza utilizării consumabilelor livrate de furnizor care nu îndeplinesc cerințele de calitate. În cazul în care apar defecțiuni ale imprimantelor datorate cartușelor echivalente 100%, ofertantul are obligația reparării gratuite a acestora, respectiv înlocuirea lor; cauzele defecțiunilor respective vor fi confirmate prin rapoarte tehnice întocmite de agenți economici independenți față de producătorii echipamentelor. De asemenea, până la finalizarea reparării echipamentului, ofertantul îl va înlocui pe cel defect cu altul similar, de o calitate și generație similară.*

Din parcurgerea acestor specificații rezultă că autoritatea realizează o diferențiere între produsele pe care dorește să le achiziționeze, după cum ele sunt "OEM" sau echivalente cu cele "OEM". Condițiile în care vor fi acceptate produsele echivalente (non-OEM) sunt mult mai drastice decât pentru celălalt tip de produse (OEM). O asemenea diferențiere nu are niciun suport legal, întrucât, din perspectiva autorității contractante și a legislației în vigoare, relevant nu este producătorul consumabilelor sau caracterul lor OEM sau non-OEM, ci specificațiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească respectivele consumabile. Cu alte cuvinte, este nelegală diferențierea introdusă de autoritate, urmând a se dispune eliminarea ei.

Dacă prin cartuș consumabil original sau OEM se înțelege produsul fabricat de producătorul echipamentului căruia îi este destinat sau de producători autorizați (licențiați etc.) de acesta, este în mod evident și cert limitat în mod nelegal [cu încălcarea art. 2 alin. (2) lit. a) și b) – principiile nediscriminării și tratamentului egal – și a art. 35 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006] dreptul producătorilor neautorizați de producătorul echipamentului, care fabrică produse compatibile cu echipamentele, de a lua parte și câștiga procedura de atribuire. În acest sens este și punctul de vedere nr. 2577/13.04.2006 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 (<http://www.>

consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id972/punct_de_vedere_etira-presedinte.pdf). Mai mult, conform acestui punct de vedere, *"Consiliul Concurentei considera ca, in vederea dezvoltarii pietei si a concurentei in desfasurarea procedurilor de achizitii publice pentru consumabile aferente echipamentelor de birou, care sa includa si produsele compatibile, se impune renuntarea la practica autoritatilor contractante de a solicita ofertantilor non-OEM sa prezinte certificate de compatibilitate emise de catre producatorii echipamentelor, deoarece si acestia din urma participa sau pot participa la aceste proceduri, intrand astfel in concurenta cu ofertantii de produse non-OEM, realizate sub marca proprie."*

Potrivit art. 35 alin. (1) și (2) din ordonanță, caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice, specificații care 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". Caracterul de a fi sau nu original (OEM) nu constituie o caracteristică în funcție de care să fie determinată conformitatea produsului cu necesitățile autorității contractante. Cu alte cuvinte, conformitatea tehnică a produsului nu se judecă prin prisma caracterului său original (OEM) sau nu, ci prin prisma acoperirii tuturor specificațiilor tehnice ce trebuiau descrise de autoritatea contractantă în caietul de sarcini (în speță, număr minim de pagini imprimare, nuanțele culorilor, granulația tonerului/cernelii, temperaturile de operare, rezistența cilindrului, garanția și așa mai departe).

Raportarea pe care autoritatea o face la fabricantul consumabilelor, după cum acesta are sau nu acordul și/sau licența producătorului de echipamente este vădit nelegală, art. 38 alin. (1) interzicând expres 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.

Conform art. 35 alin. (5) din aceeași ordonanță și art. 23 alin. (2) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, 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, iar neacceptarea de cartușe compatibile reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat, în cauza de față. Autoritatea contractantă a nesocotit și scopul noii legislații, de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor

economici, întrucât producătorii non-OEM sunt clar dezavantajați față de ceilalți.

Aceeași directivă prevede și că: "*Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită exercitarea concurenței în domeniul achizițiilor publice. În acest scop, trebuie să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea de soluții tehnice. Prin urmare, pe de o parte, specificațiile tehnice trebuie să poată fi stabilite în termeni de performanță și cerințe funcționale, și, pe de altă parte, în cazul în care se face trimitere la standardul european – sau, dacă un astfel de standard nu există, la standardul național – autoritățile contractante trebuie să ia în considerare și ofertele bazate pe alte soluții echivalente. Pentru a demonstra echivalența, ofertanții trebuie să poată utiliza orice mijloc de probă.*"

Dacă produsele sunt compatibile cu imprimantele, copiatoarele și faxurile din dotarea autorității, iar compatibilitatea este demonstrată în condițiile art. 36 din ordonanță, autoritatea nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de caracterul OEM sau non-OEM.

Potrivit preambulului la directiva precitată, atribuirea contractelor încheiate în statele membre în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de Tratatul pentru înființarea Comunității Economice Europene, încheiat la 25 martie 1957, în special principiul liberei circulații a mărfurilor, principiul libertății de stabilire și principiul libertății de a presta servicii, precum și principiile care decurg din acestea, precum egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența. Prin recunoaștere reciprocă se înțelege și acceptarea produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Într-adevăr, prin sintagma "OEM sau echivalent 100%" autoritatea a înțeles să accepte ofertarea și de produse compatibile – în deplin acord cu principiul liberei concurențe și a principiilor înscrise în ordonanță, pot participa la procedură și ofertanții de consumabile non-OEM care dovedesc că produselor pe care le oferă sunt compatibile cu echipamentele cărora le sunt destinate – însă, art. 38 alin (2) din ordonanță permite indicația "OEM sau echivalent" 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.

Simpla completare cu mențiunea "sau echivalent 100%" nu este în măsură să acopere încălcările normelor legale precitate, mai ales că autoritatea nu a demonstrat că se află în situația de excepție de a nu fi posibilă descrierea produselor prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36. Având în vedere că autoritatea a cerut, totuși,

documente care să prezinte toate caracteristicile care au impact asupra calității produsului comparativ cu elementele similare din consumabilele OEM "(de exemplu: la toner – cât e granularitatea la cel original și cât la cel echivalent, compoziția, gradul de culoare, magnetismul)", înseamnă că ea are cunoștință de caracteristicile consumabilelor OEM, context în care nu putea apela la mențiunea "sau echivalent 100%", ci trebuia să completeze caietul de sarcini cu specificațiile dorite.

În caz contrar, ar fi illogică solicitarea dovedirii calității produsului comparativ cu elementele similare din consumabilele OEM, fără a cunoaște care sunt aceste elemente similare din consumabilele OEM. Pe de altă parte, chiar și admitând că nu cunoaște aceste elemente similare la care îi obligă pe producătorii non-OEM, cu certitudine autoritatea cunoaște caracteristicile minimale ale produsului pe care îl dorește, cum ar fi: numărul de pagini imprimate, culoarea, rezoluția, formatul, tipul de imprimantă/copiator/fax pe care va fi folosit. De altminteri, ordonanța admite doar adăugirea "sau echivalent", iar nu cea folosită de autoritate – "echivalent 100%" –, care înseamnă, practic, o identitate totală cu originalul (nu există echivalență integrală, în toate privințele).

Consiliul apreciază că, prin rigorile impuse doar ofertanților de produse "echivalente", au fost nesocotite dispozițiile normative de mai sus, în speță fiind discriminați acești ofertanți în comparație cu cei care furnizează produse OEM, chiar dacă produsele primilor sunt la fel sau posibil superioare calitativ și acoperă necesitățile autorității, fiind împiedicați să participe la licitație prin respectivele rigori. Din redactarea caietului de sarcini este evident că sunt favorizați producătorii OEM, în detrimentul celor non-OEM.

După cum s-a subliniat mai sus, nu prezintă nicio relevanță caracteristica OEM sau non-OEM, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritate nu depind de aceasta, important fiind ca produsele consumabile să acopere specificațiile tehnice prestabilite. Nici nu este posibilă o concurență loială între ofertanții de produse OEM și ofertanții de produse non-OEM, mai ales în condițiile discriminatorii prescrise de autoritatea contractantă.

Separat de cele arătate, se impune a fi evidențiat că "echivalența" nu trebuie asociată caracterului OEM al consumabilelor, ci (eventual) datelor tehnice ale cartușelor având codurile enumerate de autoritate în tabelele de la finalul caietului de sarcini. De pildă, cartuș ...092A sau echivalent cu acesta din punct de vedere al specificațiilor tehnice dorite și enunțate de autoritate în caietul de sarcini, pentru imprimanta HP LaserJet 1100. Echivalența trebuie să se limiteze la compatibilitatea totală cu echipamentul pentru care sunt destinate și la performanțele de interes pentru autoritatea contractantă (capacitate rezervor, număr de pagini

imprimare, viteză, fiabilitate), iar nu să însemne confundare cu produsul original (echivalență 100%), cum se urmărește în speță.

În atare situație, criticile pe care reclamanta le aduce cerințelor suplimentare aplicabile doar produselor non-OEM din caietul de sarcini se vădesc a fi întemeiate, ele având la bază discriminarea nelegală pe care autoritatea o promovează între ofertanții celor două categorii de consumabile. Astfel fiind, se impune obligarea autorității la remedierea caietului de sarcini prin eliminarea diferențierii pe care o realizează între produse OEM și produse echivalente 100%, urmând ca toate produsele să fie verificate prin prisma respectării aceluiași specificații tehnice care reflectă necesitățile autorității contractante. Totodată, cerințele trebuie reformulate în mod corespunzător, pentru a permite evaluarea tehnică a tuturor produselor.

În mod judicios, contestatoarea a remarcat că autoritatea este obligată să țină seama că art. 36 alin. (3) din ordonanță permite ofertanților dovedirea conformității produselor cu specificațiile tehnice solicitate inclusiv prin dosarul tehnic al producătorului, iar nu doar prin buletine de analiză/rapoarte de încercare/testare emise de un laborator de încercări neutru, recunoscut și acreditat, care respectă standardele europene aplicabile, recunoscut în Uniunea Europeană. Iar dacă proba se poate realiza prin dosarul tehnic al producătorului, atunci autoritatea contractantă este obligată să accepte și dovezi provenind de la laboratoarele proprii ale producătorilor, nu numai de la terțe laboratoare.

Explicația autorității, precum că achiziția de la producătorul aparaturii asigură implicit obținerea unor produse de calitate, motiv pentru care nu sunt necesare testări și certificări ale produselor lor, nu numai că este subiectivă și neavenită, ci și contrară legislației concurențiale a achizițiilor publice, în contextul în care două dintre principiile pe care este construită sunt cel al tratamentului egal și cel al recunoașterii reciproce [art. 2 alin. (2) lit. b) și c) din ordonanță]. Cum s-a spus, nu prezintă relevanță condițiile legate de producătorul consumabilelor, ci doar specificațiile tehnice cărora trebuie să le răspundă aceste consumabile.

Nimic nu exclude ca parametrii calitativi ai produselor non-OEM să îi depășească pe cei ai produselor OEM, după cum simpla calitate a producătorului de a fi fabricantul imprimantei/copiatorului/faxului (OEM) nu este în măsură să garanteze, prin ea însăși, calitatea superioară a consumabilelor sale. Până la proba contrară, este posibil ca anumiți producători non-OEM să utilizeze în procesul de fabricație materiale superioare calitativ sau tehnologii mai avansate decât producătorii OEM, care să surclaseze produsele celor din urmă.

În contextul în care conformitatea tehnică și funcționarea consumabilelor, după cum s-a arătat, nu depinde, din perspectiva

legislației achizițiilor, de producătorul lor, mai precis dacă acesta este sau nu și producătorul echipamentului pe care vor fi montate, Consiliul determină că autoritatea contractantă a urmărit, prin introducerea acestei diferențieri nerelevante pentru buna execuție a contractului, să excludă de la procedură anumiți operatori economici, respectiv pe aceia care, deși au produse corespunzătoare funcțional, nu sunt și producători de echipamente sau nu au relații de autorizare/licențiere din partea acestora. Atributul consumabilului de a fi OEM nu înseamnă automat că el este conform nevoilor autorității contractante, de calitate sau superior celor non-OEM, cum lasă să se întrevadă autoritatea din actualul mod de redactare a caietului de sarcini. Dacă se pornește de la premisa introdusă de autoritate, concluzia este că produsele non-OEM sunt îndoielnice calitativ și nu se ridică la nivelul celor OEM. Toate produsele trebuie tratate în mod egal, prin prisma verificării lor dacă respectă sau nu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, iar nu exceptate sau avantajate unele doar pentru că ele provin de la un anumit producător (OEM), în comparație cu cele de la alți producători. Echivalarea tuturor produselor non-OEM (inclusiv a celor ofertate de ...) cu produse slabe calitativ sau inferioare din punct de vedere tehnic nu are suport legal, dimpotrivă, fiind prohibită de normele legale în vigoare.

În fapt, abrevierea OEM - Original Equipment Manufacturer nici nu poate constitui o specificație tehnică a produsului, întrucât ea nu se referă la produs, ci la producător, motiv pentru care nici nu are ce să caute într-un caiet de sarcini. Desigur, la nivelul autorităților contractante s-au format unele uzanțe proprii achizițiilor de consumabile, însă aceste uzanțe nu au forța juridică necesară să deroge de la normele art. 38 alin. (1) 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*". Sintagma "se acceptă numai produse OEM sau echivalente 100%", cuprinsă de ... în caietul de sarcini, se traduce în sensul că se acceptă numai produse fabricate de Hewlett Packard, Lexmark, Samsung, Canon și de firmele autorizate de acestea sau produse "echivalente 100%" cu ele, însă tocmai trimiterea la un anumit producător a urmărit să o reprime legislația pe linie de achiziții publice. Legiuitorul a inserat în corpul ordonanței și al normelor de aplicare o serie de texte menite să reglementeze atât deschiderea sectorului achizițiilor către toți furnizorii, prestatorii și executanții, cât și tratarea lor de pe poziții de egalitate, iar nu acordarea de privilegii sau înlesniri operatorilor economici OEM în accesul la contractele guvernamentale. Încălcarea regulilor de elaborare a specificațiilor tehnice, cum s-a constatat mai

sus, este calificată de legiuitor în categoria contravențiilor [art. 293 lit. b)], sancționabilă cu amendă de la 80.000 la 100.000 lei.

Totodată, autoritatea scapă din vedere că îndeplinirea corespunzătoare a contractului reprezintă o obligație asumată de ofertant, care răspunde în fața autorității pentru compatibilitatea și conformitatea produselor oferite și capacitatea sa de a realiza corespunzător contractul, în ipoteza neîndeplinirii lui putând fi executată garanția depusă și reziliat contractul. În plus, potrivit aceluiași caiet întocmit de autoritate, toți ofertanții au datoria de a depune o declarație pe propria răspundere prin care se obligă să despăgubească achizitorul împotriva oricărui: "[...] b) defecțiuni ale echipamentelor care apar din cauza utilizării consumabilelor livrate de furnizor care nu îndeplinesc cerințele de calitate. În cazul în care apar defecțiuni ale imprimantelor datorate cartușelor echivalente 100%, ofertantul are obligația reparării gratuite a acestora, respectiv înlocuirea lor; cauzele defecțiunilor respective vor fi confirmate prin rapoarte tehnice întocmite de agenți economici independenți față de producătorii echipamentelor. De asemenea, până la finalizarea reparării echipamentului, ofertantul îl va înlocui pe cel defect cu altul similar, de o calitate și generație similară."

Cerința aducerii de către producătorii non-OEM de "certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele oferite, din care să rezulte faptul că produsele echivalente pot fi folosite fără niciun fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele respective" este atât neclară, dat fiind că nu rezultă care ar fi acele organisme acceptate de ... respectiv cine ar trebui să le abiliteze și în acest sens pentru a fi acceptate, iar pe de altă parte este și imposibil de îndeplinit, după cum a punctat și contestatoarea, în contextul în care este greu de crezut că vreun "organism abilitat" își va asuma răspunderea că produsele echivalente oferite pot fi folosite fără niciun fel de restricție de ordin tehnic sau de calitate a imprimării pe echipamentele unui terț. De bună seamă că doar acest din urmă terț se poate pronunța asupra folosirii fără restricție a consumabilelor echivalente pe aparatele sale. Altminteri, se naște întrebarea legitimă ce se întâmplă dacă numitul "organism abilitat" emite un certificat favorabil, însă producătorul aparatelor nu recunoaște compatibilitatea consumabilelor echivalente cu aparatele sale? Ce document va prevala în fața autorității contractante, al organismului sau al producătorului aparatelor?

Este fondată și critica pe care contestatoarea o aduce condiției ca ofertanții de produse echivalente "*Să demonstreze că produsele au aceleași capacități în număr de pagini imprimate ca și cele OEM, prin depunerea, alături de descriere, pentru fiecare tip de produs oferit, a buletinului de analiză/raportului de încercare/testare (de exemplu: la toner - cât e granularitatea la cel original și cât la cel*

echivalent, compoziția, gradul de culoare, magnetismul), emis de un laborator de încercări neutru, recunoscut și acreditat, care respectă standardele europene aplicabile, recunoscut în Uniunea Europeană." Înainte de a cere un astfel de test comparativ, autoritatea trebuia să menționeze care sunt caracteristicile consumabilelor OEM, altminteri nu se cunoaște ce se va întâmpla dacă se prezintă mai mulți ofertanți cu buletine de analiză sau rapoarte de la laboratoare diferite în care datele reper privind consumabilele OEM nu concordă între ele? De care dintre documente va ține seama autoritate și pe ce teme?

Și în alte spețe, similare, în care reclamantă a fost aceeași ... Consiliul a statuat asupra caracterului artificial și abuziv al diferențierii operate de autoritatea contractantă, în contradicție cu principiul tratamentului egal și cu dispozițiile art. 35 alin. (5) din ordonanță, potrivit căroră "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".

Referitor la solicitarea contestatoarei ca autoritatea să completeze cerințele caietului de sarcini conform art. 36 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "*În sensul prevederilor alin. (1) și (2) un mijloc adecvat de a dovedi conformitatea cu specificațiile tehnice solicitate îl poate reprezenta dosarul tehnic al producătorului [...]*", ea este întemeiată. Autoritatea nu poate interzice ofertanților să aducă ca dovadă a conformității dosarul tehnic al producătorului. După cum s-a menționat în paginile de mai sus, Consiliul a stabilit ca autoritatea să țină seama, la revizuirea cerințelor tehnice, că art. 36 alin. (3) din ordonanță permite ofertanților dovedirea conformității produselor cu specificațiile tehnice solicitate inclusiv prin dosarul tehnic al producătorului.

Nelegală este și condiția ca laboratorul de încercări să fie recunoscut în Uniunea Europeană, a cărei unică menire este excluderea participării la licitație a anumitor potențiali ofertanți, ale căror produse au testări valabile și recunoscute în Statele Unite ale Americii, India, China, Japonia, Coreea de Sud sau orice alt stat unde activează, însă nu și în Uniunea Europeană. De asemenea, adăugirea că laboratorul nu trebuie să aparțină producătorului depășește cadrul legii, dat fiind că ordonanța permite ofertanților dovedirea conformității produselor inclusiv prin dosarul tehnic al producătorului, situație în care înseamnă că autoritatea este obligată să accepte și dovezi provenind de la laboratoarele proprii ale producătorilor, nu numai de la terțe laboratoare.

În considerarea celor ce preced și în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ... și

anulează caietul de sarcini, ca parte integrantă a documentației de atribuire, precum și întreaga procedură de atribuire a contractului de furnizare de cartușe toner, cartușe cerneală, kituri cilindru și kituri transfer imagine, coduri CPV 30125100-2, 30125000-1 și 30192113-6, cu data inițială de deschidere a ofertelor 04.07.2013. Numărul mare și gravitatea încălcărilor constatate mai sus afectează integritatea procedurii [art. 2 alin. (1) lit. c) din ordonanță] și fac imposibilă continuarea ei în condiții de transparență și tratament egal între operatorii economici. Neregulile identificate în paginile anterioare reprezintă abateri ce nu pot fi corectate decât prin elaborarea unui nou caiet de sarcini, în acord cu rigorile legii, ceea ce, însă, presupune anularea prezentei proceduri de atribuire și reluarea ei.

Data fiind anularea procedurii de atribuire, Consiliul va respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere de remediere a documentelor licitației din contestația

În privința capătului de cerere de obligare a autorității la plata către contestatoare a cheltuielilor prilejuite de formularea contestației, în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță el urmează a fi respins ca nefondat, întrucât ... nu a indicat nicăieri la cât se ridică aceste cheltuieli și, mai mult, nu a depus niciun act care să probeze efectuarea lor.

Redactată în patru exemplare, conține optsprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...