



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată 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. ... formulată de către ... cu sediul în ... județul ... CUI RO ... reprezentată de ... în calitate de ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, pe loturi, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Achiziție de cartușe de toner pentru mărcile de echipamente : Brother, Xerox, Canon, Epson, Konica, Minolta; Lexmark, HP, Kyocera, Nashuatec, Ricoh, Samsung”, se solicită următoarele :

- eliminarea din cuprinsul documentației de atribuire a cerinței instituită, exclusiv pentru produsele echivalente, referitoare la depunerea de mostre din fiecare consumabil echivalent;

- în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, suspendarea prezentei proceduri de atribuire până la soluționarea fondului cauzei.

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

Admite contestația formulată de către ... cu sediul în ... județul ... în contradictoriu cu... cu sediul în ... județul ...

Obligă... la modificarea cerinței referitoare la mostre stabilită la cap.III „Modul de prezentare a produselor” din caietul de sarcini, paragraful intitulat „Mostre” și la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, în sensul celor precizate în motivare, urmând ca, în cadrul aceluiași termen, măsurile de remediere dispuse să fie aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicare în SEAP.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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:

... a formulat contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, pe loturi, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Achiziție de cartușe de toner pentru mărcile de echipamente : Brother, Xerox, Canon, Epson, Konica, Minolta; Lexmark, HP, Kyocera, Nashuatec, Ricoh, Samsung”, solicitând următoarele :

- eliminarea din cuprinsul documentației de atribuire a cerinței instituită, exclusiv pentru produsele echivalente, referitoare la depunerea de mostre din fiecare consumabil echivalent;

- în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, suspendarea prezentei proceduri de atribuire până la soluționarea fondului cauzei.

În susținerea contestației, ... arată că autoritatea contractantă ... a inițiat prezenta procedură de achiziție publică la data de 28.10.2013, în acest sens publicând în S.E.A.P. anunțul de participare nr. ... și documentația de atribuire, cu data de deschidere a ofertelor în data de 08.11.2013.

... consideră ca fiind nelegală documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini – punctul III Modul de prezentarea al produselor, paragraful intitulat Mostre, precum și fișa de date – secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, căsuța din tabel referitoare la mostre, prin care se instituie cerința obligatorie și eliminatorie, impusă exclusiv pentru produsele

echivalente, de a depune mostre cu titlu gratuit din fiecare cartuș ofertat, în vederea analizării și testării lor, aceasta din urmă, fără a fi instituită expres, deducându-se din prevederile referitoare la mostre din caietul de sarcini conform căroră „dacă produsele nu sunt corespunzătoare din punct de vedere al calității imprimării și compatibilității cu echipamentul corespunzător deținut de autoritatea contractantă, atunci oferta va fi declarată neconformă”.

În fapt, contestatorul arată că, prin dispozițiile caietului de sarcini și ale fișei de date referitoare la mostre, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici care ofertează produse echivalente, depunerea de mostre din fiecare cartuș ofertat, în vederea analizării și testării lor, menționându-se exclusiv în fișa de date că mostrele se depun cu titlu gratuit.

În acest sens, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu poate analiza și testa mostrele cartușe cu titlu gratuit deoarece acestea fiind dezambalate, desigilate și testate nu mai pot fi comercializate de ofertant, creându-i așașadar un prejudiciu economic egal cu valoarea mostrelor depuse, prejudiciul extrem de mare având în vedere numărul cartușelor oferite și costul unui cartuș.

Astfel, contestatorul consideră ca fiind excesivă și nejustificată analizarea și testarea mostrelor depuse deoarece calitatea cartușului ofertat este dovedită de certificatul de calitate și conformitate depus și este garantată printr-un certificat de garanție.

De asemenea, ofertantul arată că își asumă, conform punctului II din caietul de sarcini paragrafele 9, 10, 11 și 12, toate riscurile referitoare la defectarea produselor, vicii de fabricare, calitatea printării, nerecunoașterea cartușului de către echipamentul, defectarea echipamentelor datorită utilizării produselor, urmând ca în cazul producerii lor, să ia măsuri de remediere într-un termen de 48 de ore de la data reclamării. Așașadar ofertantul își asumă inclusiv acele riscuri, referitoare la calitatea printării și nerecunoașterea cartușului de către echipamentul, pe care autoritatea încearcă să le evite prin testarea mostrelor.

Drept urmare, contestatorul consideră inutilă și nelegală prejudicierea economică a ofertantului prin testarea mostrelor depuse.

Contestatorul arată că, autoritatea contractantă, în fișa de date a preluat prevederile Notificării ANRMAP nr. 149/24.09.2013 privind actualizarea modalității de completare a fișei de date,

conform cărora „dacă se solicită mostre autoritatea contractantă va păstra mostrele prezentate de ofertantul câștigător ca etalon, iar cele prezentate de ofertanții necâștigători se vor restitui în termen de 5 zile calendaristice de la încheierea contractului”, dar în prezenta cauză, restituirea mostrelor către necâștigători după încheierea contractului nu este suficientă pentru evitarea prejudicierii ofertanților, deoarece acestea fiind analizate și testate, nu mai pot fi repuse în situația anterioară, fiind imposibilă valorificarea lor ulterioară, prejudiciul creat ofertanților fiind foarte mare.

Contestatorul consideră că prin instituirea prevederii enunțate de mai sus, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice a dorit să se evite prejudicierea economică a ofertanților, prin reținerea de către autoritatea contractantă a mostrelor depuse, ori, prezenta speță evitarea prejudicierii economice a ofertantului nu se poate evita prin returnarea mostrelor deoarece desigularea și testarea acestora fac să nu mai poată fi comercializate de ofertant.

De asemenea, raportat la principiul utilizării eficiente a fondurilor, statuat de art. 2 alin. 2 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul apreciază că nici soluția ca autoritatea contractantă să plătească toate mostrele testate, depuse de toți operatorii economici ce ofertează produse echivalente, nu este potrivită, considerând astfel că singura soluție ce protejează interesele ambelor părți, este de a se înlătura din caietul de sarcini prevederea referitoare la analizare și testarea mostrelor pentru stabilirea calității și conformității.

Contestatorul apreciază ca fiind inutilă păstrarea cerinței de a se depune mostre, în condițiile eliminării prevederilor referitoare la analizarea și testarea lor, deoarece neputând fi dezamblate, desigilate și testate, nu pot certifica nimic suplimentar față de celelalte documente solicitate pentru dovedirea calității și conformității produselor oferite.

Totodată, contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă prin prevederile referitoare la mostre din caietul de sarcini și fișa de date, prevederile art. 2 alin. 2 lit. a) și b) din O.U.G. nr. 34/2006, deoarece a solicitat depunerea de mostre doar pentru produsele echivalente nu și pentru cele originale, creând astfel un tratament discriminatoriu între operatorii economici care participă la procedură cu produse OEM și cei care participă cu produse echivalente.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul solicită înlăturarea din caietul de sarcini și din fișa de date a cerinței instituite exclusiv pentru produsele echivalente, referitoare la depunerea de mostre din fiecare consumabil echivalent, așa cum este formulată în caietul de sarcini și în fișa de date ca fiind discriminatorie exagerată și ilicită, de natură a cauza un prejudiciu economic major ofertanților.

În temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, contestatorul solicită și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, arătând că măsura suspendării se justifică în principal pe faptul că procedura nu se desfășoară cu respectarea prevederilor legale, iar continuarea procedurii înainte de pronunțarea soluției Consiliului, conduce inevitabil la încheierea unui contract nelegal, cât și faptul că analizarea și testarea mostrelor depuse, cu titlu gratuit, va produce operațiilor economice ce ofertează produse echivalente un prejudiciu economic însemnat.

În motivarea cererii de suspendare a procedurii de atribuire contestatorul arată că prin continuarea procedurii de atribuire se produce societății sale o pagubă iminentă, prin îngrădirea dreptului de a participa la procedura de atribuire în condiții care să respecte principiul nediscriminării, al tratamentului egal și al liberei concurențe.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 274 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare a fost de depus punctul de vedere al autorității contractante nr. CV39934/05.11.2013, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 37866/07.11.2013, referitor la contestația formulată de către ... prin care precizează următoarele:

Referitor la critica contestatorului referitor la punctul III din caietul de sarcini privind prezentarea de mostre ale produselor, autoritatea contractantă arată că această solicitare este în deplină concordanță cu prevederile legale în materie, respectiv art. 188 alin. 1 lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă notificarea ANRMAP nr. 149/24.09.2013 referitoare la actualizarea modalității de completare a fișei de date, potrivit căreia *"Dacă se solicită mostre, autoritatea contractantă va menționa că va accepta solicitarea prezentării mostrelor pentru toate produsele solicitate, urmând ca mostrele prezentate de către ofertantul câștigător să se păstreze ca etalon iar cele prezentate de către ofertanții declarați*

necîştigători să se restituie în termen de 5 zile calendaristice de la încheierea contractului”.

Autoritatea contractantă consideră prezentarea de mostre pentru produsele care urmează a fi oferite ca fiind relevantă pentru îndeplinirea contractului, urmând a fi analizate și comparate din punct de vedere tehnic.

Autoritatea contractantă apreciază că are dreptul legal de a insera o cerință în caietul de sarcini precum și de a menționa pentru care produse se solicită depunerea de mostre, fără ca prin această solicitare să se împiedice concurența între agenții economici.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că la întocmirea caietului de sarcini a respectat prevederile art. 35 alin. 1) din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cărora caietul de sarcini conține în mod obligatoriu specificații tehnice, precum și prevederile art. 35 alin.(2) din același act normative potrivit cărora *“specificațiile tehnice reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrarea, să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante”.*

Autoritatea contractantă susține că, 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, invocând în acest sens dispozițiile art. 3 alin. 1 lit. a) și art. 4 alin. 3 lit. a) din H.G. nr. 925/2006.

Referitor la criticile aduse prevederilor punctului III, paragraful Mostre, autoritatea contractantă arată că mostrele au fost cerute doar pentru produsele echivalente, precizând faptul că produsele OEM (Original Equipment Manufacturer) îi sunt cunoscute iar certificarea originii controlate de tip OEM impune îndeplinirea condițiilor de testare și evaluare pentru capacitatea de imprimare, în conformitate cu prevederile unor standarde ISO recunoscute de toți producătorii de consumabile OEM, ce asigură în mod echitabil premisele pentru compararea performanțelor și calității pe baza unor criterii bine definite.

Autoritatea contractantă consideră că solicitarea de mostre nu este discriminatorie, aceasta referindu-se la toți operatorii economici care oferă aceleași produse de aceeași calitate, respectiv produse echivalente.

Concluzionând, autoritatea contractantă consideră că cerințele din caietul de sarcini respectă prevederile legale, deoarece aceasta are dreptul să achiziționeze acele produse ce corespund necesităților sale, potrivit art. 35 alin. 2) din O.U.G. nr. 34/2006 ce sunt testate, ambalate etichetate și marcate în conformitate cu standarde relevante, art. 35 alin. 3) și 6), art. 188 alin. 1) lit. d), art. 176 și solicită respingerea contestației cu privire la acest capăt de cerere ca neîntemeiată.

Alăturat punctului de vedere, autoritatea contractantă a depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Prin Decizia CNSC nr. ... Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de către ... până la soluționarea cauzei.

Analizând contestația formulată de către ... prin luarea în considerare a susținerilor părților, a înscrisurilor aflate la dosarul cauzei și a dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul constată următoarele :

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Achiziție de cartușe de toner pentru mărcile de echipamente : Brother, Xerox, Canon, Epson, Konica, Minolta; Lexmark, HP, Kyocera, Nashuatec, Ricoh, Samsung”, ... a ales procedura prin cerere de oferte, ce a fost demarată la data de 28.10.2013, prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fiind de 342.729 lei, fără T.V.A.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire a formulat contestație ... ce face obiectul prezentei cauze.

Contestatorul formulează critici și cu privire la cap.III „Modul de prezentare a produselor” din caietul de sarcini, paragraful intitulat „Mostre” și prevederile secțiunii III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției referitoare la mostre, invocând caracterul discriminatoriu, exagerat și ilicit al cerinței privind solicitarea de mostre doar pentru produsele echivalente nu și pentru cele originale cât și cerința privind analizarea și testarea mostrelor, solicitând Consiliului eliminarea din caietul de sarcini și din fișa de date a achiziției a cerinței, instituită pentru produsele echivalente, referitoare la depunerea de mostre din fiecare consumabil echivalent.

Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” autoritatea

contractantă a stabilit cerința potrivit căreia „Se solicită câte o mostră de fiecare consumabil echivalent oferat fără nicio implicație financiară din partea autorității contractante. Mostrele se vor depune până la termenul limită de depunere a ofertei. Pentru cartușele originale nu se solicită mostre. Mostrele prezentate de către ofertantul câștigător se vor păstra ca etalon, iar cele prezentate de către ofertanții declarați necâștigători se vor restitui în termen de 5 zile calendaristice de la încheierea contractului, pe cheltuiala ofertantului”.

Prin caietul de sarcini, cap.III.„Modul de prezentare a produselor”, paragraful „Mostre”, punctul 1, autoritatea contractantă a stabilit prevederea potrivit căreia „Deoarece calitatea produselor OEM sunt garantate de către producătorul echipamentelor și autoritatea contractantă cunoaște aceste produse, se solicită prezentarea de mostre doar pentru produsele echivalente oferate (cerința obligatorie și eliminatorie). Dacă produsele nu sunt corespunzătoare din punct de vedere al calității imprimării și compatibilității cu echipamentul corespunzător deținut de autoritatea contractantă, atunci oferta va fi declarată neconformă”.

Raportat la « obiectul contractului » aferent procedurii de atribuire, ce constă în « Achiziție de cartușe de toner pentru mărcile de echipamente : Brother, Xerox, Canon, Epson, Konica, Minolta, Lexmark, HP, Kyocera, Nashuatec, Ricoh, Samsung», Consiliul reține că în caietul de sarcini autoritatea contractantă a prevăzut următoarele « II-Specificații tehnice minime obligatorii » 1. « Produsele oferate vor fi originale OEM sau echivalente, vor respecta în totalitate cerințele din manualul tehnic al echipamentului și/sau recomandările producătorului echipamentelor și să fie 100 % compatibile cu echipamentele în care urmează să fie montate, fiind recunoscute de echipamente».

Astfel, luând în considerare cele redată anterior în motivare, coroborate cu cerința prevăzută în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3 a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” cât și în caietul de sarcini la secțiunea „Mostre”, punctul 1, ce face obiectul prezentei contestații, Consiliul constată că autoritatea contractantă dorește să achiziționeze cartușe cu toner pentru imprimante și fotocopioare, cu preferință pentru produse OEM (Original Equipment Manufacturer), dar acceptă și **produse echivalente**, definite în caietul de sarcini ca fiind « un consumabil compatibil cu tipul echipamentului pentru care se achiziționează, care are cel

puțin aceleași caracteristici și performanțe cu a celor OEM, obținute din componente noi care nu au mai fost folosite anterior».

Se constată astfel că opțiunea autorității contractante a fost ca, pe lângă produse originale OEM, să accepte și produse echivalente, cartușe compatibile, originale, construite în totalitate din componente noi, fără a fi admise produse remanufacturate.

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă, cu încălcarea principiului tratamentului egal consacrat de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și a prevederilor art. 35 din același act normativ, conform căroră "(2) *În cazul în care autoritatea contractantă definește specificațiile tehnice din caietul de sarcini prin precizarea performanțelor și/sau cerințelor funcționale solicitate, atunci nici o ofertă nu poate fi respinsă dacă ofertantul demonstrează prin orice mijloc adecvat că produsele, serviciile sau lucrările oferite asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale solicitate*", a impus în mod diferențiat cerințe minime obligatorii în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini, în funcție de echipamentul ofertat (OEM sau echivalent), respectiv cerințe care se adresează doar consumabilelor compatibile/echivalente, cea aflată în discuție fiind, într-adevăr, de natura "*unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici*", astfel cum se prevede la art. 35 alin. (5) din ordonanță, în condițiile în care acestea nu au fost impuse, în mod egal, și pentru consumabilele OEM.

Prin urmare, cerința impusă la cap.III „Modul de prezentare a produselor” din caietul de sarcini, paragraful intitulat „Mostre” și prevederile cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției referitoare la mostre, conform căreia autoritatea contractantă a instituit pentru ofertanți obligația prezentării mostrelor doar pentru **produsele echivalente** se impune a fi eliminată, motiv pentru care, în baza art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul obligă autoritatea contractantă să anuleze această cerință din caietul de sarcini și din fișa de date a achiziției și să emită o cerință egală, aplicabilă produselor OEM cât și produselor echivalente.

Astfel, autoritatea contractantă va stabili cerința de calificare referitoare la prezentarea de mostre atât pentru produsele OEM cât și pentru produsele echivalente, critica dovedindu-se a fi fondată sub acest aspect.

Consiliul va reține ca fondată și critica potrivit căreia autoritatea contractantă a solicitat prezentarea de mostre cu titlu gratuit situație în care ofertanților li se creează un prejudiciu egal cu valoarea mostrelor depuse, în condițiile în care aceste mostre urmează a fi analizate și testate.

În acest sens Consiliul reține ca relevante în soluționare dispozițiile art. 188 alin.(1) lit.e) din O.U.G. nr.34/2006 potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, *„mostre, decrieri și/sau fotografii a căror autenticitate trebuie să poată fi demonstrată în cazul în care autoritatea contractantă solicită acest lucru”*, cheltuielile legate de prezentarea de mostre sunt cheltuieli adiționale întocmirii ofertei, însă acestea urmează a fi reținute de către autoritatea contractantă doar în cazul ofertei declarate câștigătoare, aspect ce trebuie avut în vedere de către autoritatea contractantă la stabilirea noii cerințe.

Însă, Consiliul reține că autoritatea contractantă, pentru produsele echivalente, în mod excesiv, a stabilit prin caietul de sarcini, cităm *„Dacă produsele nu sunt corespunzătoare din punct de vedere al calității imprimării și compatibilității cu echipamentul corespunzător deținut de autoritatea contractantă, atunci oferta va fi declarată neconformă”*, în condițiile în care tot prin caietul de sarcini a fost solicitată prezentarea „Certificatului de calitate și conformitate” sau „Declarația de conformitate”, o astfel de prevedere apare ca excesivă pentru ambele tipuri de produse, OEM cât și produse echivalente, având în vedere că performanțele tehnice ale produselor este demonstrată prin documentele depuse, reținându-se în soluționare și susținerile contestatorului potrivit cărora prin caietul de sarcini s-a impus ca ofertantul să își asume toate riscurile referitoare la defectarea produselor (cap.II punctele 9,10 și 11), motiv pentru care la stabilirea noii cerințe de calificare autoritatea contractantă va avea în vedere acest aspect.

Constatând că se impune luarea unei măsuri de remediere a documentației de atribuire în ceea ce privește cerința referitoare la mostre stabilită la cap.III „Modul de prezentare a produselor” din caietul de sarcini, paragraful intitulat „Mostre” și la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, în baza dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul admite contestația formulată de către ... în contradictoriu....

Obligă... la modificarea cerinței referitoare la mostre stabilită la cap.III „Modul de prezentare a produselor” din caietul de

sarcini, paragraful intitulat „Mostre”, punctul 1 și la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, în sensul celor precizate în motivare, urmând ca, în cadrul aceluiași termen, măsurile de remediere dispuse să fie aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicare în SEAP.

Conform prevederilor art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,

Redactată în 4 exemplare originale, conține 11 (unsprezece) pagini.