



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 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 consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: ...

...Prin contestația nr. ... înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... depusă de către..... cu sediul în...municipiul ... bd. având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului..... și Cod Unic de Înregistrareîmpotriva documentației de atribuire emisă de către..... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în...municipiul nr. 313, ... în cadrul procedurii de...„licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect...„Configurații informatice”, cod CPV 30211400-5, având sursa de finanțare:...„alte fonduri”, s-a solicitat:...„rectificarea documentației de atribuire, astfel încât aceasta să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică”.

Prin contestația nr. .../... înregistrată la Consiliu sub nr. .../05.03.2014, depusă de către...S.C. S.R.L., cu sediul în municipiul ... Aleea Barajul Bistrița nr. 12, bl. 4, ap. 110, sector 3, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului..... și...Cod Unic de Înregistrare ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat...„rectificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, astfel încât aceasta să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică”.

În temeiul art. 273 alin. (1) 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, cu modificările și completările ulterioare, cele două contestații au fost conexe.

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

DECIDE:

...Admite contestațiile formulate de ... și S.C. ... S.R.L. în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei, să modifice documentația de atribuire potrivit celor reținute în motivare.

Dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor decise anterior.

Obligă autoritatea contractantă la plata, către contestator, a sumei de 1900 lei, reprezentând cheltuieli efectuate de acesta în cursul soluționării contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată, ... contestă documentația de atribuire emisă de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „cerere de oferte”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect...„Configurații informatice”, solicitând:...„rectificarea documentației de atribuire, astfel încât aceasta să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică”...Contestatorul arată că, analizând documentația de atribuire aferentă procedurii, a constatat că aceasta conține o serie de cerințe de natură a discrimina ofertanții și de a favoriza doar anumiți operatori economici, cu privire la: „stații de lucru, inclusiv monitoare aferente (Tip 1) – 130 de bucăți” și „stații de lucru, inclusiv monitoare aferente (Tip 2) – 4 bucăți”, deoarece nu sunt obiective, nu se referă la o caracteristică tehnică a produselor, nu se referă la un standard, omologare sau reglementare tehnică națională sau europeană recunoscute și aplicabile produselor și încearcă să restrângă pe un criteriu neacceptabil posibilitatea

ofertanților de a depune o ofertă, cu respectarea specificațiilor tehnice și funcționale cerute.

... menționează că sunt mai mulți ofertanți care „produc” toate repererele dintr-un sistem de calcul – mai exact marile companii internaționale – nu poate fi o scuză pentru a obliga ofertanții de sisteme de calcul să producă intern toate aceste reperi; tocmai de acest lucru se folosesc majoritatea autorităților contractante și impun o asemenea „cerință”, argumentată prin așa-zisa compatibilitate și uniformitate, excluzând din start ofertanții mai mici, de regulă firme românești care din cauza volumului mult mai mic de vânzare nu au toate repererele „ produse” sub brand-ul propriu.

De asemenea, contestatorul mai arată că așa zise cerințe sunt de fapt obstacole pentru firmele românești și probabil apar nu întâmplător în marea majoritate a caietelor de sarcini; nu pot fi considerate cerințe tehnice cum în mod greșit argumentează unele autorități contractante; au fost introduse cu bună știință spre a completa așa „numiții diferențiatori” care direcționează cererea către un anumit tip de produse sau producător. În loc să solicite cerințe de performanță și fiabilitate cu eventuale penalizări clare/timp de nefuncționare, se apelează la aceste „artificii”, invocând consecințe „catastrofice” dacă tastatura, mouse-ul, soft-ul de management sau similare nu au același producător.

Față de cele menționate mai sus, contestatorul precizează că acestea nu reprezintă nici o specificație tehnică nici una funcțională a produselor solicitate în sensul art. 35 și art. 36 din O.U.G nr. 34/2006, ci constituie doar încercarea de a restrânge concurența prin eliminarea companiilor românești.

Contestatorul consideră că prevederile prin care autoritatea contractantă solicită „specificatiile tehnice” mai sus menționate încalcă art. 23 alin. (2) și (3) din Directiva 2004/18/CE și art. 2, art. 35 alin. (5), art. 66 din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin contestația formulată, S.C. ... S.R.L. contestă documentația de atribuire, emisă de către în calitate de...autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând...rectificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării acelor cerințe care contravin liberei concurențe între ofertanți, astfel încât aceasta să nu afecteze scopul organizării procedurii și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică”.

Contestatorul arată că în documentația de atribuire și în cuprinsul caietului de sarcini paginile 2, 3 și 4 apar specificații „nelegale”.

Astfel, contestatorul arată că cerințele privind „compatibilitatea”, „garanția”, „termenul de livrare” sunt „specificatii nelegale” sunt discriminatorii, restrictive, nu reprezintă o caracteristică a produselor și nu se referă la un standard, omologare sau reglementare tehnică aplicabile produselor....Având în vedere faptul că mai mulți ofertanți care produc toate reperetele unei stații de lucru (companiile internaționale), în opinia contestatorului nu pot fi un motiv de obligare a tuturor ofertanților de stații de lucru să producă pe plan intern aceste reperate (monitor, unitate centrală, placă de bază, memorie, hard disk, unitate optică, tastatură, mouse și/sau alte accesorii/periferice). Contestatorul menționează că, autoritatea contractantă restricționează accesul la procedură al unor operatori economici care nu au toate reperatele produse sub brand-ul propriu. „Specificatii nelegale” constituie un obstacol pentru firmele românești și direcționează procedura de achiziție publică către un anumit tip de produse ori producători internaționali, pentru că nu reprezintă în fapt o specificație tehnică funcțională pentru produsele solicitate, în sensul art. 35 și 36 din O.U.G nr. 34/2006.

Contestatorul, menționează că, s-a încălcat art. 23 alin. (2) și (3) din Directiva 2004/18/CE și art. 2, art. 35 alin. (5) și art. 66 din O.U.G. nr 34/2006, având ca rezultat îngrădirea liberei concurențe și afectarea eficienței cheltuirii fondurilor alocate.

În concluzie, contestatorul arată că autoritatea contractantă a specificat cerințele în discuție „specificatii nelegale” doar cu scopul de a exclude accesul la procedură al anumitor operatori economici, respectiv cei care furnizează în mod legal pe piața de profil stații de lucru ale căror componente provin de la mai mulți producători.

În acest context, contestatorul arată că, cerințele „specificatii nelegale” se vădesc a fi discreționare și nelegale, aducând atingere prevederilor art. 35 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006 , potrivit cărora specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul legal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect...introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici. ...Contestatorul invocă Decizia Civilă nr. ... din 11.12.2008 emisă de Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, raportat la nevoile sale, autoritatea contractantă este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau

la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Contestatorul precizează că scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum sunt cerințele „specificații nelegale”, în cauza de față. Este restâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva Ordonanței privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Se mai menționează art. 35 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 23 alin. (2) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE din 31.03.2004 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 restângă concurența între operatorii economici, iar neacceptarea de echipamente conforme necesităților autorității, însă cu alte branduri sau chiar fără un asemenea brand, reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față. 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”*.

Contestatorul precizează că produsele sunt conforme standardelor europene specifice, aspect demonstrat în condițiile art. 36 din O.U.G. nr. 34/2006, autortatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de o anumită inscripționare a lor, mai cu seamă dacă le asigură performanțe egale sau superioare celor inscripționate și provenind de la un unic producător. Nimic nu

excluse ca parametrii calitativi ai produselor ce nu se încadrează în cerințele „specificații nelegale” ale autorității contractante să îi depășească pe cei ai produselor ce acoperă respectivele cerințe. Astfel, simplul fapt că există o inscripționare a monitorului, a unității centrale, a plăcii de bază, a memoriei, a hard disk-ului, a unității optice, a tastaturii, a mouse-ului și/sau a altor accesorii/periferice, sau că ele sunt produse de același producător, nu este în măsură să garanteze, prin ea însăși, o calitate tehnică superioară a produsului sau o fiabilitate sporită.

Contestatorul precizează că specificațiile tehnice din caietul de sarcini trebuie să reflecte o nevoie reală și justificată a autorității contractante, care trebuie acoperită prin respectiva specificație, iar impunerea unor specificații doar de dragul de a supraîncărca paginile caietului de sarcini sau de a îngreuna accesul la licitație al furnizorilor de stații de lucru, care înglobează componente IT de la fabricanți diferiți este reprimată de normele în vigoare.

Se menționează art. 35 alin. (5) și (3) și art. 38 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu titlu de practică judiciară relevantă, contestatorul precizează Decizia civilă nr. ... din 13.02.2012, în care Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, reține că cerința din caietul de sarcini ca platforma de comunicații să fie produsă de același producător ca cel al soluției de scanare este nelegală, întrucât duce la restrângerea concurenței, favorizând un singur producător.

De asemenea, contestatorul precizează că aceeași poziție este consecventă și în jurisprudența CNSC.

Pe de altă parte, contestatorul arată că cerința potrivit căreia *„garanția acordată să fie conformă cu perioadele de garanție oferite de producător și trebuie să se poată verifica, fie prin fișe tehnice (dacă este garanția standard), fie la producător printr-o modalitate menționată în propunerea tehnică (fără a exclude alte posibilități, printr-un link al producătorului prin care se poate încărca seria produsului și care să întoarcă garanția aferentă seriei introduse, care trebuie să fie identică cu garanția solicitată de autoritatea contractantă)”* este la fel de restrictivă, aceasta reprezentând o introducere forțată a producătorului în relațiile contractuale dintre autoritatea contractantă ca și achizitor și ofertant al acestor produse. Această cerință îngreuește accesul la procedură al participanților, condiționându-i să prezinte o garanție de la producător, terță persoană care nu are nicio obligație în contractul de achiziție publică ce se va încheia între furnizor și achizitor. Mai mult decât atât, cerința se vedește a fi disproporționată raportat la

obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit. Cerința în discuție nu asigură corelația între necesitatea obiectivă a autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică, complexitatea acestuia și cerințele formulate în contextul aplicării procedurii de atribuire, încălcând astfel art. 8 din H.G. nr.925/2006. Necesitatea autorității contractante este de a i se asigura garanția produselor, nu de a avea acces direct la suportul tehnic al producătorului.

Contestatorul precizează că clauzele contractuale stabilite în contract, între care și garanția produselor, sunt asumate de către cele două părți semnatare, ofertant și autoritate contractantă, conform principiului relativității efectelor contractului potrivit art. 1280 Cod Civil. Producătorul este un terț față de contract, nu poate deveni parte la contractul de achiziție, neputându-și asuma obligații, cum este cea de a asigura garanția produselor. Garanția este o obligație contractuală asumată de ofertant față de autoritatea contractantă, astfel că în perioada de garanție aceasta va răspunde pentru situația în care echipamentele nu corespund sau pentru alte motive, în funcție de clauzele contractuale specificate. În condițiile în care ofertantul este cel care trebuie să-și asume toate obligațiile stabilite prin ofertă și prin contract, autoritatea contractantă nu-i poate impune producătorului/ofertantului ca garanția să fie asumată, în scris, printr-o declarație pe propria răspundere ori prin orice alt document (fișă, notă, etc) de către producător.

În acest sens, contestatorul mai arată că, propunerea tehnică face parte din oferta operatorului economic ce participă la procedură și poate conform art. 1188 Cod Civil, să exprime doar intenția sa de a contracta și de a-și asuma obligațiile pe care le presupune contractul de achiziție publică, inclusiv obligațiile de garanție. Propunerea tehnică a unui ofertant nu poate angaja din punct de vedere juridic producătorul echipamentului. Însă, din moment ce ofertantul se obligă prin ofertă să acorde garanția produselor livrate, în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile și contractul de achiziție publică, autoritatea contractantă nu are niciun motiv să solicite garanții suplimentare de la producător, care au ca efect doar restricționarea accesului de atribuire, încălcând art. 8 din H.G. nr. 925/2006.

Contestatorul precizează că art. 18.3 alin. (1) din draftul de contract regăsit în cadrul documentației de atribuire prevede că „furnizorul este pe deplin răspunzător față de achizitor de modul în care îndeplinește contractul”. Furnizorul are obligația de a presta serviciile accesorii (pe lângă furnizarea efectivă a produselor)

pentru perioada de timp convenită cu condiția ca aceste servicii să nu elibereze furnizorul de nicio obligație de garanție asumată prin contract.

În opinia contestatorului garanția este o declarație comercială a operatorului economic prin care acesta își asumă răspunderea comercială pentru lipsa de conformitate a produselor și serviciilor pe care le furnizează. Mai mult decât atât, furnizorul garantează că produsele furnizate prin contract sunt noi, nefolosite și încorporează toate îmbunătățirile recente în proiectare și structura materialelor. De asemenea, furnizorul garantează că toate produsele furnizate prin contract nu vor avea niciun defect ca urmare a proiectului, materialelor sau manoperei ori oricărei alte acțiuni sau omisiuni a furnizorului și că acestea vor funcționa în condiții normale de funcționare. Referitor la elementele pe care trebuie să le conțină un asemenea document privind garanția, acestea sunt prevăzute la cap. VI – garanții din Legea nr. 449/2003 la art. 20.

În același timp, contestatorul menționează că cerința din caietul de sarcini *„la data livrării produselor, ofertantul va prezenta documente justificative emise de producător care confirmă că toate componentele încorporate sunt noi, nefolosite și corespund ultimei garanții: de asemenea, producătorul trebuie să garanteze că echipamentele oferite nu sunt produse demo, recondiționate sau refuzate de alt beneficiar”*, nu are caracter de specificație tehnică, astfel cum acestea sunt definite de art. 35 din O.U.G. nr. 34/2006, deoarece nu reprezintă *„caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță”*. Această specificație tehnică nelegală impune o obligație în sarcina unei alte persoane care nu are niciun fel de calitate în procedura de atribuire în cauză. Obligația referitoare la garantarea printr-un document incumbă, ofertantului desemnat câștigător și nu unei alte persoane care nu are nici măcar calitatea de asociat sau subcontractant. Specificația tehnică trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului și nu a unui terț neangajat în procedură. În cazul în care s-ar permite producătorului să își asume obligații în contractul de achiziție publică, după desfășurarea procedurii de atribuire, la care acesta nu a participat în calitate de ofertant, s-ar încălca însuși spiritul și rațiunea legislației privind achizițiile publice permițându-se unui terț care nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție să devină parte la un contract de achiziție publică.

Față de cele prezentate, S.C. ... S.R.L. solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În subsidiar, contestatorul, în temeiul art. 278 alin. (8) din O.U.G. nr. 34/2006, solicită obligarea autorității contractante la

plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației conform înscrisurilor doveditoare depuse la dosar.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, și H.G. nr. 956/2005.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. .../11.03.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la co... ...S.R.L., în care precizează următoarele:

Referitor la critica privind cerința ca toate componentele stațiilor de lucru să provină de la același producător, invocată de ambii contestatori, raportat la specificațiile caietului de sarcini, prin care solicită includerea cerinței *„pentru maximă compatibilitate și integritate, precum și pentru a asigura uniformitate și ușurință în prestarea mentenanței ulterioare, toate componentele trebuie să provină de la același producător”*, consideră imperios necesară menținerea cerinței din prisma următoarelor considerente:

„această cerință asigură maximizarea compatibilității între componente întrucât sistemul per ansamblu a fost verificat de către producător, iar fabricarea acestuia urmează un proces standardizat (toți producătorii recunoscuți sunt aliniați la standardul ISO 9001 de fabricare la care se adaugă procedurile interne de asigurare a calității sistemelor distribuite);

Această cerință asigură capacitatea de a verifica pe site-ul producătorului asigurarea compatibilității între componentele sistemului, cu impact direct în exploatarea ulterioară raportat la specificațiile prezente în etapa de ofertare;

Această cerință asigură fiabilitate sporită din perspectiva testelor de stres realizate de către producător în prealabil lansării pe piață, precum și a optimizării organizării interne a sistemului și a componentelor; această dimensiune este critică întrucât sistemele vor fi exploatate în laboratoarele facultății și vor avea un grad ridicat de uzură raportat la regimul de funcționare de 12h pe zi, inclusiv pe perioada weekendului în cadrul evenimentelor organizate de către facultate;

Această cerință asigură: - calitatea ridicată a produselor prin evitarea integrării de componente provenind de la producători nerecunoscuți mondial, care ar periclita viabilitatea sistemului și ar reduce semnificativ fiabilitatea globală a sistemului;

- predictibilitatea performanței sistemului – prin impunerea cerințelor minimale în caietul de sarcini raportat la hardware-ul care urmează să fie integrat, toate sistemele oferite de către marii producători au performanțe similare, asigurând astfel necesarul de funcționalități ale sistemelor achiziționate;

- posibilitatea validării neîncadrării componentelor și sistemelor per ansamblu în listele „end-of-life” și „end-of-sale” și posibilitatea evaluării corespondenței vizavi de apartenența la ultima generație de echipamente;
- ușurința în mentenanța ulterioară a celor 130 de sisteme din prisma:
 - disponibilității pieselor de schimb care provin de la același producător;
 - soft-urile dedicate de diagnoză care facilitează evaluarea componentelor instalate;
 - politicile și procedurile standardizate de înlocuire a sistemelor per ansamblu, fără a intra sub incidența garanțiilor individuale a componentelor;
 - mentenanța sistemelor din prisma operațiilor recurente – ușurința reinstalării sistemelor de operare, disponibilitatea driverelor, precum și curățarea fizică a sistemelor.”

Autoritatea contractantă arată că cerința criticată nu contravine, în niciun fel, principiilor liberei concurențe, prevederilor O.U.G. nr. 34/2006, precum și a instrucțiunilor ANRMAP, întrucât toți producătorii de echipamente recunoscuți pe piață au sisteme care să îndeplinească cerințele caietului de sarcini.

Astfel, există proceduri actuale care impun cerințe similare prin care autoritatea contractantă își dorește să se protejeze de riscul ridicat al incompatibilității echipamentelor provenite de la producători diferiți, respectiv să se asigure de achiziționarea unor sisteme care să funcționeze în condiții optime și să fie ușor de întreținut.

Autoritatea contractantă precizează că acest gen de cerință nu împiedică participarea liberă la procedură, ci are doar rolul de a asigura eficiența utilizare a fondurilor alocate prezentei proceduri de achiziție prin formularea acelor cerințe care să asigure un raport calitate – preț optim.

În acest sens, autoritatea contractantă apreciază ca neîntemeiată susținerea contestatorilor potrivit căreia cerința ar împiedica ofertanții „mici”, care nu produc toate echipamentele solicitate în caietul de sarcini, să participe la procedură deoarece obligația autorității contractante de a asigura manifestarea liberei concurențe nu poate fi interpretată în sensul formulării caietului de sarcini astfel încât toți producătorii de pe piață să participe, în detrimentul necesităților obiective ale autorității contractante.

Autoritatea contractantă arată că este obligată, potrivit principiului proporționalității și eficienței utilizării a fondurilor publice, să formuleze acele cerințe tehnice care corespund

necesităților sale obiective și care în același timp permit participarea la procedură a unui număr cât mai mare de operatori economici, în condiții de liberă concurență.

Referitor la critica privind perioada de garanție solicitată produselor – invocată de Enterprise Focused Solutions, autoritatea contractantă arată că prin mențiunea referitoare la garanție: „garanția acordată trebuie să fie conformă cu perioadele de garanție oferite de producător și trebuie să se poată verifica, fie prin fișe tehnice (dacă este garanția standard), fie la producător printr-o modalitate menționată în propunerea tehnică, dorește să se asigure că suportul pe perioada de garanție solicitată este acordat de către producătorul produselor oferite, acest fapt confirmând menținerea unui standard de funcționare ridicat al produselor, cel puțin pe perioada de garanție.

Astfel, autoritatea contractantă arată că este de notorietate pe piața produselor IT faptul că service-ul/suportul acordat de producător asigură cel mai înalt nivel de calitate acestui tip de servicii. Alternativa prestării acestor servicii de către terți presupune acceptarea unui nivel de calitate inferior al serviciilor de service/suport, precum și acceptarea unui risc de defecțiuni mult mai frecvent.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că nu a solicitat implicarea producătorului, ca parte în contract, ci, doar dovada perioadei de garanție a produselor acordată de producător.

Referitor la critica la documentele solicitate la livrarea produselor pentru demonstrarea provenienței și stării produselor, autoritatea contractantă precizează că este o cerință rezonabilă și necesară în condițiile în care principiul utilizării eficiente impune achiziționarea acelor produse care să asigure autoritatea contractantă de un nivel ridicat de calitate în exploatare.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestațiilor formulate de ... și S.C. ...S.R.L. ca neîntemeiate.

Prin adresa nr. .../17.03.2014, înregistrată la Consiliu sub nr. .../17.03.2014, S.C. ... S.R.L. a răspuns punctului de vedere al autorității contractante.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a arătat că nu dorește să primească sisteme care să conțină piese incompatibile care să nu funcționeze sau să funcționeze cu erori.

În acest sens, contestatorul arată că în conformitate cu art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 1188 Cod Civil prin oferta tehnică transmisă, operatorul economic, S.C. ... S.R.L., se obligă

să livreze produse în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Contestatorul arată că motivele invocate de autoritatea contractantă care ar justifica interesul achiziționării unor sisteme cu toate componentele de la același producător este în contradicție cu spiritul Directivei 2004/18/CE și a O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, în opinia contestatorului autoritatea contractantă nu a justificat concret cerințele privind garanția produselor, service-ul și suport-ul.

Față de cele menționate mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, îl reprezintă adresa emisă de către contestator și înregistrată la CNSC cu nr. .../17.03.2014.

...Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Configurații informatice”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr.

...

Analizând criticile formulate de cei doi contestatori, Consiliul constată că acestea vizează anumite prevederi din documentația de atribuire.

În acest sens, referitor la critica contestatorilor privind compatibilitatea stațiilor de lucru, respectiv „*toate componentele trebuie să provină de la același producător*”, Consiliul reține următoarele:

În caietul de sarcini (Stații de lucru, inclusiv monitoare aferente (Tip 1) – 130 de bucăți, Stații de lucru, inclusiv monitoare aferente (Tip 2) – 4 bucăți) autoritatea contractantă a impus condiția de mai sus, considerată de Consiliu ca fiind restrictivă, deoarece:

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor pentru care solicită ca toate componentele stațiilor de lucru să provină de la același producător, nu este judicios și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din următoarele considerente:

Asupra aspectelor sesizate de petente, Consiliul constată că, în cadrul caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, așa cum a fost mai sus reținut pentru stațiile de lucru de tip I și II, între altele cerința „*toate*

componentele trebuie să provină de la același producător”, pe care contestatorii o apreciază ca fiind nejustificată și restrictivă, „excluzând din start ofertanții mai mici, de regulă firme românești care din cauza volumului mult mai mic de vânzare nu au toate reperatele „produse” sub brand propriu”, iar pe de altă parte cerința nu reflectă o caracteristică tehnică obiectivă a produselor.

Consiliul nu se aliniază la opinia autorității contractante, argumentată pe compatibilitatea produselor ce urmează a fi furnizate, menționată în cadrul punctului de vedere formulat, întrucât, în speță, solicitarea autorității contractante nu îi asigură acesteia beneficii referitoare la compatibilitate, aceasta fiind oricum asigurată de ofertanți după punerea în funcțiune a sistemului de supraveghere, neavând relevanță dacă produsele furnizate aparțin aceluiași producător sau aparțin unor producători diferiți.

Astfel fiind, Consiliul observă că autoritatea contractantă nu a invocat niciun motiv concret pe care să se sprijine decizia sa de a accepta la procedura de atribuire doar a stațiilor de lucru ale căror componente să provină de la același producător.

În atare context, cerința se vădește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor art. 35 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, 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.

Potrivit prevederilor art. 33 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006, documentația de atribuire trebuie să conțină informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Întrucât autoritatea contractantă nu a prezentat documente și argumente relevante care să îi acorde dreptul de a interzice acceptarea de calculatoare cu componente de la producători diferiți, însă corespunzătoare nevoilor sale, prin cerința în dezbatere, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a încălcat și prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) - principiile nediscriminării și tratamentului egal. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este cerința privind același producător, în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură.

Conform art. 35 alin. (5) din ordonanță, 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 stații de lucru, conforme necesităților autorității, însă cu componente diferite, ca marcă de producător, reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat, în cauza de față.

În opinia Consiliului, dacă produsele sunt conforme standardelor europene specifice, aspect demonstrat în condițiile art. 36 din ordonanță, autoritatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de o anumită marcă a componentelor lor, mai cu seamă dacă ele asigură performanțe egale sau superioare celor provenind de la un producător. Nimic nu exclude ca parametrii calitativi ai produselor, ce nu se încadrează în cerința autorității, să îi depășească pe cei ai produselor ce acoperă respectiva cerință. Cu alte cuvinte, simplul fapt că există o marcă a stațiilor de lucru sau că ele sunt produse de același producător, nu este în măsură să garanteze, prin ea însăși, o calitate tehnică superioară a produsului sau o fiabilitate sporită. Până la proba contrară, este posibil ca anumiți furnizori, care integrează sisteme de calcul cu elemente provenind de la mai mulți producători, superioare calitativ și tehnologic avansate, să obțină sisteme de calcul ale căror performanțe să le surclaseze pe cele cu componente de la un singur producător.

După cum s-a evocat mai sus, sub aspect tehnic cerința nu a fost justificată în fapt de autoritatea contractantă în niciun fel, respectiv nu a precizat la ce îi servește introducerea ei, în contextul în care sistemul de calcul cu componente de la producători diferiți, poate funcționa la fel de bine. Specificațiile tehnice din caietul de sarcini trebuie să reflecte o nevoie reală și justificată a autorității, care trebuie acoperită prin respectiva specificație. În această privință, așa cum a fost mai sus reținut, textul art. 35 alin. (5) din ordonanță, potrivit căruia "*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*", nu poate fi încălcat sau ignorat de către autoritate.

În contextul în care conformitatea tehnică și funcționarea sistemului de calcul nu este afectată în vreun fel de componente cu mărci diferite, Consiliul determină că autoritatea contractantă a introdus o cerință nerelevantă pentru buna execuție a contractului. În speță, cum s-a arătat, având componente cu mărci diferite sau aceeași marcă, sistemul de calcul, necesar autorității, este la fel de funcțional tehnic....Mai mult, acceptarea doar a unei mărci, exclude din competiție o gamă largă de furnizori, decizia privind

componente sub aceeași marcă sau nu, aparținând exclusiv acestora. Art. 38 alin. (1) din ordonanță interzice 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. În consecință, Consiliul consideră că cerința contestată este exagerată și abuzivă.

După cum s-a arătat, cerința ca toate componentele stației de lucru să provină de la același producător aduce atingere prevederilor art. 35 alin. (5) și art. 38 alin. (1) din ordonanță:

- 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;

- 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.

Autoritatea contractantă nu a prezentat documente și argumente relevante care să îi acorde dreptul de a interzice acceptarea de componente produse de producători diferiți, însă compatibile între ele, iar neacceptarea lor pe considerentul că sunt de la producători diferiți reprezintă, în mod evident, un obstacol nejustificat, în cauza de față. Dacă produsele sunt compatibile și, mai mult, au performanțe egale sau superioare, demonstrate în condițiile art. 36 din ordonanță, autoritatea nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de o anumită proveniență.

Cu titlu de practică judiciară relevantă este de remarcat decizia civilă nr. 604 din 13 februarie 2012, în care Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, reține că cerința din caietul de sarcini ca platforma de comunicații să fie produsă de același producător ca cel al soluției de scanare este nelegală, întrucât duce la restrângerea concurenței, favorizând un singur producător.

Consiliul reține faptul că prin acceptarea ca produsele (componentele) ce urmează a fi furnizate să nu provină de la același producător, autoritatea contractantă permite ca în cadrul prezentei proceduri, să participe cât mai mulți operatori economici, respectând astfel dispozițiile art. 2 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, care stipulează că:

„Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie:

- a) *promovarea concurenței între operatorii economici; (...)*
d) *asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante".*

Exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale de elaborare a documentației de atribuire nu trebuie să conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Prin acceptarea furnizării produselor (componentelor acestora) de la mai mulți producători, autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Chiar dacă autoritatea contractantă a avut în vedere la stabilirea acestei cerințe faptul că se asigură compatibilitatea și uniformitatea, aspectele menționate nu îi dau dreptul acesteia de a transfera în sarcina operatorului economic suportarea unor costuri suplimentare care nu sunt aferente obiectului procedurii de atribuire în cauză, acceptarea furnizării produselor (componentelor acestora) de la mai mulți producători nu poate fi calificată ca o încălcare a dispozițiilor amintite, ci ca o înlesnire a cerințelor care revin operatorilor economici.

Referitor la critica formulată de S.C. ENTERPRISE FOCUSED SOLUTIONS S.R.L., cu privire la garanție și termenul de livrare, Consiliul reține următoarele:

Prin caietul de sarcini (Garanție, Termen de livrare) autoritatea contractantă a solicitat:

„Garanția acordată trebuie să fie conformă cu perioadele de garanție oferite de producător și trebuie să se poată verifica, fie prin fișe tehnice (dacă este garanția standard), fie la producător printr-o modalitate menționată în propunerea tehnică (ex., fără a exclude

alte posibilități, printr-un link al producătorului prin care se poate încărca seria produsului și care să întoarcă garanția aferentă seriei introduse, care trebuie să fie identică cu garanția solicitată de autoritatea contractantă). (...)...Prin oferta tehnică, Ofertantul trebuie să garanteze Beneficiarului că toate componentele încorporate sunt noi, nefolosite și corespund ultimei generații. Deasemenea el trebuie să garanteze că echipamentul oferat nu este un produs demo, recondiționat, sau refuzat de alt beneficiar. La data livrării produselor Ofertantul va prezenta documente justificative emise de Producător care să confirme acest lucru”....

Consiliul consideră că aceste cerințe trebuie modificate astfel încât producătorul să nu fie implicat în niciun fel, deoarece prezența acestuia ar conduce la influențarea relațiilor contractuale dintre ofertant și autoritatea contractantă. Ofertantul nu poate să prezinte o garanție de la producător, acesta fiind o terță persoană care nu are nicio obligație în contractul ce se va încheia între furnizor și achizitor. Necesitatea autorității contractante este de a i se asigura garanția produselor, nu de a avea acces direct la suportul tehnic al producătorului.

Criticile formulate de contestator au ca obiect implicarea producătorului, care este terț de prezenta procedură, în timp ce garanția este o obligație asumată de ofertant față de autoritatea contractantă. Astfel, deși producătorul nu este nici asociat, nici subcontractant sau terț susținător, neavând niciun fel de raport cu autoritatea contractantă, aceasta cere ca garanția să fie asigurată de producătorul echipamentelor. Rezultă din prevederea în cauză că garanția nu este asigurată de furnizor, ci direct de producător, situație atipică în orice contract de achiziție publică, obligațiile revenind de fiecare dată, ofertantului. Relația ofertantului cu producătorul, care, la rândul său, răspunde de calitatea produselor sale, reprezintă o problemă a ofertantului, izvorâtă din propriul contract de furnizare cu producătorul, contract care nu poate conduce la obligații ale producătorului către autoritate, în condițiile în care contractele produc efecte și crează drepturi și obligații doar în sarcina părților....Consiliul consideră că mențiunile cu privire la garanție din partea producătorului, din cadrul caietului de sarcini, nu au caracter de specificații tehnice, deoarece, pe de-o parte, nu reprezintă caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, iar, pe de altă parte, impun o obligație în sarcina unei alte persoane, care nu are niciun fel de calitate în procedura de atribuire în cauză. Mai mult, producătorii pot participa ei înșiși la procedură, or solicitarea unor autorizări din partea acestora are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire.

Altfel spus, obligația referitoare la garanție incumbă, în mod exclusiv, ofertantului desemnat câștigător, și nu unei alte persoane, care nu are nici măcar calitatea de asociat sau subcontractant.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că prin elaborarea specificației respective, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 35 alin. 5) din ordonanța de urgență, conform 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”*, motiv pentru care se impune eliminarea din conținutul ei a referirilor la obligațiile producătorului. Specificația tehnică trebuie să cuprindă obligații exclusiv în sarcina ofertantului, și nu a unui terț neangajat în procedură.

Argumentele de mai sus sunt valabile și în cazul criticii privind termenul de livrare. În plus, contestatorul afirmă că garantează că produsele furnizate prin contract sunt noi, nefolosite și încorporează toate îmbunătățirile recente în proiectare și structura materialelor. De asemenea, garantează că toate produsele furnizate prin contract nu vor avea niciun defect ca urmare a proiectului, materialelor sau manoperei ori oricărei alte acțiuni sau omisiuni a furnizorului și că acestea vor funcționa în condiții normale de funcționare.

Potrivit art. 18.3 alin. (1) din modelul de contract din cadrul documentației de atribuire se prevede că *„furnizorul este pe deplin răspunzător față de achizitor de modul în care îndeplinește contractul”*.... Prin stabilirea acestor cerințe, ce restricționează participarea la procedură, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (2) lit. e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: *„Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea”*. Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 35 alin. 5 din OUG nr. 34/2006, respectiv:

„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”.

În considerarea celor menționate, Consiliul stabilește că obiecțiile contestatorilor referitoare la aceste cerințe sunt întemeiate și, pe cale de consecință, urmează a dispune modificarea acestora, eliminând intervenția producătorului.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă, prin solicitarea acestor intervenții din partea producătorului, nu a ținut seama de scopul legislației privind achizițiile publice și anume acela 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.

Separat de dispozițiile legale amintite, care trebuie avute în vedere de autoritățile contractante, ținând seama de normele legale în vigoare, Consiliul stabilește că cerințele solicitate, referitoare la producător, sunt disproporționate. Susținerile/criticile aduse de contestatori sunt în măsură să reflecte imposibilitatea unor operatori economici de a participa la procedură.

Autoritatea contractantă nu face dovada faptului că impunerea acestor condiții, ce îl privesc pe producător, este singura soluție care poate asigura realizarea contractului.

În considerarea celor prezentate, Consiliul apreciază ca fiind netemeinică solicitarea autorității contractante referitoare la impunerea acestor cerințe, în forma actuală.

Raportat la dispozițiile legale enumerate, precum și la argumentele aduse de contestatori, Consiliul stabilește că cerințele evocate, în forma actuală, îngădesc accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare.

Față de cele precizate, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va admite contestațiile formulate de ... și S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la data comunicării prezentei să modifice documentația de atribuire potrivit celor reținute în motivare.

În baza art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor dispuse anterior.

Ca urmare a admitterii contestației și observând că există cheltuieli avansate de contestatorul S.C. ... S.R.L. în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite, în conformitate cu art. 278 alin. (8) din O.U.G. nr. 34/2006, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante aflate în culpă la plata cheltuielilor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile reclamate sunt în sumă de 1900 lei, facturate cu factura fiscală seria CIST nr. 37 din ... și chitanța seria CIST nr. 027 din

.....**PREȘEDINTE COMPLET**

...

MEMBRU COMPLET

MEMBRU COMPLET

...

...

.....Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 20 pagini.