



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 OUG 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 CNSC sub nr. ... formulată de ... cu sediul în cu adresa de corespondență în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ... atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ... - ... împotriva documentației de atribuire, emisă de către autoritatea contractantă ... cu sediul în jud. ... în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de furnizare, prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „CONSUMABILE BIROU”, cod CPV 30125000-1, s-au solicitat:

- modificarea documentației de atribuire, prin înlăturarea următoarelor prevederi din caietul de sarcini: „Se acceptă numai produse OEM”;
- plata cheltuielilor de judecată.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de ... cu sediul în în contradictoriu cu ... cu sediul în jud. ...

Obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii, la eliminarea, din caietul de sarcini, a cerinței: „Se acceptă numai produse OEM”.

Respinge solicitarea ... privind plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva documentației de atribuire, emisă de către autoritatea contractantă ... în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de furnizare, prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „CONSUMABILE BIROU”, cod CPV 30125000-1, s-au solicitat:

- modificarea documentației de atribuire, prin înlăturarea următoarelor prevederi din caietul de sarcini: „Se acceptă numai produse OEM”;
- plata cheltuielilor de judecată.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză. Prin decizia CNSC nr. ... Consiliul a admis solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză.

Referitor la cerința „se acceptă numai produse OEM”, ... arată că, în vederea evaluării ofertelor, nu reprezintă nici o relevanță caracteristica OEM sau non-OEM, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritatea contractantă nu depind de aceasta, important fiind ca produsele sau consumabile să acopere specificațiile tehnice prestabilite. De altminteri, nici nu este posibilă o concurență loială între ofertanți de produse OEM și ofertanți de produse non-OEM, mai ales în condițiile prescrise de autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatorul precizează că 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.

În acest sens, ... subliniază că, potrivit art. 38 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, 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 ANRMAR, prin adresa

nr. 11976/06.10.2009 condamnă, în mod expres, inserarea unor asemenea condiții în caietele de sarcini.

Totodată, acesta susține că cerințele autorității contractante, încalcă prevederile art. 66 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult decât atât, ... specifică faptul că modalitatea în care este formulată documentația de atribuire nu oferă șansa de participare la procedură, decât unui număr extrem de restrâns de operatori economici. În aceste condiții, ofertele între care autoritatea contractantă va avea posibilitatea de a opta, vor fi drastic reduse, încălcându-se principiile liberei concurențe și a egalității de tratament a participanților la procedurile de achiziție publică, principii consacrate de legislația română și europeană în materie. În speță, art. 2 din OUG nr. 60/1996 consacră libera concurență, iar art. 2 din OUG nr. 34/2006 statuează ca scopul ordonanței îl constituie, printre altele, promovarea concurenței între operatorii economici. Apare așadar justificat și actual argumentul Consiliului Concurenței numărul 2577/15.04.2006, în sensul în care, dacă autoritatea contractantă nu respectă principiul liberei concurențe, a cărui aplicare reprezintă scopul atât al Legii concurenței nr. 21/1996 (art. 1), cât și al OUG nr. 60/2001 (art. 2), intervenția sa poate avea ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței cu încălcarea unuia sau ambelor acte normative.

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

În aceeași ordine de idei, ... menționează că art. 38 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, interzice autorității contractante să definească în caietul de sarcini „specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse”, cum sunt cele echivalente pe care contestatorul dorește să le ofereze.

De asemenea, acesta precizează că, prin art. 38 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, legiuitorul dă totuși posibilitatea, numai în mod excepțional, ca, în situația în care o descriere suficient de precisă și inteligibilă a obiectului contractului nu

este posibilă prin aplicarea prevederilor art. 35 și 36 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă să specifice marca, originea, dar numai însoțită de mențiunea „sau echivalent”.

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

În sprijinul afirmației sale, contestatorul aduce interpretarea ANRMAP referitoare la același gen de solicitări din caietele de sarcini, în care se prevăd:

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

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

- „În cazul în care furnizorul echipamentului nu-și va îndeplini obligațiile referitoare la garanție, dacă se utilizează consumabile non-OEM, deși acestea au aceleași caracteristici tehnice calitative (echivalente) ca și produsul OEM, autoritatea contractantă are, (...), posibilitatea de a acționa în instanță furnizorul echipamentului respectiv.”

- „Ca urmare a celor mai-sus subliniate, autoritățile contractante aflate într-o situație precum cea prezentată de către subscrisa, pot indica produsul OEM pe care doresc să-l achiziționeze, dar numai însoțit de expresia «sau echivalent». Pentru a se conforma prevederilor legale, autoritatea contractantă va da posibilitatea operatorilor economici să demonstreze, prin orice mijloc adecvat, că propunerea tehnică prezentată satisface într-o manieră echivalentă cerințele autorității contractante definite prin specificații tehnice. Dacă ofertanții demonstrează, de exemplu, printr-unul din mijloacele prevăzute de art. 36 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările

ulterioare, 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.”

Ca urmare, ... susține că este nejustificată pretenția autorității contractante de a solicita numai consumabile originale.

În vederea soluționării contestației susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 11009/.../... transmiterea dosarului achiziției publice în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Prin adresa nr. 24359/12.06.2014, înregistrată la CNSC cu nr. ... autoritatea contractantă a transmis, punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că solicitarea sa, ca produsele să fie originale (OEM), nu indică o anumită origine, ci o anumită calitate, de asemenea, prin cerința contestată de către operatorul economic, nu se indică nici o sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabricație sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, ci se dorește participarea tuturor operatorilor interesați, producători sau furnizori care comercializează produsele solicitate să fie originale (OEM).

De asemenea, aceasta menționează că art. 35 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, creează premise conform căreia una din necesitățile autorității contractante este ca produsele aferente să fie „originale”, adică OEM - Original Equipment Manufacturer. Acronimul OEM reprezintă de fapt o convenție potrivit căreia, în vederea obținerii anumitor beneficii, posesorii unui echipament vor achiziționa consumabile aferente acestuia numai dacă au fost, la rândul lor, realizate tot de către producătorul echipamentului respectiv, fiind marcate corespunzător și, ca atare, nu are echivalent.

Totodată, ... precizează că specificațiile tehnice definesc, după caz, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, cerințe privind impactul asupra mediului înconjurător, siguranța în exploatare, dimensiuni, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare și instrucțiuni de utilizare a produsului, tehnologii și metode de producție, precum și sisteme de asigurare a calității și condiții pentru certificarea conformității cu standard relevante sau altele asemenea. Specificațiile tehnice se definesc astfel încât să corespundă, atunci când este posibil,

necesităților/exigențelor oricărui utilizator, inclusiv ale persoanelor cu dizabilități. Prin urmare, acronimul OEM, prin definiție și conținut, nu poate avea echivalent, în condițiile în care inclusiv produsele fabricate sub licență sunt inscripționate OEM, așadar existând fie produse OEM, fie produse non-OEM.

Mai mult decât atât, aceasta menționează că potrivit art. 2 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante, iar principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor.

Ori, principiul egalității de tratament presupune ca fiecare potențial participant la procedura de atribuire a contractului de achiziție să cunoască, în avans, regulile și condițiile cărora trebuie să se supună și să știe că fiecare participant i se aplică aceleași condiții.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că art. 38 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, prevede că 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. De asemenea, art. 38 alin. (1) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, nu împiedică menționarea în caietul de sarcini a termenului de „original”, cum susține contestatorul, întrucât sensul sintagmei folosite de legiuitor și anume de „o anumită origine” face referire la proveniența unui anume produs.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de furnizare, prin „cerere de oferte”, având ca obiect: „CONSUMABILE BIROU”, cod CPV 30125000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, invitația de participare nr. ... conform căreia valoarea estimată este între 200.213,6 și 314.621,34 lei, fără TVA.

Potrivit invitației de participare, criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile aduse de ... în prezenta cauză, Consiliul constată că acestea vizează documentația de atribuire, respectiv se solicită înlăturarea, din caietul de sarcini, a cerinței potrivit căreia: „Se acceptă numai produse OEM”.

În caietul de sarcini, autoritatea contractantă a stabilit ca și cerință minimă „Se acceptă numai produse OEM”, iar, în ceea ce privește specificațiile tehnice, face trimitere la ISO/IEC 19752, destinat declarării capacității cartușelor utilizate în imprimantele cu toner monocrom, ISO/IEC 19798, pentru măsurarea capacității în număr de pagini a cartușelor folosite în echipamentele cu toner color, ISO/IEC 24711, care reglementează măsurarea capacității în număr de pagini a cartușelor folosite în echipamentele cu jet de cerneală.

Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă este cea care, în funcție de necesitățile sale obiective, stabilește necesitatea, respectiv oportunitatea achiziției de produse, nivelul de performanță ori caracteristicile tehnice relevante a acestora, în conformitate cu dispozițiile art. 35 alin. (1), (2), (3) și (6) din OUG nr. 34/2006.

Totuși, cu privire la acest aspect, Consiliul consideră că sunt relevante, pe lângă dispozițiile art. 35 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, cele ale art. 66 din ordonanța de urgență, potrivit căreia: „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita (...) manifestarea concurenței neloiale”.

Consiliul reține astfel că menținerea cerinței contestate este de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedura de atribuire în cauză, motiv pentru care Consiliul constată necesitatea eliminării cerinței legate de produsele OEM acceptate.

Având în vedere cele expuse în motivare, în conformitate cu art. 278 alin. (2) și alin.(4) din OUG nr. 34/2006, modificată și completată, Consiliul va admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii, la eliminarea, din caietul de sarcini, a prevederii potrivit căreia: „Se acceptă numai produse OEM”.

În baza prevederilor art. 278 alin. (8) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge solicitarea ... privind plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, întrucât, la dosar nu se regăsesc documente care să dovedească că acestea au fost efectuate (OP, chitanțe), ci doar documente care dovedesc o cheltuială care urmează a fi efectuată (factura fiscală, contract de asistență juridică).

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

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