



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SRL, cu sediul social în, ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF, reprezentată legal prin și convențional prin Cabinet Individual de Avocat, cu sediul procesual la sediul SRL, împotriva documentației de atribuire, publicată în SEAP în data de 23.05.2022, de către SA, cu sediul în, ..., ..., în calitate de entitate contractantă, privind procedura simplificată, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Aparate indicatoare fără hârtie – AMC 2022”, cod CPV 38420000-5, s-a solicitat admiterea contestației și pe cale de consecință:

-suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

-obligarea entității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de entitatea contractantă, prin modificarea (completarea)/înlăturarea dispozițiilor nelegale din cuprinsul cerințelor ce fac obiectul prezentei contestații, detaliate în cuprinsul acesteia;

-obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

Prin Încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra solicitării de suspendare a procedurii de atribuire din cadrul contestației formulată de SRL, pe care a admis-o.

Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL reclamă documentația de atribuire în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciind-o nelegală, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Se arată că, în fapt, ... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura antemenționată, criteriul de atribuire ales fiind „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată fără TVA a contractului fiind de 90.246 RON.

Data de depunere a ofertelor (menționată la punctul IV.2.2) Termen limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare) a fost stabilită ca fiind 08.06.2022, 15:00.

Pe fondul cauzei, contestatorul solicită admiterea contestației și precizează următoarele:

1. În Caietul de sarcini, capitolul 3.6. - Instalare, punere în funcțiune, testare - se menționează următoarele:

„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea Autorității/entității contractante toate testele - pentru a asigura funcționarea produsului la parametri agreeți la sediul Autorității/entității contractante”.

Se arată că, având în vedere prevederile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr.99/2016 coroborate cu cele ale art. 22 alin. (2) din HG nr. 394/2016 și ale art. 164 din Legea nr. 99/2016, se impune ca entitatea contractantă să specifice care sunt testele și parametrii agreeți la sediul Autorității/entității contractante pe care le/îi are în vedere în formularea acestei specificații tehnice, întrucât aceste precizări au un evident impact asupra modului de întocmire atât a propunerii tehnice, cât și a celei financiare.

În consecință, contestatorul solicită indicarea precisă de către entitatea contractantă a testelor de funcționalitate a produsului și a parametrilor agreeți de funcționare la care se referă în respectiva cerință.

2. În Caietul de sarcini, capitolul 4. - Prezentarea Propunerii Tehnice. Cerințe minime tehnice impuse de entitatea contractanta la faza de ofertare - punctul 2) se menționează:

„2) Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc), informații legate de condițiile de depozitare, transport și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

De asemenea, prin Fișa de date a achiziției, punctul IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice, se solicită următoarele:

„Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc.), informații legate de condițiile de depozitare, transport

și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

În opinia contestatorului, cerința ca fișele tehnice ale produselor oferite să fie *„vizate de producător”* este contrară prevederilor art. 2 alin. (2) lit. e), art. 67 alin. (3) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Se arată că respectivele exigențe legale reprezintă o reflectare a principiilor tratamentului egal și proporționalității, care guvernează procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, astfel cum acestea sunt reglementate de dispozițiile art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Or, este evident faptul că, în condițiile de funcționare a pieței libere, produsele care fac obiectul prezentei proceduri pot fi achiziționate nu doar direct de la producătorii acestora, ci și de la alți distribuitori (terți). Așadar, cerința privind *„vizarea fișelor tehnice de către producători”* se dovedește a fi nejustificată de rațiuni obiective, disproportională și neconcurențială, îngreunând accesul ofertanților la aceasta.

În consecință, contestatorul solicită eliminarea din conținutul Fișei de date a achiziției și Caietului de sarcini al achiziției a cerinței ca fișele tehnice ale produselor oferite să fie *„vizate de producător”*.

3. În Fișa de date a achiziției punctul IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice se solicită următoarele:

„În Propunerea Tehnică se va prezenta autorizația de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție (dacă este cazul) sau orice alt asemenea document echivalent, dacă ofertantul nu este și producătorul Produsului care face obiectul Contractului, documente necesare pentru a demonstra că este autorizat de Producătorul Produsului să distribuie Produsele descrise în prezentul Caiet de Sarcini”.

De asemenea, în Formularul 4 - Tabel detalii producător, la punctul 7 se solicită următoarele:

- „Declarație sau autorizație*
- Numele semnatandui*
- Poziția în compania producătoare*
- Contact (telefon/fax/e_mail).”*

Ca și în cazul cerinței criticate anterior, solicitarea de a prezenta, în cadrul propunerii tehnice, *„autorizația de distribuție emisă de Producător/distribuitor”* (pentru a demonstra că ofertantul este autorizat de Producătorul Produsului să distribuie Produsele ce fac obiectul prezentei proceduri) este, în opinia contestatorului, contrară prevederilor art. 2 alin. (2) lit. e), art. 67 alin. (3) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, fiind nejustificată, disproportională și neconcurențială.

O astfel de cerință are ca efect limitarea libertății comerțului, conferind producătorului prerogativa de a dirija distribuția produselor pe zone și distribuitori favoriți și, astfel, de a stabili prețurile pe piața de profil.

Prin urmare, deși Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, emis în aplicarea OUG nr. 34/2006, prin care era explicit și expres prohibită o astfel de practică, nu mai este aplicabil în contextul Legii nr. 99/2016, cu toate acestea nu se poate considera că, odată cu adoptarea noii legislații în materia achizițiilor publice, entității contractante i s-a deschis calea

utilizării de practici anticoncurențiale de natură să restrângă și să denatureze concurența.

De altfel, Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 131/2006 a stabilit: „*autorizarea [...] este un instrument la îndemâna producătorului care, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege să fie acordată autorizația în cauză unuia dintre distribuitorii săi, discriminându-i astfel pe ceilalți, fie o poate acorda tuturor distribuitorilor, autorizându-i să oferteze loturi diferite de produse.*

Ambele situații sunt în măsură să elimine concurența dintre distribuitori.”

În cuprinsul acestui ordin se menționează expres următoarele:

„132. Consiliul Concurenței consideră că autorizația de dealer reprezintă de fapt o barieră artificială deoarece lasă la dispoziția unui producător posibilitatea de a alege care din distribuitorii săi să participe cu ofertă în licitație. Cazul cel mai favorabil este ca, atunci când mai mulți distribuitori comercializează produsele unui producător, fiecare dintre aceștia, în măsura în care își exprimă voința de a le oferta într-o licitație, să primească această autorizare de livrare a produselor de la furnizorul lor. În realitate însă, această autorizare este un instrument la îndemâna producătorului care, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege fie să acorde autorizarea în cauză numai unuia dintre distribuitori, discriminându-i astfel pe ceilalți, fie să o acorde tuturor distribuitorilor, însă autorizându-i să oferteze loturi diferite de produse. Ambele situații sunt de natură să elimine concurența dintre distribuitori în cadrul licitațiilor.

133. În fond, autorizația de dealer nu face decât să reafirme calitatea distribuitorului de a comercializa angro produsele unui anumit producător, calitate pe care acesta deja o are în baza unui contract de distribuție/ comercial cu producătorul însuși sau cu un distribuitor al acestuia și în baza autorizației de funcționare emisă de Ministerul Sănătății. Prin această autorizație producătorul nu își asumă obligații privind livrarea produselor în cantitățile sau la termenele solicitate, întrucât acesta nu este parte nici la procedura de achiziție publică, și nici la contractul care se încheie ulterior adjudecării între entitatea contractantă și distribuitor. Prin urmare, în situația în care, datorită unor probleme de natură financiară, un anumit producător încetează relațiile comerciale temporar sau definitiv cu un distribuitor, autorizația de dealer nu îl poate obliga pe producător să continue livrarea produselor către respectivul distribuitor. Prin urmare, autorizația de dealer nu reprezintă un angajament sau o garanție din partea producătorului cu privire la asigurarea livrărilor unui distribuitor. (...)

136. Consiliul Concurenței a ajuns la concluzia că autorizația de dealer este de fapt o barieră artificială deoarece lasă la dispoziția unui producător posibilitatea de a alege care din distribuitorii săi să participe cu ofertă în licitație. Această autorizare este un instrument la îndemâna producătorului care, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege fie să acorde autorizarea în cauză numai unuia dintre distribuitori, discriminându-i astfel pe ceilalți, fie

să o acorde tuturor distribuitorilor, însă autorizându-i să oferteze loturi diferite de produse.”

Contestatorul arată că aceste dispoziții sunt în deplină concordanță cu prevederile articolului 101 alin. (1) din TFUE, care interzice toate acordurile între întreprinderi, toate deciziile asociațiilor de întreprinderi și toate practicile concertate care pot aduce atingere comerțului dintre statele membre și care au drept obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

Nu în ultimul rând, trebuie avută în vedere interpretarea dată de către Curtea de justiție a Uniunii Europene (CJUE) principiului proporționalității, respectiv *„impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite”* (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, Național Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. 1 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

Jurisprudența internă este și aceasta constantă în a sancționa introducerea în documentațiile de atribuire a unor astfel de cerințe, care aduc atingere principiilor liberei concurențe și nediscriminării.

În acest sens, contestatorul amintește, cu titlu exemplificativ, decizia Consiliului publicată în B02021_525, conform căreia:

„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, entitatea 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”.

Se precizează că, în acest sens, în interpretarea art. 18 și art. 42 din Directiva 2014/24, CJUE s-a pronunțat în cauza C-413/173, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă a Lituaniei), prin decizia din 30 iunie 2017, primită de Curte la 10 iulie 2017, în procedura inițiată de „Roche Lietuva” UAB cu participarea Kauno Dainavos poliklinika VsJ, stabilind:

„29. Pe de altă parte, din această dispoziție [articolul 42 alineatul (3)] reiese că reglementarea Uniunii privind specificațiile tehnice recunoaște o largă marjă de apreciere autorității contractante în cadrul formulării specificațiilor tehnice ale unui contract.

30. Această marjă de apreciere este justificată de faptul că autoritățile contractante sunt cele care cunosc cel mai bine produsele de care au nevoie și sunt cele mai în măsură să stabilească cerințele care trebuie îndeplinite pentru a obține rezultatele dorite.

31. Cu toate acestea, Directiva 2014/24 stabilește anumite limite pe care entitatea contractanta trebuie să le respecte.

32. Printre altele, la articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 se impune ca specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice”.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită eliminarea din conținutul Fișei de date a achiziției a solicitării de prezentare, în cadrul propunerii tehnice, a „autorizației de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție”, și, ca un corolar al acesteia, eliminarea punctului 7 din cuprinsul Formularului 4 - Tabel detalii producător.

4. În Fișa de date a achiziției punctul III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, se menționează:

„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat. Informații privind experiența similară demonstrată prin lista principalelor livrări de produse efectuate în cel mult ultimii 3 ani.

Informațiile prezentate trebuie să dovedească experiența operatorului economic în livrarea de produse similare.

Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control, care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.

Astfel, prin definirea produselor similare ca produse de tipul celor ... „care fac obiectul prezentei achiziții” se restrânge în mod nejustificat participarea la prezenta procedură.

Dacă entitatea contractantă s-ar fi limitat la a menționa că experiența similară se apreciază prin raport la furnizarea, în perioada relevantă a unor aparate de măsură și control, la modul general, această cerință ar fi fost una corectă, legală și adecvată prin raport la specificul actualei proceduri de achiziție publică, în sensul prevederilor art. 191 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, în jurisprudența sa constantă, Consiliul a reținut faptul că: „rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul serviciilor similare cu ceea ce urmează a fi prestat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că are cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că a finalizat un astfel de contract. Mai mult, sintagma „similar”, potrivit dicționarului explicativ al limbii române, înseamnă „de aceeași natură, de același fel, asemănător, analog, apropiat” și nu „identic”, „care coincide întru totul.” (de exemplu, soluția publicată în B02013_4328).

În consecință, contestatorul solicită eliminarea din conținutul cerinței din Fișa de date a achiziției punctul III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, a sintagmei „care fac obiectul prezentei achiziții”, urmând ca fraza respectivă să aibă următorul conținut:

„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, ... SRL invocă dispozițiile legale din cuprinsul contestației.

Prin adresa nr., înregistrată la CNSC cu nr. ..., entitatea contractantă a transmis „Punct de vedere” cu privire la contestație, prin care, referitor la fondul contestației, solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

1. În Caietul de sarcini la capitolul 3.6. - Instalare, punere în funcțiune, testare se prevede: *„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea Autorității/entității contractante toate testele pentru a asigura funcționarea produsului la parametri agreeați la sediul Autorității/entității contractante”*.

Răspuns: Cerința la care se face referire este una uzuală pentru un operator economic care are experiență în livrarea unor produse similare. Contractantul va trebui să efectueze teste de funcționare a produsului furnizat în conformitate cu parametrii specificați în fișa tehnică din Caietul de sarcini al entității contractante, la locul de montaj și funcționare.

Prin această cerință, entitatea contractantă se asigură că produsul achiziționat respectă prevederile Fișei tehnice și astfel evită costuri suplimentare ulterioare achiziției. Totodată, furnizorul produselor trebuie să își asume conformitatea și funcționalitatea produselor introduse pe piață, conform HG 409/2016 privind stabilirea condițiilor pentru punerea la dispoziție pe piață a echipamentelor electrice de joasă tensiune.

Entitatea contractantă precizează că, în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a adoptat măsura de remediere care a fost publicată în termenul legal în SEAP. Astfel, cerința de la pct. 3.6 - primul paragraf din Caietul de sarcini se reformulează astfel: *„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea entității contractante teste de funcționare a produsului furnizat în conformitate cu parametrii specificați în fișa tehnică din Caietul de sarcini al entității contractante, la locul de montaj și funcționare.”*

2. În Caietul de sarcini, capitolul 4. - Prezentarea Propunerii Tehnice. Cerințe minime tehnice impuse de autoritatea contractantă la faza de ofertare - punctul 2) se menționează:

„2) Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc.), informații legate de condițiile de depozitare, transport și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

Răspuns: Fișa tehnică a produsului este întocmită de producător, semnată și asumată de reprezentantul legal al acestuia. Nu poate exista o Fișă tehnică întocmită de distribuitor/comerciant/reprezentant autorizat, așa cum sugerează contestatorul prin solicitarea de a fi eliminată expresia *„vizate de producător”*. Obligația prezentării fișelor tehnice emise de producător nu reprezintă o cerință nejustificată și nici disproportionată în raport de specificul produselor care au ca destinație citirea și înregistrarea

parametrilor de exploatare ai agregatelor energetice aparținând entității contractante. Aceasta este de acord că produsele pot fi introduse pe piață de producător/distribuitor/comerciant/reprezentant autorizat, dar fișele tehnice ale produselor trebuie să fie emise și asumate de producător și se pot transmite pe tot lanțul de distribuție. Conform reglementărilor naționale și europene, furnizorul produselor trebuie să-și asume conformitatea și funcționalitatea produselor introduse pe piață.

3. În Fișa de date a achiziției punctul IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice - se solicită următoarele: *„În Propunerea Tehnică se va prezenta autorizația de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție (dacă este cazul) sau orice alt asemenea document echivalent, dacă ofertantul nu este și producătorul Produsului care face obiectul Contractului, documente necesare pentru a demonstra că este autorizat de Producătorul Produsului să distribuie Produsele descrise în prezentul Caiet de Sarcini”.*

Răspuns: Conform reglementărilor legale în vigoare, orice produs introdus pe piață în Uniunea Europeană de către o entitate trebuie să dețină un mandat, autorizație din partea producătorului care să-i confere calitatea de distribuitor/comerciant/reprezentant autorizat. Prin mandatul emis de producător sunt acoperite cerințele din Formularul 4 - Tabel detalii producător, Punctul 7.

4. În Fișa de date a achiziției, punctul III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, se menționează:

„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat. Informații privind experiența similară demonstrată prin lista principalelor livrări de produse efectuate în cel mult ultimii 3 ani.

Informațiile prezentate trebuie să dovedească experiența operatorului economic în livrarea de produse similare. Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control, care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.

Răspuns: Cerința privind experiența similară impusă în fișa de date este obligatorie, fiind necesar un istoric pentru comercializarea de produse de tipul celor solicitate de entitatea contractantă și introduse pe piață de ofertant.

Cu toate acestea, entitatea contractantă admite faptul că exprimarea adoptată poate conduce la restricționarea concurenței și, în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a adoptat măsura de remediere care a fost publicată în termenul legal în SEAP. Astfel, cerința de la punctul III.1.3.a) - paragraful al doilea din FDA se completează astfel: *„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.*

Entitatea contractantă învederează că, așa cum preciza și la pct. 2, aparatele care fac obiectul achiziției în cauză nu sunt unele de folosință generală, așa cum sugerează contestatorul, ci sunt destinate citirii și înregistrării parametrilor de exploatare ai agregatelor energetice,

echipamente care funcționează în regim continuu la presiuni și temperaturi ridicate a căror monitorizare în funcționare este esențială pentru securitatea personalului de exploatare și a mediului.

Ca urmare a celor prezentate anterior, entitatea contractantă consideră nefondate afirmațiile contestatorului privind nelegalitatea elementelor documentației de atribuire și solicită respingerea în totalitate a contestației, ca neîntemeiată.

Referitor la obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial, se arată că, plecând de la prevederile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, având în vedere susținerea de către entitatea contractantă a netemeinicii prezentei contestații, precum și ca urmare a măsurilor de remediere adoptate, aceasta solicită respingerea și a acestui capăt de cerere.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. contestatorul a transmis CONCLUZII SCRISE privind contestația, prin care solicită respingerea apărărilor expuse de entitatea contractantă în punctul său de vedere nr. și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Se arată că, întrucât Consiliul s-a pronunțat deja, prin încheiere, dispunând suspendarea prezentei proceduri, concluziile vor viza exclusiv FONDUL CAUZEI, astfel:

1. În Caietul de sarcini, capitolul 3.6. - Instalare, punere în funcțiune, testare - se menționează următoarele:

„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea Autorității/entității contractante toate testele pentru a asigura funcționarea produsului la parametri agreeți la sediul Autorității/entității contractante”.

Cu privire la solicitarea ca entitatea contractantă să specifice care sunt testele și parametrii agreeți la sediul Autorității/entității contractante pe care le/îi are în vedere în formularea acestei specificații tehnice, întrucât aceste precizări au un evident impact asupra modului de întocmire atât a propunerii tehnice, cât și a celei financiare, aceasta a comunicat CNSC, în punctul său de vedere, următorul:

„Răspuns: Cerința la care se face referire este una uzuală pentru un operator economic care are experiență în livrarea unor produse similare. Contractantul va trebui să efectueze teste de funcționare a produsului furnizat în conformitate cu parametrii specificați în fișa tehnică din Caietul de sarcini al entității contractante, la locul de montaj și funcționare”.

De asemenea, în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a adoptat măsura de remediere de reformulare a cerinței de la pct. 3.6, primul paragraf, din caietul de sarcini, după cum urmează:

„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea entității contractante teste de funcționare a produsului furnizat în conformitate cu parametrii specificați în fișa tehnică din Caietul de sarcini al entității contractante, la locul de montaj și funcționare”.

Contestatorul subliniază că se schimbă locația la care se solicită efectuarea testelor, de „la sediul entității contractante”, „la locul de montaj și funcționare”).

Această așa-zisă „remediere” nu este, însă, de natură să restabilească legalitatea cerinței criticate. Astfel, contestatorul insistă ca în caietul de sarcini să se precizeze ce fel de teste se dorește a fi efectuate de către ofertantul declarat câștigător, la livrarea produselor, întrucât fraza introdusă de entitatea contractantă cuprinde solicitări generale, care pot să creeze confuzii în rândul participanților la procedură.

În primul rând, prin Caietul de sarcini nu se solicită în mod expres montarea și punerea în funcțiune a echipamentelor livrate. Or, pentru a fi efectuate teste pe un echipament, acesta trebuie să fie montat și pus în funcțiune.

În al doilea rând, prin schimbarea locației (introdusă prin adresa nr. 17216/03.06.2022) - în sensul că testarea trebuie efectuată „*la locul de montaj și funcționare*” - s-ar deduce că aceste teste trebuie efectuate, pentru fiecare dintre produse, la locul acestora de montaj (așadar, în locații multiple, care trebuie precizate expres, pentru a se putea întocmi o ofertă corespunzătoare).

Pe de altă parte, prin „*teste de funcționare a produsului furnizat în conformitate cu parametrii specificați în fișa tehnică din Caietul de sarcini al entității contractante*” s-ar înțelege că trebuie demonstrate toate caracteristicile tehnice ale produselor oferite pe care entitatea contractantă le-a specificat în fișa tehnică, anexă la caietul de sarcini.

Practic, prin aceasta solicitare se pune la îndoială ceea ce declară producătorul în fișa tehnică a produsului. Mai mult, această solicitare este atât de generală încât nu poate fi, în forma aceasta, îndeplinită de niciun ofertant deoarece pentru anumite caracteristici tehnice din anexa la caietul de sarcini nu se pot efectua, la locul de montaj, teste care să le demonstreze.

Astfel, pentru următoarele caracteristici, contestatorul nu are cunoștință că ar exista teste care să poată fi efectuate la locul de montaj și care să le poată pune în evidență:

- o Rezoluția QVGA (320 x240 pixel);
- o Rata de eșantionare: min. 125 ms;
- o Izolarea galvanică pentru fiecare canal;
- o Gradul de protecție minim IP 54.

Alte caracteristici tehnice pentru care nu se efectuează teste, ci doar se constată (cu ochiul liber) /se citește informația sau se măsoară (de exemplu dimensiunile în mm) sunt:

- o Tensiunea de alimentare;
- o Display color;
- o Dimensiune ecran;
- o Dimensiuni panou frontal;
- o Interfață touch screen;
- o Memorie internă;
- o Port USB;
- o Comunicare ethernet;
- o Funcție screen sever între 1 și 720 min.;
- o Mufă de alimentare detașabilă;
- o Mufe intrare semnal detașabile.

Pentru o mai bună înțelegere a celor expuse mai sus, contestatorul face o comparație cu achiziționarea unui autoturism: fiecare producător își prezintă autoturismele prin caracteristici de performanță de tipul: viteză, consum, putere motor, capacitate cilindrică, noxe și multe altele, întrebându-se *„Care sunt testele prin care ar putea să fie demonstrată (altfel decât, firește, în condiții speciale de laborator), puterea motorului – „câii putere”, capacitatea cilindrică sau viteza maximă a acestuia?!”*

În consecință, din punctul contestatorului de vedere, nu sunt necesare teste pentru a demonstra ceea ce producătorul își asumă prin fișa tehnică a produsului. Așadar, dacă entitatea contractantă își dorește un anume test pentru echipamente, trebuie să specifice în mod concret, pentru a nu exista confuzii: ce test dorește a fi efectuat și pentru câte echipamente, dacă dorește montaj și punere în funcțiune, astfel încât toți ofertanții să-și poată elabora oferta în concordanță cu cerințele din Caietul de sarcini, fără a lăsa loc la interpretări.

În concluzie, contestatorul nu poate fi de acord cu măsura de remediere dispusă, sens în care solicită, în continuare, indicarea precisă de către entitatea contractantă a testelor de funcționalitate a produsului și a parametrilor agreeți de funcționare la care se referă în respectiva cerință.

2. În Caietul de sarcini, capitolul 4. – *„Prezentarea Propunerii Tehnice. Cerințe minime tehnice impuse de autoritatea contractanta la faza de ofertare”* - punctul 2) se menționează:

„2) Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc.), informații legate de condițiile de depozitare, transport și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

De asemenea, prin Fișa de date a achiziției, punctul IV.4.1 – *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”* se solicită următoarele:

„Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc.), informații legate de condițiile de depozitare, transport și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

În opinia contestatorului, cerința ca fișele tehnice ale produselor oferite să fie *„vizate de producător”* este contrară prevederilor art. 2 alin. (2) lit. e), art. 67 alin. (3) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, fiind nejustificată, disproporționată și neconcurențială.

Fișele tehnice ale produselor sunt elaborate/întocmite de către producător și, în majoritatea cazurilor, acestea se regăsesc pe site-urile producătorului respectiv. În aceste condiții, solicitarea entității contractante ca acestea să fie *„vizate de producător”* reprezintă, practic, o încercare mascată de solicitare a unei autorizări de comercializare a respectivelor produse.

Astfel, contestatorul arată că a solicitat eliminarea acestei cerințe ca nelegală și nu, așa cum sugerează entitatea contractantă, *„acceptarea unor fișe tehnice elaborate de altcineva decât de către producător”*.

Se arată că întreaga argumentație a entității contractante pornește de la o premisă falsă, care denaturează voit, cu rea credință, argumentația contestatorului. Nu se poate vorbi despre nicio *„situație generatoare de costuri suplimentare”* (astfel cum susține entitatea contractantă), în condițiile în care există un contract și o garanție de bună execuție. De asemenea, *„responsabilitățile furnizorului privind introducerea pe piață a echipamentelor electrice de joasă tensiune”* nu au nicio legătură și nu prezintă nicio relevanță în legătură cu aspectul dedus judecății Consiliului. Conform HG nr. 409/2016, definiția pentru introducere pe piață este: *„prima punere la dispoziție de echipamente electrice pe piața din România sau din celelalte state membre ale Uniunii în cursul unei activități comerciale, contra cost sau gratuit”*.

În consecință, contestatorul reiterează solicitarea privind eliminarea din conținutul Fișei de date a achiziției și Caietului de sarcini al achiziției a cerinței ca fișele tehnice ale produselor oferite să fie *„vizate de producător”*, ca fiind nelegală din perspectiva legislației din domeniul achizițiilor publice și constituind o barieră în calea unei libere circulații a produselor pe piață.

3. În Fișa de date a achiziției, punctul IV.4.1 – *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”*, se solicită următoarele:

„În Propunerea Tehnică se va prezenta autorizația de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție (dacă este cazul) sau orice alt asemenea document echivalent, dacă ofertantul nu este și producătorul Produsului care face obiectul Contractului, documente necesare pentru a demonstra că este autorizat de Producătorul Produsului să distribuie Produsele descrise în prezentul Caiet de Sarcini”.

De asemenea, în Formularul 4 – *„Tabel detalii producător”*, la punctul 7 se solicită următoarele:

- „Declarație sau autorizație*
- Numele semnatarului*
- Poziția în compania producătoare*
- Contact (telefon/fax/e_mail)”*.

Ca și în cazul cerinței criticate anterior, solicitarea de a prezenta, în cadrul propunerii tehnice, a *„autorizației de distribuție emisă de Producător/distribuitoare”* (pentru a demonstra că ofertantul ... este autorizat de Producătorul Produsului să distribuie Produsele ce fac obiectul prezentei proceduri) este contrară prevederilor art. 2 alin. (2) lit. e), art. 67 alin. (3) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, fiind nejustificată, disproporționată și neconcurențială. O astfel de cerință are ca efect limitarea libertății comerțului, conferind producătorului prerogativa de a dirija distribuția produselor pe zone și distribuitori favoriți și, astfel, de a stabili prețurile pe piața de profil.

În consecință, contestatorul solicită eliminarea din conținutul Fișei de date a achiziției a cererii de prezentare, în cadrul propunerii tehnice, a *„autorizației de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe*

lanțul de distribuție” și, ca un corolar al acesteia, eliminarea punctului 7 din cuprinsul Formularului 4 - Tabel detalii producător.

4. În Fișa de date a achiziției punctul III.1.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” se menționează:

„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat. Informații privind experiența similară demonstrată prin lista principalelor livrări de produse efectuate în cel mult ultimii 3 ani.

Informațiile prezentate trebuie să dovedească experiența operatorului economic în livrarea de produse similare.

Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control, care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.

Se arată că, urmare a criticilor formulate prin contestație, entitatea contractantă menționează în punctul de vedere următoarele:

„(...) admitem faptul ca exprimarea adoptată poate conduce la restricționarea concurenței și, în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, am adoptat măsura de remediere care a fost publicată în termenul legal în SEAP. Astfel, cerința de la punctul III.1.3.a) - paragraful al doilea din FDA se completează astfel: Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.

În justificare completării dispuse ca măsură de remediere, entitatea contractantă adaugă:

„Așa cum precizam și la pct. 2 de mai sus, aparatele care fac obiectul achiziției în cauză nu sunt unele de folosință generală, așa cum sugerează contestatară, ci sunt destinate citirii și înregistrării parametrilor de exploatare ai agregatelor energetice, echipamente care funcționează în regim continuu la presiuni și temperaturi ridicate a căror monitorizare în funcționare este esențială pentru securitatea personalului de exploatare și a mediului”.

Contestatorul învederează că, în ceea ce privește această afirmație, entitatea contractantă încercă, din nou, inducerea în eroare a Consiliului. În realitate, aparatele înregistratoare nu lucrează la presiuni și temperaturi ridicate (a se vedea fișa tehnică anexă la caietul de sarcini, unde este specificată temperatura ambientală de 0...50°C, fără a fi precizată presiunea - acesta fiind doar un parametru înregistrat/monitorizat). O astfel de temperatură nu este, însă, considerată ridicată în mediu industrial. Este adevărat că aparatul poate afișa o temperatură ridicată, de exemplu de 1.000°C, dar această temperatură nu este cea în care funcționează, ci cea pe care i-o transmite traductorii de temperatură. Astfel, aparatele înregistratoare monitorizează semnalele electrice furnizate de traductorii de temperatură împreună cu care aparatul înregistrator formează o buclă de măsură.

În consecință, având în vedere faptul că aparatele înregistratoare sunt utilizate în mai toate domeniile - în industria energetică, chimică și petrochimică, alimentară, laboratoare de cercetări și în orice domeniu în

care este necesară monitorizarea și înregistrarea unor parametrii, contestatorul consideră că nu se poate limita concurența prin *„definirea produselor ... în zona furnizării de aparate de măsură și control de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții”*.

Pe de altă parte, conform formulării astfel completate de către entitatea contractantă, furnizarea, spre exemplu, a unui electrolizor (un echipament extrem de complex și cu risc mare în exploatare - producerea hidrogenului), nu ar putea fi considerată *„experiență similară”* de către aceasta doar pentru că din denumire nu rezultă că este *„de tipul”* produselor ce urmează a fi achiziționate.

Astfel, prin definirea produselor similare ca produse *„de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții”* se restrânge în mod nejustificat participarea la prezenta procedură.

Contestatorul arată că această concluzie se circumscrie practicii constante a Consiliului, din care citează, exemplificativ, următoarele:

„Astfel, Consiliul are în vedere că prin documentația de atribuire s-a solicitat ca ofertanții să facă dovada că în ultimii 3 ani au furnizat echipamente similare celor ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, nefiind inclusă vreo cerință prin care să se solicite dovada furnizării de echipamente identice. De altfel, sub acest aspect, Consiliul are în vedere prevederile art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP nr. 2 din 2017 potrivit căreia „(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului”, rezultând caracterul restrictiv al unei astfel de cerințe de calificare 17 în cazul în care autoritatea contractantă ar fi impus demonstrarea furnizării de produse identice cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire. Mai mult, Consiliul are în vedere că la alin. (2) al aceluiași articol este prevăzut că „Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta” și se constată că, în condițiile în care contractul ce urmează a fi încheiat în urma finalizării prezentei proceduri de atribuire este unul de furnizare, caracterul similar se raportează la domeniul în care sunt utilizate produsele furnizate și la complexitatea acestora”.

În consecință, contestatorul nu poate fi de acord cu măsura de remediere dispusă, sens în care solicită, în continuare, eliminarea din conținutul cerinței din Fișa de date a achiziției punctul III.1.3.a) – *„Capacitatea tehnică și/sau profesională”* a sintagmei *„care fac obiectul prezentei achiziții”*, urmând ca fraza respectivă să aibă următorul conținut:

„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.

În concluzie, având în vedere cele expuse mai sus, contestatorul solicită admiterea, pe fond, a contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr., entitatea contractantă a transmis PUNCT DE VEDERE la Concluziile scrise depuse de SRL, prin care solicită respingerea Concluziilor scrise ca neîntemeiate, entitatea contractantă argumentând astfel:

1. Referitor la cap.3.6 din Caietul de sarcini

Cerința privind testele funcționale ale produsului nu implică montaj.

Montajul se efectuează de către entitatea contractantă conform documentației tehnice dar, la punerea în funcțiune, poate fi solicitată prezența unui specialist din partea furnizorului, care va oferi informații privind anumite neclarități constatate în funcționare.

Testele de funcționare se referă la parametrii sau funcțiile indicate de către ofertant în fișa tehnică prezentată la ofertare, de exemplu:

- modul de afișare a datelor: diagramă orizontală/verticală/bargraf/numeric;
- setarea pragurilor de alarmare pe fiecare ecran;
- proiecție cu parolă;
- modalități de configurare software;
- alte dificultăți întâlnite după montaj și punere în funcțiune.

Prin „locul de montaj” se va înțelege: punctele de lucru ale entității contractante la care vor fi livrate echipamentele specificate în Caietul de sarcini și Fișa de date la pct. 11.2.3 - locul de executare a contractului:

Prin parametrii agreeți se va înțelege: parametrii indicați în Fișa tehnică prezentată la ofertare și acceptată de entitatea contractantă.

Furnizorul, în faza de ofertare, poate solicita clarificări în cazul în care documentația de atribuire prezenta neclarități.

2. Referitor la cap. 4 din Caietul de sarcini

În cazul în care ofertantul pune la dispoziția entității contractante o fișă tehnică, este obligat să-și asume informațiile pe care le oferă.

Fișa tehnică a produsului, dacă este întocmită de producător, nu este obligatoriu să fie vizată de acesta, se consideră că și-o asumă de drept. Considerăm că ofertantul, dacă este altul decât producătorul, trebuie să dețină dreptul de punere pe piață unui produs având în vedere că nu este pentru propria utilizare, ci pentru comercializare. Ofertantul, dacă este altul decât producătorul, prin mandatul de reprezentare/distribuție/ comercializare din partea producătorului poate rezolva în condițiile asumate prin contract, situațiile apărute post vânzare în perioada de garanție.

Au fost situații în care un anumit furnizor nu și-a putut îndeplini sarcinile asumate prin contract datorită faptului că nu avea o relație directă și contractuală cu producătorul.

Este imperios necesar ca entitatea contractantă să cunoască datele de identificare ale producătorului care trebuie să fie publice, iar orice

producător de bună credință nu își ascunde identitatea în spatele unui așa zis comerciant.

3. Referitor la punctul 1V.4.1 din Fișa de date a achiziției

Cerința de a fi prezentată de către ofertant Autorizația de distribuție emisă de producător sau autorizațiile de pe lanțul de distribuție NU poate fi nejustificată, disproporționată sau neconcurențială.

Entitatea contractantă nu împiedică un potențial ofertant să devină reprezentant autorizat/distribuitor/comerciant al unui producător.

Nu poate fi eliminat pct. 7 din formularul 4.

4. Referitor la punctul III.1.3.a) din Fișa de date a achiziției

Admițând faptul că formularea inițială a cerinței poate conduce la restricționarea concurenței, în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă a adoptat măsura de remediere care a fost publicată în SEAP. Astfel, cerința de la punctul III.1.3.a) - paragraful al doilea din FDA s-a completat astfel: *„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse.”*

Entitatea contractantă precizează că în extrasul Deciziei CNSC din finalul documentului Concluzii scrise, extras din care contestatorul reține argumente pentru a critica în continuare conținutul cerinței în cauză, se regăsește:

„Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/ servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit.”

Aparatele care fac obiectul achiziției în cauză nu sunt unele de folosință generală, așa cum sugerează contestatorul, ci sunt aparate complexe destinate citirii și înregistrării mai multor parametri de exploatare după cum sunt aceștia precizați în fișele tehnice atașate caietului de sarcini. Ca urmare, nu se poate accepta solicitarea contestatorului de a încadra produsele similare în domeniul larg al aparatelor de măsură și control.

Urmare celor antemenționate, entitatea contractantă solicită respingerea Concluziilor scrise, ca neîntemeiate, precum și respingerea în totalitate a contestației, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr., înregistrată la CNSC cu nr., contestatorul a transmis recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., în valoare de ... RON, reprezentând cauțiune pentru contestație, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Aparate indicatoare fără hârtie – AMC 2022”,

cod CPV 38420000-5. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire publicată în SEAP, ... SRL a depus la Consiliu contestația în analiză, prin care contestă următoarele:

1. În caietul de sarcini, capitolul 3.6. - Instalare, punere în funcțiune, testare - se menționează următoarele:

„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea Autorității/entității contractante toate testele - pentru a asigura funcționarea produsului la parametri agreeți la sediul Autorității/entității contractante”.

Contestatorul susține că art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 22 alin. (2) din HG nr. 394/2016 și ale art. 164 din Legea nr. 99/2016 se impune ca entitatea contractantă să specifice care sunt testele și parametrii agreeți pe care le/îi are în vedere în formularea acestei specificații tehnice, întrucât aceste precizări au un evident impact asupra modului de întocmire atât a propunerii tehnice, cât și a celei financiare; prin urmare, contestatorul solicită indicarea precisă de către entitatea contractantă a testelor de funcționalitate a produsului și a parametrilor agreeți de funcționare la care se referă în respectiva cerință.

Se reține că în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, entitatea a adoptat măsura de remediere publicată în SEAP în 03.06.2022, reformulând cerința astfel:

„Contractantul va efectua pe cheltuiala sa și fără nici un fel de costuri din partea entității contractante teste de funcționare a produsului furnizat în conformitate cu parametrii specificați în fișa tehnică din Caietul de sarcini al entității contractante, la locul de montaj și funcționare”, contestatorul nefiind de acord cu măsura adoptată de entitate.

În cazul în care entitatea contractantă își dorește un anume test pentru echipamente, trebuie să specifice în mod concret toate detaliile necesare, conform dispozițiilor legale sus menționate, pentru a nu exista confuzii.

Ulterior, prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC cu nr. ..., entitatea contractantă a transmis un punct de vedere, ca răspuns la concluziile contestatorului, prin care precizează: *„Cerința privind testele funcționale ale produsului nu implică montaj.*

Montajul se efectuează de către entitatea contractantă conform documentației tehnice dar, la punerea în funcțiune, poate fi solicitată prezența unui specialist din partea furnizorului, care va oferi informații privind anumite neclarități constatate în funcționare.

Testele de funcționare se referă la parametrii sau funcțiile indicate de către ofertant în fișa tehnică prezentată la ofertare, de exemplu:

- modul de afișare a datelor: diagramă orizontală/verticală/bargraf/numeric;
- setarea pragurilor de alarmare pe fiecare ecran;
- proiecție cu parolă;
- modalități de configurare software;
- alte dificultăți întâlnite după montaj și punere în funcțiune.

Prin „locul de montaj” se va înțelege: punctele de lucru ale entității contractante la care vor fi livrate echipamentele specificate în Caietul de sarcini și Fișa de date la pct. 11.2.3 - locul de executare a contractului:

Prin parametrii agreeți se va înțelege: parametrii indicați în Fișa tehnică prezentată la ofertare și acceptată de entitatea contractantă”.

Consiliul apreciază că sunt relevante, în speță, următoarele dispoziții legale:

- art. 22 alin. (2) din HG nr. 394/2016, *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”.*

- art. 164 din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.*

În concluzie, Consiliul va admite critica formulată de contestator și va obliga entitatea contractantă să indice precis testele de funcționalitate a produsului și a parametrilor agreeți de funcționare la care se referă respectiva cerință, conform celor precizate de entitate prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC cu nr.

2. Referitor la cea de-a doua critică formulată de către contestator, se reține faptul că în caietul de sarcini, capitolul 4. - Prezentarea Propunerii Tehnice. Cerințe minime tehnice impuse de entitatea contractantă la faza de ofertare - punctul 2), se menționează:

„2) Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc), informații legate de condițiile de depozitare, transport și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

De asemenea, prin Fișa de date a achiziției, punctul IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice, se solicită următoarele:

„Se vor prezenta în mod obligatoriu fișele tehnice ale produselor oferite întocmite și vizate de producător, specificații tehnice, codurile de producător, desene (secțiuni, cote de gabarit, definirea părților componente, etc.), informații legate de condițiile de depozitare, transport și orice alte informații care contribuie la descrierea cât mai detaliată a produselor oferite”.

În opinia contestatorului, cerința ca fișele tehnice ale produselor oferite să fie „vizate de producător” este contrară prevederilor art. 2 alin. (2) lit. e), art. 67 alin. (3) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 și solicită eliminarea din conținutul fișei de date a achiziției și caietului de sarcini a cerinței ca fișele tehnice ale produselor oferite să fie „vizate de producător”.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că este întemeiată argumentația contestatorului potrivit căreia Fișele tehnice ale produselor sunt elaborate/întocmite de către producător și în majoritatea cazurilor

acestea se regăsesc pe site-urile producătorului respectiv iar în aceste condiții, solicitarea entității contractante ca acestea să fie „vizate de producător” reprezintă un demers de natură să restricționeze concurența.

De asemenea, cerința ca fișele tehnice să fie vizate de producător este contrară dispozițiilor art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, conform căroră: *„Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”*.

Fișa tehnică a produsului, deși întocmită de producător, nu este obligatoriu să fie vizată de acesta, se consideră că și-o asumă de drept. Entitatea contractantă poate să ia cunoștință despre datele de identificare ale producătorului din aceste fișe emise de producător, nefiind necesară vizarea lor.

Prin urmare, Consiliul va admite critica formulată de contestator sub acest aspect și va obliga entitatea contractantă să elimine de la cap. 4. - Prezentarea Propunerii Tehnice. Cerințe minime tehnice impuse de entitatea contractantă la faza de ofertare - punctul 2) și de la cap. IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, sintagma: *„vizate de producător”*.

3. În Fișa de date a achiziției punctul IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice se solicită următoarele:

„În Propunerea Tehnică se va prezenta autorizația de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție (dacă este cazul) sau orice alt asemenea document echivalent, dacă ofertantul nu este și producătorul Produsului care face obiectul Contractului, documente necesare pentru a demonstra că este autorizat de Producătorul Produsului să distribuie Produsele descrise în prezentul Caiet de Sarcini”.

De asemenea, în Formularul 4 - Tabel detalii producător, la punctul 7 se solicită următoarele:

- „Declarație sau autorizație*
- Numele semnatarului*
- Poziția în compania producătoare*
- Contact (telefon/fax/e_mail).”*

Contestatorul apreciază că demonstrarea faptului că ofertantul este autorizat de producătorul produsului să distribuie produsele ce fac obiectul prezentei proceduri) este contrară prevederilor art. 2 alin. (2) lit. e), art. 67 alin. (3) și art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, fiind nejustificată, disproporționată și neconcurențială și solicită eliminarea din conținutul Fișei de date a achiziției a solicitării de prezentare, în cadrul propunerii tehnice, a *„autorizației de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție”*, și, ca un corolar al acesteia, eliminarea punctului 7 din cuprinsul Formularului 4 - Tabel detalii producător.

Ca și în cazul cerinței contestate anterior, Consiliul apreciază că solicitarea de a prezenta în cadrul propunerii tehnice a *„autorizației de distribuție emisă de Producător/distribuitor”* este de natură a restrânge concurența și contravine dispozițiilor legale, fiind nejustificată,

disproporționată și neconcurențială. O astfel de cerință are ca efect limitarea libertății comerțului, conferind producătorului prerogativa de a dirija distribuția produselor pe zone și distribuitori favoriți și, astfel, de a stabili prețurile pe piața de profil.

Deși Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 emis în aplicarea OUG nr. 34/2006, prin care era explicit și expres prohibită o astfel de practică, nu mai este aplicabil în contextul Legii nr. 99/2016, nu se poate considera că odată cu adoptarea noii legislații în materia achizițiilor publice entității contractante i s-a deschis calea utilizării de practici anticoncurențiale de natură să restrângă și să denatureze concurența.

Jurisprudența internă este și aceasta constantă în a sancționa introducerea în documentațiile de atribuire a unor astfel de cerințe, care aduc atingere principiilor liberei concurențe și nediscriminării, în acest sens menționăm cu titlu exemplificativ decizia Consiliului publicată în B02021_525, conform căreia:

„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, entitatea 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 urmare, Consiliul apreciază că este întemeiată critica formulată de contestator sub acest aspect și va obliga autoritatea la eliminarea de la cap. IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției a cerinței de prezentare a *„autorizației de distribuție emisă de Producător sau a autorizațiilor de pe lanțul de distribuție”* precum și eliminarea punctului 7 din cuprinsul Formularului 4 - Tabel detalii producător.

4. În Fișa de date a achiziției cap. III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, se menționează:

„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat. Informații privind experiența similară demonstrată prin lista principalelor livrări de produse efectuate în cel mult ultimii 3 ani.

Informațiile prezentate trebuie să dovedească experiența operatorului economic în livrarea de produse similare.

*Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control, care **fac obiectul prezentei achiziții** și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.*

Contestatorul susține că prin definirea produselor similare ca produse de tipul celor ... *„care fac obiectul prezentei achiziții”* se restrânge în mod nejustificat participarea la prezenta procedură și solicită eliminarea din conținutul cerinței din Fișa de date a achiziției punctul III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională a sintagmei *„care fac obiectul prezentei achiziții”*, propunând ca fraza respectivă să aibă următorul conținut:

*„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în **zona furnizării** de aparate de măsură și control și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.*

Entitatea contractantă admite faptul că exprimarea adoptată poate conduce la restricționarea concurenței și, în baza prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a adoptat măsura de remediere care a fost publicată în termenul legal în SEAP în data de 03.06.2022: *„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.*

Deci entitatea a reformulat cerința, însă nu a renunțat defel la exprimarea *„de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții”*.

Însă, aparatele înregistratoare sunt utilizate în domenii diverse, industria energetică, chimică și petrochimică, alimentară, laboratoare de cercetări și în orice domeniu în care este necesară monitorizarea și înregistrarea unor parametrii, astfel că nu se poate limita concurența prin *„definirea produselor în zona furnizării de aparate de măsură și control de tipul celor care fac obiectul prezentei achiziții”*.

Consiliul are în vedere prevederile art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP nr. 2 din 2017 potrivit căroră *„(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/ execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului”*, rezultând caracterul restrictiv al unei astfel de cerințe.

Mai mult, Consiliul are în vedere că la alin. (2) al aceluiași articol este prevăzut că *„Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta”* și se constată că, în condițiile în care contractul ce urmează a fi încheiat în urma finalizării prezentei proceduri de atribuire este unul de furnizare, caracterul similar se raportează la domeniul în care sunt utilizate produsele furnizate și la complexitatea acestora.

Prin urmare, Consiliul va admite critica formulată de contestator și va obliga autoritatea contractantă la modificarea cerinței privind experiența similară de la cap. III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, după cum urmează: *„Definirea produselor similare poziționează experiența ofertanților în zona furnizării de aparate de măsură și control și urmărește selectarea acelor care sunt familiarizați cu acest tip de produse”.*

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu SA și va dispune modificarea documentației de atribuire, conform motivării.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va dispune publicarea tuturor modificărilor menționate mai sus în SEAP, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii și stabilirea unei noi date limită pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea în SEAP a modificărilor documentației.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga SA la plata sumei de 2.975 lei conform facturii fiscale nr. 300/30.05.2022 către SRL, reprezentând cheltuieli ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu SA și dispune modificarea documentației de atribuire, conform motivării.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune publicarea tuturor modificărilor menționate mai sus în SEAP, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Dispune stabilirea unei noi date limită pentru depunerea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea în SEAP a modificărilor documentației.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă SA la plata sumei de 2.975 lei conform facturii fiscale nr. 300/30.05.2022 către SRL, reprezentând cheltuieli ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.