CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, împotriva procedurii, licitație deschisă, organizate de ..... SA, cu sediul în ....., în calitate de entitate contractantă, în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-a solicitat:

- modificarea documentaţiei de atribuire prin înlăturarea/eliminarea prevederilor din caietul de sarcini dimensiuni prestabilite, respectiv dimensiuni de gabarit: L x l x h (2,44m x 4,27m x 10,2cm) - 10,41 mp, dimensiuni suprafaţă utila: L x l x h (2,13m x 3,96m x 10,2) - aprox. 8,5 mp;
- eliminarea cerinţei privind dimensiunea de gabarit și dimensiunea de suprafaţă utilă întrucât acestea definesc produsul producătorului ..... și sunt cerinţe irelevante în raport cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit;
- după caz, anularea procedurii de atribuire;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea contestației.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de fată, constată următoarele:

SC ..... SRL critică documentația de atribuire, elaborată de ..... SA, în calitate de entitate contractantă, în procedura amintită, considerând cerința privind acoperirea unei suprafețe de

aproximativ 1000 mp cu 100 bucăți dale de anumite dimensiuni, ca fiind restrictivă.

În acest sens, contestatoarea precizează că dimensiunile solicitate în caietul de sarcini sunt specifice dalelor produse de către un anumit producător, Newpark Resources Inc., ceea ce contravine prevederilor art. 165 alin. (6) și art. 166 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, prin impunerea unui număr de 100 buc de dimensiuni prestabilite pentru a acoperi aproximativ 1000 mp, în condiţiile în care aceste dimensiuni nu au nicio relevanță în raport cu scopul pentru care sunt folosite aceste produse, reprezintă, în opinia contestatoarei, o restricționare a concurenței care se impune a fi sancționată.

Or, în conformitate cu noile directive comunitare, specificaţiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurenţa între operatorii economici.

Contestatoarea susține că, prin neacceptarea dalelor de alte dimensiuni, reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat, entitatea contractantă, nesocotind și scopul noii legislații, de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, întrucât singurii operatori economici avantajați care pot participa sunt producătorul ..... și distribuitorii lui.

Considerând că organismele de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de Tratatul pentru înfiinţarea Comunităţii Economice Europene, încheiat la 25 martie 1957, precum şi specificaţiile tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel naţional, cu titlu de exemplu, art. 165 alin. (6) și art. 166 din Legea nr. 99/2016, contestatoarea învederează că așa cum rezultă din fișa de date a achiziției II.1.5) *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor,* nu au nicio relevanță dimensiunile produselor pe care entitatea contractantă urmăreşte să le achiziţioneze, atât timp cât suprafaţa acoperită este cea solicitată.

Prin urmare, cerințele tehnice solicitate în documentația de atribuire, sunt considerate de contestatoare contrare prevederilor art. 185 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, care stabilesc în mod expres că toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru și să fie proporționate prin raportare la obiectul acestuia.

Având în vedere că documentația de atribuire, este de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, ceea ce contravine și scopului legii, respectiv promovarea concurenţei între operatorii economici, în opinia contestatoarei se impune adoptarea unei măsuri de remediere a caietului de sarcini astfel încât să se permită participarea la procedură a mai multor operatori economici (producători/ furnizori de echipamente), entitatea contractantă având obligația de respecta principiul proporţionalităţii şi să nu formuleze cerinţe care nu pot fi justificate în raport cu ceea ce urmează a fi

prestat/executat aşa cum este prevăzut la nivelul caietului de sarcini sau al documentaţiei descriptive, astfel încât orice furnizor de consumabile să aibă şanse egale de a i se atribui un contract de achiziţie publică, aspecte ce nu au fost respectate de entitatea contractantă în cazul documentației de atribuire în discuție.

Pentru motivele expuse, SC ..... SRL solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată în partea introductivă a deciziei.

Cu privire la solicitarea de suspendare a procedurii, Consiliul s-a pronunțat, prin Încheierea nr. 521/...../..... din 04.10....., în sensul respingerii ei ca nefondată.

Prin adresa nr. 13630/06.10....., înregistrată la CNSC sub nr. 42105/06.10....., entitatea contractantă a transmis un punct de vedere la contestația formulată de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și nelegală.

Referitor la susținerile contestatoarei de nelegalitate a documentației de atribuire, entitatea contractantă precizează că în elaborarea acesteia au fost respectate prevederile art. 2 din Legea nr. 99/2016, precum și cele ale art. 165 și art. 166 din același act normativ invocat, neavând un caracter discriminatoriu sau restrictiv.

Pentru a putea determina obiectul contractului și pentru a putea compara produsele, entitatea contractantă precizează că a specificat dimensiunea de gabarit a unei dale, respectiv L x l x h (2,44 m x 4,27m x 10,20 cm) - suprafață de 10,41 mp, care este suprafața totală a dalei și suprafața utilă L x l x h (2,13 m x 3,96 m x 10,20 cm) – aproximativ 8,5 mp, suprafață care se folosește după montaj.

Astfel, scopul indicării dimensiunii de gabarit a unei dale, a fost de a permite eventualilor ofertanți să determine și să identifice tipo-dimensiunea dalelor de care are nevoie și pe care urmărește să le achiziționeze entitatea contractantă. Nu s-a cerut o suprafață fixă ci, numai numărul de bucăți de dale fixe, deoarece 100 de bucăți de dale au suprafața de 1041 mp (100 buc x 10,41 = 1041 mp), pe când 1000 mp conține 96 de bucăți de dale.

Contrar celor susținute în contestație de SC ..... SRL, entitatea contractantă susține că specificațiile tehnice au fost indicate astfel încât să permită oricărui ofertant care întrunește condițiile caietului de sarcini să participe la procedura de atribuire, neurmârindu-se favorizarea vreunui producător anume.

Prin indicarea dimensiunilor prevăzute în documentația de atribuire s-a avut în vedere ca acestea să fie optime, necesare și utile entității contractante, pentru executarea de operații speciale la sondele de gaz, unde se intervine cu utilaje speciale agabaritice, de zeci de tone, suprafața și stabilitatea care o oferă aceste tipo-dimensiuni de dale, precum și posibilitatea de depozitare și transport a acestora, cât și numărul de transportare necesare pentru a putea fi mutate de la locația unei sonde de gaz la locația altei sonde, astfel încât să poată fi dalat careul sondei în timp optim și pentru a răspunde cât mai eficient situațiilor de intervenție.

Raportat la solicitările contestatoarei de eliminare/înlăturarea dimensiunilor prestabilite și respectiv eliminarea dimensiunile de gabarit și dimensiunile de suprafață utilă, entitatea contractantă le consideră lipsite de raționament tehnico-economic, întrucât s-ar permite potențialilor ofertanți să oferteze orice tipo-dimensiuni de dale, care acoperă orice suprafață utilă, fiind nelegale conform dispozițiilor art. 2, 3, 9, 13 și 22 din HG nr. 394/2016.

O acceptare a acestor solicitări și eliminarea cerințelor prestabilite cu privire la gabarit și suprafața utilă totală a celor 100 de dale, în opinia entității contractante, ar fi de natură să încalce prevederile HG nr. 394/2016 și ale Legii nr. 99/2016 cu incidența art. 225 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016 și implicit anularea procedurii.

Concluzionând, entitatea contractantă consideră că o acceptare a altor tipuri de dale, diferite de cele specificate prin documentația de atribuire, ar reprezenta o încălcare a dispozițiilor amintite și o defavorizare a eventualilor ofertanți care ar depune oferte conform specificațiilor tehnice inițiale, întrucât dalele mai mici au un preț estimativ unitar pe bucată mai mic decât cele mari indicate în caietul de sarcini, dar raportat la suprafață, prețul unitar pe m² ar putea fi mai mare pentru dalele mici, decât prețul unitar pe m² al dalelor mari, intervenind automat întregul mecanism de stabilire a valorii estimate și a valorii contractului ce răstoarnă și trebuie reconceput pe cu totul alte considerente.

Având în vedere cele susținute în punctul de vedere, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nelegală.

În drept, se invocă dispozițiile art. 12, 165, 166, 174, 224, 225 din Legea nr. 99/2016 și art. 18 și 22 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 42780/....., reprezentând Răspuns la punctul de vedere, contestatoarea a solicitat admiterea contestației. Totodată, aceasta a transmis și fișe tehnice ale dalelor.

Analizând susținerile contestatoarei și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, ... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a unui anunț de participare nr. ....., la ..... și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva unor cerințe prevăzute în cadrul documentației de atribuire, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând admiterea ei așa cum a fost formulată.

Referitor la solicitarea contestatoarei de suspendare a procedurii până la soluționarea cauzei, Consiliul prin Încheierea nr. 521/...../..... din 04.10....., s-a pronunțat asupra ei, respingând-o ca nefondată.

Analizând prezenta contestație, Consiliul reține că s-a invocat încălcarea de către autoritatea contractantă, prin modul de stabilire a

cerințelor din caietul de sarcini, a principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 99/2016 și a următoarelor dispoziții legale din același act normativ:

- art. 165 alin. (6): „Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici”.

- art. 166 alin. (2(și (4): „ (2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(4) În cazul în care entitatea contractantă stabileşte specificaţiile tehnice potrivit dispoziţiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificaţiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluţiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerinţele definite prin specificaţiile tehnice”, prin <u>indicarea dimensiunilor dalelor</u>: dimensiunea de gabarit a unei dale, L x l x h (2,44 m x 4,27m x 10,20 cm) - 10,41 mp; dimensiuni suprafață utilă L x l x h (2,13 m x 3,96 m x 10,20 cm) – aproximativ 8,5, precum și <u>numărul fix de bucăți</u> (100 buc).

Vizavi de numărul de bucăți de dale fixe solicitate, respectiv de <u>100 de bucăți</u> pentru a acoperi <u>o suprafață de aproximativ 1000 mp</u>, cu caracteristicile mai sus menționate, autoritatea contractantă a susținut că pretențiile contestatorului sunt nefondate și nelegale prin raportare la necesitățile sale, invocând în acest sens dispozițiile art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, care prevăd: „caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante”, însă această explicație nu poate fi primită, întrucât prin impunerea unui număr fix de dale (cu dimensiuni prestabilite) pentru acoperirea unei suprafețe aproximative, în mod evident, produsele cu un număr de dale mai mic sau mai mare decât cel solicitat sunt înlăturate.

Nici în răspunsul la notificarea prealabilă, nici în punctul de vedere la contestație, achizitoarea nu a adus explicații concludente care să determine că doar *100 de bucăți de dale cu dimensiunile prestabilite*, pot asigura necesitățile sale.

Nimeni nu contestă că entitatea contractantă este cea care cunoaște cel mai bine ce produse îi sunt necesare și care trebuie să fie performanțele acestora, însă, pe de o parte, necesitățile sale trebuie să fie justificate, iar pe de altă parte, să nu conducă la înlăturarea de la

procedură a altor produse cu aceleași performanțe, dar cu caracteristici constructive diferite, dacă acestea acoperă nevoile achizitoarei.

Totodată, entitatea contractantă nu a demonstrat că necesitățile sale pot fi asigurate doar cu *100 de bucăți de dale cu dimensiunile prestabilite*, în cadrul specificațiilor tehnice descrise.

Or, rolul organizării procedurii este de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedură, astfel încât să se asigure o concurență reală care să permită stabilirea unor oferte admisibile și a ofertei câștigătoare, nefiind în interesul entității contractante participarea unui număr restrâns de societăți la procedură.

Este adevărat că entitatea contractantă are dreptul de a achiziționa produse cu performanțe calitative ridicate, însă acest lucru nu înseamnă că pot fi eliminate din competiție produsele cu alte caracteristici constructive, dar care îi asigură nivelul calitativ cerut.

Prin urmare, față de cele de mai sus, se constată că sunt întemeiate criticile contestatoarei fiind necesară modificarea/completarea cerinței criticate, astfel încât să fie permisă participarea cât mai multor operatori economici la procedură.

Având în vedere stadiul desfășurării procedurii, respectiv termenul limită pentru primirea ofertelor, 25.10....., în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA și va obliga entitatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să modifice documentația de atribuire, în sensul acceptării unui număr mai mare sau mai mic de dale cu dimensiuni diferite.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA și obligă entitatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să modifice documentația de atribuire, în sensul acceptării unui număr mai mare sau mai mic de dale cu dimensiuni diferite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

.... **....** **....**

.....