



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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. ..., transmisă inițial prin mijloace electronice (e-mail), și ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. ... și, respectiv, sub nr. ..., cu sediul în ..., cu adresa de corespondență în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă” online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Modul radio telecitire contoare și echipamentul de telecitire aferent”, cod CPV 32237000-3 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat constatarea caracterului nelegal al documentației de atribuire și obligarea entității contractante la modificarea acesteia, astfel încât să fie asigurat liberul acces la procedura al oricărui potențial ofertant.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

... prezintă argumente în susținerea interesului său în formularea contestației. În acest sens, contestatoarea invocă art. 2 alin. (1) și art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, precizând că este interesată de depunerea unei oferte în cadrul prezentei proceduri, însă exercitarea acestui drept este limitată din cauza modalității în care entitatea contractantă a stabilit anumite criterii în documentația de atribuire.

Cu privire la fondul cauzei, contestatoarea arată că producătorul apometrelor care se identifică cu codul unic din caietul de sarcini, cu care a contractat ..., este Astfel, ... opinează că entitatea contractantă a inclus codul de identificare al apometrelor produse de ... pentru a putea să o declare câștigătoare, datorită faptului că acest operator economic produce aceste module de citire, care clar că vor fi compatibile cu apometrele. Entitatea contractantă a transmis codul de identificare al produsului fără a furniza toate detaliile necesare pentru a se putea verifica și demonstra compatibilitatea. Mai mult, aceasta condiționează conformitatea unei propuneri tehnice de o terță companie, potențial ofertant, aspect ce încalcă principiul egalității de șanse. Procedând astfel, ... a încălcat și prevederile care îi impuneau obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

În aceeași ordine de idei, ... invocă „legislația cu privire la caietul de sarcini”, care prevede: *„Se interzice indicarea unei mărci de fabrică sau de comerț, a unui brevet de invenție, a unei licențe de fabricație sau a unei anume origini sau producții. Totuși, se admite o astfel de indicație, dar numai însoțită de mențiunea «sau echivalent» și numai în situația în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a stabili, în caietul de sarcini, specificații tehnice suficient de precise și inteligibile pentru toate părțile interesate”*.

Astfel, contestatoarea apreciază faptul că entitatea contractantă nu a respectat aceste prevederi, având în vedere următoarele:

- a specificat clar în caietul de sarcini faptul că se dorește a se achiziționa un anumit tip de aparatură compatibil exclusiv cu un model de apometru bine stabilit printr-un cod de identificare;
- nu s-a specificat în caietul de sarcini deloc faptul că se vor accepta produse care se ridică la același standard sau care vor corespunde în mare parte cerințelor entității contractante, lucru susținut de mențiunea „sau echivalente”.

De asemenea, ... arată că operatorul ... face parte din procesul de verificare a calității execuției contractului, aspect care denaturează, în mod grav, concurența dintre participanții la prezenta procedură. Ori, ținând cont de acest aspect, contestatoarea opinează că ... are acces la mai multe informații despre criteriile de selecție a bunurilor achiziționate, beneficiază de o mai mare perioadă de timp pentru pregătirea produselor și elaborarea ofertei, și mai ales, are acces la aceste informații anterior celorlalți potențiali ofertanți, fapt care contravine flagrant obligațiilor entității contractante stipulate la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia toți ofertanții trebuie să beneficieze de aceleași informații, în mod complet și explicit, în baza unor reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici interesați, încălcându-se astfel, principiile tratamentului egal și al transparenței.

Referitor la sintagma „compatibilitatea va fi dovedită prin declarația firmei producătoare a contorului de apă”, contestatoarea precizează următoarele:

- s-a adus la cunoștință faptul că apometrele sunt furnizate de firma ... și ... consideră că aceasta va dori să participe și la prezenta procedură. Contestatoarea opinează că dacă ... e producătorul apometrelor și va participa la prezenta procedură, atât în calitate de producător de apometre care trebuie să vină și să stabilească compatibilitatea modulelor cu apometrele sale, se poate vorbi de un conflict de interese, pentru că e foarte probabil ca ... să fie subiectiv și să declare că modulele sale sunt compatibile cu apometrele. ... nu are niciun interes să nu se declare incompatibilă, acest lucru dezavantajând-o în tot procesul. Această distorsiune e amplificată de împrejurarea că posibilul ofertant, ... va ajunge în situația de a-și verifica singur, din punct de vedere calitativ, compatibilitatea produselor, ceea ce echivalează cu existența unui veritabil conflict de interese;

- ... ia în considerare și faptul că ... ar putea declara că va stabili o dată în care vor exista teste cu privire la compatibilitatea produselor, dată pe care aceasta implică o va lua la cunoștință anterior momentului la care ceilalți potențiali ofertanți o vor cunoaște, fapt care îi discriminează pe ceilalți participanți;

- așadar, contestatoarea opinează că entitatea contractantă ar trebui obligată să elimine această mențiune din caietul de sarcini pentru că e necesar ca operatorul care stabilește compatibilitatea să fie o terță persoană, obiectivă, care nu are niciun interes în desfășurarea și mai ales, câștigarea acestei proceduri;

- totodată, contestatoarea susține că entitatea contractantă ar trebui obligată să introducă o cerință prin care operatorii economici ofertanți să declare pe propria răspundere faptul că modulele sunt compatibile cu apometrele ..., având în vedere că au studiat în prealabil caietul de sarcini și au luat cunoștință de cerințele tehnice.

Un alt aspect subliniat de ... este că din prevederile art. 60 lit. c) din Legea nr. 98/2016, reiese că în prezenta procedură există un conflict de interese.

Drept urmare, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la:

- eliminarea codului de identificare;

- eliminarea sau modificarea mențiunii cu privire la persoana care e aptă să declare faptul că apometrul este compatibil cu modulul de citire.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 23/2020, să transmită în termen de 3 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de ... lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., la Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de

În ceea ce privește afirmația contestatoarei cu referire la legislația conform căreia *„Se interzice indicarea unei mărci de fabrică sau de comerț, a unui brevet de invenție, a unei licențe de fabricație sau a unei anume origini sau producții. Totuși, se admite o astfel de indicație, dar numai însoțită de mențiunea «sau echivalent» și numai în situația în care autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a stabili, în caietul de sarcini, specificații tehnice suficient de precise și inteligibile pentru toate părțile interesate”*, entitatea contractantă subliniază faptul că în caietul de sarcini nu a fost indicată marca pentru produsele ce urmează a fi achiziționate, adică pentru *„module radio telecitire contoare și echipamentul de telecitire aferent”*, ...fiind aprobarea de model a contoarelor ce trebuie echipate cu module radio pentru a putea fi citite la distanță cu echipamentul aferent.

De asemenea, ... arată că are montate, în rețeaua pe care operează, contoare de apă (apometre) cu această aprobare de model, care necesită a fi echipate cu modulele ce fac obiectul prezentei proceduri și nu poate folosi un tip de module incompatibile cu actualele apometre pe care le are în exploatare. Aceste apometre au fost achiziționate în urma procedurilor de achiziții, începând cu anul 2011, iar echiparea lor cu module radio a început în anul 2015, achiziționate prin procedura de licitație deschisă.

De altfel, entitatea contractantă mai menționează că ...nu este nicio marcă de fabrică sau comerț, nici un brevet de invenție, nici licență de fabricație, ci este o aprobare de model care nu are echivalent.

Totodată, ... susține că a specificat care sunt condițiile minimale pe care trebuie să le îndeplinească produsele la punctele 3.4.1 și 3.4.2, iar în partea introductivă a caietului de sarcini s-au specificat următoarele: *„Caietul de sarcini face parte integrantă din documentația pentru atribuire a contractului și constituie ansamblul cerințelor pe baza cărora se elaborează de către fiecare ofertant propunerea tehnică. Caietul de sarcini conține specificații tehnice, care vor fi considerate ca fiind minimale și obligatorii. În acest sens, orice ofertă prezentată care se abate de la prevederile caietului de sarcini, va fi luată în considerare doar în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale din caietul de sarcini. Ofertele care nu satisfac cerințele caietului de sarcini vor fi declarate propuneri neconforme și vor fi respinse”*.

Referitor la sintagma *„compatibilitatea va fi dovedită prin declarația firmei producătoare a contorului de apă”* din caietul de sarcini, entitatea contractantă opinează că nimeni altcineva în afară de producătorul apometrului (contorului de apă) nu poate stabili mai corect compatibilitatea modulului radio cu apometrul, și nu poate fi subiectiv în a spune că modulele sunt compatibile cu contorul, atâta timp cât există fișă tehnică a modulului, din care se poate observa dacă modulul corespunde sau nu cerințelor din caietul de sarcini. Declarația pe propria răspundere a potențialilor ofertanți cu privire la compatibilitatea modulului cu apometrul nu poate fi luată în considerare, deoarece desfășurarea unei licitații presupune depunerea unei documentații de

către ofertanți, documentație care să dovedească conformitatea produselor cu cerințele din caietul de sarcini și nu să declare pe proprie răspundere această conformitate.

Pe cale de consecință, ... susține că documentația de atribuire nu favorizează niciunul dintre potențialii ofertanți, oferind un tratament egal pentru fiecare dintre ei.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a confirmat primirea adresei nr.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatoarea a depus, copia recipisei de consemnare a cauțiunii nr. ...din 16.03.2020, eliberată de CEC Bank Sucursala ... în valoare de ... RON.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatoarea a depus originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. ...din 16.03.2020, eliberată de CEC Bank Sucursala ... în valoare de ... RON.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat entității contractante ... înaintarea dosarului achiziției publice, precum și remiterea dovezii privind publicarea în SEAP a contestației.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub ..., ... a formulat un răspuns la punctul de vedere al entității contractante, intitulat „concluzii scrise”.

Cu privire la susținerea entității contractante, potrivit căreia *„...fiind aprobarea de model a contoarelor ce trebuie echipate cu module radio pentru a putea fi citite la distanță cu echipamentul aferent”*, contestatoarea arată că existența codului în caietului de sarcini îi indică faptul că acesta reprezintă o certificare aferentă unui produs, cât și marca producătorului.

De asemenea, ... menționează că potrivit Îndrumătorului metodologic pentru formularea criteriilor legate de standard în documentațiile de atribuire: *„Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu trebuie să precizeze un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizat de un anumit operator economic, și nici să se refere la un tip, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor întreprinderi sau produse”*. În plus: *„Dacă specificațiile tehnice se definesc prin referire la standarde sau omologări tehnice, atunci nicio ofertă nu poate fi respinsă pe motiv că propunerea tehnică nu este conformă cu specificațiile precizate, dacă ofertantul demonstrează prin orice mijloc adecvat că propunerea sa tehnică satisface într-o manieră echivalentă cerințele autorității contractante”*. Ori, din caietul de sarcini nu reiese nicidecum acest aspect, asta însemnând că entitatea contractantă nu respectă dispozițiile legale, având în vedere că nu a cuprins în caietul de sarcini specificații extrem de clare cu privire la criteriile alegerii modulelor.

În cele ce urmează, contestatoarea solicită modificarea caietului de sarcini de la secțiunea *„Parametrii funcționali și tehnici”*, cerința compatibilității apometrelor deținute de către ..., fie prin eliminarea codului, fie în subsidiar, dacă entitatea contractantă apreciază că este

imperios necesară păstrarea codului de identificare a apometrelor, entitatea contractantă să adauge în continuarea cerinței mențiunea *„oferta prezentată care se abate de la prevederile caietului de sarcini va fi luată în considerare, doar în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minime din caietul de sarcini”*.

În altă ordine de idei, ... arată că din argumentul: *„...este o aprobare de model care nu are echivalent”*, deduce faptul că, dacă aprobarea de model nu are echivalent, nici produsele achiziționate în baza aprobării nu au echivalent. Ori, nu există situație mai evidentă care să ateste faptul că există o restrângere flagrantă a posibilității operatorilor economici de a deveni câștigători în această procedură, dat fiind faptul că toate datele conduc spre o colaborare între ... și

De asemenea, contestatoarea susține că, caietul de sarcini nu conține caracteristici concrete, sunt doar aspecte generale cu trimitere la produsul aferent certificării și condiționarea de compatibilitate, aspect ilegal în condițiile în care producătorul contorului va fi și potențial ofertant.

Cu privire la sintagma *„compatibilitatea va fi dovedită prin declarația firmei producătoare a contorului de apă”*, ... apreciază că dacă entitatea contractantă a specificat în punctul de vedere faptul că există o fișă tehnică a modului radio de citire, care poate fi citită și interpretată și din consultarea acesteia se va stabili, dacă există compatibilitate între apometrele de apă rece și module, acest lucru va putea fi declarat și de către un specialist în domeniu care are cunoștințe tehnice, știe și înțelege un caiet de sarcini și cerințele cuprinse în acesta.

Contestatoarea apreciază necesară stabilirea exactă a criteriilor din fișa tehnică, iar ulterior, stabilirea unei terțe persoane pentru stabilirea compatibilității.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a înștiințat entitatea contractantă și contestatoarea despre prelungirea cu 10 zile a termenului de soluționare a contestației.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. ..., entitatea contractantă a confirmat primirea adresei nr.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... a înaintat extrase din propunerile tehnice declarate câștigătoare depuse la procedurile de achiziție a contoarelor și din contractele de achiziții contoare din anii 2011 și 2018, extrase din propunerile tehnice declarate câștigătoare depuse la procedurile de achiziție a modulelor telecitire contoare și din contractele de achiziții module radio telecitire contoare din anii 2011 și 2018, precum și procese-verbale de demontare-montare contoare în care se poate vedea că aceste contoare de tipul ... au fost montate în rețeaua de apă din anul 2011, iar începând cu anul 2015 au început să fie echipate cu aceste module radio pentru telecitire.

Totodată, ... a înaintat și rapoarte din sistemul informatic de evidență a contoarelor și modulelor radio din care rezultă că procesele-verbale de demontare-montare contoare au fost operate.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă” online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Modul radio telecitire contoare și echipamentul de telecitire aferent”, cod CPV 32237000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 07.04.2020, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA de 1.030.500 lei, fără TVA.

Prin încheierea nr. ..., Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de ... în contradictoriu cu entitatea contractantă

... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 23/2020 respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., în sumă de ... RON, eliberată la data de 16.03.2020 de CEC Bank – Sucursala ...

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă [„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus”], coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [„(5) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii CNSC. Cauțiunea nu se restituie celui care a depus-o în măsura în care autoritatea contractantă face dovada că asupra acesteia a formulat cerere în fața instanței pentru plata despăgubirii convenite până la împlinirea termenului de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii. (6) Cererea de restituire se depune la CNSC și la autoritatea contractantă după expirarea termenului reglementat la alin. (5). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă autoritatea contractantă declară în mod expres că nu urmărește obligarea contestatorului care a constituit cauțiunea la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate ca urmare a depunerii contestației. (7) Consiliul, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu respectarea principiilor reglementate la art. 15, în termen de 5 zile, printr-o încheiere supusă plângerii la instanța competentă potrivit art. 32 alin. (1) sau (2) în termen de 5 zile de la comunicare. Plângerea este suspensivă de executare”].

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prezenta contestație vizează documentația de atribuire, publicată de entitatea contractantă, în SEAP, odată cu anunțul de participare, respectiv la data de 06.03.2020.

Nemulțumită de anumite cerințe tehnice din caietul de sarcini, ... a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând remedierea caietului de sarcini, conform criticilor din cuprinsul contestației.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează documentația de atribuire, respectiv anumite cerințe tehnice din caietul de sarcini. Consiliul urmează a proceda la soluționarea contestației analizând modul în care entitatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, sub aspectele criticate în contestație, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către părți.

Referitor la criticile formulate în cadrul contestației, Consiliul reține că acestea vizează următoarele aspecte tehnice prevăzute în caietul de sarcini:

„3.4.2 Parametrii funcționali și tehnici

3.4.2.1. Module radio

- *Modul radio cu transmisie în banda liberă, fără taxe și fără licență;*
- *Model unic din punct de vedere constructiv și funcțional, pentru dimensiunile de apometre Dn 15 la Dn 40;*
- *Compatibil cu apometrele de apă rece tip multijet cu mecanism semiuscat, preechipate pentru citire la distanță în sistem inductiv, având **aprobare de model MID SK08-MI001-SMU003 - compatibilitatea va fi dovedită prin declarația firmei producătoare a contorului de apă**.*

Contestatorul solicită modificarea acestor cerințe din caietul de sarcini.

Analizând caietul de sarcini, Consiliul constată că entitatea contractantă a precizat:

„Caietul de sarcini conține specificații tehnice, care vor fi considerate ca fiind minimale și obligatorii. În acest sens, orice ofertă prezentată care se abate de la prevederile Caietului de sarcini, va fi luată în considerare doar în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale din Caietul de sarcini. (...)

2.2 Informații despre contextul care a determinat achiziționarea produselor

Unul dintre obiectivele ... este acela de a eficientiza activitatea de citire a contoarelor. În vederea îndeplinirii acestui scop, este necesară citirea acestor contoare cât mai rapid posibil, precum și integrarea acestora într-un sistem de citire care să nu necesite deplasarea pe teren.

Pentru aceasta, se dorește achiziționarea de module pentru transmiterea indecșilor și a altor parametri de pe contoarele mecanice montate în rețeaua de distribuție a apei potabile.

2.3 Informații despre beneficiile anticipate de către Autoritatea/entitatea contractantă

La momentul actual, există deja montate în rețea astfel de contoare, ceea ce a dus la diminuarea timpului acordat activității de citire precum și la simplificarea acestei activități.

În urma acestei achiziții va putea reduce și mai mult timpul alocat citirii contoarelor. (...)

3. Descrierea produselor solicitate

Scopul procedurii îl constituie achiziția de module radio pentru telecitirea contoarelor, cu transmisie în banda liberă, pentru echiparea contoarelor de apă rece tip multijet cu mecanism semiuscat, preechipate pentru citire la distanță în sistem inductiv, având aprobare de model ..., achiziționate anterior prezentului caiet de sarcini, a echipamentului de telecitire aferent, precum și a accesoriilor necesare configurării/reconfigurării modulelor. (...)

3.1 Descrierea situației actuale la nivelul Autorității/entității contractante

În momentul de față nu mai există un contract pentru asemenea produse încheiat de (...)

3.4. Produsele solicitate și operațiunile cu titlu accesoriu necesar a fi realizate

3.4.1. Date generale

3.4.1.1. Module radio

Module radio cu transmisie în banda liberă, pentru telecitirea contoarelor de apă, pentru echiparea contoarelor de apă rece tip multijet cu mecanism semiuscat, preechipate pentru citire la distanță în sistem inductiv, având aprobare de model ..., achiziționate anterior prezentului caiet de sarcini. (...)

3.4.2 Parametrii funcționali și tehnici

3.4.2.1. Module radio (...)

- Modulul radio va fi dotat cu sistem de fixare directă pe apometru cu șurub, fără necesitatea efectuării vreunei conexiuni prin conductor electric pentru a asigura comunicația cu totalizatorul apometrului, și va asigura posibilitatea de demontare/ detașare în caz de necesitate;
- Modulul radio al apometrului va fi compatibil cu totalizatorul apometrului; (...)
- Locul de montaj: în cămine de apometru, sau subsoluri tehnice, cu posibilitatea de a lucra în mediu inundat și înghețat;

4. Documentații ce trebuie furnizate Entității contractante în legătură cu produsul

Contractantul va prezenta în cadrul ofertei următoarele documente:

- Declarație de conformitate CEE;
- Fișa tehnică în limba română, ce va conține: parametri tehnici, instrucțiuni de montaj, schema de montaj a producătorului, instrucțiuni privind utilizarea corectă și oricare alte condiții speciale de utilizare;
- Declarațiile de confirmare a Organismelor neutre atestate privind asigurarea la gradul de protecție IP68 a modulului radio;

5. Recepția produselor

La recepția produselor, acestea vor fi însoțite de:

- Certificat de garanție așa cum a fost specificat mai sus;
- Fișa tehnică în limba română, ce va conține: parametri tehnici, instrucțiuni de montaj, schema de montaj a producătorului, instrucțiuni privind utilizarea corectă precum și oricare alte condiții speciale de utilizare ale fiecărui produs;

- *Declarație de conformitate pentru fiecare produs sau lot de produse livrat.*”

Solicitarea contestatorului de eliminare a codului ...nu este întemeiată din următoarele considerente:

Contoarele de apă rece cu acest cod sunt, în prezent, în dotarea entității contractante, așa cum rezultă din documentele transmise de entitatea contractantă cu adresa nr. ..., aparate produse de ..., așa cum rezultă din aprobarea de model depusă la dosarul cauzei chiar de către contestator. Chiar dacă furnizorul acestor apometre ar fi ..., menționarea acestui cod nu restricționează participarea la procedură, deoarece obiectul contractului este modul radio cu telecitire contoare, nu contoarele cu acest cod, acestea trebuind să fie compatibile cu contoarele existente. Entitatea contractantă nu poate să schimbe contoarele pe care le deține, astfel că pentru citirea de la distanță a acestora, a procedat la achiziționarea de module de telecitire compatibile pentru acestea.

Chiar contestatorul precizează în contestație faptul că *„cerințele sunt precise, nu se limitează posibilitatea unui număr destul de mare de operatori economici de a participa, lăsând loc pentru o gamă largă de produse pe care le pot avea în vedere operatorii economici, chiar și în situația în care s-a specificat că există un tip de apometru identificat după un cod unic care trebuie să fie compatibil cu modulul de citire. În acest caz operatorii economici se pot angaja într-o atare situație și pot să respecte cerințele stricte ale autorității contractante”*.

Solicitarea contestatorului de introducere a mențiunii „sau echivalent” nu este aplicabilă în acest caz, deoarece, așa cum precizează și entitatea contractantă în punctul său de vedere, ...nu este o marcă de fabrică sau comerț, nici un brevet de invenție, nici licență de fabricație, ci este o aprobare de model care nu are echivalent.

Așa cum afirmă și entitatea contractantă, în caietul de sarcini nu a fost indicată marca pentru produsele ce urmează a fi achiziționate, ...fiind aprobarea de model a contoarelor ce trebuie echipate cu module radio pentru a putea fi citite la distanță cu echipamentul aferent.

Entitatea contractantă a prevăzut în caietul de sarcini faptul că acceptă produse ce asigură un nivel calitativ superior cerințelor minimale din caietul de sarcini, astfel încât, solicitarea contestatoarei de a adăuga la cerința în discuție și faptul că *„oferta prezentată care se abate de la prevederile caietului de sarcini va fi luată în considerare, doar în măsura în care propunerea tehnică presupune asigurarea unui nivel calitativ superior cerințelor minimale din caietul de sarcini*, este redundantă.

Consiliul va reține ca relevante în soluționarea contestației și argumentele entității contractante exprimate în punctul său de vedere, respectiv:

„Subliniem faptul că, autoritatea contractantă are montate în rețeaua pe care operează contoare de apă (apometre) cu această aprobare de model care necesită a fi echipate cu modulele ce fac obiectul acestei proceduri de achiziție, și nu poate folosi un tip de module incompatibile cu actualele apometre pe care le are în exploatare. Aceste apometre au

fost achiziționate în urma procedurilor de achiziții, începând cu anul 2011, iar echiparea lor cu module radio a început în anul 2015, achiziționate prin procedura de licitație deschisă.”

În consecință, Consiliul consideră neîntemeiată critica autoarei contestației, deoarece precizarea de către autoritatea contractantă a acestui cod (...), reprezintă în fapt descrierea apometrelor ce vor fi echipate cu modulele radio, justificând astfel nevoia acesteia de a achiziționa module radio compatibile cu apometrele ce au acest cod și se află în exploatarea sa.

Eliminarea cerinței privind codul apometrelor, respectiv acceptarea ca ofertanții să poată depune oferte în orice situații doresc, ar putea conduce la situația în care entitatea contractantă ar fi nevoită să achiziționeze module radio care nu sunt compatibile cu apometrele sale, deci la nesatisfacerea nevoii acesteia de a achiziționa aceste module.

Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. Acestea 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 autorității contractante, așa cum prevede art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016.

Așadar, în mod evident, conținutul caietului de sarcini este alcătuit, în mod exclusiv, din informații de ordin tehnic, aferente produselor care urmează a fi achiziționate și care corespund, în mod exclusiv, necesității autorității contractante. Raționamentul în cauză este susținut, spre exemplu, inclusiv de dispozițiile art. 166 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, potrivit căreia *„specificatiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:*

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale”, care trebuie să fie precis descrise încât să permită ofertanților să depună o ofertă care să acopere nevoile entității contractante, iar aceasta să atribuie contractul respectiv.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016, specificațiile tehnice reprezintă *„cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității entității contractante”,* iar potrivit art. 165 alin. (1) din același act normativ *„Specificatiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției”.*

Aceste prevederi legale dovedesc faptul că entitatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, deci să aprecieze relevanța unei specificații tehnice sau avantajele impunerii anumitor specificații, în speță, având incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, conform căruia entitatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor.

Consiliul apreciază că necesitatea sau oportunitatea achiziționării de anumite produse precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 2 și art. 3 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016].

Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea acestui cod, în sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 165 și art. 166 din Legea nr. 99/2016. Prin acceptarea de produse cu alte caracteristici există riscul de a fi afectat sistemul de contorizare. Nu există nicio prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora.

Legislația în vigoare privind achizițiile publice a prevăzut posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea subcontractanți în vederea participării la procedurile de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea sau nu dispun de mijloacele necesare îndeplinirii contractului.

La dosarul cauzei, contestatoarea nu a depus nicio dovadă din care să rezulte limitarea concurenței prin impunerea acestei cerințe.

Potrivit dispozițiilor art. 249 Cpc *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”,* această regulă fiind exprimată și prin adagiul *„actori incubit onus probandi”* (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Având în vedere aspectele mai sus reținute, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a restricționat participarea operatorilor economici la procedură prin menționarea codului, Consiliul stabilind că obiecțiile contestatorului, referitoare la eliminarea codului de model, nu sunt întemeiate și, pe cale de consecință, urmează a dispune menținerea în documentația de atribuire a cerinței în discuție.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă a transmis codul de identificare al produsului fără a furniza toate detaliile necesare pentru a se putea verifica compatibilitatea, Consiliul o apreciază ca fiind o simplă afirmație, nesusținută de probe și argumente concrete.

În continuare, Consiliul procedează la analiza solicitării contestatorului de eliminare a cerinței *„compatibilitatea va fi dovedită prin declarația firmei producătoare a contorului de apă”,* pe care o consideră întemeiată, din următoarele considerente:

Potrivit art. 165 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016:

„(1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției. (...)

(6) 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.”

În speță, la pag. 3-4 din caietul de sarcini, entitatea contractantă a stabilit specificațiile tehnice pentru modulul ce se dorește a fi achiziționat.

Rezultă, astfel, că aceste specificații tehnice, menționate în caietul de sarcini, sunt cele care definesc produsul necesar entității contractante.

Având în vedere faptul că entitatea contractantă a solicitat prin caietul de sarcini prezentarea fișei tehnice a produsului, Consiliul consideră că nu mai este utilă această cerință (declarația de la producător), deoarece compatibilitatea poate fi demonstrată prin acest document. Însăși entitatea contractantă precizează în punctul său de vedere faptul că *„există fișa tehnică a modulului din care se poate observa dacă modulul corespunde cerințelor sau nu din caietul de sarcini”*.

Raportat la aceste dispoziții legale, la dificultățile în obținerea unei declarații din partea producătorului apometrelor, deținute de entitate, care poate participa la procedură, Consiliul stabilește că cerința prezentării declarației, de către participanți, pentru produsele ofertate, emisă de producător, îngreuează accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor antemenționate întrucât:

- limitează posibilitatea ofertanților de a demonstra îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini și prin alte mijloace echivalente;
- scopul vizat de autoritate se poate obține și prin prezentarea unor documente, cum ar fi fișa tehnică a produsului.

Consiliul nu se aliniază la opinia entității contractante, argumentată pe compatibilitatea produselor ce urmează a fi furnizate, menționată în cadrul punctului de vedere formulat, întrucât compatibilitatea este oricum asigurată de ofertantul câștigător după punerea în funcțiune a sistemului de telecitire, neavând relevanță dacă produsele furnizate au sau nu declarație de compatibilitate de la un terț (producător), posibil ofertant. În situația în care sistemul de telecitire nu va funcționa, ofertantul va răspunde conform clauzelor contractuale.

Astfel fiind, Consiliul observă că entitatea contractantă nu a invocat niciun motiv pertinent pe care să se sprijine decizia sa de a accepta la procedura de atribuire doar ofertele care au declarație de la producător.

În atare context, cerința se vădește a fi discreționară și nelegală, aducând atingere prevederilor legale, potrivit cărora specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

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

Analizând cerința din cadrul cap. 3.4.2 Parametri funcționali și tehnici din caietul de sarcini, raportat la obiectul prezentului contract de achiziție publică, astfel cum a fost aceasta formulată de către entitatea

contractantă, Consiliul constată că entitatea contractantă a impus ofertanților prezentarea unei declarații de la producătorul apometrelor (echipament care nu face obiectul prezentei achiziții). În acest fel se restricționează participarea în cadrul procedurii de atribuire a unor categorii de operatori economici care își desfășoară activitatea în mod legal și care pot îndeplini în bune condiții necesitatea autorității contractante.

Prin această cerință, entitatea contractantă a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, existând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură.

Consiliul consideră că entitatea contractantă nu a ținut seama de scopul legislației privind achizițiile publice și anume acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Consiliul consideră că modul în care entitatea contractantă a definit cerința, prin raportare la producătorul apometrelor, este de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 99/2016.

Luând în considerare aceste dispoziții legale, susținerile petentei și justificările aduse de entitatea contractantă, Consiliul apreciază că respectiva condiționare privind declarația de la producător este nelegală. Furnizarea produselor licitate nu depinde în mod necesar de existența unei declarații de la producător. Nu se poate afirma că operatorii economici care nu au această declarație, dar prezintă o fișă tehnică a produsului, care confirmă respectarea specificațiilor tehnice, stabilite pentru produsul în discuție, nu au potențialul și capacitatea necesare de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Stabilind compatibilitatea doar prin analiza fișei tehnice, entitatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, Consiliul apreciază că entitatea contractantă, pentru a proceda în mod legal, trebuie să stabilească compatibilitatea pe baza fișei tehnice.

Pe de altă parte, entitatea contractantă are posibilitatea ca, în evaluarea propunerilor tehnice, să desemneze un expert cooptat, potrivit art. 132 alin. (3) din HG nr. 394/2016, pentru o analiză riguroasă a ofertelor.

În considerarea celor menționate, Consiliul stabilește că obiecțiile contestatorului referitoare la cerința privind prezentarea declarației de

compatibilitate pentru produsele oferite sunt întemeiate și, pe cale de consecință, urmează a dispune eliminarea din documentația de atribuire a acestei cerințe.

Prin urmare, în raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă.

Va obliga entitatea contractantă, ca, în termen de 15 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticii admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

Pentru considerentele expuse în motivare, Consiliul va respinge cealaltă critică a contestatoarei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă.

Obligă entitatea contractantă, ca, în termen de 15 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticii admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

Pentru considerentele expuse în motivare, Consiliul respinge cealaltă critică a contestatoarei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.