



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 SC SRL, cu sediul în,, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare de „consumabile pentru imprimante, copiatoare, faxuri și echipamente multifuncționale”, cod CPV 30125100-2, cu data limită de depunere a ofertelor 08.12....., organizată de SA, cu sediul în,, județul, CUI ..., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/....., să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia entității contractante de respingere a ofertei sale, pentru motivul că a propus și produse echivalente, nu doar originale (OEM), în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Învederează că a ofertat atât cartușe echivalente, cât și originale, deoarece era permis prin caietul de sarcini. Achizitoarea nu a ținut seama de propriul caiet de sarcini, alegând ulterior să nu accepte produsele echivalente. În urma notificării prealabile, a argumentat că nu adoptă măsuri de remediere, deoarece i-ar dezavantaja pe ceilalți ofertanți, care au propus doar cartușe

originale, argument pe care reclamanta îl apreciază irelevant, în condițiile în care și ei aveau posibilitatea să aleagă dacă ofertează doar produse originale OEM sau și echivalente.

Deoarece achiziția a permis, prin caietul de sarcini, ofertarea de produse echivalente, sub condiția preluării garanției echipamentelor, contestatoarea a declarat, în propunerea tehnică, că preia garanția echipamentelor pe care vor fi utilizate cartușele echivalente.

Este ilegal ca, în perioada de evaluare a ofertelor, să decizi că nu mai aplici anumite prevederi din caietul de sarcini și să descalifici un participant care și-a întocmit corect oferta.

În punctul său de vedere nr. 398/11.01.2017 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 1143/11.01.2017, entitatea contractantă, prin sucursala sa din ..., susține în apărare că, în urma evaluării propunerilor tehnice, de către comisia de evaluare, s-a procedat la descalificarea celei depuse de către SRL.

Caietul de sarcini prevede: „Produse originale cartușe toner, cartușe cu cerneală riboane - acestea vor fi originale «Original Equipment Manufacturer - OEM»”, inclusiv codurile de consumabile originale. Paragraful invocat de SC SRL vizează situația în care toate propunerile tehnice primite ar fi compuse atât din cartușe originale, cât și din cartușe compatibile. În speță, ceilalți ofertanți au propus doar consumabile OEM, iar acceptarea ofertei SC SRL ar duce la dezavantajarea ofertelor celorlalți.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la, entitatea contractantă SA (fostă) a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de diverse consumabile (39 de tipuri) pentru imprimante, copiatoare, faxuri și echipamente multifuncționale, estimate valoric la 69.203 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la, alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și SC SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca neconformă, întrucât cuprinde nu doar produse originale (OEM), ci și echivalente. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/..... – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/ – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT,

C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că, în cele trei pagini ale caietului de sarcini, entitatea a precizat, între altele:

Se solicită:

A. Produse originale cartușe toner, cartușe cu cerneală și riboane - acestea vor fi originale "Original Equipment Manufacturer - OEM"

1. Cerințe tehnice generale: [...]

*Furnizorii aparatelor au condiționat asigurarea garanției echipamentelor de utilizarea de consumabile OEM. **In cazul ofertării de consumabile care nu sunt OEM (fapt ce duce la pierderea garanției echipamentelor) ofertantul se obligă să preia garanția echipamentului pe toată durata garanției.** In această perioadă ofertantul se obligă să achite contravaloarea service-lui, manopera și piesele de schimb, pentru repararea echipamentelor din dotarea autorității contractante și la plata de daune-interese, dacă se constată că acestea s-au defectat datorită nerespectării caracteristicilor tehnice și de calitate ale consumabilelor. Aceste prevederi vor fi introduse în contractul de achiziție publică. In cazul în care echipamentul nu mai poate fi reparat, va fi înlocuit de furnizorul consumabilului echivalent pe cheltuială proprie, cu un echipament identic sau cu caracteristici similare.*

[...]

2. Cerințe tehnice:

Produsele livrate vor avea o perioadă de garanție de minim 12 luni din momentul livrării. Se solicita o declarație din partea ofertantului în care se menționează ca toate produsele oferite sunt OEM.

Din modalitatea de redactare a pasajelor reproduse rezultă că autoritatea acceptă ofertarea atât a cartușelor OEM, cât și a celor echivalente, în acest din ultim caz condiționând admisibilitatea ofertei de preluarea garanției echipamentelor de către ofertant.

Din nicio clauză a caietului nu se desprinde concluzia că operatorii economici nu au dreptul de a oferta consumabile echivalente, ci dimpotrivă. Prin prisma caietului redactat de entitatea beneficiară, ofertarea acestora nu este sancționată cu respingerea ofertei ca neconformă, cum s-a întâmplat cu oferta

SC SRL. Totodată, caietul nu cuprinde nicio circumstanțiere după cum toți ofertanții propun doar consumabile OEM sau și echivalente, astfel cum susține SA, prin sucursala

Pe de altă parte, raționamentul societății achizitoare este nu doar incompatibil cu actualele specificații ale caietului pe care ea însăși l-a redactat, ci și inadmisibil, întrucât conformitatea sau neconformitatea unei oferte nu poate depinde de produsele pe care le ofertează ceilalți operatori economici. Altfel spus, oferta SC SRL nu poate fi declarată neconformă din cauză că firmele concurente participante au ofertat doar consumabile OEM.

Ține de domeniul evidenței că entitatea achizitoare nu își poate întemeia decizia de respingere a unei oferte ca neconformă tehnic pe neîndeplinirea unei cerințe/condiții care nu a fost stipulată în caietul de sarcini. În baza art. 133 alin. (1) lit. f), art. 139 alin. (2) și art. 143 alin. (3) lit. a) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/.....:

- propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime *prevăzute în caietul de sarcini*;

- oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător *cerințele caietului de sarcini*;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund prevederilor *din caietul de sarcini*.

Așadar, autoritatea nu poate respinge o ofertă pe temeiul neîndeplinirii unei condiții care nu este scrisă în caietul de sarcini și care nici nu se putea deduce în mod rezonabil din clauzele acestuia. După cum s-a demonstrat mai sus, condiția ca toți ofertanții să propună același tip de produse – OEM, echivalent sau OEM și echivalent – nu figurează în caiet și nici nu putea fi intuită din exprimarea autorului caietului. Din contră, în caiet este specificată limpede posibilitatea ofertării și de consumabile echivalente, indiferent de ceea ce ofertează alți furnizori participanți. Redactarea caietului de sarcini intră în răspunderea și ține de culpa exclusivă a autorității, nu a ofertanților chemați să se conformeze acestuia.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele tehnice din caiet, nu la altele (chiar dacă ele corespund voinței interne neexprimate a autorității beneficiare).

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele

prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

Deosebit de relevant este raționamentul Curții de Justiție a Uniunii Europene din Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, cauza C-6/05, pct. 54).

*Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18 nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale tratatului, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.***

SC SRL a depus o propunere tehnică în care, dintre cele 39 de tipuri de consumabile, 13 sunt „echivalente 100%”. La pag. 3 și 4 din propunere, a menționat expres: „Pentru aparatele pentru care consumabilele oferite sunt echivalente, vom prelua garanția echipamentului pe toată durata garanției. În acest sens, vom asigura service și piese de schimb, precum și daune-interese dacă se constată că acestea s-au defectat datorită nerespectării caracteristicilor tehnice și de calitate ale consumabilelor. În cazul în care echipamentul nu mai poate fi reparat, va fi înlocuit de furnizorul consumabilului echivalent pe cheltuiala proprie, cu un echipament identic sau cu caracteristici similare.” Așadar, condiția multiplă impusă de autoritate în situația ofertării de consumabile non-OEM/compatibile a fost îndeplinită de propunerea tehnică a contestatoarei.

În considerarea celor înfățișate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a respins oferta SC SRL sub aspectul dezbătut mai sus, situație de natură să atragă infirmarea rezultatului procedurii de atribuire. În baza art. 26 alin. (2) din

Legea nr. 101/....., Consiliul va admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu SA, va anula raportul procedurii nr. 14472/14.12..... și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să le comunice noul rezultat al procedurii de atribuire, conform Legii nr. 99/..... și normelor de aplicare.

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

Admite contestația SC SRL nr./....., în contradictoriu cu SA, și anulează raportul procedurii nr. 14472/ 14.12....., precum și adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă entitatea la reevaluarea ofertei SC SRL, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.