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. 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6189/19.02.2019, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal de ... – administrator și convențional de avocat ..., având sediul profesional în ..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Fitinguri din polietilenă”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și:

- în principal, obligarea entității contractante să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității:

a) prin eliminarea din documentația de atribuire - caiet de sarcini, a următoarelor condiții impuse în cadrul specificațiilor tehnice, respectiv:

„La fitingurile de electrofuziune spira de sudură trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60% pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranța fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii). Producătorul trebuie sa emită documentație oficiala care sa ateste acest lucru.

Mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcția de preîncălzire, necesară rerotunjirii țevii în cazul în care acesta este oval.”

Sau

b) prin modificarea și/sau completarea caietului de sarcini, astfel încât entitatea contractantă să permită operatorilor economici să demonstreze echivalența și conformitatea pieselor ofertate prin orice mijloc de probă, în condițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, astfel încât, documentația de atribuire să respecte principiul tratamentului egal și cel al nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) și de art. 62 din Legea nr. 99/2016, și să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire, fără obstacole nejustificate, și să asigure o concurență efectivă între operatorii economici, conform art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

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. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică caracterul nelegal al documentației de atribuire (caietul de sarcini), respectiv specificațiile tehnice ale produselor: „*La fitingurile de electrofuziune spira de sudură trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de min. 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60% pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranță fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii). Producătorul trebuie să emită documentație oficială care să ateste acest lucru.

*Mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcția de preîncălzire, necesară rerotunjirii țevii în cazul în care acesta este oval”.

Contestatoarea apreciază că, prin specificațiile tehnice indicate și contestate, entitatea contractantă încalcă principiul nediscriminării și al tratamentului egal, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b), art. 3 alin. (1) lit. rr), art. 62 și art. 165 alin. ((3) din Legea nr. 99/2016.

I. Referitor la specificația tehnica vizând caracteristicile spirei de sudură a fitingurilor de electrofuziune, contestatoarea precizează următoarele:

- condiția referitoare la fitingurile de electrofuziune, a căror spiră trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60%, pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranța, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii), poate fi îndeplinită de un singur producător, respectiv ..., având ca distribuitor ... SRL;

- potrivit opiniei de specialitate (Raport de examinare - Conf. Dr. Ing. ...) „specificația privind ieșirea în relief cu minim 30% a spirei, reprezintă un factor negativ, deoarece acesta poate fi "ciupit" sau

distrus prin introducerea unei conducte care prezintă ovalitate”. De asemenea, se menționează că „în timp, din cauza coeficienților de contracție în funcție de valoarea cu care firul iese în relief acesta se poate desprinde, devenind inutilizabil”, precum și că mufa ... (singura care îndeplinește specificația de mai sus respectiv spira liberă în proporție de 30% și încastrată 60%) „trebuie să aibă o cantitate de material de fuziune suplimentar, pentru a compensa diferența de volum dintre piesă și țeavă, datorată ieșirii în relief a firului metalic”;

- standardul de produs, în ceea ce privește fitingurile despre care se face vorbire în caietul de sarcini, nu prevede ca spira de sudură să fi expusă în proporție de 30% și încastrată în materialul fitingului în proporție mai mare de 60%, deoarece transferul optim de căldură și sudura în siguranță sunt realizate în condițiile prezentate de agrementul tehnic avizat;

- furnizorul menționat mai sus a fost favorizat de această specificație tehnică prevăzută și în alte caiete de sarcini, respectiv, procedura de atribuire organizată de ... și cea organizată de ..., în cadrul cărora, aceeași specificație tehnică, vizând spira liberă în proporție de 30% și încastrată 60%, a dus la înlăturarea tuturor contra ofertanților, deoarece nu îndeplineau cerința. Așadar, din multitudinea operatorilor economici care operează pe piața produselor folosite în instalațiile de apă, doar un singur furnizor poate oferta produse cu caracteristicile constructive stricte impuse de entitatea contractantă, limitându-se accesul celorlalți agenți economici la procedură și înlăturându-se, în această modalitate, concurența efectivă între aceștia.

- entitatea contractantă inserează noțiunea de "transfer optim de căldură", fără să expliciteze ce înseamnă aceasta, specificația fiind neclară și nemăsurabilă, nefiind indicată nicio limită tehnică, obiectivă.

În cuprinsul opiniei de specialitate (Raport de examinare - Conf. Dr. Ing. ...), referitor la "transferul optim de căldură", se arată că acest fapt nu se întâlnește în literatura de specialitate, neîntâlnindu-se o temperatură exactă de sudare, acest lucru fiind evident influențat de factorii de mediu (temperatura și umiditatea mediului de lucru), adică neputând discuta de o temperatură optimă, această noțiune nefiind menționată nici în norme tehnice, fiind o specificație contrară dispozițiilor art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 lit. rr);

- specificația care impune ca „Producătorul să emită documentația oficială care să ateste realizarea sudurii în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii)”, deoarece la nivel european nu există niciun organism autorizat care sa ateste că o gamă are sau nu nevoie de cleme de sudură. Aceasta cerința poate fi îndeplinită exclusiv printr-o declarație pe proprie răspundere a producătorului, nefiind în niciun caz un argument de natura tehnică.

Specificația este de natură a limita ofertarea și a favoriza un ofertant.

Caracteristicile tehnice relevante în speța sunt cele descrise în normele europene EN1555 și EN 12201, specificațiile constructive și dimensionale ale mufelor de electrofuziune comercializate de SC ... SRL fiind conforme cu standardul european.

II. Referitor la specificația tehnică potrivit căreia mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcția de preîncălzire necesară rotunjirii țevii, în cazul în care acesta este oval, contestatoarea arată că:

- constituie un obstacol nejustificat, de natură a limita accesul egal al operatorilor economici la procedura de atribuire și de înlăturare a concurenței intre agenții economici, reprezentând o încălcare a dispozițiilor art. 165 alin. (6) din Legea nr.99/2016;

- specificațiile constructive și dimensionale ale mufelor de electrofuziune comercializate de SC ... SRL sunt conforme cu standardul european SR-EN 12201-3. Toate mufele de electrofuziune sunt prevăzute cu sistem de ranforsare cu strângere activă pe țeavă (tip țeavă în țeavă), pentru a putea fi instalate, fără alte dispozitive auxiliare de strângere a mufei (cum ar fi: chingi de strângere, platbande metalice, perne de presiune, etc), se sudează la o tensiune de 40V, au implementat sistemul de compensare a energiei de sudură, în funcție de temperatura ambiantă, conțin doi indicatori de sudură (martori de sudură) cu deplasare limitată, câte unul pentru fiecare capăt incluși în corpul mufei în apropierea terminalelor de conectare. Conectorii au o construcție a terminalelor de conectare care să nu permită contactul direct aflat sub tensiune pe perioada procesului de sudură. Toate mufele de electrofuziune sunt proiectate astfel încât sudura completă să poată fi realizată într-o singură secvență de sudură, care include și funcția de preîncălzire, îndeplinind cerința privind rerotunjirea țevii, în cazul în care aceasta este ovală.

Potrivit opiniei specializate emise de conf. Dr. Ing ..., „Față de observația legată de preîncălzirea țevilor de diametre mari preîncălzirea în vederea rerotunjirii țevilor este inutilă deoarece odată țeava introdusă în mufă nu mai e necesară rerotunjirea acesteia, ea fiind deja introdusa în mufă”.

Nu în ultimul rând, contestatoarea apreciază că, prin impunerea specificațiilor tehnice contestate, entitatea contractantă încalcă și dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, scopul legii constituindu-l asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

În drept, SC ... SRL invocă dispozițiile legale invocate în cuprinsul contestației.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. B1562/22.02.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 6854/22.02.2019, entitatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, pentru următoarele motive:

1. Specificațiile tehnice solicitate în caietul de sarcini au fost stabilite în conformitate cu prevederile art. 165 alin. (1) și (2) și art. 166 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, având în vedere îndelungata activitate în execuția lucrărilor în care se utilizează acest tip de produse, cu rezultate foarte bune. Oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice necesare pentru acestea, sunt stabilite de fiecare entitate contractantă în parte și un operator economic nu-i poate impune acesteia specificațiile tehnice pentru produsele pe care aceasta urmează să le achiziționeze.

2. La specificațiile tehnice solicitate în caietul de sarcini, respectiv:

• *la fitingurile de electrofuziune spira de sudură trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60%, pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii). Producătorul trebuie sa emită documentație oficială care să ateste acest lucru;*

• *mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare trebuie să aibă funcția de preîncălzire, necesară rerotunjirii țevii în cazul în care aceasta este oval,*

s-a respectat întru totul principiul nediscriminării și al tratamentului egal, aducându-se la cunoștința tuturor operatorilor economici toate informațiile necesare întocmirii ofertelor și s-a stabilit, în mod nediscriminatoriu, criteriile pentru încheierea acordului-cadru, astfel încât orice furnizor de produse să aibă șanse egale și competitive.

3. Este falsă susținerea contestatoarei referitoare la faptul că specificațiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini pot fi îndeplinite de un singur producător, deoarece pe piață există cel puțin 5 producători care îndeplinesc aceste cerințe.

4. "Raportul de examinare" la care se referă contestatoarea, făcând diferite aprecieri asupra produselor care îndeplinesc cerințele tehnice solicitate, reprezintă doar o opinie a unei persoane private care nu poate fi luata în considerare, acest mod de demonstrație fiind total lipsit de profesionalism și absolut irelevant pentru punerea în evidență a calității unor produse.

Testele complete se execută de către laboratoare autorizate și certificate, iar din documentația trimisă nu rezultă în niciun fel că raportul este emis de un astfel de laborator.

Din respectivul raport rezultă că s-a executat sudura a două mufe de electrofuziune cu DN 25mm, de la doi producători diferiți, după care s-au făcut diferite observații vizuale asupra sudurilor realizate și s-au emis aprecieri care duc la concluzia că diferența dintre cele două mufe este relativ mică amândouă îndeplinind condițiile fundamentale de sudare.

5. Referitor la susținerea contestatoarei, precum că standardul de produs, în ceea ce privește fitingurile, nu prevede ca spira de sudură să fie expusă în proporție de 30% și încastrată în materialul fitingului în

proporție mai mare de 60%, deoarece transferul optim de căldură și sudura sunt realizate în condițiile prezentate de agrementul tehnic avizat, în caietul de sarcini nu s-a făcut nicio referire la standarde, norme etc., astfel încât trimiterea la prevederi din standard nu are nicio relevanță.

6. În ceea ce privește neexplicitarea noțiunii de "transfer optim de căldură", inserată în caietul de sarcini, electrofuziunea este un proces de sudare a țevilor din polietilenă cu fitinguri electrosudabile care constă în încălzirea spirei metalice, incorporate în suprafața interioară a fitingului, având ca efect topirea stratului superficial de polietilenă a țevilor și realizarea sudurii. Având rezistența descoperită, se asigură un transfer termic optim, adâncime mare de inserție, zone de sudură late, plus zone reci la capete și în mijloc, pentru a preveni curgerea materialului topit, permițând sudarea fără dispozitive de menținere a țevii în fiting.

Avantajele sudurii cu fitinguri cu spira expusă în afara materialului fitingului sunt evidente întrucât topirea suprafețelor de contact se face simultan, astfel topirea se realizează 100% între suprafețele topite. Sudura realizată în acest mod este superioară celei realizate de piesele cu spira incorporată în materialul fitingului, situație în care spira topește materialul fitingului mai mult decât materialul țevii.

În cazul pieselor de electrofuziune cu spiră expusă, dispersia energiei (transferul termic) se propagă în același timp, atât în fiting cât și în țeavă, în comparație cu piesele cu spira incorporată unde dispersia energiei se face inițial în fiting și ulterior în țeavă.

7. În caietul de sarcini, referitor la solicitarea ca „Producătorul trebuie să emită documentație oficială care să ateste realizarea sudurii în condiții de siguranța, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii)”, nu s-a făcut nicio referire la documentație emisă de vreun organism autorizat. Cerința din caietul de sarcini a făcut trimitere la documentație emisă de producător, care, prin acea documentație, își asuma responsabilitățile ce decurg din procedeul de sudare, fără utilizarea dispozitivelor de fixare. S-a urmărit în mod expres ca documentația să fie emisă de producător, nu de furnizor (distribuitor), care nu are nicio competență în privința specificațiilor tehnice și ale procedeelor de sudură pentru produsele ofertate.

8. Privitor la susținerile referitoare la cerința „Mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcția de preîncălzire, necesară rerotunjirii țevii în cazul în care aceasta este ovală”, nu se înțelege ce se contestă, din moment ce ofertantul susține că și produsele sale îndeplinesc cerințele caietului de sarcini.

Se constată o confuzie creată de contestatoare referitor la funcția de preîncălzire, deoarece, chiar dacă țeava ovalizată este introdusă în mufă, asta nu înseamnă că nu mai este nevoie de rerotunjirea țevii. Datorita ovalizării pe două parți, țeava va fi lipită de pereții mufei, iar la un unghi de 90°, pe celelalte generatoare se va crea o fantă, care, dacă nu ar fi funcția de preîncălzire cu efectul de rerotunjire al țevii, ar

rămâne un gol între țeavă și pereții mufei, iar, în aceste condiții, sudura nu s-ar realiza uniform pe toata circumferința țevii, nefiind realizată etanșarea, iar sudura ar fi compromisă.

În probațiune, autoritatea contractantă depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 1032/28.02.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 7671/28.02.2019, entitatea contractantă transmite completări la punctul de vedere transmis prin adresa nr. B1562/22.02.2019, precizând următorii producători de fitinguri electrosudabile care îndeplinesc cerințele caietului de sarcini, respectiv:

„- La fitingurile de electrofuziune spiră de sudură trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60%, pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii). Producătorul trebuie să emită documentație oficiala care sa ateste acest lucru;

- Mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcția de preîncălzire, necesară rerotunjirii țevii în cazul în care aceasta este oval;

- Fitingurile de electrofuziune trebuie să se poată suda, în condiții de siguranță, la temperatura ambientală cuprinsă între -20^{0}C până la +40^{0}C. Producătorul trebuie să emită documentație oficială care să ateste acest lucru;”

sunt:

1. ... GmbH ... GmbH

...

2. ...

...

3. ...

...

5. ...

...

...

6. ...

...

De asemenea, menționează entitatea contractantă, pe piață, există cel puțin 5 producători care îndeplinesc aceste cerințe.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 7717/01.03.2019, SC ... SRL transmite răspuns la punctul de vedere ala entității contractante, precizând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele:

1. În ceea ce privește punctul 1, petenta susține că cerințele criticate sunt arbitrare, fără a aduce un avantaj concret și măsurabil la instalare sau în timpul exploatării, standardele europene în vigoare (EN1555 și EN12201), la care face referire caietul de sarcini, care stabilesc foarte clar criteriile de performanță pe care trebuie să le

îndeplinească aceste fitinguri de electrofuziune, ar trebui să fie singurul criteriu tehnic de departajare între operatorii economici.

2. Privitor punctul 2, referitor la inserarea cerințelor care vizează structura fitingurilor de tipul spiră 30% neacoperită și 60% acoperită, contestatoarea adaugă faptul că:

- nu reprezintă o specificație tehnică, ci doar o descriere a produsului unui anumit producător, având singurul scop de a opri participarea concurentei la licitație și, în cazul în care operatorii concurenți vor participa, să se asigure că există în mod cert o condiție pe care să nu o poată îndeplini și care să justifice excluderea acestora;

- nu există niciun studiu tehnic sau normă europeană care să susțină că rezistența de încălzire semiîngropată și expusă oferă vreun avantaj tehnic în momentul sudurii sau după;

- prin această specificație sunt excluși de la procedură liderii de piață și de calitate în țări precum Germania, Austria, Elveția, Italia, Spania, Franța, Marea Britanie, Suedia sau Danemarca și anume firmele: ..., ..., ..., ..., ..., precum și mulți alți producători de dimensiuni mai mici.

3. Cu privire la punctul 3, contestatoarea arată că:

- este nereală susținerea că, pe piața de profil există cel puțin 5 producători cu specificații similare, entitatea contractantă neputând să numească cei 5 producători de fitinguri prezenți în România, în afara de ..., care au produse cu spira îngropată 60% și liberă 30%;

- entitatea contractantă creează un ansamblu de 3 cerințe care trebuiesc cumulate. Acestea, luate în ansamblu (spiră expus 30% și îngropată 60%, declarația pe proprie răspundere ca nu e nevoie de dispozitive de rigidizare și existența funcției de preîncălzire), au ca rezultat limitarea participanților la un singur furnizor capabil să îndeplinească simultan cele 3 condiții.

- în acest context fiind situația creată după ce alte autorități contractante au inclus în caietele de sarcini condiții identice: licitația organizată de ..., de ..., ...

4. Referitor la punctul 4, contestatoarea apreciază că afirmațiile vizând raportul de examinare, acuza de lipsă de profesionalism adusă la adresa un cadru universitar de bază, cu ani de experiență, sunt, în cel mai bun caz, un mod superficial de a trata obiectul cauzei.

5. Cu privire la punctul 5, SC ... SRL învederează că, deși entitatea contractantă susține că nu s-a făcut nicio referire la standarde, norme etc., la pag. 21 din caietul de sarcini se face referire la standardele europene în vigoare, respectiv (EEN1555 și EN12201), care stabilesc foarte clar criteriile de performanță pe care trebuie să le îndeplinească aceste fitinguri de electrofuziune și care ar trebui să fie singurul criteriu tehnic de departajare între furnizori.

6. Privitor la punctul 6, în opinia contestatoarei, susținerea entității contractante potrivit căreia, în cazul fitingurilor cu spiră acoperită 100%, spira topește materialul fitingului mai mult decât materialul țevii, este complet falsă, aceasta neindicând în baza căror

studii sau teste afirmă că fitingurile ... sau a celorlalți producători de fitinguri cu spiră acoperita de PE topește mai mult materialul fitingului și mai puțin materialul țevii. Toate testele de standard și experiența acumulată arată că cele două, țeava și fitingul, se topesc simultan.

7. În ceea ce privește punctul 7, petenta precizează că, ceea ce a criticat a fost tocmai lipsa de obiectivitate a acestei cerințe inserate în caietul de sarcini, aceasta putând fi îndeplinită exclusiv printr-o declarație pe proprie răspundere a producătorului, nefiind în niciun caz un argument de natură tehnică, fiind astfel încălcate dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 lit. rr), care definesc specificația tehnică.

8. Referitor la punctul 8, petenta arată că:

- își menține criticile formulate în cuprinsul contestației noastre și face trimitere la observațiile d-lui conf. univ. ... consemnate în raportul de examinare anexat contestației;

- entitatea contractantă a creat în cuprinsul caietului de sarcini un ansamblu de 3 cerințe care trebuie îndeplinite simultan de către operatorul economic ofertant, respectiv: - spira expusă 30% și îngropată 60%, - declarația pe proprie răspundere că nu e nevoie de dispozitive de fixare/rigidizare și - existența funcției de preîncălzire, ce reprezintă în fapt descrierea produselor unui anumit producător care, pentru a-și vinde produsele într-o piață liberă, propune tot felul de ipoteze în afara standardelor europene (EN1555 și EN12201) și face afirmații de marketing neverificate și foarte greu de susținut, pentru a elimina concurența;

- menirea acestor cerințe este limitarea participanților la un singur producător capabil să îndeplinească cele 3 condiții cumulativ, așa cum s-a întâmplat în situații similare create după ce alte autorități contractante au inclus în caietele de sarcini condiții identice cu cele criticate: licitația organizată de ..., de ..., ...;

- impunerea acestor cerințe tehnice arbitrare, restrictive, fără avantaje tehnice măsurabile, au unicul scop de a înlătura concurența reală și a avantaja producătorul/distribuitorul producătorului care le poate îndeplini cumulativ iar entitatea contractantă nu va contracta în condiții de eficiență economică ci în condițiile de preț impuse de producătorul favorizat de aceste cerințe, criteriul de atribuire nefiind, în realitate, prețul cel mai scăzut.

SC ... SRL învederează că își menține toate celelalte susțineri din cuprinsul contestației.

În ceea ce privește completarea la punctul de vedere al entității contractante, transmisă pe data de 28.02.2019, contestatoarea apreciază, privitor la punctul 3, în care entitatea contractantă enumeră 6 producători, despre care susține că îndeplinesc cerințele caietului de sarcini, că susținerea este nefondată, deoarece acești producători nu cumulează cele 3 cerințe, respectiv: - spira expusă 30% și îngropată 60%, - declarația pe proprie răspundere că nu e nevoie de dispozitive de fixare/rigidizare și - existența funcției de preîncălzire, astfel:

- producătorii susțin în manualele lor de utilizare că folosirea clemelor este obligatorie, ceea ce exclude îndeplinirea cerinței privind declarația pe proprie răspundere a producătorului că nu sunt necesare dispozitivele de fixare/rigidizare. Pentru susținere, se atașează extrasele relevante din manualele de utilizare și manualele de utilizare complete pentru producătorii ..., ... și ..., producătorul ... nu are manual de utilizare disponibil online dar vinde cleme pentru alinierea fitingurilor, deci, se poate concluziona că recomandă folosirea acestor cleme;

- raportul de 60% îngropat și 30% descoperit pentru spira de sudură nu este menționat nicăieri la acești producători și se poate concluziona că s-ar putea încadra în cerințele tehnice solicitate;

- producătorii menționați recomandă sudura în interval cuprins între -10 gr. și +40 gr. C, astfel încât nu se încadrează în ultima cerință din specificațiile tehnice. În susținerea, se atașează extrasele relevante din cataloagele producătorilor.

Prin adresa nr. B1859/04.03.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 7957/04.03.2019, entitatea contractantă transmite completări la punctele de vedere transmise prin adresele nr. B1562/22.02.2019 și nr. 1032/28.02.2019, ca urmare a adresei transmisă de către contestatoare în data de 28.02.2019, precizând următoarele:

- cerințele criticate de contestatoare sunt în concordanță cu art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016;

- referitor la remarca potrivit căreia contestatoarea are certificate constatatoare pozitive emise de către alți operatori de apă, nu se contestă cele cuprinse în conținutul acestora, ci faptul că și alți operatori de apă s-au orientat către produse cu performanțe tehnice superioare care să deservească diverselor aplicații întâlnite în teren. Ca atare, se atașează raportul procedurii pentru „Tuburi și racorduri din polietilenă”, publicat de către ..., unde oferta tehnică depusă de SC ... SRL a fost declarată neconformă, produsele furnizate de către aceasta fiind considerate a inacceptabile, neîndeplinind condițiile tehnice superioare impuse prin caietul de sarcini. Deși a fost emis un certificat constatator pozitiv în urma îndeplinirii contractului de către SC ... SRL, operatorul de apa ..., prin procedura organizată la data de 22.08.2018, pentru atribuirea contractului de „Fitinguri polietilenă PE 100”, prin caietul de sarcini, au fost solicitate produse cu specificații tehnice superioare;

- și alți operatori de apă nominalizați în cuprinsul contestației (..., ..., ..., ..., ...) sunt orientați să folosească produse de o calitate superioară;

- în derularea activității, s-au utilizat fitinguri cu specificații similare celor impuse de prin caietul de sarcini, în aplicații a căror condiții de execuție au fost grele, rezultatele obținute fiind excelente, calitatea lucrărilor, modul de punere în operă precum și durabilitatea produselor prezentând avantaje evidente, motiv pentru care se consideră oportună achiziționarea unor asemenea fitinguri;

- în decursul activității, s-au folosit produse cu specificații tehnice diferite, astfel că oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și specificațiile tehnice solicitate, sunt absolut întemeiate;

- în ipoteza în care ar fi admisă contestația, ... ar fi obligată să achiziționeze produse care nu satisfac necesitățile sale obiective, conducând la îngreunarea procesului de remediere a avarilor, în derularea intervențiilor specifice activității, cu impact negativ major și care nu ar corespunde obiectivelor sale de a menține o calitate superioară a serviciilor;

- există mai mulți producători de fitinguri cu spiră expusă, fapt necontestat de către SC ... SRL, iar simpla aprecierea a unui catalog online nu primează în fața declarațiilor sau documentelor oficiale emise de către producători. Doar entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, poate aprecia în mod obiectiv dacă produsele solicitate se încadrează cerințelor impuse prin caietul de sarcini;

- comparând fișele tehnice ale produselor testate de către Conf. Univ. dr. ing. ..., în speță, mufe electrosudabile produse de către ... și ..., s-a constatat o diferență semnificativă din punct de vedere constructiv (lungime, greutate). Ca atare, punctul de vedere expus de către Conf. Univ. dr. ing. ... nu a fost realizat în mod obiectiv, fiind nerelevant;

- standardele europene la care s-a făcut referire în caietul de sarcini reprezintă cerințele minimale necesare pe care produsele ofertate trebuie să le îndeplinească. Orice alte specificații care contribuie la sporirea calității produsului și implicit la realizarea unor servicii de calitate superioară pentru utilizatorii acestor produse vor fi luate în considerare pentru îndeplinirea necesității și atingerea scopului pentru care a fost întocmit caietul de sarcini. Prin stabilirea cerințelor tehnice în forma menționată în caietul de sarcini, entitatea contractanta nu este împiedicată să achiziționeze produse la prețul cel mai scăzut, deoarece producătorii vor putea oferta produsele licitate, urmând a fi desemnata câștigătoare oferta cu prețul cel mai scăzut;

- într-o speță similară, CNSC a respins contestația formulată de societatea SC ... SRL, prin decizia nr. ..., prin care au fost invocate motive similare de modificare/completare a unor specificații tehnice din caietul de sarcini, la autoritatea contractantă, ...

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Fitinguri din polietilenă”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare ce urmează a fi încheiat este între 104.793,00 și 805.224,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumită fiind de conținutul documentației de atribuire (caietul de sarcini), SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 16.104,48 lei cu recipisa de consemnare nr. 205262968/1 din 21.02.2019, emisă de CEC Bank SA – Sucursala ...), solicitând admiterea contestației și:

- în principal, obligarea entității contractante să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității:

a) prin eliminarea din documentația de atribuire - caiet de sarcini, a următoarelor condiții impuse în cadrul specificațiilor tehnice, respectiv:

„La fitingurile de electrofuziune spira de sudură trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60% pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranța fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii). Producătorul trebuie sa emită documentație oficiala care sa ateste acest lucru.

Mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcția de preîncălzire, necesară rerotunjirii țevii în cazul în care acesta este oval.”

Sau

b) prin modificarea și/sau completarea caietului de sarcini, astfel încât entitatea contractantă să permită operatorilor economici să demonstreze echivalența și conformitatea pieselor ofertate prin orice mijloc de probă, în condițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, astfel încât, documentația de atribuire să respecte principiului tratamentului egal și cel al nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) și de art. 62 din Legea nr. 99/2016, și să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire, fără obstacole nejustificate, și să asigure o concurență efectivă între operatorii economici, conform art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

O primă specificație tehnică reclamată este cea potrivit căreia *„La fitingurile de electrofuziune spira de sudură trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul fitingului (PE) în proporție mai mare de 60% pentru a asigura un transfer optim de căldură și a realiza sudura în condiții de siguranța fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii).”*, despre care contestatoarea arată că este îndeplinită de către un singur producător, determinând, astfel, înlăturarea din competiție a produselor realizate de alți producători, care nu îndeplinesc această specificație tehnică.

În replică, entitatea contractantă arată că există, și îi și indică, 6 producători ale căror produse îndeplinesc specificația tehnică.

Cu referire la această specificație, contestatoarea menționează că, din mențiunile producătorilor arătați de entitatea contractantă, se poate

concluziona ca ea ar putea fi respectată, situație în care critica se relevă ca fiind nefondată.

O a doua critică din contestație se referă la faptul că entitatea contractantă a impus prezentarea unei documentații oficiale, emisă de producător, care să ateste îndeplinirea specificației tehnice conform căreia nu e nevoie de dispozitive de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii). Contestatoarea precizează că cerința poate fi îndeplinită exclusiv printr-o declarație pe propria răspundere a producătorului.

În acest context, Consiliul stabilește că, străin de procedura de atribuire, în condițiile în care producătorul nu înțelege să depună el însuși oferta în competiția de achiziție, acesta nu poate fi ținut să întocmească documentații oficiale (altele decât cele obișnuit emise) pentru participarea la această procedură a oricărei alte entități economice care este în măsură să comercializeze produsele sale. Astfel, se relevă ca fiind excesivă dorința entității contractante de a-i fi puse la dispoziție, de către operatorii economici neproducatori, documentații oficiale ale producătorului care, față de relația născută între ofertant și entitatea contractantă este un terț neangajat în procedură. Astfel, operatorii economici sunt supuși riscului de a prezenta o ofertă neconformă dacă producătorul celor ofertate nu întocmește, în mod uzual, documentația oficială dorită de autoritate sau refuză întocmirea și emiterea unei astfel de documentații pentru participarea la procedură a unui operator economic ce comercializează produsele sale.

Drept urmare, Consiliul reține că este necesar ca această cerință să fie înlocuită cu cea potrivit căreia, în același scop, să fie prezentată o declarație pe propria răspundere a producătorului, așa cum propune contestatoarea, documentația oficială indicată inițial de entitate nefiind o specificație tehnică fără de care se poate susține că nevoia de achiziție nu poate fi satisfăcută.

A treia specificație tehnică atacată prin contestație este cea potrivit căreia *„mufele de electrofuziune de la DN 400 și mai mare, trebuie să aibă funcţia de preîncalzire, necesară rerotunjirii ţevii în cazul în care aceasta este ovală”,* referitor la care contestatoarea arată că reprezintă un obstacol nejustificat, de natură a limita accesul egal, al operatorilor economici, la procedura de atribuire și a înlătura concurența.

Analizând critica în discuție, Consiliul constată că autoarea contestației nu a făcut dovada faptului că cerința are un caracter restrictiv, situație în care concurența ar fi afectată, deși, conform dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, „Cel ce face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”, această regulă fiind exprimată prin adagiul „actori incubit onus probandi” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Mai mult, din susținerile contestatoarei, rezultă că produsele pe care este în măsură să le oferteze îndeplinesc specificația tehnică aratata, astfel încât nu se evidențiază motivul pentru dorește

îndepărtarea acestei specificații tehnice, a cărei impunere nu îi creează eventualul prejudiciu al imposibilității depunerii unei oferte conforme.

Consiliul apreciază că necesitatea sau oportunitatea achiziţionării de anumite produse, precum şi caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare entitate contractantă în parte, în funcţie de necesităţile obiective şi priorităţile comunicate de compartimentele din cadrul entității contractante [art. 2 şi art. 3 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016].

Observând că susţinerile contestatoarei nu conduc la concluzia că cerinţa în discuție este restrictivă, Consiliul stabileşte că nu poate obliga entitatea contractantă la eliminarea acesteia, în sens contrar s-ar limita dreptul entității de a contracta produse care să corespundă întocmai necesităţilor sale obiective, drept prevăzut de legislația în vigoare. Prin acceptarea de produse cu alte caracteristici există riscul de a fi afectată activitatea entității contractante.

Nu există nicio prevedere legală care să oblige entitățile contractante să accepte produse care nu corespund necesităţilor acestora.

Consiliul constată că cerinţa criticată este în concordanţă cu prevederile art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora specificaţiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini urmăresc descrierea în mod obiectiv a produsului care se doreşte a fi achiziţionat, în aşa manieră încât să corespundă necesităţii entității contractante.

Cât privește orice alte trimiteri ale contestatoarei la alte specificații tehnice decât cele despre care face vorbire în contestația sa, aduse ulterior formulării acesteia, Consiliul reține că, potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, *"Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia."* Drept urmare, Consiliul nu le va reține în soluționare, acestea fiind, conform legii, inadmisibile.

Față de remedierea alternativă cerută de contestatoare, respectiv obligarea entității contractante să modifice și/sau completeze caietul de sarcini, astfel încât să permită operatorilor economici să demonstreze echivalența și conformitatea pieselor ofertate prin orice mijloc de probă, în condițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, Consiliul reține că în conformitate cu dispozițiile art. 166 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, specificaţiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalităţi:

„a) prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiţia ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanţilor să determine obiectul contractului şi entităţile contractante să atribuie contractul;

b) prin trimitere la specificaţii tehnice şi, ca ordine de prioritate, la standarde naţionale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificaţii tehnice comune, standarde internaţionale, alte sisteme de referinţă tehnice instituite de către organismele de

standardizare europene sau, în lipsa oricărora dintre acestea, la standarde naţionale, la agremente tehnice naţionale sau specificaţii tehnice naţionale referitoare la proiectarea, calcularea şi execuţia lucrărilor şi la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoţită de menţiunea «sau echivalent»;

c) prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale, potrivit lit. a), şi prin trimitere la specificaţiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale;

d) prin trimitere la specificaţiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici şi prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici".

Consiliul apreciază că decizia de a stabili specificaţiile tehnice, în una dintre modalităţile anterior menționate, aparține exclusiv entității contractante.

Textul de lege (art. 166 alin. 4 din Legea nr. 99/2016) în aplicarea căruia contestatoarea își formulează pretenția stabilește că *„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".*

Însă, văzând modalitatea în care entitatea contractantă a înțeles să elaboreze și să prezinte specificațiile sale tehnice, Consiliul constată că aceasta nu a făcut trimitere la *„specificaţii tehnice şi, ca ordine de prioritate, la standarde naţionale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificaţii tehnice comune, standarde internaţionale, alte sisteme de referinţă tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricărora dintre acestea, la standarde naţionale, la agremente tehnice naţionale sau specificaţii tehnice naţionale referitoare la proiectarea, calcularea şi execuţia lucrărilor şi la utilizarea produselor (...)",* astfel încât, în cauză, nefiind îndeplinită premisa reglementată la art. 166 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, nu sunt incidente nici prevederile art. 166 alin. (4) din același act normativ, text de lege invocat de către autoarea contestației.

În speță, entitatea contractantă a stabilit specificațiile tehnice, în conformitate cu dispozițiile art. 166 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, care stipulează următoarele: *„prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiţia ca parametrii să fie suficient de precişi pentru a permite ofertanţilor să determine obiectul contractului şi entităţile contractante să atribuie contractul"*, motiv pentru care Consiliul va respinge această solicitare a contestatoarei.

Consiliul va respinge ca nefondată cererea subsidiară a contestatoarei vizând anularea procedurii, în condițiile în care, dată fiind etapa în care aceasta se află, este posibilă remedierea documentației de atribuire și depunerea de oferte, astfel încât nu se impune luarea măsurii extreme de anulare a întregii proceduri de achiziție.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de SC ... SRL, respectiv solicitarea de remediere a cerinței de prezentare a unei documentații oficiale, emisă de producător, care să ateste îndeplinirea specificației tehnice conform căreia nu e nevoie de dispozitive de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii).

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să modifice documentația de atribuire în sensul indicat în motivare, să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici modificarea astfel efectuată și, dacă este cazul, să prelungească termenul de depunere a ofertelor pentru asigurarea unei perioade suficiente de elaborare a lor.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate toate celelalte cereri din contestația înaintată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC ... SRL, respectiv solicitarea de remediere a cerinței de prezentare a unei documentații oficiale, emisă de producător, care să ateste îndeplinirea specificației tehnice conform căreia nu e nevoie de dispozitive de fixare/rigidizare (pe perioada sudurii și răcirii).

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să modifice documentația de atribuire în sensul indicat în motivare, să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici modificarea astfel efectuată și, dacă este cazul, să prelungească termenul de depunere a ofertelor pentru asigurarea unei perioade suficiente de elaborare a lor.

Respinge ca nefondate toate celelalte cereri din contestația înaintată de SC ... SRL.

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

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactat în ... exemplare originale, conține ... pagini.