CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 593/31.07.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 31497/31.07.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în …, reprezentată legal de …, având funcția de administrator, formulată împotriva documentației procedurii, elaborată pentru atribuirea contractului având ca obiect furnizare „Piese compresoare de gaz”, de către ..., cu sediul în localitatea …, în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat, în principal, modificarea documentației de atribuire prin eliminarea prevederilor din caietul de sarcini de la Cap.I. Generalități; obligarea entității contractante de a permite operatorilor să demonstreze echivalența și conformitatea pieselor ofertate prin orice mijloc de probă în condițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016; obligarea entității contractante de a detalia specificațiile tehnice ale produselor pe care dorește să le achiziționeze în mod complet, clar și precis; în subsidiar, anularea procedurii raportat la prevederile art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 34952/22.08.2017, SC ... SRL a formulat cerere de suspendare a procedurii de atribuire, cerere ce va fi analizată împreună cu celelalte capete de cerere aflate pe rol.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SRL împotriva documentației de atribuire având ca obiect "Piese pentru compresoare de gaz" publicată în anexa anunțului de participare nr. 177270/18.07.2017, solicitând Consiliului ca prin

decizia pe care pe care o va pronunța să dispună, în principal, modificarea documentației de atribuire prin înlăturarea/eliminarea următoarelor prevederi din caietul de sarcini de la Cap.I. Generalități prin care se impune operatorilor economici care ofertează produse non OEM să depună recomandare din partea producătorului utilajului (OEM); obligarea autorității contractante de a permite operatorilor să demonstreze echivalența și conformitatea pieselor ofertate prin ORICE mijloc de probă în condițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016; obligarea autorității contractante de a detalia specificațiile tehnice pentru produsele pe care dorește să le achiziționeze în mod complet, clar și precis în condițiile art. 96 alin. (3) din Legea nr. 99/2016; în subsidiar, solicită anularea procedurii raportat la prevederile art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

În fapt, susține contestatorul, prin anunțul de participare antemenționat, entitatea contractantă a publicat documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri. În opinia sa, aceasta este restrictivă, specificațiile fiind insuficient detaliate.

Astfel, în caietul de sarcini, s-au solicitat următoarele: *GENERALITĂȚI - Piesele de schimb cuprinse în prezentul "caiet de sarcini" sunt destinate efectuării mentenanței pentru diferite agregate de comprimare a gazelor după cum urmează: agregate de comprimare de tip 10 GKNA din dotarea SC Delenii și SC Filitelnic cu serii de fabricație 796/87, 797/87, 799/87,800/87,802/87,803/87 și 805/87. Producătorul motocompresoarelor 10GKNA este: DVIGATELI REVOLUȚII (Revoluția motoarelor) din orașul NIJNI NOVGOROD (fost GORKI), Federația RUSĂ (fosta URSS). Producătorii de piese de schimb în România care au asimilat producția de piese în țară sunt: SC MATRIȚA SA și SC ... SRL. Piesele sunt identificate după codul reperului menționat în coloana din tabel COD FABRICANT UTILAJE (SAU ECHIVALENT), iar aceste coduri au fost extrase din cataloagele de piese de schimb care au fost puse la dispoziție de către producătorii de utilaje, odată cu furnizarea acestora. A fost menționat și COD ECHIVALENT pentru a se crea posibilitatea achiziționării și de piese non-OEM dar pentru aceste piese (loturi) ofertanții vor prezenta în oferta tehnică recomandare din partea producătorului de utilaj sau producătorilor interni menționați, pentru folosirea acestora la tipul de compresoare prezentate mai sus. Se solicită aceste recomandări din partea producătorilor de utilaje pentru a putea folosi piesele de schimb în cadrul lucrărilor de mentenanță și revizie la agregatele de comprimare gaze și încadrarea acestora în parametrii tehnici și funcționali obligatorii în procesul de comprimare gaze, conform cărților tehnice ale utilajelor.*

De asemenea, afirmă contestatorul, la Cap. Recepția pieselor se solicită ”certificat de calitate de la producător”. Prin urmare, deși documentația pare să permită și ofertarea produselor non OEM, echivalente, în realitate aceasta este contradictorie/restrictivă, întrucât în cazul ofertării produselor non OEM, se impune obligativitatea prezentării unei recomandări din partea producătorului utilajului (OEM) sau

producători/distribuitori interni, încălcându-se astfel dispozițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea își justifică interesul în promovarea acestui demers în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, deoarece are calitatea de potențial ofertant în procedura mai sus menționată, raportat la documentația publicată de autoritatea contractantă, menținută prin răspunsul la notificarea prealabilă, considerându-se vătămată întrucât apreciază că este restricționat, în mod nepermis, accesul ofertanților la procedura de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL a trimis entității contractante o notificare prealabilă în data de 21.07.2017, prin care a contestat cerințele restrictive și insuficient detaliate.

Autoritatea contractantă a răspuns acestui demers, direct în SEAP în data de 24.07.2017, arătând că nu adoptă măsuri de remedire, fără însă a motiva în vreun fel decizia adoptată.

Față de cele de mai sus, contestatoarea susține următoarele:

1. Răspunsul la notificarea prealabilă este nemotivat, entitatea s-a limitat în a posta în SEAP refuzul adoptării măsurilor de remediere solicitate, fără a preciza motivele pentru care notificarea nu ar fi întemeiată. Petenta consideră că atât timp cât și această decizie este un act administrativ, ca primă condiție de legalitate se impunea motivarea acestui refuz.

2. Cerințele atacate sunt restrictive, deoarece pe de o parte, se acceptă produse non OEM însă pe de altă parte se solicită recomandare din partea producătorului de utilaj (nu producătorul de piesă/echipament). Ofertanții de piese non OEM nu vor avea posibilitatea sa obțină recomandări din partea producătorilor utilajului OEM care colaborează exclusiv cu distribuitorii OEM, ci doar de la producătorii non OEM.

Prin urmare, deși în documentație se arată permiterea ofertării produselor echivalente, în realitate, această posibilitate este restricționată prin impunerea condiției ca produsele echivalente să fie însoțite de recomandare din partea producătorilor OEM. Or, în cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții pot prezenta, în copie, certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele ofertate, din care să rezulte că produsele echivalente pot fi folosite fără niciun fel de restricție de ordin tehnic pe echipamentele respective.

Autoarea contestației afirmă că cerințele documentației de atribuire conduc la restrângerea numărului participanților la procedură, deoarece, conformitatea tehnică a produsului nu se judecă prin prisma caracterului său original OEM sau nu, ci prin prisma acoperirii tuturor specificațiilor tehnice descrise de autoritatea contractantă în caietul de sarcini. În același sens, recomandarea solicitată de către autoritate nu face altceva decât să restricționeze accesul participanților la procedură și să încalce prevederile legale în vigoare care, pe de o parte, permite ofertarea

produselor echivalente, iar pe de altă parte, permite ofertanților să facă dovada conformității specificațiilor tehnice prin orice mijloc de probă.

În conformitate cu noile directive comunitare, 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, iar neacceptarea de piese non OEM, echivalente, reprezintă un astfel de obstacol.

În opinia petentei, autoritatea contractantă a nesocotit și scopul noii legislații de promovare a concurenței între operatorii economici și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, întrucât ofertanții de produse non OEM sunt clar dezavantajați față de ceilalți. Aceasta apreciază că dacă produsele sunt compatibile cu echipamentele din dotarea autorității contractante, iar compatibilitatea este demonstrată în condițiile art. 166 din lege, autoritatea contractantă nu poate respinge oferta pe considerente ce țin de prezentarea unei astfel de recomandări.

În continuare, contestatoarea precizează că organismele de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de Tratatul pentru înființarea Comunității Economice Europene, încheiat la 25 martie 1957, în special principiul liberei circulații a mărfurilor, principiul libertății de stabilire și principiul libertății de a presta servicii, precum și principiile care decurg din acestea, precum egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența prin recunoaștere reciprocă înțelegându-se acceptarea produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, precum și a specificatiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Normele naționale în vigoare impun autorităților contractante aceeași abordare. Astfel, potrivit art. 96 din Legea nr. 99/2016, *informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției sectoriale pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire.*

De asemenea, potrivit art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, *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,* iar Art. 166 prevede: (2) *Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse. (4) în cazul în care entitatea contractantă stabilește specificațiile tehnice potrivit dispozițiilor alin. (1) lit. b),*

aceasta nu respinge o ofertă pe motiv ca lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificațiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice.

Prin urmare, nu reprezintă nicio relevanță obținerea unei recomandări de la producătorul OEM sau non OEM, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritatea contractantă nu depind de aceasta/important fiind ca produsele să acopere specificațiile tehnice prestabilite, nefiind posibilă o concurență loială între ofertanții de produse OEM și ofertanți de produse non OEM, mai ales în condițiile prescrise de autoritatea contractantă, astfel că menținerea unor astfel de cerințe duce la înlăturarea anumitor operatori economici, cărora practic, nu le este permis accesul liber la procedura de achiziție publică.

În aces sens, contestatoarea învederează că potrivit dispozițiilor în vigoare se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, procedeu special, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici, inclusiv ANRMAP, prin adresa nr. 11976/06.10.2009, condamnă, în mod expres, inserarea unor asemenea condiții în caietele de sarcini, aceasta fiind singura modalitate de respectare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Contestatoarea consideră că modalitatea în care este formulată în acest moment documentația aferentă procedurii de achiziție publică, nu oferă șansa de participare la procedură decât unui număr extrem de restrâns de operatori economici, ofertele dintre care autoritatea contractantă va avea posibilitatea de a opta fiind astfel drastic reduse, încălcându-se principiile liberei concurențe și a egalității de tratament a participanților.

Prin urmare, solicitarea de a prezenta recomandare din partea producătorului de utilaj, și nu din partea producătorului de echipament, este restrictivă și încalcă prevederile art. 165 - 166 din Legea nr. 99/2016, precum și accesul la procedură.

În spijinul contestației depuse, contestatoarea prezintă și interpretarea ANRMAP referitoare la același gen de solicitări din caietele de sarcini, în care se prevede: interzicerea ofertării anumitor produse, în speță consumabile non-OEM (compatibile, reîncărcate, remanufacturate, echivalente etc.) nu poate fi susținută, deoarece legislația în domeniul achizițiilor publice nu conține prevederi care să oblige autoritățile contractante la impunerea unor asemenea restricții" - „Condiția impusă de firmele producătoare de echipamente, prin care nu se acoperă garanția în cazul în care autoritatea contractantă decide să utilizeze consumabile non-OEM, poate determina autoritatea contractantă să solicite un anumit tip de consumabile pentru a-și menține garanția, dar poate veni totodată și în contradicție cu anumite prevederi din legislația Uniunii Europene referitoare la libera circulație a produselor și serviciilor. Acestea, însă, sunt referitoare la garanția produselor și nu sunt reglementate prin legislația achizițiilor publice."

În speță, compresoarele pentru care se solicită piesele de schimb nu se află în perioada de garanție. Mai mult, ca o garanție în plus, în cazul în care furnizorul echipamentului nu-și va indeplini obligațiile referitoare la garanție, autoritatea contractantă are (...) posibilitatea de a acționa în instanță furnizorul echipamentului respectiv. Pentru a se conforma prevederilor legale, autoritatea contractantă trebuie să dea posibilitatea operatorilor economici să demonstreze, prin orice mijloc adecvat, că propunerea tehnică prezentată satisface, într-o manieră echivalentă, cerințele autorității contractante definite prin specificații tehnice.

Contestatoarea învederează că într-o situație similară, Consiliul a admis contestația întrucât a considerat "că autoritatea contractantă trebuie să completeze caietul de sarcini în mod corespunzător, prin indicarea acceptării și de consumabile echivalente, nu doar a celor certificate pe baza autorizației producătorului".

Atunci când stabilește specificațiile tehnice autoritatea contractantă are obligația să respecte principiul proportionalității și să nu formuleze cerințe care nu pot fi justificate în raport cu ceea ce urmează a fi prestat/executat așa cum este prevăzut la nivelul caietului de sarcini sau al documentației descriptive. În speță, contestatoarea apreciază că modul de formulare a specificațiilor tehnice încalcă:

a) Principiul proporționalității întrucât:

- în anii anteriori a livrat piese de schimb non OEM aceleiași autorități contractante, pentru aceleași compresoare iar contractele au fost finalizate în condiții optime, așa cum rezultă din procesele-verbale de recepție emise, astfel încât, nu se poate susține că necesitățile autorității contractante ar impune să se prezinte recomandări din partea producătorului utilajului (OEM).
- Compresoarele nu mai sunt în garanție, astfel încât perioada de garanție să depindă de furnizarea/utilizarea unor piese acceptate de producătorului utilajului.
- În situația neconformității produselor, autoritatea contractantă are la dispoziție remedii contractuale pentru a constrânge furnizorul să respecte dispozițiile contractului și chiar să suporte eventualele prejudicii datorate executării neconforme. În plus, furnizorul trebuie să acorde garanție pentru produsele furnizate.

b) Principiul egalității de tratament întrucât, reglementările din materia achizițiilor publice consacră, în mod expres, principiul liberei concurențe și al egalității de tratament, principii pe care autoritatea contractantă trebuie să le respecte, astfel încât orice furnizor de consumabile să aibă șanse egale de a i se atribui un contract de achiziție publică, autoritatea contractantă dispunând și în acest caz, prin restul cerințelor documentației de atribuire, de instrumentele necesare în vederea realizării obiectivelor sale în condițiile utilizării eficiente a fondurilor publice.

Prin urmare, contestatoarea consideră că autoritatea ar trebui să fie obligată să accepte, pentru îndeplinirea cerinței conformității produselor ofertate cu cele specificate în Caietul de sarcini, orice mijloace

de probă adecvate (certificate, recomandări din partea producătorului piesei care să ateste conformitatea etc.) prin care ofertantul să probeze că produsele propuse îndeplinesc, într-un mod echivalent, cerințele definite prin specificațiile tehnice, așa cum se permite prin art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.

Această concluzie se impune întrucât, evaluarea 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. În cazul ofertării unor produse echivalente, ofertanții pot prezenta, în copie, certificate sau alte documente emise de organisme abilitate în acest sens, care să ateste conformitatea fiecăruia dintre produsele ofertate, din care să rezulte că produsele echivalente pot fi folosite fără niciun fel de restricție de ordin tehnic pe echipamentele respective.

O altă critică adusă de contestatoare privește specificațiile din caietul de sarcini care, în opinia acesteia, nu sunt clar, corect și precis detaliate/menționate, încălcând astfel dispozițiile art. 96 din Legea nr. 99/2016, care prevede că: *(1) În cuprinsul documentaţiei de atribuire, entitatea contractantă defineşte obiectul achiziţiei sectoriale prin descrierea necesităţilor entităţii contractante şi a specificaţiilor tehnice solicitate pentru produsele, lucrările sau serviciile care urmează a fi achiziţionate şi stabileşte criteriul de atribuire şi factorii de evaluare.*

(2) În cadrul descrierii elementelor prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă stabileşte care sunt cerinţele minime pe care ofertele trebuie să le îndeplinească.

(3) Informaţiile furnizate prin documentaţia de atribuire trebuie să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura şi obiectul general al achiziţiei sectoriale şi, pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire.

În caietul de sarcini se face referire la cataloage puse la dispoziția autorității de către producătorii de utilaje pentru care doresc să achiziționeze piesele de schimb în cauză, fără însă a menționa în ce constau caracteristicile tehnice, fizice, chimice pe care aceste piese ar trebui să le dețină.

Contestatoarea susține că a solicitat autorității punerea la dispoziție a acestor cataloage și/sau detalierea specificațiilor, însă aceasta a refuzat. Astfel, apreciază relevante informațiile în cauză câtă vreme autoritatea contractantă permite ofertarea unor produse echivalente, non OEM, iar în documentația de atribuire nu au fost menționate concret, clar și explicit care sunt specificațiile tehnice pe care trebuie să le dețină piesele solicitate (dimensiuni, materiale componente, caracteristici mecanice fizice etc.), ci doar se face trimitere la aceste cataloage.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului, în măsura în care va aprecia că nelegalitatea documentației nu poate fi complinită în acest moment, să dispună anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 31849/2688-C4/01.08.2017, Consiliul a solicitat entității contractante transmiterea punctului de vedere referitor la contestația formulată precum și documentele necesare soluționării acesteia.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate prin adresa nr. 17471/03.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 32627/07.08.2017, iar prin punctul de vedere transmis, față de cele invocate în contestație, poziția comisiei de evaluare oferte din cadrul ...SA - ...este următoarea:

...S.A. ...a demarat la data de 18.07.2017, licitația deschisă privind achiziția de "Piese compresoare de gaz" - 5 loturi, adjudecarea acesteia urmând a se face pe fiecare lot în parte.

Față de susținerile contestatoarei din contestația formulată, că entitatea contractantă a răspuns notificării prealabile direct în SEAP *"...arătand ca nu adoptă măsuri de remediere, făpă însă a motiva în vreun fel decizia adoptată",* entitatea contractantă precizează că în conformitate cu art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, are doar obligația de a transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere, ceea ce susține că a și făcut.

Referitor la pretinsa încălcare a prevederilor art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă susține că nu sunt incidente prevederile acestui articol deoarece, în caietul de sarcini nu s-a făcut referire la niciun standard sau orice altceva din conținutul alineatului (2) al aceluiași articol. Piesele nu sunt standardizate la nivel național sau european, acestea fiind executate doar după documentația tehnică a producătorului de utilaj, iar entitatea contractantă nu deține această documentație. La livrarea utilajului a primit doar cartea tehnică a acestuia care conține catalogul de piese de schimb, acestea identificându-se prin coduri reper. Având la bază doar aceste cataloage entitatea a construit caietul de sarcini comunicând codul de reper al producătorului și mențiunea echivalent, folosindu-se de incidența art. 166 alin. (3).

În acest context, s-a solicitat și o recomandare din partea producătorului de utiiaj pentru a se asigura de funcționarea utilajelor de la o reparație capitală la alta, în parametri normali de funcționare și evitarea accidentelor tehnice neprevăzute, deoarece toate acestea ar conduce la scăderea producției de gaze naturale. Pentru a veni în sprijinul ofertanților entitatea a oferit posibilitatea acestora de a prezenta recomandare din partea a doi producători de piese interni de la care ...SA ...a folosit astfel de piese de-a lungul timpului. Permițând și ofertarea de piese non-OEM, entitatea consideră că nu restricționează participarea ofertanților la prezenta procedură de atribuire, respectând principiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În altă ordine de idei, autoritatea afirmă că contestatorul nu îndeplinește criteriile de calificare referitoare la motive de excludere potrivit art. 176 alin. (1) lit. a), deoarece nu și-a îndeplinit, în mod repetat, obligațiile într-un contract sectorial conform art. 180. alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și, în consecință, nu poate avea calitatea de

ofertant la procedura în cauză (documentul constatator publicat în SEAP cu nr. 84929/06.07.2017).

Față de aceste motive, entitatea contractantă consideră contestația SC ... SRL ca fiind neîntemeiată și nefondată în ceea ce privește aspectele sesizate.

În replică la punctul de vedere exprimat de entitatea contractantă, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 33670/11.08.2017, contestatoarea reiterează argumentele prezentate în contestație respectiv:

1. În ceea ce privește modalitatea formulării cerinței din caietul de sarcini, specificațiile/cerințele tehnice trebuie să permită, în concret accesul la procedura de atribuire și nu doar formal. Deoarece, deși pe de o parte se acceptă produse non OEM, pe de altă parte se solicită recomandare din partea producătorului de utilaj (nu producătorul de piesă/echipament), ofertanții de piese non OEM nu vor avea posibilitatea să obțină recomandări din partea producătorilor utilaj OEM care colaborează exclusiv cu distribuitorii OEM, ci doar de la producătorii non OEM.

Sub acest aspect, contestatoarea consideră că sunt relevante dispozițiile art. 166 alin (2) din Lege, cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

Or în speță, inserarea unei astfel de cerințe nu poate fi justificată de obiectul contractului întrucât nu a fost justificată în consecință, anterior publicării documentației printr-o notă justificativă, în condițiile legii. Autoritatea are remedii contractuale la dispoziție (penalități, reziliere etc.) în cazul livrării unor pretinse produse neconforme/necompatibile.

În acest sens, contestatoarea face trimitere la practica CNSC, Decizia nr. 154S/C3/1703/16.09.2015, pentru o speță similară, în cazul unei documentații publicată de aceeași autoritate contractantă.

2. În forma indicată de autoritate, confirmată în punctul de vedere (în care se solicită recomandare de la producătorul utilajului), petenta susține că aceasta favorizează cei doi producători indicați.

Prin urmare, apreciază că nu reprezintă nicio relevanță obținerea unei recomandări de la producătorul OEM sau non OEM, atâta vreme cât performanțele urmărite de autoritatea contractantă nu depind de aceasta, important fiind ca produsele să acopere specificațiile tehnice prestabilite, nefiind posibilă o concurență loială între ofertanții de produse OEM și ofertanții de produse non OEM, astfel că menținerea unor astfel de cerințe duce la înlăturarea anumitor operatori economici, cărora nu le este permis accesul liber la procedură.

2. În ceea ce privește documentul constatator, contestatoarea apreciază că susținerile autorității sunt irelevante raportat la obiectul

contestației deoarece obiectul contestației vizează documentația de atribuire, și nu un potențial rezultat al procedurii, fiind irelevantă invocarea unui document constatator, nemotivat, în care nu sunt indicate pretinse prejundicii, în ce au constat pretinsele neconformități. Prin urmare, anteevaluarea potențialei oferte în acest moment este nelegală.

Aceasta apreciază că susținerile autorității confirmă maniera restrictivă și intenția de a atribui unui ofertant prestabilit contractul. Invocarea unui document constatator în care nu sunt indicate pretinse prejudicii, în ce au constat pretinsele neconformități, nu poate salva o documentație de atribuire întocmită restrictiv.

De asemenea, apreciază susținerile autorității ca fiind neîntemeiate, documentul constatator invocat neputând constitui motiv de excludere în sensul art. 180 din Legea nr. 99/2016, *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancţiuni comparabile”.

Astfel, conform dispozițiilor legale mai sus citate, pentru ca motivul de excludere să fie incident trebuie întrunite mai multe condiții cumulative, respectiv:

- Să existe o încălcare a unei obligații contractuale într-un contract de achiziție publică încheiat anterior;
- Această încălcare să fie gravă sau să fie vorba despre încălcări repetate;
- Încălcarea să fi dus la încetarea anticipată a contractului (reziliere), plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Pentru o justă raportare la prevederilor art 180 alin. (1) litera g) din Legea nr. 99/2016, comisiile de evaluare au obligația de a avea în vedere și jurisprudența europeană, cum ar fi Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C-465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, relevante fiind cel puțin următoarele paragrafe: *"30. noțiunea abatere gravă" trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operotorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, nu orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei parți din acest contract nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă; 31. constatarea existenței unei „abateri grave" necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză".*

Or, un document constatator nemotivat, pentru un contract nereziliat, în care nu se indică posibile prejudicii și nici încălcările care s-ar imputa, nu poate constitui motiv de exdudere în sensul art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

În concluzie, contestatoarea învederează Consiliului că deși la prima vedere documentația ar părea să permită și ofertarea produselor non OEM, echivalente, în realitate aceasta este contradictorie, restrictivă întrucât, în cazul ofertării produselor non OEM se impune obligativitatea prezentării unei recomandări din partea producătorului utilajului (OEM) sau producători/distribuitori interni, încălcându-se astfel dispozițiile art. 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de atribuire, pe loturi, prin licitație deschisă, în vederea încheierii contractului de furnizare având următorul obiect: ,,Piese compresoare de gaz''.

În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat, în S.E.A.P., anunțul de participare nr. 177270/18.07.2017.

De asemenea, la pct. II.2.1) Cantitatea sau domeniul contractului, s-au precizate următoarele: ,,(…) Valoarea estimată: 934,672 lei''; conform pct. IV.2.1) criteriul de atribuire a fost ales: ,,prețul cel mai scăzut''.

Totodată, Consiliul va lua în considerare că la pct. IV.3.4) Termen limită pentru primirea ofertelor din cadrul aceluiași anunț de participare este precizată următoarea data: 22.08.2017 – 16:00.

În urma luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire, respectiv a transmiterii către autoritatea contractantă a notificării nr. 01/21.07.2017 și consecutiv răspunsului autorității contractante, SC ... SRL a formulat contestația dedusă soluționării, în cadrul căreia afirmă că ,,documentația este restrictivă iar specificațiile insuficient detaliate''.

Ulterior contestației, prin adresa fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 34952/22.08.2017, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL a solicitat Consiliului suspendarea procedurii de atribuire în cauză, motivat de presupusa nelegalitate a acesteia precum și iminenta pagubă care s-ar produce prin continuarea procedurii și depunerea ofertelor pentru o documentație presupus nelegală.

Contestatoarea precizează că în cazul în care contestația ar fi admisă și ofertele sunt depuse în baza unei documentații eronate, singura soluție aplicabilă procedurii ar fi anularea ei, aspect ce va genera costuri atât pentru ofertanți cât și pentru autoritate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 35254/23.08.2017, entitatea contractantă ,,nu consideră necesară suspendarea procedurii de atribuire deoarece contestatoarea a depus cererea tardiv''.

Conform dispozițiilor art. 22 alin. 1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, ,,în

cazuri bine justificate şi pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluţionarea contestaţiei''.

Față de cele de mai sus, cu prioritate, Consiliul analizând cererea de suspendare constată că deschiderea ofertelor în data de 22.08.2017 conduce la lipsirea de obiect a solicitării de suspendare aferente.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul va lua în considerare că SC ... SRL solicită ,,modificarea documentației de atribuire prin înlăturarea/eliminarea următoarelor prevederi din caietul de sarcini de la cap. 1 Generalități prin care se impune operatorilor economici care ofertează produse non OEM să depună recomandare din partea producătorilor utilajului (OEM) și obligarea autorității contractante de a permite operatorilor să demonstreze echivalența și conformitatea pieselor ofertate prin orice mijloc de probă în condițiile art. 166 alin. 4) din Legea nr. 99/2016''.

În conformitate cu dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, ,,entitatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei sectoriale, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire''.

La art. 165 alin. 1) din cadrul aceluiași act normativ precizându-se că ,,specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei''.

Față de cele de mai sus, Consiliul va lua în considerare faptul că la pct. 1 Generalități din cadrul caietului de sarcini se menționează următoarele:

- ,,(...) Piesele de schimb (...) sunt destinate efectuării mentenanței (...) Piesele sunt identificate după codul reperului menționat în coloana din tabel COD FABRICAT UTILAJE (SAU ECHIVALENT), iar aceste coduri au fost extrase din cataloagele de piese de schimb care au fost puse la dispoziție de către producătorii de utilaje, odată cu furnizarea acestora. A fost menționat și COD ECHIVALENT **pentru a se crea posibilitatea achiziționării de piese non-OEM dar pentru aceste piese (loturi) ofertanții vor prezenta în oferta tehnică recomandare din partea producătorului de utilaj sau producătorilor interni menționați**, pentru folosirea acestora la tipul de comresoare presentate mai sus. Se solicită aceste recomandări din partea producătorilor de utilaje pentru a putea folosi piesele de schimb în cadrul lucrărilor de mentenanță și revizie la agregatele de comprimare gaze și încadrarea acestora în parametrii tehnici și funcționali obligatorii în procesul de comprimare gaze, conform cărților tehnice ale utilajelor (...)''.

Prin raportare la cerința anterior enunțată, Consiliul apreciză ca fiind relevante următoarele dispoziții din cadrul Legii nr. 99/2016:

- Art. 165 alin. 2) - Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuţie a lucrărilor, fabricaţie a produselor sau prestare a serviciilor solicitate ori un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viaţă al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conţinutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziţionate, dar cu condiţia ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru şi să fie proporţionale prin raportare la valoarea şi obiectivele acestuia;
- Art. 165 alin. 6) - Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici;
- art. 166 alin. 1) - Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel naţional, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, 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 precişi 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.

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

- art. 165 alin. 3) - Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (2), stabilirea specificaţiilor tehnice prin precizarea elementelor

prevăzute la alin. (2) este permisă în situaţii excepţionale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă şi de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispoziţiile alin. (1); în aceste situaţii, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoţită de cuvintele "sau echivalent";

- at. 169 alin. 1) - Entitatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să furnizeze un raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformităţii sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă care să ateste conformitatea produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziţiei cu cerinţele sau criteriile stabilite prin specificaţiile tehnice, factorii de evaluare sau condiţiile de executare a contractului''.

Având în vedere cadrul juridic mai sus invocate, Consiliul consideră că, în mod generic, legiuitorul a apreciat, cu titlu facultativ, că entitatea contractantă are dreptul să solicite ,,prezentarea unui raport de încercare/certificat eliberat de către un organism de evaluare a conformității'' și nu de către un potențial ofertant, cum este în cazul de față (acestei noțiunii circumscriindu-se atât producătorul utilajului din Federația Rusă cât și cei doi producători autohtoni care au asimilat producția de piese de schimb: SC ... SA și SC ... SRL).

Pe cale de consecință, Consiliul constată că menținerea, în cadrul caietului de sarcini a unui cerințe de a se **prezenta în oferta tehnică recomandare din partea producătorului de utilaj sau producătorilor interni menționați ar conduce la nerespectarea** dispozițiilor art. 165 alin. 6) din Legea nr. 99/2016, care stipulează că specificațiile tehnice ,,nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici'', impunându-se astfel eliminarea acesteia.

În același sens sunt și următoarele dispoziții din cadrul aceluiași act normativ:

art. 166 alin. 4) - în cazul în care entitatea contractantă stabileşte specificaţiile tehnice potrivit dispoziţiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificaţiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluţiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerinţele definite prin specificaţiile tehnice'';

art. 166 alin. 5) - în cazul în care entitatea contractantă stabileşte specificaţiile tehnice potrivit dispoziţiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard naţional care transpune un standard european, cu un agrement tehnic european, cu o specificaţie tehnică comună, cu un standard internaţional sau cu un sistem de referinţă tehnic elaborat de un organism european de standardizare, dacă aceste specificaţii vizează cerinţele de performanţă sau cerinţele funcţionale stabilite de entitatea contractantă;

art. 166 alin. 6) - în cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 169, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerinţele de performanţă sau cerinţele funcţionale stabilite de entitatea contractantă.

De asemenea, referirile la organismul de evaluare a conformității sunt formulate în cadrul Legii nr. 99/2016, în sensul asigurării unei concurențe efective, după cum urmează:

- art. 166 alin. 2) - În cazul prevăzut la alin. (1) în care entitatea contractantă solicită prezentarea unor certificate emise de un anumit organism de evaluare a conformităţii, aceasta acceptă şi certificate echivalente emise de alte organisme de evaluare a conformităţii;
- art. 166 alin. 3) - În sensul alin. (1) şi (2), un organism de evaluare a conformităţii este un organism care efectuează activităţi de evaluare a conformităţii, inclusiv etalonare, încercare, certificare şi inspecţie, acreditat în conformitate cu dispoziţiile Regulamentului (CE) nr. 765/2008 al Parlamentului European şi al Consiliului din 9 iulie 2008 de stabilire a cerinţelor de acreditare şi de supraveghere a pieţei în ceea ce priveşte comercializarea produselor şi de abrogare a Regulamentului (CEE) nr. 339/93.

Nu în ultimul rind, Consiliul consideră că relevante sunt și prevederile art. 170 din cadrul legii respective, conform cărora ,,în cazul în care un operator economic nu deţine certificatele sau rapoartele de încercare prevăzute la art. 169 alin. (1) sau nu are posibilitatea de a le obţine în termenele stabilite, pentru motive care nu îi sunt imputabile, entitatea contractantă are obligaţia de a accepta şi alte mijloace de probă adecvate, cum ar fi un dosar tehnic al producătorului, în măsura în care astfel de mijloace de probă atestă faptul că lucrările, produsele sau serviciile executate/furnizate/prestate îndeplinesc cerinţele sau criteriile stabilite prin specificaţiile tehnice, factorii de evaluare sau condiţiile de executare a contractului''.

Cu toate că anterior Consiliul a constatat că se impune eliminarea, din cadrul caietului de sarcini, a cerinței de a se ,,**prezenta în oferta tehnică recomandare din partea producătorului de utilaj sau producătorilor interni''**, din cauza faptului că entitatea contractantă, în baza principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, a procedat la deschiderea ofertelor, astfel cum rezultă din cadrul adresei înregistrate la C.N.S.C. sub nr. 35254/ 23.08.2017, Consiliul consideră că se impune aplicarea dispozițiilor art. 224 lit. b) coroborate cu cele ale art. 225 alin. (1) lit. d) din cadrul aceluiași act normativ.

Potrivit dispozițiilor legale anterior invocate, ,,procedura de atribuire se finalizează prin: b) anularea procedurii de atribuire'', ,,entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: d) Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sau instanţa de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificaţii tehnice din caietul de sarcini

ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art. 2 alin. (2)”.

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu ... SA și obligă autoritatea contractantă la anularea procedurii de atribuire în cauză.

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 16 (șaisprezece) pagini.