CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedatată la emitentă, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 6395/19.02.2019 și, respectiv, sub nr. 6885/22.02.2019, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., și convențional, de avocat ..., cu sediul în municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Țevi și fitinguri din polietilenă de înaltă densitate pentru apa potabilă (PE)”, cod CPV 44164310-3 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul municipiul ... și a solicitat următoarele:

- «în principal, obligarea autorității contractante să emită un act/să adopte măsurile de remediere necesare restabilirii legalității:

a) prin eliminarea din documentația de atribuire - caiet de sarcini, a următoarelor condiții impuse în cadrul punctului 5 „Caracteristici tehnice generale”;

- la punctul 5.1. vizând obligativitatea ca, pentru realizarea sudurilor prin electrofuziune cu piese de electrofuziune ofertate (mufe, teuri de branșament, coturi, reducții, dopuri) „acestea să fie compatibile cu aparatul de sudură FRIAMAT BASIC”;
- la punctul 5.3. care prevede ca „Pentru realizarea sudurii prin electrofuziune cu piesele de electrofuziune ofertate (mufe, teuri de branșament, coturi, reducții, dopuri) se impune ca rezistența de încălzire să fie semiîngropată (neacoperită). Rezistența semiîngropată în corpul

produsului a cărei îmbinare se va realiza prin electrofuziune trebuie să fie expusă pentru a fi asigurat transferul optim de căldură și a se realiza sudura în siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare. Spira de sudură expusă, neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul în proporție de peste 60%. Se vor prezenta documente oficiale emise de producător prin care să se garanteze realizarea sudurilor fitingurilor în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare";

sau

b) prin modificarea și/sau completarea caietului de sarcini, astfel încât autoritatea 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»;

- 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:

În ceea ce privește specificațiile tehnice menționate la pct. 5.1. din caietul de sarcini, care menționează în mod expres obligativitatea ca, pentru realizarea sudurilor prin electrofuziune cu piese de electrofuziune ofertate (mufe, teuri de branșament, coturi, reducții, dopuri), acestea să fie compatibile cu aparatul de sudură FRIAMAT BASIC, SC ...SRL consideră cerința de natură a încălca dispozițiile art. 165 alin. (6) și cele ale art. 166 alin. (2) și (3) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă favorizând unele categorii de operatori economici și restrângând accesul altora la procedură.

Referitor la cerința de la pct. 5.3. care prevede ca „Pentru realizarea sudurii prin electrofuziune cu piesele de electrofuziune ofertate (mufe, teuri de branșament, coturi, reducții, dopuri) se impune ca rezistența de încălzire să fie semiîngropată (neacoperită). Rezistența semiîngropată în corpul produsului a cărei îmbinare se va realiza prin electrofuziune trebuie să fie expusă pentru a fi asigurat transferul optim de căldură și a se realiza sudura în siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare. Spira de sudură expusă, neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în materialul în proporție de peste 60%. Se vor prezenta documente oficiale emise de producător prin care să se garanteze realizarea sudurilor fitingurilor în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/ rigidizare", contestatoarea consideră că și aceasta este de natură a restrânge nejustificat accesul operatorilor economici la procedură.

Astfel, cu privire la condiția referitoare la fitingurile de electrofuziune, a căror spiră trebuie să fie expusă neacoperită în proporție de minim 30%, încastrată în material în proporție de peste 60%, pentru a asigura un transfer optim de căldură, contestatoarea susține că aceasta poate fi îndeplinită de un singur producător, Friatec,

respectiv exclusiv de distribuitorii acestui producător, doar produsele ofertate de acesta având strict aceste specificații.

Contestatoarea învederează că standardul de produs, în ceea ce privește piesele de electrofuziune vizate în specificația de la pct. 5.3, 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 sudură în siguranță sunt realizate în condițiile prezentate de agrementul tehnic avizat, această specificație fiind, în opinia contestatoarei, inutilă și nepertinentă pentru efectuarea unor suduri, în condiții de siguranță optimă și de calitate, fiind menită denaturării principiului liberei concurențe.

În ceea ce privește spira de sudură, SC ...SRL subliniază că specificațiile constructive și dimensionale ale fitingurilor ofertate de societatea sa sunt conforme cu standardul european SR EN 1555-3.

În legătură cu această specificație, contestatoarea face trimitere la opiniile de specialitate, respectiv Raport de examinare - Conf. Dr. Ing. Eugen Avrigean.

O altă specificație considerată de contestatoare că încalcă dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016 este cea care impune ca „Producătorul trebuie să prezinte documentația oficială care să garanteze realizarea sudurii fitingurilor 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 să ateste că o gamă are sau nu nevoie de cleme de sudură". Sub acest aspect, contestatoarea apreciază că această cerință poate fi îndeplinită exclusiv printr-o declarație pe proprie răspundere a producătorului, nefiind în niciun caz un argument de natură tehnică.

Astfel, caracteristicile tehnice relevante în speță, susține contestatoarea, sunt cele descrise în normele europene EN 1555 și EN 12201, specificațiile constructive și dimensionale ale mufelor de electrofuziune comercializate de societatea sa fiind conforme cu standardul european, deși spira de sudură a produselor Fusion nu este descoperită în proporție de min. 30% ci îngropată în proporție mai mare de 60%.

SC ...SRL remarcă faptul că furnizorul produselor Friatec a fost favorizat de această specificație tehnică prevăzută și în alte caiete de sarcini, prin impunerea acesteia entitatea contractantă neputând contracta în condiții de eficiență economică, criteriul de atribuire neputând fi „prețul cel mai scăzut".

În dovedirea contestației sale, SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, o serie de înscrisuri.

Având în vedere contestația formulată de SC ...SRL, în temeiul art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 6557/263 C5/20.02.2019, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul de 31.000 lei, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de

procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a mai solicitat SC ...SRL transmiterea contestației și a împuternicirii avocațiale a dnei. Av. Bianca Plitea, ambele în original, precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația și pe care susține că le are atașate.

Prin corespondența nr. 18865/21.02.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 6905/22.02.2019, contestatoarea SC ...SRL a prezentat, în original, recipisa de consemnare nr. 205263000/1 din 21.02.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Sibiu, în valoare de 31.000 lei.

Entitatea contractantă ... a transmis, prin adresa nr. 6634/22.02.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 7051/ 25.02.2019, punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de documentele din dosarul achiziției publice.

Prin punctul său de vedere, entitatea contractantă consideră că motivele prezentate în contestație sunt neîntemeiate, în fapt și în drept, solicitând respingerea acesteia ca fiind nefondată.

Referitor la specificațiile tehnice menționate la punctul 5.1 din caietul de sarcini, entitatea contractantă precizează că acestea au fost solicitate întrucât instituția sa deține mai multe aparate de sudat Friamat Basic care deservesc municipiile Galați și Tecuci, orașele Târgu Bujor și Berești, cât și 25 de UAT-uri de pe raza județului Galați, având salariați instruiți special pentru a lucra cu acest tip de aparat, prin urmare piesele ce trebuie achiziționate trebuie să fie compatibile cu aparatul din dotare.

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

În ceea ce privește specificațiile tehnice menționate la punctul 5.3 din caietul de sarcini - Specificații piese electrofuziune, entitatea contractantă aduce la cunoștință că dorește să achiziționeze produse care îi sunt necesare activității sale și care sunt caracterizate prin specificațiile tehnice enumerate în caietul de sarcini, iar renunțarea la acestea conduce la achiziționarea unui alt produs care nu ar mai corespunde necesității sale.

Cu privire la spira de sudură, se arată că electrofuziunea este un proces de sudare a două piese de PEHD, care constă în încălzirea spirei metalice încorporate pe suprafața interioară a fitingului, având ca efect topirea stratului superficial de polietilenă a pieselor și realizarea sudurii, având rezistența descoperită pentru un transfer termic optim, adâncime de mare 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. De asemenea, entitatea contractantă susține că un alt avantaj al fitingurilor cu spira expusă este faptul că sudura se face fără utilizarea dispozitivelor de fixare și rigidizare a pieselor pe perioada sudării.

Referitor la susținerea contestatoarei privind încălcarea prevederilor art. 165 din Legea nr. 99/2016, ... subliniază că pe piața de profil sunt mai mulți producători de piese cu specificații similare celor solicitate prin documentația de atribuire.

Având în vedere afirmația contestatoarei, potrivit căreia specificațiile tehnice din caietul de sarcini trebuiau însoțite de mențiunea „oferte similare, alternative sau echivalente", entitatea contractantă face precizarea că nu s-a făcut trimitere la niciun standard, producător, normă, performanțe tehnice, astfel că specificațiile tehnice nu pot fi demonstrate prin echivalență din următoarele considerente:

- piesele cu spiră încorporată nu sunt echivalente celor cu spiră expusă, avantajele pieselor cu spira expusă fiind net superioare, astfel că nu pot fi echivalente;

- cuplajele de largă toleranță fără deviere unghiulară nu sunt echivalente cuplajelor de largă toleranță cu deviere unghiulară, astfel că cuplajele fără toleranță nu pot fi utilizate în locul celor cu toleranță.

În final, entitatea contractantă invocă jurisprudența Consiliului, solicitând, totodată, respingerea contestației, ca fiind neîntemeiată.

Prin corespondența nr. 7217/27.02.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 7379/27.02.2019, entitatea contractantă ... a remis documente probante în susținerea afirmațiilor referitoare la faptul că există și alți agenți economici care comercializează piesele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv referitoare la dovada deținerii aparatelor de sudură Friamat Basic.

Prin adresa nr. 7449/263 C5/27.02.2019, Consiliul a informat contestatoarea despre faptul că poate transmite susțineri referitoare la punctul de vedere formulat de entitatea contractantă ... în referire la contestația sa.

SC ...SRL a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 7693/28.02.2019, prin care a învederat faptul că menționarea, de către entitatea contractantă, a aparatului de sudură nu poate fi echivalată cu o specificație tehnică, cu o cerință, prescripție, caracteristică de natură tehnică, arătând că aceasta a folosit fitingurile Fusion ani la rând, fără nicio problemă și fără să se fi făcut vreo observație privind compatibilitatea fitingurilor FUSION cu oricare din aparatele de sudură deținute de ....

Contestatoarea consideră că entitatea contractantă nu deține doar aparate Friamat Basic ci are în dotare și alte aparate de sudură de electrofuziune, astfel încât ar fi putut să facă o specificație tehnică și pentru compatibilitatea cu alte aparate de sudură. Contestatoarea susține că toate fitingurile, indiferent de producător, sunt sudate prin citirea unui cod de bare aflat pe o etichetă lipită de fiting, iar aparatul

Friamat Basic are un cititor de cod de bare și poate citi și suda orice tip de fiting care are un cod de bare conform normelor europene.

În consecință, contestatoarea își menține punctul de vedere, potrivit căruia specificația tehnică privitoare la compatibilitatea cu aparatul Friamat Basic are doar rolul de a limita liberul acces al operatorilor economici la licitație.

În ceea ce privește punctul de vedere cu privire la cea de-a doua critică referitoare la pct. 5.3. din caietul de sarcini, contestatoarea observă că entitatea contractantă nu aduce niciun argument concret cu privire la avantajele tehnice care îndeplinesc cerința, susținând că prin aceste specificații tehnice se face rabat de la normele EU și naționale, prin eliminarea celor care îndeplinesc aceste standarde. Deși, entitatea contractantă susține că nu s-a făcut trimitere la niciun standard, producător, normă, performanțe tehnice, contestatoarea apreciază că această susținere este contrazisă de prevederile caietului de sarcini (pag. 1, pct. 5).

Astfel, SC ...SRL susține că ceea ce s-a solicitat la pct. 5.3 din caietul de sarcini nu este o specificație tehnică ci doar o descriere a produsului unui producător având singurul scop, de a opri participarea concurenței 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. Autoarea contestației precizează că 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.

În ceea ce privește susținerea entității contractante, potrivit căreia, pe piața de profil există mai mulți producători cu specificații similare, contestatoarea o consideră nereală, întrucât nu se pot numi 3 producători de fitinguri prezenți în România în afară de Friatec care au produse cu spiră îngropată 60% și liberă 30%, iar „experiența practică de lucru” nu are la bază niciun document sau studiu comparativ, „fiind doar un motiv inventat pentru a impune o specificație tehnică care nu are susținere practică”.

În raport de cele mai sus precizate, contestatoarea reiterează faptul că 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 in condițiile de preț impuse de producătorul favorizat de aceste cerințe, criteriul de atribuire nefiind „prețul cel mai scăzut”, prevăzut în anunțul de participare.

... a remis, prin adresa nr. 8531/06.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 8435/06.03.2019, precizări la punctul său de vedere, arătând că există pe piață producători care întrunesc caracteristici tehnice similare (spira descoperită, compatibilitatea efectuării sudurilor cu aparatul Friamat Basic din dotare), făcând trimitere, astfel, la anumite site-uri în acest sens (www.radius-systems.com, www.eurostandard.it/english/, www.dokerler.com/giris, www.stp-

fitings.cz/index.php?=catal&group61&lang=ROM, www. metroterm.md/fitinguri-electrofusiune-4-474?minPrice=4218&otions = 118&).

Entitatea contractantă evidențiază faptul că presupusele obstacole nejustificate contestate sunt în fapt rezultatul unor soluții tehnice de actualitate, dezvoltate și implementate de unii producători cu scopul de a satisface și de a răspunde necesităților și particularităților cu care se confruntă operatorii de distribuție de apă potabilă.

... a transmis, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 8531/07.03.2019, procesul verbal privind evaluarea garanțiilor de participare înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 7992/05.03.2019.

Prin adresa nr. 8563/263 C5/07.03.2019, Consiliul a informat contestatoarea că poate transmite susțineri cu privire la adresele nr. 7217/27.02.2019 și nr. 8531/06.03.2019, înregistrate la CNSC sub nr. 7379/27.02.2019, respectiv, sub nr. 8435/06.03.2019, reprezentând completări la punctul de vedere.

Contestatoarea a răspuns prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și fax, înregistrată la CNSC sub nr. 8714/08.03.2019 și, respectiv, sub nr. 8722/08.03.2019, apreciind că susținerea entității contractante „referitoare la agenții economici (site-uri) este nefondată”, întrucât aceștia nu cumulează cerințele de la pct. 5.3 din caietul de sarcini.

Astfel, contestatoarea observă că producătorii menţionaţi de entitatea contractanta susţin, în manualele lor de utilizare, că folosirea clemelor este obligatorie, ceea ce exclude îndeplinirea cerinţei privind prezentarea documentelor oficiale emise de producător prin care garantează realizarea sudurilor fitingurilor în condiţii de siguranţă, fără utilizarea dispozitivele de fixare/rigidizare. Raportul de 60% îngropat și 30% descoperit pentru spira de sudură nu este menționat nicăieri la aceşti producători, astfel încât să se concluzioneze că se încadrează în cerinţele tehnice solicitate.

De altfel, contestatoarea arată că producătorii menţionaţi recomandă sudura între alte intervale de temperatură decât cele solicitate în caietul de sarcini, respectiv -10 gr. și +40 gr. C.

Contestatoarea menționează că Friatec produce fitinguri cu spiră expusă de peste 20 ani, prin urmare, argumentul unor soluţii tehnice de actualitate este neverosimil.

În ceea ce priveşte deţinerea de către achizitor a aparatului de sudură Friamat Basic, contestatoarea precizează că societatea sa nu a contestat că entitatea contractantă ar avea în dotare aparate tip Friamat, ci a pus sub semnul întrebării dacă nu cumva mai au în dotare și aparate de sudură de la alți producători.

Având în vedere cele prezentate, contestatoarea își menține opinia cu privire la faptul că cerințele caietului de sarcini încalcă prevederile art. 165 alin. (2) și alin. (6) și art. 166 din Legea nr. 99/2016 și depune în susținere informații de pe site-urile producătorilor Eurostrandard, Radius și Tega.

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

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Țevi și fitinguri din polietilenă de înaltă densitate pentru apa potabilă (PE)”, cod CPV 44164310-3 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 04.03.2019, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 1.550.000 lei.

Din conținutul contestației rezultă faptul că aceasta vizează două prevederi ale caietului de sarcini aferent anunțului de participare simplificat nr. SCN1038696/14.02.2019.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), la data de 21.01.2019, înregistrată la Consiliul sub nr. 6797/21.02.2019 și, ulterior, prin adresa nr. 18865/21.02.2019, înregistrată la Consiliul sub nr. 6905/22.02.2019, transmisă prin Poșta Română, contestatoarea a făcut dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus la dosarul cauzei, inițial în copie și, ulterior în original, recipisa de consemnare nr. 205263000/1 din data de 21.02.2019 emisă de CEC Bank – Sucursala Sibiu în valoare de 31.000,00 RON.

Raportat la dispozițiile legale incidente, cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia* ***cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o,* ***nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”].

Verificând stadiul procedurii de atribuire în cauză, Consiliul constată că SC ... SRL nu a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, iar

entitatea contractantă nu a înțeles să suspende prezenta procedură de atribuire, din proprie inițiativă, astfel încât termenul limită pentru primirea ofertelor s-a împlinit la data de 04.03.2019 ora 15:00.

Așa cum rezultă din Procesul verbal privind evaluarea garanții de participare, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 7992/05.03.2019, depus la dosarul cauzei, în prezenta procedură au depus oferte trei operatori economici printre care și contestatoarea ... SRL.

Din conținutul contestației rezultă că aceasta vizează următoarele cerințe ale caietului de sarcini:

- compatibilitatea pieselor de electrofusiune cu aparatul de sudură existent în dotare, respectiv FRIAMAT BASIC;

- rezistența de încălzire a pieselor de electrofusiune să fie semiîngropată (neacoperită), iar spira de sudură expusă, neacoperită în proporție de min. 30%, încastrată în material, în proporție de peste 60%, „rezistența semiîngropată în corpul produsului a cărui îmbinare se va realiza prin electrofusiune trebuie să fie expusă pentru a fi asigurat transferul optim de căldură și sudură în siguranță. Se vor prezenta documente oficiale emise de producător prin care să se garanteze realizarea sudurilor fitingurilor în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/ rigidizare".

În cadrul contestației, autoarea acesteia solicită Consiliului obligarea entității contractante să emită un act/să adopte măsurile de remediere necesare restabilirii legalității „prin modificarea și/sau completarea caietului de sarcini, astfel încât autoritatea 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".

În analiza acestei solicitări a contestatoarei, 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 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".

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

Articolul 166 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, invocat de către contestatoare stipulează următoarele: *„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".*

Analizând modul în care entitatea contractantă a stabilit în prezenta procedură de atribuire specificațiile 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 nu sunt incidente dispozițiile art. 166 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, prin urmare nu pot fi 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.

Analizând prima critică a contestatoarei referitoare la solicitarea ca piesele de electrofusiune ofertate pentru realizarea sudurilor prin electrofusiune să fie compatibile cu aparatul de sudură FRIAMAT BASIC, Consiliului constată că aceasta este nefondată, având în vedere argumentele care urmează.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016, specificaţiile tehnice reprezintă *„cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesităţii entităţii contractante*", iar potrivit art. 165 alin. (1) din același act normativ *„Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi*

definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei”.

Caietul de sarcini conţine, potrivit art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, *„în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv,* ***în aşa manieră încât să corespundă necesităţii entităţii contractante”.***

Aceste prevederi legale dovedesc faptul că entitatea contractantă este singura în măsură să-şi stabilească propriile necesităţi, deci să aprecieze relevanţa unei specificaţii tehnice sau avantajele impunerii anumitor specificaţii, în speţă, având incidenţă şi principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, conform căruia entitatea contractantă este responsabilă pentru deciziile şi acţiunile realizate în procesul de achiziţie, orice achiziţie care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor.

În speță, potrivit susținerilor entității contractante, menționate în punctul de vedere, confirmate de documentele depuse la dosarul cauzei (situația stocurilor la nivelul lunii februarie 2019, facturi privind achiziționarea aparatelor de sudat FRIAMAT BASIC), aceasta deține mai multe aparate de sudat FRIAMAT BASIC, rezultând astfel că specificația tehnică criticată reflectă, în fapt, nevoile entității contractante care deține aceste aparate de sudat FRIAMAT BASIC.

În aceste condiții, critica privind acest aspect apare ca fiind nefondată și va fi respinsă.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la caracterul restrictiv al specificației tehnice potrivit căreia „spira de sudură expusă” trebuie să fie „neacoperită în proporție de min. 30%, încastrată în material, în proporție de peste 60%”, Consiliul constată că aceasta este nefondată, așa cum rezultă din considerentele care urmează.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016, specificaţiile tehnice reprezintă „*cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesităţii entităţii contractante*”, iar potrivit art. 165 alin. (1) din același act normativ *„Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei”.*

Caietul de sarcini conţine, potrivit art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, *„în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv,* ***în aşa manieră încât să corespundă necesităţii entităţii contractante”.***

Aceste prevederi legale dovedesc faptul că entitatea contractantă este singura în măsură să-şi stabilească propriile necesităţi, deci să aprecieze relevanţa unei specificaţii tehnice sau avantajele impunerii anumitor specificaţii, în speţă, având incidenţă şi principiul asumării

răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, conform căruia entitatea contractantă este responsabilă pentru deciziile şi acţiunile realizate în procesul de achiziţie, orice achiziţie care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor.

În cadrul punctului de vedere, entitatea contractantă a menționat următoarele: *„ (...) Cu privire la spira de sudură, precizăm faptul că electrofuziunea este un proces de sudare a două piese de PEHD, care constă în încălzirea spirei metalice încorporate pe suprafața interioară a fitingului, având ca efect topirea stratului superficial de polietilenă a pieselor și realizarea sudurii, având rezistența descoperită pentru un transfer termic* optim*, adâncime de mare 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.*

Un alt avantaj al fitingurilor cu spira expusă este faptul că sudura se face fără utilizarea dispozitivelor de fixare și rigidizare a pieselor pe perioada sudării".

În speță, Consiliul constată, în primul rând, faptul că autoarea contestației nu a făcut dovada faptului că cerința are un caracter restrictiv și poate fi îndeplinită doar de un anumit ofertant, situație în care concurența ar fi fost afectată sau dovada faptului că piesele cu spiră încorporată și cele cu spiră expusă prezintă același avantaj pentru entitatea contractantă, 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).

Astfel, Consiliul constată că, deși, prin completarea punctului de vedere, entitatea contractantă a invocat existența pe piața de profil a mai multor producători de piese de genul celor solicitate în prezenta procedură de atribuire, autoarea contestației a formulat apărări doar în legătură cu doi dintre producătorii invocați de entitatea contractantă, neînlăturând, astfel, toate probele propuse de entitatea contractantă.

Potrivit art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, contestația se formulează în scris şi trebuie să conțină, printre altele, „mijloacele de probă pe care se sprijină contestaţia, în măsura în care este posibil", iar în speță, autoarea contestației nu a probat susținerea sa referitoare la existența pe piață a unui singur producător al produselor cu specificațiile criticate, și nici nu a combătut toate apărările entității contractante.

În al doilea rând, trimiterea contestatoarei la opinia de specialitate emisă de dl. Eugen Avrigean („Raport de examinare") nu poate fi reținută ca relevantă analizării prezentei critici, în condițiile în care aceasta nu demonstrează caracterul restrictiv al specificației tehnice criticate ci analizează în mod comparativ mufele de propilenă produse de Fusion și Friatec, această opinie neavând, oricum, un caracter exhaustiv.

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.

Având în vedere aspectele mai sus reţinute, Consiliul consideră că entitatea contractantă nu a restricționat participarea operatorilor economici, critica fiind neîntemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la mențiunea *„Se vor prezenta documente oficiale emise de producător, prin care se garantează realizarea sudurilor fitingurilor în condiții de siguranță, fără utilizarea dispozitivelor de fixare/rigidizare”,* Consiliul apreciază că aceasta este nefondată, în condițiile în care din conținutul cerinței criticate rezultă că entitatea contractantă stabilit ca documentul solicitat să fie emis de producător, acesta putând fi, așa cu susține și contestatoarea, și o declarație pe proprie răspundere referitoare la aspectele solicitate, neputându-se astfel reține încălcarea dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016, fiind redundantă modificarea acestei cerințe.

Consiliul nu poate reține ca relevante în soluționarea contestației, susținerile contestatoarei referitoare la indicarea în cadrul caietului de sarcini, a unor standarde, având în vedere faptul că, așa cum rezultă din caietul de sarcini, aceasta fac referire la „polietilena de înaltă densitate PE”, deci la alte aspecte decât cele analizate de Consiliu.

Consiliul va respinge ca inadmisibile susținerile contestatoarei referitoare la intervalul de temperatura în cadrul căruia este recomandată realizarea sudurii, aceste susțineri neregăsindu-se în cadrul contestației, în speță fiind incidente dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„ (3) 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 contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia*”].

Capătul subsidiar de cerere privind anularea procedurii, va fi respins de Consiliu, în speță, nefiind incidente niciuna din situațiile prevăzute de art. 212 din Legea nr. 98/2016.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **..**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.