



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 1943/C3/2129

Data: 22.10.2020

Prin contestația nr. 175/ADM/30.09.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42390/30.09.2020, înaintată de SA, cu sediul în, județul și adresa de corespondență în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin Romolus Povian, director general, formulată împotriva documentației de atribuire elaborate de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de „Proiectare și execuție în cadrul proiectului Reabilitare și modernizare sistem de iluminat public, în localitatea Fântânele, ..., județul,”, ce a fost inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1075607/23.09.2020, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 175/ADM/30.09.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42390/30.09.2020, ... SA atacă prevederile caietului de sarcini (paginile 10, 13 și 15) elaborate de autoritatea contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, referitoare la licența de marcă, pe care le consideră neclare, lipsite de obiectivitate și discriminatorii.

Pe de o parte, contestatorul reclamă faptul că autoritatea contractantă nu specifică tipul licenței de marcă solicitat, mulțumindu-se să menționeze o sintagmă de tip general intitulată *licență de marcă*, sintagmă ce nu apare printre definițiile din cuprinsul Legii nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice. Articolul 2 din acest act definește

marca drept „orice semn, cum ar fi cuvintele, inclusiv numele de persoane sau desenele, literele, cifrele, culorile, elementele figurative, forma produsului sau a ambalajului produsului sau sunetele, cu condiția ca aceste semne să fie capabile:

a) să distingă produsele sau serviciile unei întreprinderi de cele ale altor întreprinderi; și

b) să fie reprezentate în Registrul mărcilor într-un mod care să permită autorităților competente și publicului să stabilească cu claritate și precizie obiectul protecției conferite titularului lor”.

În continuare, la art. 49 din aceeași lege, se menționează că „titularul mărcii poate, în baza unui contract de licență, să autorizeze terții să folosească marca pe întreg teritoriul României sau pe o parte a acestuia, pentru toate sau numai pentru o parte dintre produsele ori serviciile pentru care marca a fost înregistrată”.

Astfel, apreciază contestatorul, în mod evident această cerință este neclară, având în formularea existentă un spectru larg de aplicabilitate, situație ce poate genera confuzie printre posibili ofertanți.

Pentru a demonstra lipsa caracterului obiectiv al cerinței privitoare la conformitatea produselor puse pe piață, contestatorul invocă dispozițiile Directivei 30/2014/ EU și ale Anexei II Modulul A, respectiv ale Directivei 35/2014 /EU și anume:

Declarația UE de conformitate

(1) *Declarația UE de conformitate atestă faptul că îndeplinirea cerințelor esențiale prevăzute în anexa I a fost demonstrată.*

(2) *Declarația UE de conformitate se structurează după modelul prevăzut în anexa IV, conține elementele specificate în modulele relevante din anexele II și III și se actualizează constant. Aceasta se traduce în limba (limbile) impusă (impuse) de statul membru în care aparatul este introdus pe piață sau pus la dispoziție pe piață.*

(3) *În cazul în care un aparat intră sub incidența mai multor acte ale Uniunii prin care se solicită o declarație UE de conformitate, se redactează o singură declarație UE de conformitate în legătură cu toate aceste acte ale Uniunii. Declarația respectivă conține identificarea actelor în cauză ale Uniunii, inclusiv referințele de publicare ale acestora.*

ANEXA II

MODULUL A: CONTROLUL INTERN AL PRODUCȚIEI

4. Fabricația

Producătorul ia toate măsurile necesare pentru ca procesul de fabricație și monitorizarea acestuia să asigure conformitatea aparatelor fabricate cu documentația tehnică menționată la punctul 3 din prezenta anexă și cu cerințele esențiale prevăzute în anexa I punctul 1.

5. Marcajul CE și declarația UE de conformitate

5.1. Producătorul aplică marcajul CE pe fiecare aparat care satisface cerințele aplicabile ale prezentei directive.

5.2. Producătorul întocmește o declarație EU de conformitate, scrisă pentru un model de aparat, și o păstrează împreună cu

documentația tehnică la dispoziția autorităților naționale, pe o perioadă de 10 ani după introducerea pe piață a aparatului. Declarația UE de conformitate identifică aparatul pentru care a fost întocmită.

O copie a declarației UE de conformitate este pusă la dispoziția autorităților relevante, la cerere (extrase din Directiva 2014/30, UE).

Declarația UE de conformitate

(1) Declarația UE de conformitate atestă faptul că îndeplinirea obiectivelor privind securitatea, menționate la articolul 3, și prevăzute în anexa I, a fost demonstrată (extras din Directiva 2014/35/UE).

Totodată, contestatorul reclamă caracterul discriminatoriu al cerinței atacate, neconcordant cu dispozițiile art. 49 din HG nr. 395/2016.

Pe de altă parte, contestatorul arată că, în România, există doar trei firme care activează în domeniul iluminatului public, și care dețin dreptul de folosință a unor *mărci de certificare*, nicidecum licență de marcă privind modul de fabricație. De altfel, aceste societăți nu dețin laboratoare proprii specializate în domeniul luminotehnic, mecanic, chimic. Or, interesul autorității contractante trebuie să fie acela de a achiziționa produse de calitate înaltă, de la societăți cu capacitate de producție, capabile de a îndeplini obiectul contractului în termenii asumați, nu de a împiedica o participare cât mai extinsă a diverșilor ofertanți.

În încheiere, contestatorul invocă prevederi ale *Îndrumarului metodologic pentru formularea criteriilor legate de standarde în documentațiile de atribuire*, elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în colaborare cu ASRO - Organismul Național de Standardizare.

Prin adresa nr. 13280/05.10.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 43033/05.10.2020, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia ca tardivă.

În susținerea excepției de tardivitate a contestației, autoritatea contractantă precizează că aceasta a fost înaintată după expirarea termenului de 5 zile de la publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat aferent procedurii atacate.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de „Proiectare și execuție în cadrul proiectului Reabilitare și modernizare sistem de iluminat public, în localitatea Fântânele, ..., județul, prin publicarea, la 23.09.2020, a anunțului de participare nr. SCN1075607J, precum și a documentației de atribuire.

Împotriva prevederilor caietului de sarcini (paginile 10, 13 și 15) referitoare la licența de marcă, pe care le consideră neclare, lipsite de

obiectivitate și discriminatorii, ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând eliminarea lor.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206553251/1, în valoare de 10.197 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 02.10.2020.

Având a analiza, cu prioritate, excepția de tardivitate a contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia ei.

În fapt, contestatorul a atacat unele prevederi ale caietului de sarcini, publicat în SEAP la data de 23.09.2020. Contestația a fost transmisă și înregistrată, atât la autoritatea contractantă cât și la CNSC, în 30.09.2020, respectiv în a 7-a zi de la publicarea documentației de atribuire în SEAP, deci cu respectarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările aduse de OUG nr. 114/2020:

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Consiliul constată că autoritatea contractantă, în punctul de vedere, în mod eronat, s-a raportat la termenul de 5 zile, care a fost modificat în 13.07.2020, când a intrat în vigoare OUG nr. 114/2020.

La analiza pe fond a cauzei, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă, în caietul de sarcini, a solicitat următoarele:

- la pag. 10: *Vor fi prezentate spre examinare: pentru materialele folosite: (...) Declarații/certificatul de conformitate de la producător, din care sa rezulte caracteristicile tehnice solicitate și conformitatea cu standardele în vigoare, în baza Certificatelor de conformitate și a Licențelor de marca emisa de un organism de certificare, acreditat de un organism de certificare recunoscut la nivel European;*

- la pag.13- *Documente care să ateste respectarea condițiilor tehnice Aparatelor/Corpuri de iluminat (inclusiv componentele acestuia):*

(...) Declarații/certificatul de conformitate de la producător, din care sa rezulte caracteristicile tehnice solicitate și conformitatea cu standardele in vigoare, in baza Certificatelor de conformitate si a Licențelor de marca emisa de un organism de certificare, acreditat de un organism de certificare recunoscut la nivel European;

- pag. 15- Aspectele deosebit de importante în vederea aprecierii soluției tehnice propuse vor fi: puterea electrică instalată, Randamentul luminos sau eficienta luminoasa, Fluxul luminos a aparatelor de iluminat utilizate pentru modernizare. Obligatoriu aceasta va fi calculată de fiecare ofertant.

(...) Nota: pentru conformitate, Certificatele de conformitate si Licențele de marca pentru aparatele de iluminat stradale cu LED-uri vor fi prezentate in original sau copie legalizata.

Până la data emiterii prezentei decizii, autoritatea contractantă nu a formulat vreo justificare din care să rezulte nevoia includerii, în propunerea tehnică, a *Licențelor de marcă*, solicitate prin caietul de sarcini.

Contrar prevederilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 [*Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute*], autoritatea contractantă nu a trimis niciun punct de vedere față de cererea contestatorului de eliminare, din documentația de atribuire, a licenței de marcă.

Consiliul reține că, prin contractul de proiectare și execuție, supus achiziției, autoritatea contractantă dorește (așa cum s-a menționat în caietul de sarcini):

- Modernizarea iluminatului public din localitatea Fantanele prin înlocuirea lămpilor cu vapori de mercur existente pe PTA1, cu lămpi de iluminat ce au la baza tehnologie LED cu grad de eficienta ridicat - 144 buc;

- Realizare circuit de iluminat nr. 1 in LEA j.t utilizând 2 stâlpi existenți (pe marginea DJ106E) si LES j.t. utilizând stâlpi metalici noi pe DC64 intrarea nr. 1, cu alimentare dintr-o cutie de distributie iluminat public proiectata (punct iluminat), racordata in BMPM existent amplasat pe stâlpul cu PTA Fantanele 2-63kVA;

- Realizare circuit de iluminat nr. 2, in LES j.t, utilizând stâlpi metalici noi pe DC 64 intrare nr. 2, in loc Fantanele, cu alimentare dintr-o cutie de distributie iluminat public, racordata la BMPM existent amplasat pe stâlpul cu PTA Fantanele 2-63kVA;

- Modernizare circuit iluminat existent din zona DJ106E, spre Sibiel, prin înlocuirea lămpilor existente cu montarea de corpuri noi cu LED;

- Realizare circuit nou pe stâlpii existenți din zona DJ106E, spre Orlat si montare de corpuri de iluminat cu LED.

Lucrarea fiind din domeniul electric, conformitatea produselor din cadrul ei este supusă Directivei 2014/35/UE a Parlamentului European și a Consiliului unde, la considerentele 22-24, se precizează:

(22) Pentru a asigura accesul efectiv la informații în scopul supravegherii pieței, informațiile necesare pentru identificarea tuturor actelor aplicabile ale Uniunii ar trebui să fie disponibile într-o declarație UE de conformitate unică. Pentru a reduce sarcina administrativă pentru operatorii economici, declarația UE de conformitate unică poate fi un dosar care să cuprindă declarațiile de conformitate individuale relevante.

(23) Marcajul CE, ca indicație a conformității echipamentelor electrice, este consecința vizibilă a unui întreg proces cuprinzând evaluarea conformității în sens larg. Principiile generale care reglementează marcajul CE sunt prevăzute în Regulamentul (CE) nr. 765/2008. Normele care reglementează aplicarea marcajului CE ar trebui prevăzute în prezenta directivă.

(24) Pentru securitatea juridică, este necesar să se clarifice faptul că normele privind supravegherea pieței Uniunii și controlul produselor care intră pe piața Uniunii prevăzute în Regulamentul (CE) nr. 765/2008 se aplică echipamentelor electrice. Prezenta directivă nu ar trebui să împiedice statele membre să aleagă autoritățile competente pentru îndeplinirea sarcinilor respective.

Prevederi din Regulamentul (CE) nr. 765/2008 se regăsesc în Ordonanța nr. 20/2010 privind stabilirea unor măsuri pentru aplicarea unitară a legislației Uniunii Europene care armonizează condițiile de comercializare a produselor (cap. II din ordonanță fiind alocat *Evaluarea conformității*).

La art. 15 din Directiva 2014/35/UE, legiuitorul european definește rolul *Declarația UE de conformitate*:

(1) Declarația UE de conformitate atestă faptul că îndeplinirea obiectivelor privind securitatea menționate la articolul 3 și prevăzute în anexa I a fost demonstrată.

(2) Declarația UE de conformitate se structurează după modelul prevăzut în anexa IV, conține elementele specificate în modulul A din anexa III și se actualizează constant. Aceasta se traduce în limba (limbile) impusă (impuse) de statul membru pe piața căruia sunt introduse sau puse la dispoziție echipamentele electrice.

(3) În cazul în care echipamentele electrice intră sub incidența mai multor acte ale Uniunii prin care se solicită o declarație UE de conformitate, se întocmește o singură declarație UE de conformitate în temeiul tuturor acestor acte ale Uniunii. Declarația respectivă conține identificarea actelor în cauză ale Uniunii, inclusiv referințele de publicare ale acestora.

(4) Prin întocmirea declarației UE de conformitate, producătorul își asumă responsabilitatea pentru conformitatea echipamentelor electrice cu cerințele stabilite în prezenta directivă.

Conform anexei III din directiva antementionată, printre documentele pe baza căreia se emite declarația de conformitate nu se află licența de marcă.

Contrar prevederilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 *[Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute]*, autoritatea contractantă nu a trimis niciun punct de vedere față de cererea contestatorului de eliminare, din documentația de atribuire, a licenței de marcă.

Așadar, conformitatea produselor electrice se poate demonstra printr-o declarație de conformitate. Solicitarea unui alt document este de prisos, iar pentru participarea la procedura simplificată constituie o condiție nejustificată și restrictivă, impusă operatorilor economici.

În plus, legislația referitoare la punerea pe piață a produselor, respectiv la evaluare conformității lor, nu face referire la documentul "licență de marcă", solicitat prin caietul de sarcini contestat.

Pentru dovedirea conformității produselor/materialelor/ echipamentelor, autoritatea contractantă poate solicita unul dintre documentele prevăzute la art. 158 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să furnizeze un raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformității sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă care să ateste conformitatea produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziției cu cerințele sau criteriile stabilite prin specificațiile tehnice, factorii de evaluare sau condițiile de executare a contractului.*

Potrivit acestei prevederi, *licența de marcă* nu se regăsește printre actele enumerate de legiuitor, iar solicitarea, prin caietul de sarcini, a unui alt document, în afara certificatului de conformitate conduce la încălcarea dispozițiilor art. 50 din Legea nr. 98/2016:

(1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

(2) *În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.*

Văzând caracterul restrictiv al acestei cerințe, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința referitoare la „licența de marcă”, în maxim 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de SA în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința referitoare la "licența de marcă", în maxim 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....