CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 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. 790/11.08.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în …, județul …, înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. …, având CUI …, reprezentată legal prin administrator ing. …, împotriva documentației de atribuire, emisă de ..., cu sediul în …, județul …, autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție având ca obiect ***„...”***, coduri …, s-au solicitat obligarea autoritatii contractante la remedierea documentaţiei de atribuire cu remedierea cerinţei restrictive cu privire la autorizarea de la producător și dispunerea măsurii provizorii de suspendarea procedurii de atribuire pana la soluţionarea contestaţiei.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia nr. 790/11.08.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …/…, S.C. ... S.R.L. critică documentația de atribuire emisă de ..., autoritate contractantă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție având ca obiect ***„...”***, solicitând obligarea autoritatii contractante la remedierea documentaţiei de atribuire cu remedierea cerinţei restrictive cu privire la autorizarea de la producător și dispunerea măsurii provizorii de suspendarea procedurii de atribuire pana la soluţionarea contestaţiei.

În motivarea cererilor formulate, S.C. ... S.R.L. menționează că autoritatea contractanta a impus și menținut și în urma unor demerusri legale cerinţa restrictivă impusă prin fisa de date a achiziţiei – pct. IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, subpct. 5, pri care s-a cerut

ca, „În cazul în care ofertantul nu este producător al echipamentelor folosite, acesta va prezenta de la producător dovada privind acordul de livrare si că este autorizat să execute lucrările, montarea si să asigure mentenanta pentru produsele ce constituie obiectul contractului”.

Petenta susține că cerinţa redată este restrictivă și încalcă prevederile Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011, care se regaseste menționat și in proiectul tehnic, la pag. 42 și 57, astfel că, deși autoritatea contractantă a invocat abrogarea Ordinului ANRMAP 509/2011, cerinţa în litigiu este de natură să distorsioneze concurenţa în condiţiile în care, producătorul, ca tert in procedura de atribuire, poate discrimina furnizorii produselor sale in funcţie de diverse interese comerciale, astfel că impinerea acesteia încalca prevederile art 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și pe cele ale art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 66641/17.08.2017, ... a solicitat *„i) să constate caracterul nefondat al criticilor îndreptate împotriva documentaţiei de atribuire; ii) pe cale de consecinţa să procedeze la respingerea contestaţiei formulate şi sa dispună continuarea procedurii*”, precizând, după prezentarea istoricului procedurii de atribuire, că a adoptat măsuri de remediere a documentației de atribuire, iar la întrebarea nr. 1. din solicitarea de clarificări nr. 61092/26.07.2017, prin care petenta solicita eliminarea cerinţei stipulată la pct. 5 din capitolul IV.4.1. „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, prin care se impune ca, *„în cazul în care ofertantul nu este producător al echipamentelor folosite, acesta să prezinte de la producător dovada privind acordul de livrare şi că este autorizat să execute lucrările, montarea şi să asigure mentenanţa pentru produsele ce constituie obiectul contractului*”, autoritatea contractantă nu poate fi de acord cu eliminarea acestei cerinţei, apreciind că Legea nr.98/2016 acordă autorității contractante dreptul de a impune prin anunţul de participare şi documentaţia de atribuire cerințe prin care *„operatorul economic care participă la procedura de atribuire să facă dovada capacităţii sale tehnice şi profesionale necesare în implementarea contractului*”.

Autoritatea contractantă susține că, *„prin solicitarea prezentării de la producător a acordului de livrare şi că este autorizat să execute lucrările, montarea şi să asigure mentenanţa pentru produsele ce constituie obiectul contractului, autoritatea contractantă a avut în vedere, în scopul asigurării unui nivel corespunzător al concurenţei, ca prezentul contract de furnizare să fie atribuit unui operator economic cu experienţă în domeniu*”, precizând că Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, la data intrării în vigoare a noilor legi în domeniul achiziţiilor publice, a fost abrogat prin abrogarea OUG nr. 34/2006, fiind act normativ emis în aplicarea acesteia.

Totodată, autoritatea contractantă susține că *„prezenta documentaţie de atribuire a fost publicată cu solicitarea respectivelor cerinţe minime de calificare în urma unei atente verificări de către ANAP, ceea ce confirmă că nu au fost cerute cerinţe restrictive în contradictoriu*

cu prevederile legislative în vigoare la această dată", iar cerinţa în litigiu nu distorsionează concurenţa şi nu încalcă prevederile art. 155 alin (6) din Legea nr. 98/2017 prin care se precizează că 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, considerând că acordul solicitat nu face referire la specificaţii tehnice, ci doar la faptul că operatorul economic poate furniza şi monta aceste echipamente și nici prevederile art. 31 alin (1) din HG nr. 395/2016, deoarece o astfel de impunere nu restricţionează participarea niciunui operator economic la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică.

În probaţiune, au fost depuse documente ale dosarului achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție având ca obiect ***„…"***, sens în care a publicat în SEAP anunțul de participare nr. …/ …, ataşat căruia a fost publicată documentaţia de atribuire.

Valoarea estimată a contractului este de … lei, iar criteriul de atribuire este *„…*".

Considerând nelegală cerința documentației de atribuire prin care s-a impus ca *„În cazul în care ofertantul nu este producător al echipamentelor folosite, acesta va prezenta dovada privind acordul de livrare și că este autorizat să execute lucrările, montare și să asigure mentenanța pentru produsele ce constituie obiectul contractului*", S.C. ... S.R.L. a depus, în termen legal, după parcurgerea procedurii de notificare prealabilă a autorității contractante, contestația din cauză.

Prin Încheierea nr. … din …, Consiliul a admis cererea petentei de dispunere a măsurii provizorii de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Prin pct. IV.4.1. *„Modul de prezentare a propunerii tehnice*" al fișei de date, subpct. 5, a fost impusă cerința ca: *„5. În cazul în care ofertantul nu este producator al echipamentelor folosite, acesta va prezenta de la producator dovada privind acordul de livrare și ca este autorizat sa execute lucrarile, montarea și sa asigure mentenanța pentru produsele ce constituie obiectul contractului*", cerință menținută ca atare și în urma clarificărilor prin care s-a solicitat eliminarea acesteia, ca fiind restrictivă, dar și a răspunsului la notificarea prealabilă promovată de contestatoare conform prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Argumentele autorității contractante în sprijinul susținerii cerinței de condiționare a participării operatorilor economici de profil la procedură de avizul/aprobarea producătorilor ehipamentelor hard, produselor soft etc., constituite de invocările, precum:

- *„operatorul economic care participă la procedura de atribuire să facă **dovada capacităţii sale tehnice şi profesionale** necesare în implementarea contractului*";

- *„prin solicitarea prezentării de la producător a acordului de livrare şi că este autorizat să execute lucrările, montarea şi să asigure mentenanţa pentru produsele ce constituie obiectul contractului, autoritatea contractantă a avut în vedere, în scopul asigurării unui nivel corespunzător al concurenţei, ca prezentul **contract de furnizare să fie atribuit unui operator economic cu experienţă** în domeniu*";

- *Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, care interzicea o astfel de practică, este abrogat*;

- *„prezenta documentaţie de atribuire a fost publicată cu solicitarea respectivelor cerinţe minime de calificare în urma unei atente verificări de către ANAP, ceea ce confirmă că nu au fost cerute cerinţe restrictive în contradictoriu cu prevederile legislative în vigoare la această dată*",

se vor analiza prin raportare la următoarele dispoziții legale incidente:

- HG nr. 395/2016, art. Art. 23 alin. (5) – *„(5) **Procesul de evaluare a documentaţiilor de atribuire**, precum şi a anunţurilor/eratelor aferente acestora, **nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă**, prevederile art. 1 alin. (4) rămânând aplicabile*" și art. 1 alin. (4) – *„(4) **Autoritatea contractantă este responsabilă** pentru modul de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, inclusiv achiziţia directă, cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale aplicabile*", rezultând că indiferent de rezultatul evaluării documentației de atribuire de către ANAP, răspunderea pentru legalitatea întocmirii documentației de atribuire aparține exclusiv autorității contractante;

- Legea nr. 98/2016, art. 71 **–** *„În cadrul procedurii de licitaţie deschisă orice operator economic are dreptul de a depune ofertă în urma publicării unui anunţ de participare*"; art. 155. alin. (1) și (6) – *„(1) Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi **definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei**. (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***".

- Legea concurenţei nr. 21/1996, art. 8 alin. (1) – „***Sunt interzise orice acţiuni** sau inacţiuni **ale autorităţilor şi instituţiilor administraţiei publice centrale ori locale** şi ale entităţilor către care acestea îşi deleagă atribuţiile, **care restrâng, împiedică sau denaturează concurenţa**, precum:*

*a) **limitarea libertăţii comerţului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale***".

Se reține astfel că autoritatea contractantă se află în profundă eroare când susține că, prin condiționarea participării operatorilor

economici de prezentarea *„acordului de livrare și ca este autorizat sa execute lucrarile, montarea și sa asigure mentenanța pentru produsele ce constituie obiectul contractului*" emis de producător, urmărește *„**atribuirea contractui de furnizare unui operator economic cu experienţă** în domeniu*", o astfel de condiționare contrară dispozițiilor art. 179 din Legea nr. 98/2016, impunerea în discuție contravenind și dispozițiilor art. 172 alin. (1)-(2) din același act normativ – *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire **numai criterii de capacitate referitoare la**:*

a) capacitatea de exercitare a activităţii profesionale;

b) situaţia economică şi financiară;

c) capacitatea tehnică şi profesională.

*(2) Autoritatea contractantă **nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerinţe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire faţă de cele prevăzute la alin. (1)***".

Mai mult, utilizând cerința prin impunerea acesteia în cadrul instrucțiunilor de elaborare a propunerilor tehnice, ci nu în cadrul *„criteriilor privind capacitatea*", autoritatea contractantă devine suspectă de instituirea practicii anticoncurențiale „mascată", încercând limitarea libertății comerțului prin acordarea producătorului unei prerogative în sensul asigurării acestuia a unei posibilități de a dirija distribuția produselor pe zone, distribuitori favoriți și astfel de stabilire a prețurilor pe piața de profil.

Prin urmare, invocarea abrogării unui ordin al președintelui ANRMAP prin care era explicit și expres prohibită o astfel de practică, nu semnifică faptul că odată cu adoptarea noii legislații în materia achizițiilor publice, autorității contractante i s-a redeschis calea utilizării de practici anticoncurențiale de natură să restrângă și să denatureze concurența, cerința în litigiu fiind impusă prin încălcarea gravă a legislației în vigoare constituită de dispozițiile art. 49-50 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora: *„art. 49. - **Autorităţile contractante au obligaţia să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu** şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională. art. 50. - (1) Autorităţile contractante nu vor concepe sau structura achiziţiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispoziţiilor prezentei legi ori al **restrângerii artificiale a concurenţei**. (2) În sensul alin. (1), se consideră că **există o restrângere artificială a concurenţei în cazul în care achiziţia ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiţi operatori economici***".

Întrucât cerința criticată prin contestație este impusă cu scopul evident *„**de a favoriza în mod nejustificat anumiţi operatori economici***", Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., și va anula cerința impusă prin subpct. 5 al pct. IV.4.1. *„Modul de prezentare a propunerii tehnice*" al fișei de date a achiziției - *„5. În cazul în care ofertantul nu este producator al*

echipamentelor folosite, acesta va prezenta de la producator dovada privind acordul de livrare și ca este autorizat sa execute lucrarile, montarea și sa asigure mentenanța pentru produsele ce constituie obiectul contractului", autoritatea contractantă urmând a fi obligată ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să opereze și să publice modificarea documentației de atribuire dispusă.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în …, județul …, în contradictoriu cu ..., cu sediul în …, județul ….

Anulează cerința subpct. 5 al pct. IV.4.1. *„Modul de prezentare a propunerii tehnice*" al fișei de date a achiziției - *„5. În cazul în care ofertantul nu este producator al echipamentelor folosite, acesta va prezenta de la producator dovada privind acordul de livrare și ca este autorizat sa execute lucrarile, montarea și sa asigure mentenanța pentru produsele ce constituie obiectul contractului*".

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să opereze și să publice modificarea documentației de atribuire dispusă.

Obligatorie.

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

Preşedinte	**Membru**	**Membru**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 exemplare originale, conţine ... pagini.