

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de către..., cu sediul social în..., Piața....., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată de... - administrator, împotriva actului autorității contractante nr...., emis de către..., cu sediul în... nr...., sector..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...., s-a solicitat:

În principal:

1. Obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, constând în eliminarea/modificarea unor cerințe și specificații tehnice din documentele achiziției și din fișa de date, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea 101/2016, în sensul arătat în considerentele dezvoltate mai jos;

2. Obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen-limită pentru depunerea ofertelor.

În subsidiar, în măsura în care nu este posibilă luarea măsurilor de remediere, anularea procedurii.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care... solicită cele redate în partea introductivă.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[CN1... /...16] Contestatie-semnat.pdf.p7s”, postat de autoritate în SEAP la..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare

nr..... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Consiliul apreciază că sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

În punctul său de vedere nr.... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la cele invocate de contestatoare:

„a) Specificații tehnice calibrate exclusiv pe produsele NGT (sistem de andocare cu autoblocare și buton de deblocare, sistem de retractare integrat în carcasă, arhitectură modulară cu număr minim impus de module), care nu pot fi îndeplinite cumulativ decât de modelele NGT V6 (Lot... kW) și... (Lot... kW), cu excluderea tuturor celorlalți producători europeni; ”

Autoritatea contractantă menționează că societatea contestatoare afirmă în mod eronat cum că acesta încalcă prevederile legale și restrânge artificial concurența prin specificațiile tehnice solicitate, favorizând în același „produsele NGT” fapt care poate fi demonstrat ca fiind neadevărat printr-o simplă căutare a specificațiilor tehnice pe internet iar cu mici diferențe care nu sunt standard dar pot fi instalate ca opțiuni de către producători, se regăsesc un număr de 4 stații conforme, atât pentru lotul 1 cât și pentru lotul 2, în plus față de produsul NGT.

Mai mult, afirmă că autoritatea contractantă favorizează operatorul NGT „raportat la faptul că NGT a furnizat anterior echipamente autorității contractante” (diferite complet atât ca putere de încărcare cât și ca specificații tehnice solicitate) dar omite să precizeze faptul că el însuși a fost declarat câștigător de autoritatea contractantă la o procedură asemănătoare, fapt ce contrazice de la sine existența unei înclinări a autorității către un operator economic anume.

„b) Mecanism de evaluare viciat: termenul de livrare (25 puncte) și termenul de montaj (20 puncte) cumulează 45% din punctaj, calculate de la data emiterii notei de comandă - moment controlat

exclusiv de autoritate, care poate fi sincronizat cu stocul ofertantului favorit; ”

Autoritatea contractantă precizează că furnizarea și montarea echipamentelor într-un timp cât mai scurt este de o natură foarte importantă pentru aceasta deoarece la acest moment flota auto este constituită din peste... de autovehicule electrice iar autoritatea contractantă dorește să extindă această flotă cu utilaje și autovehicule de mare tonaj, drept urmare stațiile existente sunt insuficiente atât ca număr cât și ca putere de încărcare. De aceea autoritatea contractantă a

stabilit punctajul astfel, cât de sincronizarea stocului cu emiterea notei de comandă, acest aspect este în detrimentul autorității iar dacă un operator economic ofertează anumite termen de livrare și montare fără a fi capabil să le respecte, autoritatea contractantă va lua măsurile legale ce se vor impune.

„c) Lipsa termenului minim de livrare și a unității de măsură, permițând declarații neverificabile (minute, ore) care obțin punctaj maxim fără posibilitate de respingere ca neconforme.”

Așa cum reiese din documentația de atribuire, termen de livrare este de maxim... zile calendaristice de la nota de comandă iar termenul de montare și punere în funcțiune este de maxim 10 zile lucrătoare de la data livrării, fapt ce exclude posibilitatea de a oferta minute, ore, secunde, sutimi de secundă, etc., având în vedere că autoritatea contractantă a stabilit ca unitate de măsură zile, drept urmare nu se poate oferta un termen mai mic de 1 zi.

„d) Mecanism de cascadă viciat: operatorul de pe locul 1 poate declara cantitate zero livrabilă fără nicio sancțiune, transformând obligația contractuală în opțiune discreționară; ”

Livrarea și montarea echipamentelor într-un timp cât mai redus este foarte importantă pentru autoritatea contractantă de aceea acordul cadru este cu 3 operatori iau modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente a fost stabilită în cascadă iar dacă operatorul de pe primul loc declară cantitate zero, autoritatea contractantă se va îndrepta către următorul operator economic. Obligația contractuală se aplică la contractul subsecvent pentru termenele ofertate, dacă autoritatea contractantă s-ar îndrepta raportat la acordul cadru împotriva unui ofertant care declară cantitate livrabilă zero, atunci respectivul ofertant ar trebui să despăgubească autoritatea cu contravaloarea produselor solicitate de autoritatea contractantă pentru încheierea subsecventului fapt ce ar aduce grave prejudicii financiare ofertantului/ofertanților în cauză și ar reprezenta o clauză abuzivă inserarea acesteia în acordul cadru.

„e) Cerință de traducere autorizată pentru... pagini de documentație tehnică, generând costuri de... lei per ofertant - avantaj structural pentru NGT, furnizor anterior al autorității, care dispune deja de documentație tradusă.”

Autoritatea precizează că procedura de atribuire se desfășoară în limba română, în conformitate cu prevederile legale, drept urmare toate documentele solicitate trebuie să fie prezentate în limba română, dacă acestea nu sunt oferite de producător/furnizor/importator direct în limba română.

Autoritatea contractantă le solicită traduse autorizat în limba română pentru a preveni situațiile când operatorii economici traduc

documente din altă limbă și modifică specificațiile pentru a transforma scriptic un produs neconform, într-un produs conform.

O traducere autorizată a documentelor nu creează astfel de situații deoarece un traducător autorizat nu modifică sensul și conținutul documentului.

Cât despre crearea unui „avantaj structural pentru NGT, furnizor anterior al autorității, care dispune deja de documentație tradusă” așa cum am precizat mai sus, echipamentele furnizate anterior de către NGT sunt diferite complet atât ca putere de încărcare cât și ca specificații tehnice solicitate mai mult omite să precizeze faptul că și... a fost declarat câștigător de autoritatea contractantă la o procedură asemănătoare.

La..... a transmis punct de vedere nr...., înregistrat la Consiliu cu nr.....

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că... a transmis recipisele de consemnare nr...., eliberată de..., la data de..., în valoare de... și nr...., eliberată de..., la data de..., în valoare de... pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr.....

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o licitație deschisă, în vederea atribuirii acordului-cadru având ca obiect „...”, publicată în SEAP prin anunțul nr..... Valoarea estimată a achiziției este de..., fără TVA.

Contestatorul este nemulțumit de modalitatea în care autoritatea contractantă a stabilit specificațiile tehnice ale stațiilor de încărcare aferente celor 2 loturi.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la cerințele:

„• sistemul de andocare al conectorilor cu autoblocare și buton de deblocare;
• sistemul de retractare integrat în carcasa stației;
• arhitectura modulară DC exprimată printr-un număr minim de module, respectiv minimum 4 module pentru stația de 120 kW și minimum 6 module pentru stația de 180 kW” Consiliul reține că autoritate contractantă a menționat în punctul de vedere că „printr-o simplă cautare a specificațiilor tehnice pe internet iar cu mici diferențe care nu sunt standard dar pot fi instalate ca și opțiuni de către producători, se regăsesc un număr de 4 stații conforme, atât pentru lotul 1 cât și pentru lotul 2, în plus față de produsul NGT”.

În soluționare, Consiliul reține că dispozițiile art.... din Legea nr. 98/2016 stabilesc următoarele:

Art.

155

„(1) **Sp**
e
cificați

-

ile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau **produsele** care fac obiectul achiziției.

(2) **Caracteristicile prevăzute la alin. (1)** pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuție a lucrărilor, fabricație a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conținutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziționate, **dar cu condiția ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia.** (...)

(6) **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**".

Art. 156 - „(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul..., specificațiile **tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:**

a) prin **raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale**, inclusiv caracteristici de mediu, **cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribue contractul;**

b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăra dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit [lit. a\)](#), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la [lit. b\)](#) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;

d) prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la [lit. b\)](#) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la [lit. a\)](#) pentru alte caracteristici".

Rolul Consiliului este acela de a înlătura din documentația de atribuire anumite **restricții nejustificate** din..., pentru promovarea competiției, și nu de a stabili, în locul autorităților contractante, necesitatea lor obiectivă.

Consiliu va reține, însă, că cerințele în sine, atât timp cât nu sunt justificate, nu pot fi menținute, ori autoritatea contractantă nu a venit cu argumente valide, cu atât mai mult cu cât în cadrul aceleiași punct de vedere autoritatea contractantă în justificarea cerințelor contestate a subliniat doar faptul că există pe internet 4 stații conforme cu mici diferențe și că anterior și contestatorul a fost declarat câștigătorul unor proceduri similare.

Din analiza prevederilor legale anterior menționate, Consiliul reține că restrângerea concurenței prin favorizarea nejustificată a anumitor operatori economici este interzisă cu desăvârșire, fiind permisă în schimb elaborarea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale prin indicarea caracteristicile esențiale pentru îndeplinirea obiectivului autorității contractante în cel mai bun mod posibil.

Fundamentarea specificațiilor tehnice pe simple căutări online ale produselor existente reprezintă o inversare a logicii achizițiilor publice: în loc ca autoritatea să definească cerințe funcționale neutre, aceasta a ales să preia caracteristici constructive specifice anumitor producători, transformând caietul de sarcini dintr-un instrument de descriere a nevoii într-o barieră tehnică ce limitează artificial concurența.

În speță, autoritatea contractantă nu a justificat că cerințele criticate ar fi cerințe funcționale și de performanță și nici necesitatea includerii acestora în cadrul caietului de sarcini.

În soluționare Consiliul reține:

- cauza C-413/17

„... În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că **o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.**

36 În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic”. Astfel, tot potrivit acestui considerent, **„ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”.**

37 Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, **specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. Astfel, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate.**

38 Desigur, după cum rezultă din articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, este posibil, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibil să se furnizeze o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului de achiziții publice în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) din această directivă, să se facă referire la un anumit producător, la o anumită origine sau la un anumit procedeu care

caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic ori la o marcă sau la un brevet, în măsura în care obiectul contractului justifică acest lucru, iar condițiile stabilite în acest scop de Directiva 2014/24 sunt respectate, în special ca o astfel de referire să fie însoțită, în documentele contractului de achiziții publice, de termenii „...”. Cu toate acestea, având în vedere natura derogatorie a acestei dispoziții, condițiile în care autoritatea contractantă poate utiliza o asemenea posibilitate trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte.

39 Astfel, potrivit jurisprudenței în domeniul contractelor de achiziții publice de bunuri, faptul de a nu adăuga mențiunea „sau echivalent” după desemnarea, în caietul de sarcini, a unui produs determinat poate nu numai să descurajeze operatorii economici care utilizează sisteme similare acestui produs să participe la cererea de ofertă, ci și să împiedice fluxul de importuri în comerțul transfrontalier în Uniune, rezervând piața doar acelor furnizori care își propun să utilizeze produsul indicat în mod specific (a se vedea în acest sens Ordonanța din 3 decembrie..., Vestergaard, C-

59/..., EU: C:....: 654, punctul 22 și jurisprudența citată).

40 Având în vedere elementele care precedă, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă, ținând seama de marja de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili specificațiile tehnice potrivit cerințelor calitative în funcție de obiectul contractului în cauză, caracterul deosebit de detaliat al specificațiilor tehnice în discuție în litigiul principal nu conduce la favorizarea în mod indirect a unui ofertant.

41 De asemenea, **este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite.**

42 În aceste condiții, trebuie arătat că principiul proporționalității se aplică în mod

special în domeniul sensibil al sănătății publice. Astfel, rezultă dintr-o

jurisprudență constantă a Curții că, pentru aprecierea respectării de către un stat membru a principiului proporționalității în acest domeniu, trebuie să se țină seama de faptul că sănătatea și viața persoanelor ocupă primul loc între bunurile și interesele protejate de... și că revine statelor membre sarcina de a decide cu privire la nivelul la care înțeleg să asigure protecția sănătății publice, precum și cu privire la modul în care acest nivel trebuie atins. Întrucât nivelul menționat poate varia de la un stat membru la altul, este necesar să se recunoască statelor membre o marjă de apreciere

(Hotărârea din 8 iunie..., Medisanus, C-296/15, EU: C:....:....1, punctul 82 și

jurisprudența citată).

... Trebuie de asemenea arătat în acest context că, după cum s-a amintit la punctul

11 din... în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterilor

preliminare (JO..., C 257, p. 1), deși, pentru a-și pronunța decizia, ia în mod necesar

în considerare cadrul juridic și factual din litigiul principal, astfel cum a fost definit de instanța de trimitere în cererea sa de decizie preliminară, Curtea nu aplică ea însăși dreptul Uniunii în acest litigiu. Atunci când se pronunță asupra interpretării sau a validității dreptului Uniunii, Curtea încearcă să ofere un răspuns util pentru soluționarea litigiului principal, însă instanța de trimitere este cea căreia îi revine sarcina de a deduce consecințele concrete din răspunsul Curții. Pentru aceste motive, interpretarea oferită de Curte este exprimată în mod normal in abstracto.

44 În speță, revine instanței de trimitere, având în vedere elementele de interpretare prezentate mai sus, sarcina de a aprecia în mod concret conformitatea specificațiilor tehnice în discuție în litigiul principal cu principiile egalității de tratament și proporționalității.

45 Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolele 18 și 42 din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că nu impun autorității contractante, la stabilirea specificațiilor tehnice ale unei cereri de ofertă având ca obiect achiziționarea de produse medicale, să acorde prevalență, de principiu, fie importanței caracteristicilor individuale ale aparatelor medicale, fie importanței rezultatului funcționării acestor aparate, ci impun ca specificațiile tehnice, în ansamblul lor, să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității. Revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă, în cauza cu care este sesizată, specificațiile tehnice în cauză corespund acestor cerințe."

- cauza C 424/23

„29 În această privință, trebuie să se sublinieze că, în temeiul articolului 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24, **specificațiile tehnice sunt formulate, în conformitate cu punctul (a) al acestei dispoziții, în termeni de performanțe sau de cerințe funcționale** sau, în conformitate cu punctul (b) al acestei dispoziții, făcând trimitere la specificații tehnice și, în ordinea preferinței, la standarde naționale care transpun standarde europene, la evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau - în lipsa oricăror dintre acestea - la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor sau, în conformitate cu punctul (c) sau (d) al aceleiași dispoziții, printr-o combinație a acestor două metode. Nu există o ierarhie a modurilor de formulare a specificațiilor tehnice enumerate la punctele (a)-(d) ale alineatului (3) al acestui articol 42 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 25 octombrie....., C 413/17, EU: C:....: 865, punctele 26 și 28).

30 Așa cum rezultă din fraza „specificațiile tehnice se formulează în unul dintre următoarele moduri”, care precedă punctele (a)-(d), **autoritatea contractantă are obligația să formuleze specificațiile tehnice în conformitate cu unul dintre punctele respective, iar nu potrivit unei alte metode**. Prin urmare, articolul 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24 trebuie înțeles, așa cum a observat avocatul general la punctul 44 din concluzii, în sensul că enumeră în **mod exhaustiv metodele de formulare a specificațiilor tehnice care trebuie să figureze în documentele achiziției**. Astfel, în cazul în care legiuitorul ar fi intenționat să autorizeze metode suplimentare, și ar fi exprimat voința prin utilizarea unei formule cu acest sens, cum ar fi „se pot formula”.

31 Această interpretare nu este infirmată prin precizarea, care figurează la începutul articolului 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24, potrivit căreia această dispoziție este „[f]ără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu legislația Uniunii”. Această precizare este, desigur, susceptibilă să conducă, în cazul existenței unei norme tehnice naționale, la situații în care autoritățile contractante pot deroga de la norma prevăzută la acest articol 42 alineatul (3), dar ea nu modifică în sine sensul acestei norme. Atunci când, precum în cazul de față, nu se invocă nicio „normă tehnică obligatorie de la nivel național”, specificațiile tehnice trebuie să fie formulate, fără a aduce atingere articolului 42 alineatul (4) din această directivă, potrivit uneia dintre metodele prevăzute la punctele (a)-(d) ale acestui articol 42 alineatul (3).

32 Această interpretare nu este infirmată nici de mențiunea, care figurează la articolul 42 alineatul (4) a doua teză din Directiva 2014/24, potrivit căreia pot exista cazuri „în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu alineatul (3)” al acestui articol 42.

33 Potrivit articolului 42 alineatul (4) a doua și a treia teză din această directivă, autoritatea contractantă poate în aceste cazuri să facă trimitere, cu titlu excepțional, la un anumit producător sau la o anumită origine, la un anumit procedeu sau la un alt element specific menționat la alineatul (4) prima teză a acestui articol, adăugând termenii „sau echivalent”.

34 În cazul în care această excepție se aplică, în considerarea imposibilității de a se furniza o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului achiziției în aplicarea articolului 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă poate include în specificațiile tehnice o trimitere la elementele a căror menționare este în principiu interzisă de articolul 42 alineatul (4) prima teză din această directivă, cu condiția ca această trimitere să fie însoțită de cuvintele „...”.

... Pe de altă parte, în măsura în care articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24 precizează în prima teză că interdicția de a utiliza trimiterele menționate în cuprinsul articolului nu se aplică în cazul în care o asemenea trimitere nu este justificată de obiectul contractului, trebuie să se considere că această ipoteză derogă, precum cea prevăzută la articolul 42 alineatul (4) a doua teză din această directivă, amintită la punctele 32-34 din prezenta hotărâre, de la aplicabilitatea exclusivă a metodelor de formulare a specificațiilor tehnice enumerate la articolul 42 alineatul (3) din directiva respectivă.

36 Cu toate acestea, în afara ipotezelor prevăzute la articolul 42 alineatul (4) din aceeași directivă și în lipsa oricărei norme tehnice obligatorii de la nivel național, în sensul alineatului (3) al acestui articol 42, trebuie să se considere că lista metodelor de formulare a specificațiilor tehnice enumerate la articolul 42 alineatul (3) literele (a)-(d) din Directiva 2014/24 este exhaustivă.

37 Astfel cum rezultă din ansamblul elementelor care precedă, interpretarea enunțată la punctul 30 din prezenta hotărâre, care decurge în mod clar din termenii „se formulează în unul dintre următoarele moduri” care figurează la articolul 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24, se impune în principiu, și anume fără a aduce atingere precizării conținute la începutul acestei dispoziții, pe de o parte, și celor conținute în articolul 42 alineatul (4) din această directivă, pe de altă parte. Având în vedere jurisprudența constantă a Curții potrivit căreia, atunci când sensul unei dispoziții de drept al Uniunii reiese fără ambiguitate chiar din modul de redactare a acesteia, Curtea nu se poate abate de la acesta (Hotărârea din 4 octombrie..., Agentsia po vprisvaniyata, C 2.../23, EU: C:...: 8..., punctul 56 și jurisprudența citată), nu este necesar să se examineze mai aprofundat domeniul de aplicare al acestui articol 42 alineatul (3).

38 Prin urmare, este necesar să se răspundă la prima întrebare adresată că articolul 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24 **trebuie interpretat în sensul că enumerarea în această dispoziție a metodelor de formulare a specificațiilor tehnice este exhaustivă, fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național care sunt compatibile cu legislația Uniunii, în sensul dispoziției menționate, și fără a aduce atingere articolului 42 alineatul (4) din această directivă.**

Cu privire la a doua și la a treia întrebare

39 Prin intermediul celei de a doua și al celei de a treia întrebări, care trebuie analizate împreună, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că autoritățile contractante pot preciza în specificațiile tehnice ale unui contract de achiziții publice de lucrări din ce materiale trebuie să fie realizate produsele propuse de ofertanți.

40 În această privință, este necesar să se arate de la bun început că, într-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice de lucrări, formularea specificațiilor tehnice urmărește, conform articolului 42 alineatul (1) din Directiva 2014/24, definirea „caracteristicilor[or] pe care trebuie să le întrunească lucrările”. În măsura în care determină aceste caracteristici, specificațiile tehnice definesc, astfel cum rezultă din considerentul (92) al acestei directive, însuși obiectul contractului de achiziții publice.

41 Printre aceste specificații pot figura, printre altele, în conformitate cu punctul 1 litera (a) din anexa VII la directiva menționată, **caracteristicile pe care trebuie să le aibă „un produs sau un bun furnizat, astfel încât acesta să poată fi utilizat în scopul urmărit de autoritatea contractantă”**. Aceste caracteristici includ în special toate „condițiile cu caracter tehnic pe care autoritatea contractantă este în măsură să le prevadă, conform unor reglementări generale sau specifice, în ceea ce privește lucrările finalizate și materialele sau componentele acestora”.

42 Deși autoritățile contractante dispun de o marjă largă de apreciere în această privință, care este justificată de faptul că ele cunosc cel mai bine produsele de care au nevoie și cerințele care trebuie îndeplinite pentru a obține rezultatele dorite, Directiva 2014/24 stabilește totuși anumite limite pe care ele trebuie să le respecte. Acestea trebuie să se asigure, în conformitate cu articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din aceasta, **că specificațiile tehnice oferă operatorilor economici acces egal la procedurile de achiziții publice și nu au efectul de a crea obstacole nejustificate în... (a se vedea în acest sens Hotărârea din 25 octombrie....., C 413/17, EU: C:....: 865, punctele 29-33).**

... În aceeași ordine de idei, din considerentul (74) al acestei directive rezultă că **specificațiile tehnice formulate în vederea atribuirii unui contract de achiziții publice trebuie să deschidă această piață pentru concurență și, prin urmare, să permită prezentarea unor oferte care să reflecte în special diversitatea soluțiilor tehnice existente pe piață** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 25 octombrie....., C 413/17, EU: C:....: 865, punctul 36, și Hotărârea din 24 octombrie....., C...3/23, EU: C:....: 917, punctul 36).

44 Același considerent (74) **precizează că formularea specificațiilor tehnice în termeni de cerințe de performanță și funcționale permite, în general, atingerea în cel mai bun mod posibil a obiectivului deschiderii către concurență și că, prin urmare, această metodă de formulare, care promovează inovarea în domeniul achizițiilor publice, ar trebui să fie utilizată la o scară cât mai largă cu putință.**

45 Acest mod de a formula specificațiile tehnice, prevăzut la articolul 42 alineatul (3) litera (a) din Directiva 2014/24, **permite astfel oricărui operator economic ale cărui produse îndeplinesc performanțele și cerințele funcționale impuse de autoritatea contractantă să depună o ofertă, independent, printre altele, de procesul urmat în fabricarea produselor sale și de materialul din care sunt realizate acestea.**

46 Pentru ca metoda de formulare prevăzută la articolul 42 alineatul (3) litera (b) din Directiva 2014/24 **să garanteze de asemenea o deschidere adecvată către concurență, legiuitorul Uniunii a prevăzut că specificațiile tehnice formulate potrivit acestei metode trebuie să fie însoțite de mențiunea „sau echivalent”.**

47 Întrucât deschiderea către concurență este astfel garantată în cazul aplicării uneia dintre metodele prevăzute la articolul 42 alineatul (3) literele (a) și (b) din Directiva 2014/24, ea este garantată și în cazurile prevăzute la articolul 42 alineatul (3) literele (c) și (d) din aceasta, care constau într-o combinație a acestor două metode.

48 În schimb, includerea în specificațiile tehnice a unei trimiteri la „un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic” sau „la o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producție determinată care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor întreprinderi sau produse” este în principiu interzisă, în temeiul articolului 42 alineatul (4) din această directivă.

49 Astfel, asemenea trimiteri, departe de a contribui la deschiderea pieței publice către concurență, au ca efect restrângerea acesteia.

50 Cu toate acestea, cu titlu excepțional, o autoritate contractantă poate include în documentele contractului care conțin specificațiile tehnice o trimitere prevăzută la articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, cu condiția ca, astfel cum prevede în esență a doua teză a acestei dispoziții, performanțele sau cerințele funcționale menționate în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) litera (a) din această directivă sau specificațiile menționate în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) litera (b) din directiva respectivă sau o combinație a celor două să nu permită prin ele însele să se furnizeze o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului. Într-un astfel de caz, autoritatea contractantă trebuie, în conformitate cu a treia teză a articolului 42 alineatul (4) din aceeași directivă, să însoțească această trimitere de mențiunea „...”.

... Astfel cum reiese, pe de altă parte, din sintagma „[c]u excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului”, cuprinsă în prima teză a articolului 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, trimiterile menționate la această dispoziție pot fi făcute și atunci când acest lucru este legitim în raport cu obiectul contractului. Având în vedere amplasarea sa la începutul acestui alineat (4) și utilizarea termenilor „...”.

52 În consecință, atunci când o trimitere precum cea menționată la articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24 este justificată de obiectul contractului, ea poate fi introdusă în specificațiile tehnice, fără să se aplice interdicția enunțată în prima teză a acestei dispoziții sau condițiile prevăzute la a doua și la a treia teză ale acesteia.

53 Această ipoteză vizată de termenii „[c]u excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului” trebuie, în caz contrar aducându-se atingere obiectivului deschiderii achizițiilor publice către concurență, să fie interpretată în mod restrictiv, astfel încât să acopere numai situațiile în care o cerință privind utilizarea unui produs de un tip sau a unei origini sau chiar a unei mărci determinate, ori obținute în temeiul unui brevet sau al unui anumit procedeu, decurge în mod inevitabil din obiectul contractului.

54 Având în vedere ansamblul precizărilor furnizate mai sus cu privire la domeniul de aplicare al articolului 42 din Directiva 2014/24, va reveni instanței de trimitere sarcina

de a aprecia dacă Fluvius poate sau nu să limiteze prin intermediul specificațiilor tehnice pe care le formulează în vederea atribuirii unor contracte de achiziții publice de lucrări de canalizare aceste contracte de achiziții publice la operatorii economici care furnizează țevi de canalizare din gresie pentru evacuarea apelor uzate și țevi din beton pentru evacuarea apelor pluviale.

55 Deși va reveni numai instanței de trimitere sarcina de a aplica normele prevăzute la acest articol 42 astfel cum au fost interpretate de Curte, aceasta din urmă poate totuși să ofere indicații pentru a se stabili în ce măsură aceste norme se pot aplica unei trimiteri, precum cea în discuție în cauza principală, care constă în a impune utilizarea unor țevi „din gresie” și „din beton”.

56 În acest sens, este necesar să se arate, în primul rând, că materialul din care este realizat un produs nu poate fi calificat drept „performanță” sau „cerință funcțională”, în sensul articolului 42 alineatul (3) litera (a) din Directiva 2014/24. Astfel, **deși un material poate contribui la performanța unui produs sau la aptitudinea acestuia de a îndeplini o cerință funcțională, acesta nu constituie în sine o „performanță” sau o „cerință funcțională”.**

57 Într-un caz precum cel în discuție în litigiul principal, în care există, în sectorul economic vizat, **produse care pot fi diferențiate în funcție de fabricarea lor și în special de materialul din care sunt realizate, cerința de a utiliza produse realizate dintr-un anumit material trebuie, astfel cum a observat avocatul general la punctele 72 și 73 din concluzii, să fie calificată drept trimitere la un „tip” sau la o „producție specifică” ce are „ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor întreprinderi sau produse”, în sensul articolului 42 alineatul (4) prima teză din Directiva 2014/24, având în vedere că această trimitere conduce la eliminarea întreprinderilor care furnizează produse realizate dintr-un alt material decât cel impus.**

58 În al doilea rând, trebuie arătat că, în cursul ședinței în fața Curții, Fluvius a declarat, ca răspuns la o întrebare adresată de aceasta, că nu a însoțit specificația tehnică în discuție în cauza principală, potrivit căreia țevile pentru evacuarea apelor uzate trebuie să fie din gresie, iar cele pentru evacuarea apelor pluviale din beton, de mențiunea „sau echivalent”.

59 Dacă aceasta ar fi situația, aspect a cărui verificare revine instanței de trimitere, ar rezulta, fără a fi necesar să se examineze dacă este posibil, în temeiul articolului 42 alineatul (3) din Directiva 2014/24, să se furnizeze o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului fiecărui contract în discuție în litigiul principal, că Fluvius nu ar putea invoca în mod util excepția prevăzută la articolul 53 alineatul (4) al doilea paragraf punctul 1^o din Legea privind achizițiile publice, care transpune în dreptul belgian articolul 42 alineatul (4) a doua teză din această directivă, întrucât cerința formulată în a treia teză a acestui articol 42 alineatul (4), transpusă în dreptul belgian prin articolul 53 alineatul (4) al treilea paragraf din această lege, nu ar fi îndeplinită.

... În ceea ce privește, în al treilea rând, ipoteza vizată la începutul articolului 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, interpretată la punctele...-53 din prezenta hotărâre și transpusă în dreptul belgian prin articolul 53 alineatul 4 al doilea paragraf punctul 2^o din legea menționată, este necesar să se considere că cerința referitoare la utilizarea unui anumit material pentru un contract de achiziții publice sau pentru o parte a acestuia poate în special să decurgă în mod inevitabil din obiectul contractului în cazul în care ea se întemeiază pe estetica urmărită de autoritatea contractantă sau pe necesitatea de a obține adecvarea unei lucrări la mediul său sau în cazul în care, având în vedere o performanță sau o cerință funcțională formulată în temeiul articolului 42 alineatul (3) litera (a) din această directivă, este inevitabilă utilizarea unor produse realizate din acest material. Astfel, în asemenea situații, nu poate fi avută în vedere nicio alternativă întemeiată pe o soluție tehnică diferită.

61 În afara cazurilor în care utilizarea unui material decurge în mod inevitabil din obiectul contractului, autoritatea contractantă nu poate, fără adăugarea mențiunii „...”. Prin urmare, autoritatea contractantă va trebui, în conformitate cu obiectivul privind deschiderea către concurență urmărit de Directiva 2014/24, să aplice criteriile de atribuire unei diversități de oferte, care le poate cuprinde atât pe cele care propun produse realizate din materiale a căror utilizare este curentă în sectorul în cauză, cât și pe cele care propun produse realizate **din materiale mai puțin obișnuite sau chiar inovatoare. Autoritatea contractantă oferă astfel operatorilor economici interesați posibilitatea de a demonstra echivalența unor asemenea materiale.**

62 Având în vedere cele ce precedă, trebuie să se răspundă la a doua și la a treia întrebare adresate că articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că autoritățile contractante nu pot, fără adăugarea mențiunii „sau echivalent”, să precizeze în specificațiile tehnice ale unui contract de achiziții publice de lucrări din ce materiale trebuie să fie realizate produsele propuse de ofertanți, cu excepția cazului în care utilizarea unui anumit material decurge în mod inevitabil din obiectul contractului, nefiind posibil să fie avută în vedere nicio alternativă întemeiată pe o soluție tehnică diferită.

Cu privire la a patra întrebare

63 Prin intermediul celei de a patra întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din această directivă trebuie interpretat în sensul că **obligația de a acorda operatorilor economici egalitatea de acces la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice și interdicția de a crea obstacole nejustificate în..., prevăzute la această din urmă dispoziție, sunt în mod necesar încălcate atunci când o autoritate contractantă elimină, printr-o specificație tehnică ce nu este compatibilă cu normele prevăzute la articolul 42 alineatele (3) și (4) din directiva menționată, anumite întreprinderi sau anumite produse.**

64 **Reiese fără ambiguitate din modul de redactare a articolului 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 că această dispoziție are ca obiect să amintească, în ceea ce privește formularea specificațiilor tehnice, unele dintre normele prevăzute la articolul 18 alineatul (1) din această directivă, și anume, pe de o parte, obligația de a trata operatorii economici în mod egal și, pe de altă parte, interdicția de a restrânge în mod artificial concurența** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 25 octombrie....., C 413/17, EU: C:...: 865, punctele 32 și 33).

65 Acest conținut al articolului 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 este, la rândul său, concretizat prin alineatele (3) și (4) ale acestui articol 42. Astfel cum rezultă din examinarea primelor trei întrebări preliminare, aceste alineate se întemeiază de asemenea, așa cum se confirmă în considerentul (74) al Directivei 2014/24, pe obligația și pe interdicția menționate.

66 În consecință, atunci când anumite întreprinderi sau anumite produse sunt excluse ca urmare a unei specificații tehnice care este incompatibilă cu normele prevăzute la articolul 42 alineatele (3) și (4) din Directiva 2014/24, această excludere aduce în mod necesar atingere obligației, prevăzută la alineatul (2) al acestui articol 42, de a se asigura că specificațiile tehnice oferă un acces egal la procedura de atribuire și nu restrâng în mod nejustificat concurența.

67 Prin urmare, este necesar să se răspundă la a patra întrebare adresată că articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din această **directivă trebuie interpretat în sensul că obligația de a acorda operatorilor economici egalitatea de acces la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice și interdicția de a crea obstacole nejustificate**

în..., prevăzute la această din urmă dispoziție, sunt în mod necesar încălcate atunci când o autoritate contractantă elimină, printr-o specificație tehnică ce nu este compatibilă cu normele prevăzute la articolul 42 alineatele (3) și (4) din directiva menționată, anumite întreprinderi sau anumite produse.”

Rezultă fără dubiu că autoritatea contractantă este obligată potrivit prevederilor legale naționale și comunitare să formuleze specificațiile tehnice în conformitate cu unul dintre punctele de la art. 156 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar nu potrivit unei alte metode.

În speță, autoritatea contractantă a decis ca pe lângă anumite cerințe de performanță și funcționale să impună și cerințele criticate care reprezintă cerințe constructive care posibil ar putea contribui la performanța unui produs sau la aptitudinea acestuia de a îndeplini o cerință funcțională, însă acestea nu constituie în sine o performanță sau o cerință funcțională.

Din perspectiva funcționalității, autoritatea contractantă nu a oferit nicio justificare tehnică pentru impunerea unui număr fix de module (ex. minimum 4/6 module) și nici nu a demonstrat de ce un produs a cărui putere totală este livrată prin 2 module mai mari, în loc de 4 module mai mici, nu ar corespunde necesității sale, atât timp cât performanța finală (puterea de 120/180 kW) este atinsă în mod identic.

Impunerea unei arhitecturi interne specifice reprezintă o intruziune nejustificată în soluția constructivă a producătorului, fără a aduce un beneficiu real, demonstrabil, în exploatarea produsului.

Mai mult, autoritatea contractantă nu a probat caracterul indispensabil al acestor specificații în raport cu obiectul contractului, eșuând în a justifica de ce soluții constructive alternative nu ar putea satisface necesitatea sa în condiții de eficiență egală.

Deși prevederile art. 156 din Legea 98/2016 impune ca orice referire la o specificație tehnică să fie însoțită de mențiunea «sau echivalent», în speță, autoritatea contractantă a golit de conținut acest principiu. Prin detalierea excesivă a unor elemente de design și construcție (precum sistemul de andocare cu buton de deblocare sau numărul... de module), orice încercare de a demonstra echivalența devine imposibilă din punct de vedere tehnic. Practic, autoritatea nu solicită un rezultat (o stație funcțională), ci un produs specific, eliminând prin descrierea constructivă orice altă soluție tehnologică alternativă care ar îndeplini aceleași funcții.

În lumina principiului proporționalității, specificațiile tehnice trebuie să fie strict legate de obiectul și obiectivele contractului. Elemente precum tipul butonului de deblocare sau modalitatea specifică de andocare a conectorilor reprezintă dotări accesorii, cu caracter secundar, care nu influențează parametrii esențiali de siguranță sau eficiență energetică ai stației de încărcare. Ridicarea unor astfel de detalii constructive la rangul de cerințe eliminatorii este disproporționată, având

ca singur efect limitarea artificială a concurenței și favorizarea unor operatori care au în portofoliu exact acea configurație estetică/constructivă, în detrimentul calității și prețului oferat.

Consiliul reține că este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață.

În speță prin impunerea cerințelor critice care reprezintă soluții constructive este imposibilă prezentarea unor oferte care dispun de alte soluții tehnice.

Față de aceste aspecte criticile sunt întemeiate urmând a fi admise.

Referitor la criticile cu privire la termenele de livrare, montare și punere în funcțiune care constituie și factori de evaluare Consiliul reține următoarele:

În cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„livrarea: maxim... de zile calendaristice de la lansarea comenzii

montarea: maxim 10 zile lucrătoare de la livrare

(...)

După semnarea contractului cu ofertantul câștigător, autoritatea contractantă va transmite nota de comandă pentru furnizarea echipamentelor/produselor solicitate.

Termen de livrare maxim de... de zile de zile calendaristice de la nota de comandă.

Termen montare și punere în funcțiune: maxim 10 zile lucrătoare de la data livrării

(...)

10. CRITERIU DE ATRIBUIRE CONTRACT: *cel mai bun raport calitate preț:*

Prețul ofertei:

(...)

- Componenta tehnică 45% - Punctaj maxim factor - 45 p

A) Termen de livrare - 25 puncte

Algoritm de calcul: Punctajul se acordă astfel:

a) pentru termen de livrare cel mai mic de la data emiterii notei de comandă, se acordă punctajul maxim alocat factorului de evaluare, respectiv (25 puncte),

b) pentru celelalte termene oferate punctajul $P(n)$ se determină cu formula:
Punctaj (termen n) = (termen minim / termen n) x punctaj maxim alocat;

c) pentru un termen mai mare de... de zile calendaristice oferta va fi declarată neconformă.

B) Termen montare și punere în funcțiune - 20 puncte

Algoritm de calcul: Punctajul se acordă astfel:

a) pentru termenul de montare și punere în funcțiune cel mai mic, se acordă punctajul maxim alocat factorului de evaluare, respectiv (20 puncte).

b) pentru celelalte termene ofertate, punctajul se determină cu formula:
$$\text{Punctaj (termen } n) = (\text{termen minim} / \text{termen } n) \times \text{punctaj maxim alocat};$$

c) pentru un termen de montare și punere în funcțiune mai mare de 10 de zile lucrătoare, oferta va fi declarată neconformă.”

Rezultă că momentul de referință de la care începe să curgă termenul de livrare asumat de ofertant și care constituie unul din elementele determinante în stabilirea ofertantului câștigător depinde de un eveniment necunoscut de ofertanți la momentul ofertării și nici ulterior după semnarea contractului, respectiv data emiterii notei de comandă a autorității contractante.

În soluționare Consiliul reține că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- Art. 32 din HG nr. 395/2016:

„Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și **trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali** și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.”

În aceste condiții, este evident că acest factor deși aparent aduce un avantaj real în realitate este unul pur formal care depinde de un eveniment incert al autorității contractante efectuat în funcție de ofertantul clasat pe primul loc, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă urmează să încheie un acord cadrul cu „se va încheia acordul cadru cu ofertanții clasati pe primele 3 locuri după aplicarea criteriului de atribuire. În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe același loc, cu punctaje egale, autoritatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare, și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică.

Contractele subsecvente se vor atribui în cascadă, astfel:

a. autoritatea contractantă va comunica cu operatorul economic de pe locul 1 că dorește să achiziționeze X cantitate din lotul respectiv, iar operatorul economic va răspunde în 24 de ore ce cantitate are disponibilă de a livra în termenul asumat în oferta tehnică și autoritatea contractantă va încheia contractul subsecvent pe cantitatea declarată de acesta;

b. în cazul în care rămâne o diferență de contractat din același lot, autoritatea contractantă va repeta procedura de mai sus cu ofertanții clasati pe locurile 2 și 3 până la atingerea necesarului;

c. în cazul în care acordul cadru se va încheia cu un singur ofertant, nu se vor aplica prevederile punctului b.”

De asemenea se observă că utilizarea termenului de livrare ca factor de evaluare, în condițiile în care acesta este declanșat de un eveniment aflat la discreția exclusivă a autorității, respectiv emiterea notei de comandă, încalcă principiul asumării riscurilor în mod echitabil.

Într-un mecanism de achiziție tip „cascadă”, unde disponibilitatea stocurilor este declarată în momentul comenzii, punctarea unui termen

de livrare teoretic devine irelevantă. Un operator poate obține punctajul maxim (25 puncte) oferind un termen simbolic, pentru ca ulterior, la momentul comenzii, să invoce lipsa stocului pentru întreaga cantitate. Acest fapt demonstrează că factorul de evaluare nu reflectă o capacitate tehnică reală, ci o strategie de ofertare, golind de conținut scopul art. 32 din HG nr. 395/2016 privind avantajul real adus autorității contractante.

Consiliul constată că interdependența dintre algoritmul de punctare a termenelor de livrare și sistemul de atribuire „în cascadă” creează premisa unui arbitrar decizional total al autorității contractante.

Prin acest mecanism, autoritatea nu obține cel mai bun raport calitate-preț, ci își rezervă posibilitatea de a favoriza un anumit operator prin controlul variabilei temporale:

- astfel pe de o parte, obligă ofertanții la asumarea unor termene nerealiste de scurte pentru a rămâne competitivi (locul 1);
- iar pe de altă parte, prin emiterea discreționară a notei de comandă (sau anunțarea prealabilă a unui favorit), autoritatea decide practic cine poate îndeplini obligația și cine va fi nevoit să decline comanda din lipsă de stoc, permițând astfel glisarea contractului către operatorul dorit din cadrul cascadei.

O astfel de arhitectură a documentației de atribuire transformă procedura de achiziție dintr-o competiție deschisă într-un instrument de validare formală a unui operator „preselectat”, golind de conținut principiile transparenței și tratamentului egal prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Pentru a fi legal, termenul de livrare ar fi trebuit să fie raportat la un calendar previzibil sau să conțină o perioadă minimă de preaviz între nota de comandă și începerea curgerii termenului de livrare, egală pentru toți semnatarii acordului-cadru.

Față de aceste aspecte criticile sunt întemeiate urmând a fi admise.

Referitor la criticile cu privire la indicarea unei unități de măsură a termenelor ce urmează a fi oferite și punctate ca factori de evaluare, respectiv „Termen de livrare” și „Termen montare și punere în funcțiune” Consiliul urmează să le admită, astfel, va obliga autoritatea contractantă să precizeze clar unitatea de măsură, pentru a asigura comparabilitatea ofertelor și aplicarea corectă a algoritmului de punctare.

Referitor la solicitarea contestatorului ca autoritatea contractantă să indice un termen minim care va fi punctat, Consiliul urmează să o respingă, având în vedere că autoritatea contractantă este obligată să verifice realitatea fiecărui element ofertat și punctat ca factor de evaluare în vederea stabilirii ofertei câștigătoare.

Ofertanții nu pot oferta „Termen de livrare” și „Termen montare și punere în funcțiune” nerealiste și nejustificate doar pentru a primi punctaje maxime urmând ca ulterior să găsească o alternativă de a executa contractul, în timp autoritatea contractantă este obligată de a

verifica realitatea și fermitatea acestor termene anterior desemnării ofertei câștigătoare.

În aceste condiții nu se impune stabilirea unui termen minim care să fie punctat cu maximul de puncte deoarece acest aspect care ar conduce implicit:

- pe de o parte la ofertarea acestuia de către toți ofertanții și primirea punctajelor maxime, făcând astfel ca acești factori să nu mai aducă niciun avantaj real autorității contractante încălcând astfel prevederile art. 32 din HG nr. 395/2016

- iar pe de altă parte la ofertarea acestor termene minime fără nicio justificarea din partea ofertanților.

Ofertanții sunt obligați la în etapa de ofertare să își asume termenele minime pe care aceștia le pot justifica evident în funcție de politicile lor de ofertare, relații cu furnizorii și/sau producătorii produselor, etc. și nu asumarea „*tale quale*” a unor termene minime indicate de autoritatea contractantă însă care să asigure obținerea unor punctaje maxime urmând ca în implementare să găsească alte mijloace de a duce la îndeplinire acordul cadru.

Ofertarea unor termene suspect de scurte nu va conduce în mod automat la respingerea ofertei ca nerealiste fiind permisă doar în baza unor dovezi concludente solicitate de autoritatea contractantă ofertantului.

Referitor la solicitarea contestatorului ca autoritatea contractantă să modifice ponderile factorilor antecitați, Consiliul urmează să le respingă ca nefondate, având în vedere că în cadrul strategiei de contractare nr.... postată în SEAP sub identificatorul „[CN1... /...01] Strategie de contractare +Nota estimativa-semnat.pdf.p7s” a menționat că „Determinarea „ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, prin uzitarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” se aplică în condițiile în care ofertantul a prezentat toate documentele solicitate prin Fișa de Date a Achiziției, a îndeplinit criteriile de calificare impuse în Fișa de Date a Achiziției și a respectat cerințele minime din Caietul de Sarcini. Ofertă stabilită că fiind câștigătoare devine oferta care întrunește punctajul cel mai mare rezultat din aplicarea sistemului de factori de evaluare pentru care au fost stabilite ponderi relative și un algoritm de calcul specific.

Factorii de evaluare respectă prevederile Instrucțiunii nr.... emisă de Președintele ANAP. Astfel, prin alegerea Factorului de evaluare preț, autoritatea contractantă dorește obținerea unui preț competitiv, fiind acordată o pondere semnificativă de 55% raportată la importantă majoră în economia activităților a ponderii acordată prețului.

*Factoriilor de evaluare tehnic, „termen de livrare” și „Termen montare și punere în funcțiune”, **autoritatea contractantă dorește obținerea un termen de livrare scurt, competitiv, asigurarea unui serviciu prompt, continuu.***

Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea acordului cadru. Astfel, luând în considerare necesitatea obținerii unui preț competitiv care să conducă la costuri cât mai mici pentru autoritatea contractantă concomitent cu selectarea unui prestator de calitate, autoritatea contractantă a ponderat componentă financiară cu cea tehnică (55% - 45%)."

Contestatorul susține că ponderea factorilor este disproporțională raportat la durata contractului însă omite prevederile art. 32 alin. (9) din HG nr. 395/2016 „*Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:*

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv”.

Astfel legiuitorul a interzis distorsionarea rezultatului procedurii prin utilizarea unor ponderi care nu reflectă corect avantajele aduse autorității contractante; norma nu impune și nici nu face referire la o „proportionalitate” raportată la durata contractului, așa cum eronat pretinde contestatorul.

Stabilirea factorilor de evaluare și a ponderilor acestora intră în marja de apreciere a autorității contractante, în funcție de nevoile specifice identificate în Strategia de Contractare, atâta timp cât nu sunt discriminatorii.

Față de aceste aspecte criticile sunt neîntemeiate urmând a fi respinse.

Referitor la criticile cu privire la mecanismul de încheiere a contractele subsecvente în cascadă cu cei 3 operatori economici, Consiliul reține următoarele prevederi legale:

- art. 118 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „*În cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulți operatori economici, acordul-cadru se execută în unul dintre următoarele moduri:*

*a) **fără reluarea competiției**, în conformitate cu termenii și condițiile prevăzute în cuprinsul său, în cazul în care acordul-cadru **stabilește toți termenii și condițiile care reglementează** execuția lucrărilor, prestarea serviciilor și **furnizarea produselor care constituie obiectul său**, precum și condițiile obiective în funcție de care se stabilește care dintre operatorii economici parte la acordul-cadru va executa lucrările, va presta serviciile sau va furniza produsele”.*

- Art.... din HG nr. 395/2016 „(1) Prin încheierea unui acord-cadru, autoritatea contractantă își asumă față de operatorul/operatorii

economic/ economici care este/sunt parte a acordului respectiv următoarele obligații principale:

a) să nu încheie cu alt operator economic, pe durata acordului-cadru, un contract având ca obiect achiziționarea produselor/serviciilor/lucrărilor care fac obiectul acordului-cadru respectiv, în situația în care cantitățile maxime estimate nu au fost consumate sau o eventuală depășire a acestora nu reprezintă o modificare substanțială în condițiile art.... alin. (7) din Lege;

b) să atribuie contracte operatorului/operatorilor economic/economiци semnatari, ori de câte ori intenționează să achiziționeze produsele/ serviciile/ lucrările care au făcut obiectul acordului-cadru respectiv, respectând condițiile esențiale stabilite la încheierea acestuia.

(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. a), autoritatea contractantă are dreptul să încheie cu alt operator economic un contract de achiziție publică având ca obiect achiziționarea aceluiași produse/servicii/lucrări care fac obiectul acordului- cadru respectiv în cazul în care operatorul/operatorii economici semnatari al/ai acordului nu mai are/au capacitatea de a răspunde solicitărilor autorității contractante.

(3) Solicitarea autorității contractante adresată operatorului economic pentru a furniza/presta/executa se materializează prin încheierea unui contract subsecvent acordului-cadru.

- Art. 111 din HG nr. 395/2016 „(1) În cazul în care operatorul economic căruia autoritatea contractantă îi transmite o solicitare pentru încheierea unui contract subsecvent nu are capacitatea de a răspunde acestei solicitări deoarece cantitatea care face obiectul contractului depășește cantitatea estimată, autoritatea contractantă are dreptul de a iniția o nouă procedură de atribuire pentru achiziționarea diferenței care nu poate fi acoperită de respectivul operator economic, numai în cazul în care:

a) acordul-cadru este încheiat doar cu operatorul economic respectiv; sau

b) deși acordul-cadru este încheiat și cu alți operatori economici, nici aceștia, la rândul lor, nu au capacitatea de a acoperi diferența respectivă.

(2) În cazul în care operatorul economic căruia autoritatea contractantă îi transmite o solicitare pentru încheierea unui contract subsecvent nu are capacitatea de a răspunde acestei solicitări din propria sa culpă, autoritatea contractantă are dreptul de a iniția o nouă procedură de atribuire pentru achiziționarea întregii cantități necesare, numai în cazul în care:

a) acordul-cadru este încheiat doar cu operatorul economic respectiv; sau

b) deși acordul-cadru este încheiat și cu alți operatori economici, nici aceștia, la rândul lor, nu au capacitatea de a răspunde solicitării respective.

(3) Operatorul economic în culpă va suferi consecințele prevăzute în acordul-cadru pentru neîndeplinirea obligațiilor în sarcina sa.”

În speță, deși elaborarea unui mecanism de atribuire în cascadă este, în principiu, permisă de normele legale, modul de formulare a acestuia în cadrul documentației de atribuire goleşte de conținut caracterul obligatoriu al acordului-cadru.

Conform art.... alin. (1) din HG nr. 395/2016, operatorul economic are obligația de a furniza produsele în condițiile stabilite.

Permițând operatorului de pe Locul 1 să declare arbitrar ce cantitate „are disponibilă”, autoritatea contractantă transformă o obligație fermă într-o clauză pur potestativă. Acest fapt va permite operatorului să refuze livrarea fără a suporta consecințele neexecutării contractuale, fapt ce contravine scopului achiziției publice și caracterului ferm al ofertei depuse.

Mecanismul detaliat permite autorității să achiziționeze cantități de la operatorii clasați pe locurile 2 sau 3 (cu prețuri potențial mai mari) fără a demonstra că operatorul de pe locul 1 se află într-o imposibilitate obiectivă de livrare.

Simpla „*declarație de disponibilitate*” nu constituie o dovadă a epuizării capacității tehnice, creându-se astfel premisa unui prejudiciu adus bugetului autorității prin eludarea clasamentului rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire.

Consiliul reține că termenul de „*cantitate disponibilă*” este vag și nesuținut de criterii de verificare obiective, oferind autorității o marjă de apreciere prea largă și subiectivă, ambiguitate care încalcă art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind principiile transparenței și tratamentului egal.

Mecanismul permite, sub aparența legalității, o partajare a cantităților din acordul-cadru între cei 3 semnatori.

CNSC consideră că un acord-cadru fără reluarea competiției trebuie să fie extrem de riguros în respectarea ierarhiei, iar trecerea la „cascadă” trebuie să fie o excepție, clar stabilită.

Având în vedere că mecanismul permite operatorilor economici să moduleze livrările în funcție de interese proprii și nu în funcție de obligațiile asumate prin oferta tehnică, Consiliul consideră că prevederea este de natură să afecteze rezultatul procedurii și să vicieze modul de execuție a contractelor subsecvente.

Mai mult, mecanismul este criticabil și prin lipsa determinării clare a momentului emiterii notei de comandă. În absența unei proceduri riguroase de declanșare a comenzii, calculul termenului de livrare (care în speță este și factor de evaluare) devine incert, afectând comparabilitatea ofertelor și verificarea modului de îndeplinire a obligațiilor asumate.

Prin urmare, Consiliul admite contestația și dispune reformularea clauzei în sensul precizării caracterului obligatoriu al livrării integrale pentru operatorul prioritar și definirea strictă a cazurilor de incapacitate de livrare care pot justifica trecerea la următorul clasat.

Referitor la criticile privind cerința de a prezenta traduceri autorizate, Consiliul urmează să le respingă ca nefondate. Autoritatea contractantă are obligația de a verifica conformitatea propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini. În condițiile în care oferta și anexele sale ar fi prezentate într-o limbă necunoscută membrilor

comisiei de evaluare, procesul de examinare nu s-ar putea realiza conform rigorilor legale.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire potrivit prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire potrivit prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei:...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 21(douăzecișiuna) pagini.