CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 67/28.03.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 12806/29.03.2018, formulată de către ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de director general, împotriva documentaţiei de atribuire, elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitaţie deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „Vane, hidranţi, robinete, fitinguri”, se solicită admiterea acesteia şi, pe cale de consecinţă, eliminarea din cuprinsul documentaţiei de atribuire a impunerii unor anumite certificări/avizări, emise de o anumită entitate (GSK) pentru protecţiile interioare şi exterioare ale vanelor sertar pana din fontă ductilă și modificarea şi/sau eliminarea menţiunilor din specificaţiile/fişele tehnice, referitoare la impunerea drept condiţie de admisibilitate a vanelor sertar pana din fontă ductilă, a deţinerii unei certificări /avizări, emisă doar de o anumită asociaţie privată – GSK,în condiţiile în care există standarde europene care reglementează cerinţele protecţiilor interioare şi exterioare ale vanelor sertar pana, EN 14901, în conformitate cu care şi alte organizaţii independente emit certificări, astfel încât specificaţia tehnică să fie întocmită în acord cu principiile concurenţei, al garantării tratamentului egal şi al nediscriminării operatorilor economici şi al utilizării eficiente a fondurilor publice (art. 2, art. 155 şi art. 156 din Legea nr. 98/2016).

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ... critică documentaţia de atribuire, elaborată de către ..., în cadrul procedurii de achiziţie publică menţionată în partea introductivă, învederând în motivare faptul că entitatea contractantă ... a iniţiat prezenta procedură de achiziţie publică la data de 14.03.2018, în acest sens publicând în S.E.A.P. anunţul de participare nr. ....

În cuprinsul caietului de sarcini, Specificaţii tehnice – Vane sertar pana s-a prevăzut la „Parametrii tehnici şi funcţionali" că protecţia internă şi externă din vopsea epoxidică trebuie să fie avizată GSK – „protecţie internă: acoperire avizată GSK" şi „protecţie externă: acoperire epoxidică avizată sanitar GSK".

În acest context, ..., la data de 19.03.2018, a transmis entităţii contractante notificarea prealabilă, prin care a solicitat să se remedieze cerinţele din documentaţia de atribuire care contravin legilor în vigoare, referitoare la libera concurenţă, iar ... a transmis, ca răspuns, adresa nr. 1777/27.03.2018., prin care a respins solicitarea sa.

În ceea ce priveşte interesul în formularea prezentei contestaţii, ... invocă dispoziţiile art. 3, lit. f) din Legea nr. 101/2016 şi precizează că legea nu restrânge sfera persoanelor îndreptăţite să formuleze contestaţii numai la operatorii economici participanţi în mod direct la procedură.

Dimpotrivă, legea atribuie calitate procesuală activă oricărui operator economic, *„care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim*", prin actele/omisiunile autorităţii contractante.

Pe cale de consecinţă, justificarea dreptului/a interesului legitim reprezintă o condiţie suficientă pentru existenţa legitimităţii de a formula o notificare prealabilă în cadrul procedurii. Aceasta este aplicabilă, atât persoanelor participante la procedură, cât şi în cazul persoanelor care, deşi nu participă în mod direct la procedură, ar putea fi vătămate de desfăşurarea acesteia. Astfel, prevederile art. 3, lit f) din Legea nr. 101/2016 sunt pe deplin aplicabile în cazul notificărilor prealabile formulate împotriva documentaţiei de atribuire, când, prin ipoteză, niciun agent economic nu este în măsură să formuleze o ofertă în cadrul procedurii.

... este distribuitor pe teritoriul României de produse pentru reţele edilitare, inclusiv vane sertar pana din fontă ductilă. Relevant pentru obiectul prezentei contestaţii este faptul că ... este distribuitor pe teritoriul României de vane sertar pana cauciucat din fontă ductilă, produse conform EN 1171, EN 558, care sunt acoperite la interior şi exterior cu vopsea epoxidică, conform EN14901.

Vanele sertar pana se produc, conform standardelor EN1171, DIN 3352, BS 5163, iar acoperirea de protecţie anticorozivă la interior şi exterior trebuie să respecte cerinţele standardului european EN 14901 – Acoperirea cu vopsea epoxidică a conductelor, fitingurilor şi accesoriilor din fontă ductilă – cerinţe şi metode de testare.

Certificarea produsului implică verificarea că au fost respectate cerinţele din standardele aferente, respectiv verificarea protecţiei interioare şi exterioare cu vopsea epoxidică, conform standardului enunţat mai sus.

De asemenea, vanele folosite în reţele de apă potabilă trebuie să aibă certificare din partea unor organisme acreditate, cu privire la acoperirile epoxidice în contact cu apa, respectiv WRAS, KIWA, DVGW, Ministerul Sănătăţii din România, etc.

Certificarea GSK reprezintă o certificare a protecţiilor interioare şi exterioare ale vanelor după standardul DIN 30677-1, standard care nu este european şi nici românesc, iar GSK este o instituţie privată care funcţionează după norme şi interese proprii. Astfel, pe teritoriul României, proiectele de infrastructură finanţate din fonduri publice, nu pot fi afectate de condiţionalităţi impuse de o singură instituţie de certificare privată din altă ţară, limitând concurenţa pe un segment de piaţă publică, prin neacceptarea producătorilor certificaţi şi de alte instituţii de certificare.

Prin urmare, impunerea certificării/avizării GSK contravine prevederilor Jurnalului Oficial al Uniunii Europene C115, Titlul VII – „Norme comune privind concurenţa, impozitarea şi armonizarea legislativ", capitolul 1 – „Regulile de concurenţă", Secţiunea 1 – „Reguli aplicabile întreprinderilor" , articolul 101 privind libera concurenţă. Pe de altă parte, WRAS, KIWA, Ministerul Sănătăţii, etc. sunt organisme „independente şi imparţiale".

Aşa cum se poate constata, pentru certificarea vanelor sertar pana din fontă ductilă, există standardul european EN 14901, care indică cerinţele privind acoperirea de protecţie a acestora cu vopsea epoxidică, iar pentru utilizarea acestora în reţelele de apă potabilă există organisme independente de certificare şi avizare.

Cu toate că, potrivit susţinerilor contestatorului, existenţa unui certificat/aviz GSK a vanelor de sertar pana nu este necesară, entitatea contractantă, în mod nelegal şi fără nicio justificare, a impus, ca o condiţie de admisibilitate a ofertelor, cerinţa ca vanele sertar pana să aibă certificare/avizare, emisă de către GSK.

În opinia contestatorului, efectul acestei măsuri este eliminarea tuturor acelor producători şi/sau distribuitori de vane din fontă ductilă, inclusiv a societăţii sale, care intenţionează să livreze pentru acest proiect vane din fontă ductilă pentru reţelele de apă potabilă, care au alte certificări privind potabilitatea, inclusiv Aviz sanitar, emis de Ministerul Sănătăţii, dar şi alte certificări internaţionale independente, cum ar fi WRAS (institut independent de avizare sanitară britanic).

Or, un operator economic care activează pe o piaţă ale cărei produse sunt necesare pentru realizarea proiectului avut în vedere de către entitatea contractantă, justifică pe deplin interesul a interveni în procedură prin contestarea actelor nelegale. Interesul legitim este cu atât mai mare, cu cât prin actul nelegal al entităţii contractante, operatorul economic respectiv se află în situaţia de a fi de la bun început

în imposibilitatea de a participa la realizarea proiectului, fără a exista o justificare rezonabilă pentru această situaţie. Prin recunoaşterea dreptului unui astfel de operator economic de a contesta actele nelegale ale entităţii contractante se asigură respectarea principiului concurenţei, a principiului tratamentului egal, a nediscriminării şi a principiului utilizării eficiente a fondurilor publice.

Formularea prezentei contestaţii, de către ..., tinde la eliminarea condiţiei nelegale, potrivit căreia vanele sertar pana din fontă ductilă să aibă certificare/avizare GSK, pentru a permite libera concurenţă.

Concluzionând, contestatorul solicită Consiliului să constate că interesul său legitim „este pe deplin justificat" şi se asigură astfel protejarea unui interes superior, derivat din eficienta utilizare a fondurilor publice.

Referitor la documentaţia de atribuire, aferentă procedurii de atribuire în cauză, ... aduce la cunoştinţa Consiliului următoarele motive de nelegalitate:

Coordonatele imperative care trebuie respectate în cadrul procedurii de achiziţie de proiectare/executare de lucrări edilitare:

De regulă, autorităţile publice locale parcurg una dintre următoarele proceduri de achiziţie publică, în scopul realizării unor proiecte edilitare: proiectare (studii de fezabilitate, proiecte tehnice sau faze unice), execuţie lucrări, proiectare şi execuţie de lucrări.

În cadrul lucrărilor finanţate de autorităţile publice locale din România sunt frecvent folosite vanele din fontă ductilă.

În sensul celor expuse anterior, contestatorul invocă Ordinul comun nr. 2266/335/2012 al ministrului mediului şi al pădurilor şi al preşedintelui A.N.R.M.A.P. privind aprobarea modelelor de documentaţii standardizate aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţie lucrări publice pentru proiectele de „proiectare şi execuţie de staţie de tratare a apei/staţie de epurare de ape reziduale", „execuţie de reţele de canalizare şi reţele de alimentare cu apă", „proiectare şi execuţie de staţie de sortare, compostare şi tratare mecano-biologică a deşeurilor", „execuţie de depozit conform de deşeuri".

Conform art. 2 din ordinul menţionat anterior: *„Autorităţile contractante care implementează proiecte din domeniul infrastructurii de mediu prevăzute în acest ordin au obligaţia utilizării acestor documentaţii începând cu data intrării în vigoare a prezentului ordin, prin transmiterea lor în Sistemul electronic de achiziţii publice în vederea iniţierii procedurii de atribuire (subl. ns.)"*

În anexele la Ordinul nr. 2266/335/2012 sunt prezentate modelele de documentaţie standardizată pentru tipurile de proiecte ce intră în sfera de reglementare a ordinului. De asemenea, în cadrul documentaţiei standardizate, sunt specificate şi condiţiile privind vanele sertar.

Astfel, se poate constata că în anexele Ordinului nr. 2266/335/2012 nu este menţionată, ca cerinţă, certificarea/avizarea GSK, ci că vanele utilizate pentru vehicularea apei poatabile să fie acceptate de Ministerul Sănătăţii, adică să obţină aviz de potabilitate şi să fie vopsite în fabrică.

Cu toate acestea, în cuprinsul caietului de sarcini, Specificaţii tehnice – „Vane sertar pana” este stipulat la „Parametrii tehnici şi funcţionali”: „protecţie internă: acoperire avizată GSK” şi „protecţie externă: acoperire epoxidică avizată sanitar GSK”, entitatea contractantă a prevăzând, ca cerinţă expresă, prezentarea unui certificat/avizare GSK a protecţiei interne şi externe cu vopsea epoxidică.

Astfel, ... a specificat „condiţia nelegală”, potrivit căreia vanele sertar pana utilizate în cadrul procedurii să deţină certificare/avizare, emisă de către GSK, aspect care contravine dispoziţiilor art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Or, în cadrul documentaţiei standardizate, aprobate prin Ordinul nr. 2266/335/2012 sunt specificate şi condiţiile tehnice privind vanele de sertar pana.

În condiţiile în care documentaţia de atribuire ar menţine forma şi conşinutul publicate în S.E.A.P., singurele vane sertar care ar putea fi acceptate în cadrul proiectului organizat de către ..., ar fi exclusiv cele care deţin certificat/aviz din partea GSK.

Concluzionând, contestatorul consideră că se impune soluţia modificării caietului de sarcini existent, prin modificarea şi/sau eliminarea menţiunilor privind specificaţiile tehnice referitoare la impunerea drept condiţie de admisibilitate existenţa certificării/avizării din partea GSK.

Cu privire la obstrucţionarea concurenţei şi a tratamentului egal şi nediscriminatoriu aplicabil operatorilor economici în cazul procedurii de atribuire organizată de către ..., ... precizează următoarele:

... critică eliminarea, prin condiţiile impuse în caietul de sarcini, a tuturor acelor producători şi furnizori de vane sertar pana din fontă ductilă, care intenţionează să livreze pentru acest proiect vane sertar pana fabricate, conform standardelor europene în vigoare şi care deţin certificări de potabilitate, emise de organisme acreditate, inclusiv Ministerul Sănătăţii, dar care nu deţin certificare/avizare GSK.

Contestatorul învederează că toate vanele sertar comercializate în Europa trebuie să respecte standardele în vigoare și să aibă acoperire de protecție atât la interior, cât și la exterior, din vopsea epoxidică, conform cerințelor EN 14901 – fapt dovedit prin certificările de produs ce se emit de către mai multe entități independente de certificare și să dețină avizare sanitară pentru utilizarea în rețelele de apă potabilă, entitatea contractantă solicitând, de fapt, ca protecția interioară cu vopsea epoxidică să fie certificată pentru utilizarea în rețelele de apă potabilă doar prin certificarea/avizarea GSK, emisă doar de organismul privat GSK.

... precizează că autoritățile comunitare și române impun existența unui singur standard european în domeniu și solicită ca acest standard să fie aplicat și în procedura de față, respectiv ca produsele necesare implementării proiectului să fie identificate conform standardelor europene.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, ... invocă dispozițiile art. 6 și art. 7 din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale la care a făcut referire în cuprinsul contestației.

În probațiune, contestatorul a anexat înscrisuri.

Prin adresa nr. 2199/16.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 15596/18.04.2018, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, prin care solicită respingerea acesteia și menținerea cerințelor din documentația de atribuire, având în vedere următoarele:

În cadrul procedurii de atribuire în cauză, în vederea achiziţionării unor produse corespunzătoare din punct de vedere calitativ şi conforme cu necesităţile şi obiectul de activitate al achizitorului, în mod obiectiv, s-au stabilit criterii şi cerinţe pe care produsele respective trebuie să le îndeplinească. În acest sens, prin documentaţia de atribuire, entitatea contractantă a solicitat potenţialilor ofertanţi ca, pentru produsele ofertate, în speţă vane sertar pană din fontă ductilă, să facă dovada deţinerii unui certificat de calitate GSK în scopul asigurării şi respectării condiţiilor de calitate pe care vanele respective trebuie să le îndeplinească.

... menţionează că cerinţele din cuprinsul documentaţiei de atribuire sunt perfect legale şi vădit conforme cu scopul urmărit la achiziţia produselor în discuţie, fiind neîntemeiată critica de nelegalitate adusă de către contestator, prin care se susţine restricţionarea concurenţei raportat la produsele ce urmează a fi achiziţionate. Mai mult decât atât, fără argumente legale, contestatorul încearcă să impună eliminarea oricăror cerinţe de calitate pentru produsele vizate şi achiziţionarea de produse slab calitative, dacă nu improprii pentru scopul folosirii acestora şi anume furnizarea de apă potabilă prin sisteme publice către utilizatori.

Entitatea contractantă menţionează că certificarea solicitată este deţinută de către foarte mulţi producători ai produselor de profil şi reprezintă garanţia faptului că acele produse asigură o utilizare şi o exploatare conformă scopului pentru care se achiziţionează. Astfel, GSK este acronimul din limba germană pentru Asociaţia de Asigurare a Calităţii şi este o asociaţie înregistrată în Germania de peste 25 de ani. Această asociaţie reprezintă interesele generale şi intelectuale ale membrilor săi în domeniul acoperirii cu pulbere epoxidică la nivel internaţional. GSK acordă marcajul de calitate întreprinderilor care îndeplinesc cerinţele stricte de asigurare a calităţii în conformitate cu reglementările actuale privind calitatea şi inspecţia, oferă informaţii privind acoperirea cu pulberi epoxidice grupurilor specializate cum ar fi inginerii, constructorii şi producătorii din întreaga lume, precum şi autorităţile locale şi operatorii de apă potabilă, ape reziduale şi conducte de gaz. Companiile care respectă standardele tehnice europene (nu numai EN 14901 ci şi alte standarde europene cum ar fi: EN ISO 4624, EN ISO 12944-4, EN 598 şi altele) în conformitate cu regulamentele relevante privind calitatea şi inspecţia, primesc confirmarea din partea

Comitetului Executiv al GSK că pot purta marca de calitate. Aceştia primesc un certificat de proces, produs şi/sau material de acoperire care este valabil pentru o perioadă de timp prestabilită. De la testarea materialelor şi parametrii procesului până la testele de acoperire, totul din procesul de producţie este monitorizat şi înregistrat în auto-testare specifică şi completă. În plus, există inspecţii externe anuale neanunţate de către un institut independent de testare. Toate testele se efectuează în conformitate cu regulamentele actuale ale GSK privind calitatea şi inspecţia şi regulamentele de punere în aplicare.

Toate testele trebuie să confirme standardele de înaltă calitate ale stratului de acoperire cu pulbere epoxidică. Inspecţiile externe obligatorii trebuie efectuate de institute recunoscute şi neutre. Verificările neanunţate la faţa locului sunt efectuate de institute independente de testare desemnate de Comitetul Executiv al GSK. Toţi producătorii recunoscuţi pentru calitatea produselor lor (AVK, Erhard, Ludvig Frischhut, Saint Gobain, VAG, Tiroler Rohre, Georg Fischer, Jafar şi mulţi alţi producători mai puţin cunoscuţi în România) sunt membrii ai acestei Asociaţii. Producătorii care nu sunt certificaţi GSK dau o declaraţie că au respectat standardul EN 14901, dar ei nu sunt verificaţi de niciun organism independent care să confirme că, într-adevăr, au respectat acest standard şi celelalte standarde tehnice europene în domeniu.

... învederează că, în prezent, 37 producători (din 16 ţări europene) de ţevi, fitinguri, vane, hidranţi şi supape pentru apa potabilă, apa uzată şi gaze naturale au certificare GSK și precizează standarde tehnice europene care trebuie respectate de producătorii certificaţi GSK.

Entitatea contractantă subliniază că doreşte să se asigure că, prin acest acord cadru, va achiziţiona produse de calitate care respectă întru totul standardele europene, respectând astfel şi principiul utilizării eficiente a fondurilor publice. Ca atare, respectarea standardelor de calitate este necesar să fie verificată de către astfel de organisme independente cum este GSK şi care din punct de vedere legal sunt îndrituite să facă acest lucru în scopul protejării activităţilor şi intereselor utilizatorilor produselor astfel certificate.

... arată că nu poate fi de acord cu susţinerile contestatorului și argumentează că documentaţia de atribuire este în total acord cu principiile tratamentului egal şi al nediscriminării, statuate prin dispoziţiile Legii nr. 99/2016, entitatea contractantă neurmărind niciun moment să distorsioneze sau să obstrucţioneze liberul acces al operatorilor economici la procedura iniţiată, ci dimpotrivă, interesul fiind acela de a asigura protecţia utilizatorilor de servicii publice de alimentare cu apă şi de canalizare, respectiv de a garanta exploatarea corespunzătoare a sistemelor publice de acest gen.

Urmare celor antemenţionate, entitatea contractantă apreciază ca temeinică şi legală o soluţie de respingere a contestaţiei formulate, respectiv de menţinere a documentaţiei de atribuire astfel cum a fost publicată la data demarării procedurii.

Prin adresa nr. 68/23.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 16578/24.04.2018, contestatorul a transmis „PUNCT DE VEDERE” la punctul de vedere nr. 2199/16.04.2018 al ..., în care precizează următoarele:

În cazul vanelor sertar pană există cerinţe clare în standardul european EN 14901 cu privire la tipul vopselei epoxidice, grosimea stratului, procedeul de aplicare, etc., cerinţe ce sunt verificate la acordarea certificării de produs de către organismele independente abilitate din Europa. Mai mult, acoperirile vanelor sertar pană trebuie certificate de organisme acreditate cu privire la calitatea acestora de a fi folosite în contact cu apa potabilă, iar în România este obligatorie prezentarea certificatului de potabilitate emis de Ministerul Sănătății.

În plus, dacă producătorul deţine certificare în sistemul de management al calității ISO 9001, aceasta atestă faptul că procesul de fabricaţie este controlat și se fac măsurători, verificări și consemnări conform standardelor aplicabile și procedurilor sistemului.

Contestatorul consideră că entitatea contractantă încearcă să convingă faptul că procedura de testare a materialelor și a parametrilor specifici în timpul producţiei este impusă doar de cerinţele certificării GSK, dar în realitate toate aceste proceduri sunt obligatorii și cerinţe ale standardului de asigurarea calității ISO 9001 (materiile prime folosite trebuie să dețină certificate de calitate emise de producător, parametrii proceselor trebuie monitorizaţi în orice etapă a fabricaţiei, se efectuează măsurători așa cum sunt descrise în fișele de control, etc.).

... învederează că certificarea ISO 9001 este impusă tuturor ofertanţilor pentru contractele publice din România, iar organismele de certificare pe acest standard sunt numeroase. Regulamentul GSK este aplicat doar de organismul GSK, care oferă o certificare conform cerinţelor proprii și, chiar dacă mai mulţi producători de vane au apelat la serviciile GSK, impunerea certificării GSK ca obligatorie contravine liberei concurențe și tratamentului nediscriminatoriu al ofertanţilor în procedura de achiziţie publică.

Contestatorul consideră că entitatea contractantă interpretează greşit că un producător de vane sertar pană care nu a apelat la serviciile GSK nu este verificat de organismul independent ce i-a acordat certificarea de produs cu privire la îndeplinirea continuă a cerinţelor standardelor aplicabile în vigoare și, în felul acesta, promovează serviciile GSK pe piaţa românească.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, S.C. ... a inițiat o procedură de licitaţie deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect „Vane, hidranţi, robinete, fitinguri”, cod CPV 44411100-5 – Robinete (Rev. 2), 42131160-5 – Hidranți (Rev. 2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare (sectorilale) nr. .../14.03.2018.

În anunțul de participare şi în documentația de atribuire, criteriul de atribuire menționat a fost „preţul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a acordului cadru de furnizare este între 1.854.976 lei și 2.850.785 lei, fără T.V.A.

Procedând la soluționarea contestației ce face obiectul prezentei cauze, Consiliul are în vedere că ... a transmis către entitatea contractantă adresa nr. 66/19.03.2018, înregistrată la S.C. ... cu nr. 1651/20.03.2018, îndeplinind procedura de notificare prealabilă prevăzută la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 1777/27.03.2018, în conținutul căreia a precizat că nu va adopta măsuri de remediere.

Analizând contestația formulată de ..., Consiliul constată că aceasta vizează documentația de atribuire, fiind criticate prevederile caietului de sarcini prin care autoritatea contractantă a impus anumite certificări/avizări, emise de o entitate (GSK) pentru protecţiile interioare şi exterioare ale vanelor sertar pana din fontă ductilă, contestatorul solicitând modificarea sau eliminarea acestor cerințe.

Raportat la aspectele criticate de către ..., Consiliul reține că în cuprinsul caietului de sarcini, în cadrul secțiunii „Parametri tehnici și funcționali” solicitați de autoritatea contractantă pentru produsul „Vană sertar pană”, este prevăzut:

- protecție internă: acoperire epoxidică avizată GSK;
- protecție externă: acoperire epoxidică avizată sanitar GSK.

Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 15596/18.04.2018, potrivit cărora *„GSK este acronimul de la Asociaţia de Asigurare a Calităţii şi este o asociaţie înregistrată în Germania de peste 25 de ani. Această asociaţie reprezintă interesele generale şi intelectuale ale membrilor săi în domeniul acoperirii cu pulbere epoxidică la nivel internaţional. GSK acordă marcajul de calitate întreprinderilor care îndeplinesc cerinţele stricte de asigurare a calităţii în conformitate cu reglementările actuale privind calitatea şi inspecţia, oferă informaţii privind acoperirea cu pulberi epoxidice grupurilor specializate cum ar fi inginerii, constructorii şi producătorii din întreaga lume, precum şi autorităţile locale şi operatorii de apă potabilă, ape reziduale şi conducte de gaz*” și constată că, prin impunerea specificațiilor tehnice criticate de contestator, entitatea contractantă a dorit să se asigure că produsele ce vor fi achiziționate ca urmare a derulării prezentei proceduri de atribuire au un nivel ridicat de calitate.

Sub acest aspect, Consiliul reține că specificațiile tehnice sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 99/2016 ca fiind *„cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesităţii entităţii contractante*”, și, în conformitate cu prevederile art. 165 alin. (2) din același act normativ, specificațiile tehnice pot să vizeze *„procesul sau metoda specifică de execuţie a lucrărilor, fabricaţie a produselor sau prestare a serviciilor*

solicitate ori un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viaţă al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conţinutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziţionate, dar cu condiţia ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru şi să fie proporţionale prin raportare la valoarea şi obiectivele acestuia".

De asemenea, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 13 alin. (1) – (3) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora *„(1) În cadrul strategiei anuale de achiziţie sectorială, entitatea contractantă are obligaţia de a elabora programul anual al achiziţiilor sectoriale, ca instrument managerial utilizat pentru planificarea şi monitorizarea portofoliului de procese de achiziţie la nivel de entitate contractantă, pentru planificarea resurselor necesare derulării proceselor şi pentru verificarea modului de îndeplinire a obiectivelor din strategia locală/regională/naţională de dezvoltare, acolo unde este aplicabil.*

(2) Programul anual al achiziţiilor sectoriale se elaborează pe baza referatelor de necesitate transmise de compartimentele entităţilor contractante şi cuprinde totalitatea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru pe care entitatea contractantă intenţionează să le atribuie în decursul anului.

(3) Entitatea contractantă are obligaţia, atunci când stabileşte programul anual al achiziţiilor sectoriale, de a ţine cont de:

a) necesităţile obiective de produse, servicii şi lucrări;

b) gradul de prioritate a necesităţilor prevăzute la lit. a);

c) anticipările cu privire la sursele de finanţare ce urmează a fi identificate", rezultând că entitatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, deci să aprecieze relevanţa unei specificaţii tehnice sau avantajelor impunerii anumitor specificaţii, în speţă, având incidenţă şi principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile şi acţiunile realizate în procesul de achiziţie, orice achiziţie care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a nevoilor sale reprezentând o folosire ineficientă a fondurilor.

Prin urmare, Consiliul constată că, la stabilirea specificațiilor tehnice pentru produsele ce urmează a fi achiziționate, entitatea contractantă are posibilitatea de a solicita, pe lângă standardele europene aferente acestora și demonstrarea respectării condițiilor de calitate impuse de un organism independent, în speță prezentarea deținerii unui certificat GSK pentru respectivele produse, în baza necesităților acesteia, cerințe ce se impun a fi îndeplinite de către un număr însemnat de producători și nu de către toți producătorii, aspect menționat de entitatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere nr. 15596/18.04.2018.

În acest context, Consiliul nu reține în soluționare susținerile contestatorului referitoare la incidența prevederilor Ordinului comun nr. 2266/335/2012 al ministrului mediului şi al pădurilor şi al preşedintelui A.N.R.M.A.P. privind aprobarea modelelor de documentaţii standardizate

aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţie lucrări publice, întrucât prezenta procedură de atribuire are ca obiect furnizarea de produse și nu execuția de lucrări, astfel că entitatea contractantă stabilește specificațiile tehnice ale produselor ce urmează a fi achiziționate prin raportare la necesitățile sale, ce vizează un nivel ridicat de calitate pentru respectivele produse.

Însă, în același timp, Consiliul are în vedere și dispozițiile exprese ale art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora *„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*", precum și pe cele ale art. 166 alin. (2) și (3) din același act normativ, conform cărora *„(2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.*

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

Din economia textelor legale mai sus evocate, reiese faptul că entitatea contractantă are obligația de a stabili specificașțiile tehnice astfel încât să asigure participarea tuturor operatorilor economici, însă, prin cele precizate în cuprinsul punctului de vedere nr. 15596/18.04.2018, aceasta nu reușește să argumenteze de ce doar operatorii economici care dețin acoperire epoxidică avizată GSK sunt acceptați la prezenta procedură de atribuire, fiind relevante susținerile ... din cuprinsul documentului înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 16578/24.04.2018, potrivit cărora *„Autoritatea Contractantă (AC) încearcă sa convingă că procedura de testare a materialelor și a parametrilor specifici în timpul producţiei este impusă doar de cerinţele certificării GSK, dar în realitate toate aceste proceduri sunt obligatorii și cerinţe ale standardului de asigurare a calității ISO 9001 (materiile prime folosite trebuie să dețină certificate de calitate emise de producător, parametrii proceselor trebuie monitorizaţi în orice etapă a fabricaţiei, se efectuează măsurători așa cum sunt descrise în fișele de control, etc).*

Autoritatea Contractantă invocă inspecţiile inopinate ale organismului GSK ca fiind o excepţie, dar orice organism de certificare își arogă dreptul și efectuează inspecţii neanunțate la producător.

AC menționează că GSK a emis un regulament propriu privind calitatea și inspecţia proceselor, dar deja exista standardul ISO 9001 care stabilește foarte exact cerinţele privind calitatea și inspecţia.

Certificarea ISO 9001 este impusă tuturor ofertanţilor pentru contractele publice din România, iar organismele de certificare pe acest standard sunt numeroase.

Vă rugăm să observaţi că regulamentul GSK este aplicat doar de organismul GSK care oferă o certificare conform cerinţelor proprii și chiar dacă mai mulţi producători de vane au apelat la serviciile GSK, impunerea certificării GSK ca obligatorie contravine liberei concurențe și tratamentului nediscriminatoriu al ofertanţilor în procedura de achiziţie publică.

Considerăm că AC interpretează greşit că un producător de vane sertar pana care nu a apelat la serviciile GSK nu este verificat de organismul independent ce i-a acordat certificarea de produs cu privire la îndeplinirea continuă a cerinţelor standardelor aplicabile în vigoare și, în felul acesta, promovează serviciile GSK pe piaţa romanească".

Raportat la aceste aspecte, Consiliul are în vedere că impunerea ca organismul independent de certificare a calității produselor ce urmează a fi achiziționate să fie exclusiv GSK reprezintă o restricționare a participării la procedura de atribuire a operatorilor economici care comercializează produse similare, care respectă standardele europene pentru vane sertar pana cauciucat din fontă ductilă și care dețin certificări privind calitatea acestor produse emise de alte organisme independente.

În considerarea celor prezentate, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a elaborat un caiet de sarcini care să permită mai multor operatori economici accesul nerestricţionat la procedura de atribuire, așa cum impun prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, relevante în soluționare fiind susținerile contestatorului din cuprinsul contestației nr. 12806/29.03.2018, potrivit cărora *„în mod nelegal şi fără nicio justificare, a impus, ca o condiţie de admisibilitate a ofertelor, cerinţa ca vanele sertar pana să aibă certificare/avizare, emisă de către GSK. Efectul acestei măsuri este eliminarea tuturor acelor producători şi/sau distribuitori de vane din fontă ductilă care intenţionează să livreze pentru acest proiect vane din fontă ductilă pentru reţelele de apă potabilă, care au alte certificări privind potabilitatea, inclusiv Aviz sanitar, emis de Ministerul Sănătăţii, dar şi alte certificări internaţionale independente, cum ar fi WRAS (institut independent de avizare sanitară britanic)*".

Legat de acest aspect, Consiliul constată că se impune ca entitatea contractantă să modifice specificațiile tehnice criticate întrucât, deși aceasta urmărește achiziționarea de produse provenind de la producători care asigură un proces de producție monitorizat și verificat în orice moment, în vederea confirmării standardului de calitate a stratului de acoperire cu pulbere epoxidică, pentru a obţine mai multe oferte conforme cu nevoia sa obiectivă de achiziţie, ce ar urma să fie departajate pe baza criteriului de atribuire „preţul cel mai scăzut" S.C. ... a solicitat în mod exclusiv aviul unui organism indepedent și anume GSK, astfel că nu vor fi reținute în soluționare justificările exprimate prin

punctul de vedere nr. 15596/18.04.2018 conform cărora *„în prezent, 37 producători (din 16 ţări europene) de ţevi, fitinguri, vane, hidranţi şi supape pentru apa potabilă, apa uzată şi gaze naturale au certificare GSK, (...) certificarea solicitată este deținută de foarte mulți producători ai produselor de profil și reprezintă garanția faptului că acele produse asigură o utilizare și o exploatare conformă scopului pentru care se achiziționează*".

Prin urmare, Consiliul consideră că prin impunerea cerinței ca vanele sertar pana să aibă certificare/avizare emisă exclusiv de către GSK, entitatea contractantă nu a respectat scopul legislaţiei privind achiziţiile publice, respectiv acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenţei între aceştia şi de garantare a tratamentului egal şi nediscriminatoriu.

Atunci când autoritatea contractantă introduce în documentaţia de atribuire anumite cerinţe pentru ofertanţi, ea este obligată să se limiteze doar la cele necesare şi strict la condiţiile care nu îngrădesc operatorii economici. Într-adevăr autoritatea este competentă să introducă cerinţe tehnice cu anumite condiţii, dar aceasta trebuie să fie preocupată ca exigenţele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze, o restrângere excesivă a exerciţiului dreptului operatorilor economici de a concura la atribuirea acordului cadru ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Raportat la dispoziţiile legale enumerate, precum şi la argumentele aduse de contestator, Consiliul apreciază ca fiind netemeinică solicitarea autorităţii contractante referitoare la impunerea cerinţei analizate și stabileşte că aceasta îngrădește accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potenţialul necesar îndeplinirii acordului cadru în condiţii corespunzătoare.

Într-o atare situație, Consiliul constată că se impune remedierea documentației de atribuire, respectiv a prevederilor caietului de sarcini, respectiv modificarea cerinței privind avizarea GSK prin adăugarea sintagmei „sau echivalent”.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, modificată, Consiliul admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu S.C. ....

Obligă S.C. ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să remedieze documentația de atribuire prin modificarea prevederilor caietului de sarcini, conform celor precizate în motivare.

Obligă S.C. ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire despre măsurile de remediere adoptate, prin publicarea acestora în SEAP.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestaţia formulată de către ..., cu sediul social în ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., cu sediul în ....

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să remedieze documentația de atribuire prin modificarea prevederilor caietului de sarcini, conform celor precizate în motivare.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, să aducă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire despre măsurile de remediere adoptate, prin publicarea acestora în SEAP.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**