



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 631/16.08.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24887/16.08.2016, depusă de ..., cu sediul în ..., str. ... bl. ..., sc...., ap. ..., județul ..., având CUI RO ... și număr de înregistrare în registrul comerțului ..., privind procedura simplificată online, într-o singură etapă, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *Modernizare spații de joacă pentru copii*, cod CPV 45112711-2 – *Lucrări de arhitectură peisagistică a parcurilor (Rev.2)*, organizată de ...- Primăria, cu sediul în ..., bdul nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, cu data limită de depunere a ofertelor 18.08.2016, contestatoarea a solicitat să se constate eludarea regulilor de publicitate aplicabile procedurii de atribuire prin faptul că autoritatea contractantă a încadrat în mod eronat contractul în categoria contractelor de lucrări, să se constate eludarea dispozițiilor art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 prin împrăjirea că autoritatea contractantă impune cerințe de calificare privind capacitatea tehnică a operatorului economic prin caietul de sarcini, precum și obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 18760/16.08.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 24904/16.08.2016, depusă de ..., cu sediul în ..., str. ... nr. ..., județul ..., CUI RO ... și număr de înregistrare în registrul comerțului ..., în cadrul acele... proceduri simplificate online, într-o singură etapă, organizată de ... - Primăria, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea documentelor care au stat la baza procedurii criticate, în sensul lotizării obiectului contractului și acceptării depunerii de oferte pe loturi, cu reducerea corespunzătoare a

cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare în funcție de lotul/loturile pentru care se poate depune oferta, iar în cazul în care nu pot fi adoptate măsuri legale de remediere a procedurii, anularea acesteia, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, conform prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectele dosarelor nr. .../2016 și .../2016 au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul acele... proceduri de atribuire.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost admis, prin Încheierea nr. ... din 17.08.2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cererii 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 contestațiile formulate de ... și

Prin contestația depusă, ... critică documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă și anunțul de participare simplificat nr. 389975/01.08.2016, apreciind că au fost întocmite cu încălcarea legislației aplicabile în domeniul achizițiilor publice. În susținerea celor afirmate, contestatoarea invocă prevederile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, precizează că a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. 605/08.08.2016 și a primit răspunsul acesteia prin adresa nr. 82398/11.08.2016, în cuprinsul căruia s-a specificat că nu se adoptă nicio măsură de remediere.

În referire la tipologia contractului, contestatoarea menționează că raportat la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. m) și n) din actul normativ mai sus invocat, autoritatea contractantă a omis că, potrivit informațiilor aflate la secțiunea II.1.5 în fișa de date, valoarea echipamentelor de joacă este semnificativ mai mare decât cea a operațiunilor de asamblare și montare, care în speță nu au caracter accesoriu.

Prin urmare, afirmă că, prin încadrarea contractului ca unul de lucrări, deși în realitate este vorba de un contract de furnizare, autoritatea contractantă a încălcat regulile de publicitate și a evitat aplicarea procedurii de licitație deschisă.

Totodată, menționează că cele de mai sus rezultă cu claritate din parcurgerea Anexei nr. 1 din lege, unde se regăsește și codul CPV 45112711-2.

În opinia sa, autoritatea contractantă realizează doar o achiziție de produse care include, cu titlu accesoriu, lucrări ori operațiuni de

amplasare și de instalare care, prin raportare la valoarea estimată, impunea în mod imperativ utilizarea unui interval de publicitate extins care să permită operatorilor economici interesați întocmirea ofertei.

De asemenea, consideră că, prin modul confuz de elaborare a caietului de sarcini, autoritatea contractantă a adăugat de-a valma diverse tipuri de echipamente aferente a 92 de locuri de joacă, astfel încât numai schițarea ofertei reprezintă un proces complex care nu poate fi finalizat în timpul alocat de achizițoare.

Nici trimiterea la necesitatea obținerii unei autorizații de construire nu schimbă natura contractului din contract de furnizare cu operațiuni de montaj incluse în contract de execuție de lucrări, singurele elemente relevante care se impuneau a fi respectate fiind cele referitoare la raportul dintre valoarea produselor și lucrările de montaj și încadrarea în anexa nr. 1 din lege.

În referire la solicitarea cerințelor de calificare privind capacitatea tehnică, aflate în caietul de sarcini, contestatoarea afirmă că, în raport cu dispozițiile art. 179 lit. l) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a solicitat o serie de mostre, fapt ce conduce, în opinia sa, atât la mascarea în caietul de sarcini a unei cerințe de calificare, cu consecința considerării ca și clauză nescrisă a solicitării, cât și la încălcarea dispozițiilor art. 113 alin. (11) din același act normativ.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a indicat niciun argument coerent referitor la aspectul criticat, legea permitând solicitarea de mostre numai în cazul contractelor de furnizare.

Mai mult, apreciază că solicitarea mostrelor nu este altceva decât o barieră artificială ce restricționează posibilitatea depunerii ofertelor, raportat la multitudinea de mostre, cât și în raport cu dificultatea procurării acestora de la producătorii specifici regăsiți în spatele modului particular de concepere a specificațiilor tehnice pentru o serie de echipamente în intervalul de timp extrem de scurt acordat de la publicarea documentației de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 84425/22.08.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 25447/22.08.2016, asupra contestației formulate de ..., Primăria Municipiului ... arată, referitor la susținerea operatorului economic conform căreia "autoritatea contractantă, în raport cu dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. m) și n) din Legea 98/2016 a omis ca, astfel după cum rezultă din informațiile prezentate la secțiunea II.1.5 din fișa de date a achiziției, valoarea echipamentelor de joacă este semnificativ mai mare decât valoarea operațiunilor de asamblare și montare (care în cazul de față au caracter accesoriu), cu consecința că, prin încadrarea procedurii de atribuire ca și contract de lucrări, deși în realitate este un contract de furnizare, se ajunge la încălcarea regulilor de publicitate și evitarea aplicării procedurii de licitație deschisă", invocă următoarele motive care au stat la baza deciziei luate:

- deși valoarea echipamentelor de joacă este considerată de către contestatoare a fi semnificativ mai mare decât valoarea operațiunilor de asamblare și montare, există o interdependență între echipamentele de

joacă care urmează a fi achiziționate și lucrările de montaj și asamblare, fapt ce conduce la imposibilitatea încadrării acestui tip de contract în altă categorie de contracte, respectiv de furnizare, astfel cum este el definit la art. 3 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 98/2016. În speță, lucrările aferente au o valoare foarte mare, respectiv 5.140.000 lei, astfel încât, raportat la definiția dată de lege contractului de produse, acestea nu pot fi considerate a fi accesorii;

- mai mult, în sprijinul celor amintite mai sus, invocă și complexitatea deosebită a contractului, dat fiind faptul că acesta este un cumul de furnizări de produse și lucrări. Astfel, modernizarea celor 93 de spații, care includ și 13 terenuri de sport (suprafața celor 13 terenuri de sport este de 2.833,75 mp cu îmbrăcăminte din beton asfaltic, tartan), amenajarea aleilor cu pavaj din dale de beton sau cauciuc, precum și montarea în fundații a echipamentelor, sunt lucrări de construire care, conform art. 1 cap. I din Legea 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, impun: "(1) Executarea lucrărilor de construcții este permisă numai pe baza unei autorizații de construire (...), în timp ce art. 3 și art. 4 din aceeași lege prevăd: 1) Construcțiile civile, industriale, agricole, cele pentru susținerea instalațiilor și utilajelor tehnologice, pentru infrastructura de orice fel sau de oricare altă natură se pot realiza numai cu respectarea autorizației de construire, precum și a reglementărilor privind proiectarea și executarea construcțiilor, pentru: (...) d) împrejurimi și mobilier urban, amenajări de spații verzi, parcuri, locuri de joacă și agrement, piețe și alte lucrări de amenajare a spațiilor publice",

- raportat la cele invocate mai sus, precum și la valoarea estimată a procedurii, consideră că a ales în mod legal procedura de atribuire simplificată, fără a avea intenția de a evita aplicarea altei proceduri, cum în mod eronat susține operatorul economic.

În ceea ce privește împrejurarea conform căreia, în Anexa 1, nu se regăsește și codul CPV 45112711-2, corespunzător prezentei proceduri invocă următoarele:

- în conformitate cu dispozițiile art. 12 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a stabili programul anual al achizițiilor publice, una dintre cerințe fiind punerea în corespondență a obiectului contractului cu sistemul de grupare și codificare utilizat în Vocabularul comun al achizițiilor publice stabilit prin Regulamentul (CE) nr. 2195/2002, modificat prin Regulamentul (CE) nr. 213/2008. Referitor la acest aspect, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice și-a exprimat poziția prin punctul de vedere postat pe site-ul www.anrmap.ro la 07.05.2012, respectiv: Obiectul contractelor de achiziție publică se pune în corespondență cu sistemul de grupare și codificare utilizat în Vocabularul comun al achizițiilor publice (CPV). Aceasta se realizează prin încadrarea produsului, serviciului sau lucrării în codul de 8 cifre care descrie cu cea mai mare acuratețe acel produs/serviciu/lucrare. Dacă nivelul de acuratețe al CPV este insuficient pentru a descrie necesitățile autorității contractante, atunci aceasta trebuie să se refere

la diviziunea, grupa, clasa sau categoria care descrie cel mai bine obiectul achiziției (un cod mai general). Având în vedere că obiectul procedurii este reprezentat de modernizarea a 83 de spații de joacă pentru copii și înființarea a 10 spații de joacă la grădinițe din oraș, consideră corectă încadrarea achiziției în codul CPV 45112711-2 - lucrări de arhitectură peisagistică a spațiilor verzi.

Raportat la dispozițiile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 și la faptul că s-a aplicat o procedură simplificată, criteriile de selecție și calificare solicitate prin fișa de date pot avea în vedere doar motive de excludere, capacitatea de exercitare a activității profesionale și experiența similară în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).

Referitor la solicitarea de prezentare a mostrelor considerentele prezentate au fost următoarele:

- comisia de evaluare a ofertelor are nevoie să își fundamenteze în cunoștință de cauză evaluarea, astfel încât, numai prin intermediul mostrelor, ofertanții pot să-și demonstreze calitatea materialelor, calitatea finisajelor, calitatea vopselei descrise în propunerea tehnică și astfel se poate verifica conformitatea materialelor și a echipamentelor folosite la execuția lucrărilor.

Consideră că au fost respectate dispozițiile legale astfel că nu se impune anularea procedurii.

Prin cea de-a doua contestație formulată în cadrul procedurii, ... critică, atât conținutul documentației de atribuire corespunzătoare procedurii, cât și răspunsul la notificarea prealabilă nr. 82397/11.08.2016, prin care i-a fost comunicat faptul că nu înțelege să adopte măsuri de remediere privind presupusele motive de nelegalitate invocate de contestatoare prin notificarea prealabilă nr. 18155/08.08.2016, precum și împotriva răspunsurilor la clarificări.

Referitor la solicitarea de lotizare, contestatoarea menționează că, în fișa de date, autoritatea contractantă a specificat la cap. *II.1.8) Împărțire în loturi: Nu*, iar prin notificarea prealabilă, a solicitat autorității contractante justificarea faptului că nu a recurs la atribuirea pe loturi a contractului privind modernizarea a 93 de locuri de joacă.

Sunt invocate și citate în susținerea celor de mai sus prevederile art. 8 și 9 alin. (3) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

De asemenea, susține că autoritatea contractantă a decis să nu atribuie contractul respectiv pe loturi, ceea ce încalcă principiile statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea afirmă că a solicitat și diminuarea valorii privind experiența similară de la 14.107.320,00 lei, fără TVA, la o valoare redusă sau renunțarea la aceasta.

Astfel, arată că, prin răspunsul la clarificări emis cu nr. 80165/04.08.2016, respectiv răspunsul de la pct. 8, pe care îl citează, autoritatea contractantă nu a dat curs solicitării respective, oferind un

răspuns nelegal și netemeinic (prin raportare la prevederile legale naționale și europene), evaziv, formal și irelevant.

În continuare, contestatoarea menționează că reforma achizițiilor publice din anul curent a avut ca finalitate transpunerea Directivei 2014/24/UE, astfel, noile măsuri legislative adoptate la nivel național trebuie respectate, implementate și garantate de către toți factorii implicați în derularea unei proceduri de achiziție publică. Din cuprinsul Directivei 2014/24/UE contestatoarea enumeră următoarele aspecte pe care le consideră relevante, astfel:

- obligativitatea de a indica „principalele motive care stau la baza deciziei lor de a nu face împărțirea pe loturi” - art. 46 alin. (1) teza 2;
- menționarea în anunțul de participare a posibilității de a fi depuse oferte pentru unul sau mai multe loturi, precum și a numărului maxim de loturi pentru care se pot depune oferte – art. 46 alin. (2);
- dreptul autorității de a atribui contracte care combină mai multe sau toate loturile - art. 46 alin. (3).

Apreciază că răspunsul oferit de autoritatea contractantă nu poate fi reținut, în speță, ca și argument pentru interdicția ofertării pe loturi, mai mult, susține că faptul că, pentru cele 93 de locuri de joacă, ar exista mai mulți producători nu îngreșește cu nimic operațiunile de furnizare, montare și întreținere echipamente.

Totodată, consideră că este necesară asigurarea și garantarea accesului IMM-urilor în procedura criticată, încă din etapa ofertării, fără ca acestea să recurgă la asociere ori subcontractare, prin împărțirea pe loturi. În acest sens, invocă și aplicabilitatea Legii nr. 346/2004, care prevede că entitățile publice au obligația de a încuraja creșterea ponderii întreprinderilor mici și mijlocii în valoarea contractelor de achiziții publice de bunuri materiale, lucrări și servicii, creșteri care, în cazul de față, se pot realiza prin divizarea achiziției pe loturi și, implicit, diminuarea corespunzătoare a cuantumului garanției de participare și a cerințelor de calificare.

În referire la mostrele solicitate de autoritatea contractantă, contestatoarea arată că, prin notificarea prealabilă, a solicitat eliminarea acestei cerințe și acceptarea fișelor tehnice completate de furnizor cu caracteristicile solicitate în caietul de sarcini.

... citează solicitarea în discuție aflată la paginile 82 și 83 din caietul de sarcini și afirmă că, prin decizia de a solicita mostre, autoritatea contractantă încalcă principiile statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. În plus, consideră că mostrele implică costuri ce nu se justifică și citează, în susținerea celor afirmate, art. 172 alin. (3) din același act normativ mai sus amintit.

Arată că un alt operator economic interesat a sesizat același motiv de nelegalitate și a formulat adresa nr. 80823/08.08.2016, publicată de autoritatea contractantă în SEAP, raportându-se la art. 179 lit. I) din lege.

Consideră că răspunsul autorității contractante din adresa nr. 81649/12.08.2016, pct. 6, este nelegal, netemeinic și absurd, întrucât acesta contravine prevederilor art. 30 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

În opinia contestatoarei, prezentarea mostrelor în etapa ofertării nu asigură calitatea materialelor folosite de viitorul executant și prezintă, în detaliu, etapele referitoare la certificarea calității produselor, inclusiv definițiile aferente certificării conformității și acreditării.

În referire la solicitarea autorității contractante de prezentare a autorizațiilor de construire, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 82397/11.08.2016, ca răspuns la notificarea prealabilă, achizitoarea a declarat că autorizațiile de construire vor fi puse la dispoziția sa după demontarea echipamentelor uzate, ceea ce echivalează, în opinia contestatoarei, cu intenția acesteia de a emite ordinul de începere înaintea obținerii autorizațiilor de construire.

Cu privire la proiect, afirmă că răspunsurile oferite de autoritatea contractantă la solicitările de clarificări oglindesc existența unui proiect incomplet, prin lipsa unor detalii și calcule care să fie prezentate ofertanților sub formă de antemăsuratori, recunoașterea multiplelor erori și omisiuni din partea autorității contractante, toate acestea fiind aspecte esențiale documentației de atribuire, aspecte ce necesită reluarea publicării listelor de cantități corecte.

De asemenea, contestatoarea precizează că ulterior emiterii clarificării nr. 80234/10.08.2016, autoritatea contractantă a revenit și a corectat 89 din răspunsurile greșite, *dintr-o eroare de tehnoredactare*, prin adresa nr. 81910/10.08.2016.

Totodată, arată că autoritatea contractantă a formulat și adresele nr. 81137/12.08.2016 și 81405/12.08.2016 aferent unui număr de 177 de solicitări și a menționat: *cantitățile rămân cele din listele de cantități și nu se modifică. În cazul unor erori de proiectare care necesită modificarea cantităților acestea vor fi remediate pe parcursul executării lucrărilor prin dispoziție de șantier*, răspunsul fiind repetat la toate solicitările de clarificare a erorilor constatate de ofertanți.

... afirmă că răspunsul nr. 81405/12.08.2016 rectifică pe cel cu nr. 80234/10.08.2016 cu privire la evaluarea financiară a fundațiilor echipamentelor, același răspuns fiind preluat și prin adresa nr. 82377/12.08.2016.

De asemenea, precizează că, prin răspunsul nr. 81989/12.08.2016, autoritatea contractantă a explicat modul de prezentare a propunerii financiare prin formularele F1, F2, F4, iar în răspunsul nr. 81649 din aceeași dată, postat în SEAP în data de 16.08.2016, ora 08:19, autoritatea contractantă a reformulat solicitarea formularelor F1, F2, F3, F4 și a extraselor de resurse (C6, C7, C8, C9).

Contestatoarea afirmă că răspunsurile mai sus citate contravin Legii nr. 10/1995, actualizată, privind calitatea în construcții, prin faptul că nu țin cont de obligațiile și răspunderile investitorilor, proiectanților și executanților, omisiunile și erorile de proiectare fiind suportate de proiectant, nu rezolvate prin dispoziții de șantier.

Prin punctul său de vedere nr. 83512/17.08.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 25080/17.08.2016, asupra contestației formulate de ..., Primăria Municipiului ... a solicitat respingerea ca nefondată a acesteia, arătând că, în ceea ce privește susținerile cu privire la solicitarea de lotizare, a decis ca lucrările de modernizare a spațiilor de joacă să fie realizate de către un singur contractant, deoarece împărțirea pe loturi ar conduce la o diversitate de tipuri de echipamente cu producători diferiți și, în consecință, întreținerea acestora ar fi îngreunată datorită diversității pieselor de schimb (producători diferiți, dimensiuni, elemente, structuri, materiale diferite).

Ținând cont de faptul că, prin normele legale din cuprinsul Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016, se poate asigura participarea operatorilor economici interesați la această procedură de achiziție publică prin folosirea posibilității de subcontractare și asociere în scopul depunerii unei oferte comune, solicită să se constate că este asigurată promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și sunt respectate principiile nediscriminării, tratamentului egal și asumării răspunderii.

Mai mult, din normele legale invocate de către contestatoare, rezultă că legiuitorul a reglementat un drept al autorității contractante și nu a instituit o obligație în sarcina acesteia, respectiv de a diviza pe loturi un contract de achiziție publică.

Cu privire la solicitarea operatorului economic de eliminare a cerinței privind prezentarea de mostre, reiterează susținerile din răspunsul dat notificării prealabile, în sensul în care comisia de evaluare a ofertelor are nevoie să își fundamenteze în cunoștință de cauză evaluarea, astfel încât, numai prin intermediul mostrelor, ofertanții pot să-și demonstreze calitatea materialelor, calitatea finisajelor, calitatea vopselei descrise în propunerea tehnică și astfel se poate verifica conformitatea materialelor și a echipamentelor folosite la execuția lucrărilor.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu cu nr. 25894/25.08.2016.

Ulterior studierii dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 20275/31.08.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 26549/31.08.2016, ... a transmis *Concluzii Scrise*, în cuprinsul cărora reiterează cele susținute în contestație și prezintă noi argumente în susținere.

Prin adresa nr. 651/01.09.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 26638/01.09.2016, ... a transmis *Concluzii Scrise* urmare a luării la cunoștință a punctului de vedere nr. 84425/ 22.08.2016, în cuprinsul cărora face trimitere la dispozițiile art. 35 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează. Afirmă că, raportat la valoarea estimată a produselor ce urmează a fi livrate în cadrul contractului, procedura ar fi trebuit să fie de licitație deschisă și să aibă ca obiect atribuirea unui contract de furnizare. Mai mult, susține că autoritatea contractantă nu poate justifica legalitatea deciziei de impunere a unei cerințe de calificare prin caietul de sarcini, întrucât tipul procedurii utilizate nu i-ar permite să specifice cerința respectivă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, Consiliul reține următoarele:

...- Primăria a inițiat procedura simplificată online, într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *Modernizare spații de joacă pentru copii*, cod CPV 45112711-2 – *Lucrări de arhitectură peisagistică a parcurilor (Rev.2)*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 389975/ 01.08.2016.

Din informațiile anunțului de participare simplificat, Consiliul reține că valoarea estimată a contractului este de 15.543.980 lei, fără TVA, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 18.08.2016, ora 15:00.

Nemulțumite de prevederile documentației de atribuire, ... și ... au înaintat contestațiile de față.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii din contestația ... a fost admis prin încheierea nr. ... /17.08.2016.

Trecând la soluționarea primei contestații, formulată în cadrul procedurii de ..., Consiliul constată că aceasta privește două aspecte, respectiv calificarea contractului ca fiind de furnizare produse, și nu de lucrări, cum a stabilit achizitoarea, și solicitarea prezentării mostrelor de produse.

Vizavi de tipologia contractului, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, contractul este definit ca fiind contract de lucrări. La cap. II.2.1) Cantitatea totală sau domeniul, Lucrări "Modernizare spații de joacă pentru copii" în Municipiul ..., conform Caietului de Sarcini și proiectului tehnic; Cheltuieli estimate diverse și neprevăzute: 1.436.660 lei, fără TVA, (10%)\ Valoare C+M: 5.140.410 lei, fără TVA; Valoare echipamente: 8.966.910 lei, fără TVA; Valoare estimată totală: 15.543.980 lei, fără TVA; Valoarea estimată, fără TVA: 15.543.980.00 RON.

Codurile CPV indicate în fișa de date a achiziției sunt:

45112711-2 Lucrări de arhitectură peisagistică a parcurilor (Rev.2)

45212120-3 Lucrări de construcții de parcuri tematice (Rev.2)

43325000-7 Echipament pentru parcuri și terenuri de joacă (Rev.2)

În anunțul de participare simplificat a fost menționat doar codul CPV 45112711-2 Lucrări de arhitectură peisagistică a parcurilor (Rev.2).

În susținerea afirmației sale că procedura în cauză ar fi trebuit să privească atribuirea unui contract de produse, și nu unul de lucrări, societatea contestatoare a invocat faptul că valoarea estimată a echipamentelor este mai mare decât valoarea estimată a lucrărilor, însă acest argument nu poate fi considerat suficient pentru stabilirea tipului de contract atribuit.

Analizând caietul de sarcini, ținând seama și de faptul că, în clarificarea nr. 80155/04.08.2016 (pct. 6), autoritatea contractantă a arătat că sunt obținute certificatele de urbansim, autorizațiile fiind în curs de obținere, Consiliul apreciază că în mod corect a fost considerat contractul ca fiind un contract de lucrări.

După cum a arătat și achizitoarea în punctul său de vedere, contractul este un cumul de furnizări de produse și execuție lucrări. Astfel, modernizarea celor 93 de spații, care includ și 13 terenuri de sport (suprafața celor 13 terenuri de sport este de 2.833,75 mp cu îmbrăcăminte din beton asfaltic, tartan), amenajarea aleilor cu pavaj din dale de beton sau cauciuc, precum și montarea în fundații a echipamentelor, sunt lucrări de construire care, conform art. 1 cap. I din Legea 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, impun: "(1) Executarea lucrărilor de construcții este permisă numai pe baza unei autorizații de construire (...), în timp ce art. 3 și art. 4 din aceeași lege prevăd: 1) Construcțiile civile, industriale, agricole, cele pentru susținerea instalațiilor și utilajelor tehnologice, pentru infrastructura de orice fel sau de oricare altă natură se pot realiza numai cu respectarea autorizației de construire, precum și a reglementărilor privind proiectarea și executarea construcțiilor, pentru: (...) d) împrejurimi și mobilier urban, amenajări de spații verzi, **parcuri, locuri de joacă** și agrement, piețe și alte lucrări de amenajare a spațiilor publice".

Potrivit art. 35 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *"Contractele care au ca obiect cel puțin două tipuri de achiziție publică, constând în lucrări, servicii sau produse, pentru a căror atribuire se aplică dispozițiile prezentei legi se atribuie în conformitate cu dispozițiile prezentei legi aplicabile pentru tipul de achiziție care constituie **obiectul principal** contractului în cauză"*.

Față de lucrările care vor fi executate în cadrul contractului, având în vedere și complexitatea acestuia, încadrarea sa într-un contract de furnizare produse nu se justifică, faptul că valoarea estimată a produselor este mai mare decât cea a lucrărilor neînsemnând că obiectul principal este de furnizare echipamente de joacă.

Vizavi de alegerea codului CPV 45112711-2 Lucrări de arhitectură peisagistică a parcurilor (Rev.2), autoritatea contractantă și-a justificat alegerea pe faptul că acest cod justifică cel mai bine obiectul achiziției, invocând un punct de vedere al ANRMAP.

Contrar susținerilor contestatoarei, lucrările care vor fi executate în cadrul contractului nu pot fi considerate ca având un titlu accesoriu contractului de furnizare.

Astfel fiind, față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că sunt neîntemeiate criticile contestatoarei sub aspectul cercetat mai sus.

În ce privește timpul scurt pentru elaborarea ofertei, Consiliul constată că, între data publicării anunțului și data limită de depunere a ofertelor, sunt 16 zile (01.08.2016-18.08.2016), din care 9 zile lucrătoare. Într-adevăr, deși însăși autoritatea contractantă a susținut că suntem în prezența unui contract complex și de o anumită importanță, având în vedere obiectul său, aceasta a stabilit un termen pentru elaborarea ofertelor care nu este adecvat achiziției realizate.

Potrivit art. 113 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 *"Autoritatea contractantă are obligația de a stabili perioada de depunere a ofertelor în funcție de complexitatea contractului de achiziție publică/acordului-cadru și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp **adecvat și suficient** pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție, dacă sunt solicitate prin documentele achiziției"*.

Față de dispozițiile legale invocate, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească un termen mai mare pentru elaborarea ofertelor.

Cu toate acestea, Consiliul reține că, din data de 17.08.2016, data publicării încheierii nr. ... din 17.08.2016, procedura este suspendată, astfel că, la data de 18.08.2016, nu a mai avut loc depunerea ofertelor.

Referitor la solicitarea depunerii mostrelor, aspect comun ambelor contestații, Consiliul constată că, în caietul de sarcini, pag. 82 și 83, s-a solicitat prezentarea mostrelor pentru următoarele produse: covor de cauciuc sintetic și covorul tartan; plăcuțele care vor fi montate pe fiecare echipament, conform HG nr. 435/2010; mobilier urban (coș de gunoi, bancă), echipamentele spațiului de joacă de mici dimensiuni (un panou de jocuri/numărătoare, o figurină pe arc, un panou coș baschet); echipamente de mari dimensiuni (structura de rezistență și elementele componente, minim 15 cm); leagăne; șuruburile de prindere, sfori de cățărare, alte mostre care să demonstreze calitatea materialelor folosite.

Potrivit art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 *Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).*

De asemenea, conform art. 179 din Legea nr. 98/2016 *Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: l) eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante.*

După cum s-a arătat și în punctul de vedere, solicitarea de prezentare a mostrelor are drept scop verificarea calității materialelor și a echipamentelor, și nu capacitatea tehnică a ofertanților. S-a considerat că depunerea de către operatorii economici doar a descrierilor echipamentelor și a planșelor foto nu sunt suficiente pentru atingerea scopului urmărit.

În raport de justificările autorității contractante, Consiliul reține că, astfel cum a arătat și societatea contestatoare ..., calitatea materialelor, inclusiv sub aspectul siguranței echipamentelor în exploatare, poate fi dovedită prin documente de certificare/ acreditare emise de organisme abilitate, neputându-se admite că reprezentanții achizitoarei ar putea stabili, în privința celor două elemente, că produsele nu ar corespunde, deși organismele abilitate le consideră conforme și, în consecință, le-au certificat/ acreditat.

Separat de cele de mai sus, după cum a susținut și societatea contestatoare ..., în raport și de specificațiile tehnice impuse, obținerea mostrelor de la diferiți producători, face dificilă participarea operatorilor economici la procedură. Or, autoritatea contractantă trebuie să urmărească asigurarea accesului cât mai larg la procedură al acestora pentru a putea avea cât mai multe oferte admisibile, din rândul cărora să desemneze oferta câștigătoare.

Solicitarea prezentării mostrelor, în modul în care a fost impusă de achizitoare, conduce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedură și îngreunarea depunerii unor oferte conforme cu cerințele date.

Astfel fiind, Consiliul, constând a fi întemeiate criticile contestoarelor, va obliga autoritatea contractantă la eliminarea cerinței de prezentare a mostrelor.

Vizavi de critica ... referitoare la împărțirea pe loturi, Consiliul constată că, în caietul de sarcini, s-a prevăzut că, în cadrul contractului, vor fi modernizate un număr de 83 de spații de joacă pentru copii și vor fi înființate 10 noi spații de joacă la grădinițe.

Potrivit art. 141 (1) *Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.*

(2) *În sensul alin. (1), autoritatea contractantă va stabili obiectul fiecărui lot, pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.*

(3) *În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.*

(4) *În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare dacă ofertele pot fi depuse pentru unul, pentru mai multe sau pentru toate loturile.*

(5) Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite acelu... ofertant.

(6) În situația prevăzută la alin. (5), autoritatea contractantă precizează în anunțul de participare numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui ofertant.

Conform art. 9 alin. (3) din Normele Metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă;

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați.

Analizând documentele dosarului, Consiliul observă că, în strategia de contractare nr. 77221/26.07.2016, la pct. F Justificări privind alegerea procedurii simplificate, s-au prevăzut următoarele: "Având în vedere dispozițiile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă decide ca lucrările de modernizare a spațiilor de joacă să fie realizate de către un singur contractant. Împărțirea pe loturi ar conduce la o diversitate de producători de echipamente și în consecință întreținerea echipamentelor ar fi îngreunată datorită diversității pieselor de schimb (producători diferiți, dimensiuni, forme, elemente, structuri diferite). Luăm în calcul uzura, dar și cazurile de vandalism când se impune înlocuirea unor elemente componente". Paragraful nu se regăsește în strategia de contractare nr. 69132/01.07.2016.

Se observă din dispozițiile legale mai sus citate, că, în contextul noii legislații, regula este împărțirea pe loturi, autoritatea contractantă fiind obligată să justifice decizia sa de a nu atribui contractul pe loturi.

În Ghidul privind strategia de contractare, publicat pe site-ul ANAP, se atrage atenția autorităților contractante asupra obligației de a justifica decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, specificându-se că rațiunea acestei obligații este încurajarea participării IMM-urilor la procedurile de atribuire.

De asemenea, conform art. 180 din Legea nr. 98/2016 (1) Atunci când intenționează să atribue un contract de achiziție publică/acord-cadru pe loturi, autoritatea contractantă aplică cerințele privind capacitatea prin raportare la fiecare lot în parte. (2) Prin excepție de la prevederile alin. (1), autoritatea contractantă poate stabili cerințele privind nivelul cifrei de afaceri minime anuale prin raportare la grupuri de loturi, în cazul în care este permisă atribuirea mai multor loturi acelu... ofertant, iar contractele pentru acestea trebuie executate în același timp. (3) Prin excepție de la prevederile alin. (1), ca o condiție pentru posibilitatea atribuirii contractelor ce fac obiectul mai multor loturi acelu... ofertant, autoritatea contractantă poate stabili cerințele privind resursele tehnice și/sau profesionale prin raportare la grupuri de loturi, atunci când utilizarea acestor resurse în cadrul

contractelor se realizează simultan sau fac imposibilă alocarea acele.../acelorași resurse pentru mai multe contracte care se execută în același timp.

Așadar, pentru procedura de față, autoritatea contractantă a decis atribuirea contractului unui singur ofertant, criteriile privind capacitatea fiind stabilite în consecință, prin raportare la valoarea estimată a contractului.

În privința organizării procedurii în vederea achiziționării lucrărilor pentru cele 93 de spații de joacă, prin interzicerea împărțirii pe loturi, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă aduce în mod vădit atingere principiilor legale al nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică. Vizavi de argumentul invocat de autoritatea contractantă în punctul său de vedere asupra contestației, că legislația nu instituie o obligație la divizarea contractului, atribuirea pe loturi reprezentând un drept, iar nu o obligație, Consiliul reține că, separat de faptul că alegerea neatribuirii pe loturi trebuie justificată în mod obligatoriu, principiile mai sus invocate prevalează în respectare, indiferent dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante. Altfel spus, exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

De asemenea, aceste principii trebuie avute în vedere cu prioritate aspectului invocat de achizitoare, vizând ușurința întreținerii echipamentelor de joacă prin atribuirea către un singur contractant, aceasta fiind ținută să promoveze deschiderea pieței și a concurenței între cât mai mulți executanți de astfel de spații de joacă.

Gruparea, în cazul analizat, a execuției lucrărilor pentru 93 de spații de joacă devine contrară promovării concurenței între operatorii economici, introducând obstacole nejustificate în participarea la procedură.

Divizarea achiziției în mai multe loturi este cu atât mai justificată cu cât, din perspectiva autorității contractante, nu prezintă nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie, atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie executarea lucrărilor pentru cele 93 de spații de joacă, și nu acela de a încheia un singur contract, cu un singur agent economic, pentru o valoare considerabilă.

Despărțirea în mai multe loturi a achiziției, după cum a susținut și contestatoarea, este de natură a facilita accesul la licitație al întreprinderilor mici și mijlocii.

În Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, invocat în contestație, Comisia Europeană a evocat că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze această posibilitate pentru a restrânge libera competiție.

De asemenea, a fost invocată Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice, în care se arată că: "Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor. Autoritățile contractante ar trebui să fie încurajate să utilizeze Codul celor mai bune practici inclus în documentul de lucru al serviciilor Comisiei din 25 iunie 2008 intitulat „Codul european al celor mai bune practici care facilitează accesul IMM-urilor la contractele de achiziții publice”, care oferă îndrumări cu privire la modul în care acestea pot folosi cadrul de achiziții publice astfel încât să faciliteze participarea IMM-urilor. În acest scop și pentru a stimula concurența, autoritățile contractante ar trebui să fie în special încurajate să împartă în loturi contractele mari. O astfel de repartizare ar putea fi realizată pe baze cantitative, adaptând dimensiunea contractelor individuale astfel încât să corespundă mai bine capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului. [...] În cazul în care autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină alegerea autorității contractante. Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferiții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului."

Raportat la principiile evocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea pentru toate cele 93 de spații, dificultăți care determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției în mai multe loturi, Consiliul stabilește că se impune reîmpărțirea achiziției, astfel încât să fie asigurat accesul cât mai multor operatori la procedură, fără a recurge la asociere ori subcontractare.

Faptul că autoritatea are obligația de a diviza achiziția pe loturi pentru a nu se îngreua concurența a fost confirmat și în deciziile civile nr. 3501 din 19 septembrie 2013, 5445 din 2 decembrie 2013, 5480 din 5 decembrie 2013 ale Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Având în vedere că modificările amintite sunt esențiale pentru derularea procedurii, o eventuală măsură de remediere a documentației de atribuire și continuarea procedurii la acest moment este imposibilă fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În ce privește criticile aduse faptului că nu au fost puse la dispoziție avizele de la deținătorii de utilități, autoritatea contractantă, în răspunsul la notificarea prealabilă, a arătat că deține certificate de urbanism pentru fiecare amplasament în parte, autorizațiile de construire fiind în curs de obținere, iar după demontarea echipamentelor uzate acestea vor fi puse la dispoziția autorității contractante.

Având în vedere lipsa acestor autorizații, dar și necesitatea invocată de contestatoare de a cunoaște informații legate de posibile modificări ale proiectului în cazul avizelor nefavorabile, Consiliul apreciază că se impune ca achizițarea să pună la dispoziția operatorilor economici toate informațiile pentru întocmirea unor oferte corespunzătoare.

În ceea ce privește criticile aduse clarificării nr. 80234/10.08.2016, Consiliul observă că acestea nu au fost cuprinse în notificarea prealabilă. De altfel, notificarea a fost anterioară clarificării (08.08.2016). Astfel fiind, acestea nu vor fi analizate, fiind inadmisibile, nefiind urmată procedura prealabilă.

De asemenea, sunt inadmisibile, raportat la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, motivele suplimentare cuprinse în concluziile scrise, motiv pentru care nu vor fi analizate.

În considerarea celor de mai sus, întrucât divizarea achiziției pe loturi, pretinsă de contestatoarea ..., nu este permisă de configurația tehnică actuală a Sistemului Electronic de Achiziții Publice - SEAP, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract unic într-o procedură de atribuire pe loturi, aspect relevat Consiliului în cuprinsul adresei Centrului Național de Management pentru Societatea Informațională nr. 10006/21.03.2013 (*În cazul în care autoritatea contractantă inițiază procedura de atribuire în SEAP prin atribuirea unui singur contract sau a mai multor contracte pe loturi, configurația tehnică în SEAP nu permite reîmpărțirea achiziției în mai multe loturi sau comasarea loturilor. Precizăm că la nivelul fișei de date a achiziției, sect. II.1.8) – Împărțire în loturi, autoritatea contractantă decide dacă procedura este împărțită pe loturi sau nu. După publicarea invitației/anunțului de participare nu se poate interveni din punct de vedere tehnic la nivelul fișei de date*), cererea de divizare fiind întemeiată, finalitatea nu poate fi alta decât anularea procedurii de atribuire.

Impunându-se anularea întregii proceduri, capătul de cerere referitor la obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, cuprins în ambele contestații, se constată a fi rămas fără obiect.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestațiile formulate de ... și ..., în contradictoriu cu Municipiul ..., și anulează documentația de atribuire și întreaga procedură simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *"Modernizare spații de joacă pentru copii"*.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondat capătul de cerere referitor la încadrarea contractului ca fiind contract de furnizare produse, din contestația ..., și ca rămas fără obiect capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, din cele două contestații formulate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...