C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. .../C.../...
Data: ...

Prin contestația nr. 356/23.04.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 16504/24.04.2018, SC ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., a contestat documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă” on line, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Furnizare Oxigen lichid, oxigen medical, protoxid”, coduri CPV: 24111500-0 și 60100000-9 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire prin împărțirea în loturi a atribuirii contractului de achiziție publică, în situația în care măsurile de remediere nu mai sunt posibile, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de achiziţie, precum și suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost soluționată prin Încheierea nr. 238/C5/1379/27.04.2018, în sensul că aceasta a fost respinsă, ca nefondată.

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

În susținerea contestației sale, SC ...SRL formulează critici referitoare la prevederile documentației de atribuire, considerând că aceasta conține cerințe de natură a restrânge concurența. În acest sens, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a prevăzut împărțirea pe loturi, deși se dorește achiziționarea de produse diferite, respectiv oxigen lichid, oxigen medical și protoxid, fapt confirmat și prin solicitările de la cap. III.2.1b) privind Capacitatea de exercitare a

activității profesionale din fișa de date a achiziției. Mai precizează că, având în vedere faptul că sunt produse diferite, procedura de atribuire, în modalitatea publicată, încalcă principiul nediscriminării și principiul proporționalității prin faptul că autoritatea contractantă intenționează a încheia contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de gaze menționate, respectiv: Oxigen medical lichefiat, Oxigen medical comprimat și Protoxid de azot medical.

Contestatoarea face trimitere la Codul European de Bune Practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor Mici și Mijlocii la contractele de achiziţii publice, art. 1.1 „Divizare în loturi” din acest cod reglementând expres că „Directivele referitoare la achiziţii publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi”, prin urmare divizarea contractului facilitând accesul IMM-urilor atât din punct de vedere cantitativ (mărimea loturilor corespunde cât mai bine capacității productive a IMM-urilor), cât și calitativ (conținutul unui astfel de lot poate să corespundă cât mai bine unui sector specializat al IMM-urilor).

Mai mult, contestatoarea arată că acest articol stabilește că, deși există posibilitatea pentru autoritățile contractante de a diviza un contract în măsura în care este adecvat și fezabil, această posibilitate nu trebuie folosită în așa fel încât să se restrângă libera concurență.

Se mai arată că includerea tuturor solicitărilor într-un singur lot rămâne un obstacol nejustificat, de natură a împiedica operatorii economici să participe la procedură și de a restrânge în mod vădit concurenţa între operatorii economici interesați.

Contestatoarea subliniază că furnizarea acestor gaze se face conform Legii nr. 95/2006, iar producătorii/furnizorii de gaze trebuie să dețină Autorizație de Punere pe Piaţă de la Agenţia Naţională a Medicamentului și Autorizație de Fabricaţie emisă de Agenţia Naţională a Medicamentului, dacă operatorul economic participant este producător de gaze medicale, în baza acestui act normativ.

Prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializaţi la procedură, menționează contestatoarea, autoritatea contractantă creează premisele pentru obţinerea unor prețuri de achiziţie corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice, operatorii economici specializaţi pe un singur tip de gaze neavând acces fie din cauza obiectului contractului, fie din cauza cerinţelor de calificare impuse. În acest sens, contestatoarea face trimitere la art. 32 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European.

SC ...SRL face precizarea că autoritatea contractantă justifică decizia în răspunsul la notificarea prealabilă, prin faptul că are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi și nu obligaţia, invocând prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, astfel că aceasta face trimitere la decizia Curţii Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007.

De asemenea, sunt invocate și dispozițiile art. 14 alin. (1) și art. 15 din Codul civil.

Față de cele mai sus precizate, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu este afectată de lotizarea achiziţiei, neavând

niciun motiv să refuze realizarea ei, cu excepţia abuzului de drept, interzis de normele legale precizate. Astfel, SC ...SRL apreciază că cerinţele documentaţiei de atribuire sunt cerinţe de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură.

În dovedirea contestației sale, autoarea acesteia SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În vederea soluționării contestației, Consiliul, prin adresa nr. 16861/1379 C5/25.04.2018, a înștiințat SC ...SRL, între altele, despre prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, prin adresa nr. 16860/1379 C5/25.04.2018, Consiliul a solicitat autorității contractante ..., între altele, înaintarea documentelor necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, precum și dovezi privind transmiterea punctului de vedere către contestatoare și publicarea contestației în SEAP.

Prin adresa nr. 10153/23.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 20807/24.05.2018, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere nr. 7965/26.04.2018, însoțit de copia dosarului achiziției publice.

Autoritatea contractantă arată că a răspuns în termen notificării prealabile formulată de contestatoare și observă că aceasta a luat la cunoștință de răspunsurile la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire și alege să o conteste abia la data de 24.04.2018, cu dorința „de a bloca procedura”, solicitând astfel respingerea contestației, ca tardiv introdusă, raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 24055/1379 C5/14.06.2018, Consiliul a invitat contestatoarea la data de 15.06.2018 în vederea studierii dosarului achiziției publice, însă aceasta nu a dat curs invitației, deși a confirmat primirea corespondenței, înregistrată la sediul acesteia cu nr. 1143/ 14.06.2018 și la CNSC sub nr. 24085/14.06.2018.

Din documentele depuse de părți la dosarul cauzei și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă” on line, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Furnizare Oxigen lichid, oxigen medical, protoxid”, coduri CPV 24111500-0 și 60100000-9 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 08.05.2018, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, între 1.154.208 și 1.274.880 lei.

Prezenta contestație vizează documentația de atribuire, publicată de autoritatea contractantă, în SEAP, odată cu anunțul de participare, respectiv la data de 02.04.2018.

Atașat contestației, autoarea acesteia a prezentat dovada respectării prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă nr. 302/10.04.2018, transmisă autorității contractante, respectiv răspunsul acesteia la notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. 6977/12.04.2018, prin care a respins solicitarea sa de remediere.

Nemulţumită de modul în care autoritatea contractantă a răspuns la notificarea prealabilă, neefectuând corecția solicitată de către contestator, S.C. ...SRL a învestit Consiliul cu soluţionarea contestaţiei de faţă, solicitând remedierea documentației.

Trecând la soluționarea excepţiei tardivităţii depunerii contestației, de către S.C. ...S.R.L., invocată de autoritatea contractantă, Consiliul o va respinge ca nefondată, deoarece actul atacat îl constituie documentația de atribuire, iar răspunsul la notificarea contestatorului a fost emis la data de 12.04.2018, contestaţia fiind transmisă, atât la Consiliu, cât şi la autoritatea contractantă la data de 23.04.2018 (22.04.2018 fiind duminică), cu respectarea termenului legal de 10 zile, stabilit la art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, pentru depunerea unei contestaţii, atunci când valoarea estimată a procedurii este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Așadar, termenul procedural de contestare a documentației de atribuire a început să curgă la data de 13.04.2018 și era de 10 zile, raportat la modalitatea de calcul al termenului, reglementat de textul art. 5 din lege.

Excepţia tardivităţii fiind respinsă, Consiliul va trece la analiza pe fond a cauzei.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează anumite prevederi din documentaţia de atribuire. Prin urmare, Consiliul va proceda la soluţionarea contestaţiei analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentaţia de atribuire aferentă, cu luarea în considerare a legislaţiei în vigoare în domeniul achiziţiilor publice şi a argumentelor transmise de către petenţi.

Nemulţumit de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentaţia de atribuire, respectiv neîmpărţirea pe loturi a produselor ce urmează a fi achiziţionate, S.C. ...S.R.L. a învestit Consiliul în soluţionarea contestaţiei de faţă, solicitând refacerea acesteia.

În ceea ce priveşte critica cu privire la neîmpărţirea pe loturi a produselor ce urmează a fi achiziţionate, „Oxigen lichid”, „Oxigen medical și protoxid”, Consiliul urmează să o admită din următoarele considerente:

În cadrul fişei de date a achiziţiei, autoritatea contractantă a menţionat următoarele:

II.1.8) Împărțire în loturi

Nu

Din caietul de sarcini, rezultă că prin prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă intenţionează să achiziţioneze oxigen lichid, oxigen medical și protoxid.

Analizând astfel, cele trei produse pe care autoritatea contractantă doreşte să le achiziţioneze prin prezenta procedură de atribuire, Consiliul reţine că acestea sunt produse diferite. Astfel, primul este în forma lichidă, al doilea în stare gazoasă (îmbuteliat), iar al treilea este un alt gaz, respectiv azot medical.

Raportat la critica analizată, Consiliul constată incidenţa în cauză a următoarelor prevederi legale:

- **Legea nr. 98/2016:**

▪ art. 2 alin. (2) lit. a), b) şi e) – „Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică şi a organizării concursurilor de soluţii sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; e) proporţionalitatea”;

▪ art. 3 lit. c) potrivit căruia „acordul-cadru” este „acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorităţi contractante şi unul ori mai mulţi operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor şi condiţiilor care guvernează contractele de achiziţie publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, după caz, cantităţile avute în vedere;

▪ art. 3 lit. lit. dd) potrivit căruia „lotul” reprezintă „fiecare parte din obiectul contractului de achiziţie publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorităţii contractante, precum şi capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului”.

▪ art. 50 alin. (1) şi (1):

„(1) Autorităţile contractante nu vor concepe sau structura achiziţiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispoziţiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenţei.

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

▪ art. 71. – „În cadrul procedurii de licitaţie deschisă orice operator economic are dreptul de a depune ofertă în urma publicării unui anunţ de participare”;

▪ art. 141 alin. (1), (2) şi (3):

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziţie publică şi a acordurilor-cadru şi, în acest caz, de a stabili dimensiunea şi obiectul loturilor, cu condiţia includerii acestor informaţii în documentele achiziţiei.

(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 capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului.

(3) În situaţia în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligaţia de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi”;

▪ art. 180 alin. (1) – „Atunci când intenţionează să atribuie un contract de achiziţie publică/acord-cadru pe loturi, autoritatea contractantă aplică cerinţele privind capacitatea prin raportare la fiecare lot în parte";

- HG nr. 395/2016:

▪ art. 1. alin. (1) – „În procesul de realizare a achiziţiilor publice orice situaţie pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, denumită în continuare Lege";

▪ art. 9 alin. (3) lit. f) – „(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziţiei în legătură cu: (...) f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situaţiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege şi, după caz, decizia de a reduce termenele în condiţiile legii, **decizia de a nu utiliza împărţirea pe loturi,** criteriile de calificare privind capacitatea şi, după caz, criteriile de selecţie, criteriul de atribuire şi factorii de evaluare utilizaţi".

Raportat la dispoziţiile legale în vigoare, împărţirea pe loturi a unui contract devine regula în materia achiziţiilor publice, scopul fiind acela de a facilita participarea întreprinderilor mici şi mijlocii la procedura de atribuire şi de a încuraja astfel concurenţa. În situaţia în care **autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligaţia de a justifica temeinic decizia de a nu atribui contractul pe loturi.**

Analizând strategia de contractare, întocmită de către autoritatea contractantă, Consiliul reţine că la pagina 2, „Împărţire în loturi", ..., s-a limitat la a menţiona următoarele:

„Autoritatea contractantă nu va atribui contractul pe loturi, deoarece gazele medicale au aceeași destinație și scop, neavând funcționalități diferite. Totodată, se dorește ca furnizarea de gaze medicale, transportul acestora până la sediul Institutului, cât și descărcarea lor în stocatoarele speciale să se efectueze de către o singură societate, scăzând astfel riscul unor plăți suplimentare sau fictive".

Mai mult decât atât, Consiliul apreciază că, în speță, autoritatea contractantă nu a prezentat nicio justificare rezonabilă pentru decizia de a nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, încălcând astfel prevederile art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Analizând produsele pe care autoritatea contractantă doreşte să le achiziţioneze prin prezenta procedură de atribuire şi natura diferită a acestora, Consiliul apreciază că la această procedură de atribuire concurenţa reală ar putea fi asigurată doar prin participarea unor asocieri de operatori economici, iar în condiţiile în care asocierea nu este o obligaţie ci un drept al operatorilor economici, caracterul restrictiv al modului de întocmire al documentaţiei de atribuire este demonstrat. În cazul contractelor de furnizare, subcontractarea nu este posibilă având în vedere definiţia subcontractantului stipulată de art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, conform căruia subcontractant este *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care*

*execută şi/sau furnizează anumite **părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi** care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop".*

Există posibilitatea pentru autoritățile contractante de a nu diviza un contract în măsura în care este adecvat și fezabil, această posibilitate însă nu trebuie folosită în așa fel încât să se restrângă libera concurență.

Includerea tuturor produselor într-un singur lot rămâne un obstacol nejustificat, de natură a împiedica operatorii economici să participe la procedură și de a restrânge în mod vădit concurenţa între operatorii economici interesați. Folosirea procedurii de încheiere a unui contract de furnizare pentru atribuirea unui singur lot (în care autoritatea contractantă a grupat mai multe produse) sau pentru atribuirea mai multor loturi trebuie să se realizeze cu respectarea legislaţiei aplicabile în domeniul achiziţiilor publice.

Prin urmare, Consiliul menționează că, deși în legislația națională în vigoare privind achizițiile publice nu este prevăzută explicit obligația autorității de a recurge la divizarea pe loturi, ea rezultă în mod indirect din principiile care guvernează materia, conform cărora autoritatea trebuie să urmărească sporirea concurenței la procedura de achiziție, iar nu îngrădirea sau diminuarea ei prin gruparea produselor, care ar putea fi, la fel de bine, să fie achiziționate separat.

Prin modalitatea de contractare a produselor într-un lot unic, în condițiile din prezenta speță, se aduce o restrângere a accesului în mod egal a operatorilor economici la procedura de achiziție, reprezentând un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia.

Consiliul va reține, în soluționarea contestației, argumentele prezentate de contestator, respectiv:

„Producătorii de oxigen medical nu sunt neapărat și producători de oxizi de azot (Protoxid de azot medical).

Raportat la principiile promovării concurenţei între operatorii economici, garantării tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici, asigurării transparenţei și integrităţii procesului de achiziţie publică, precum și la dificultăţile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea întregii game de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziţiei în loturi, considerăm că se impune împărțirea achiziţiei, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura în cauză, fără a recurge la asociere ori subcontractare pentru acea categorie de bunuri pe care nu le furnizează".

Prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializaţi, la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, autoritatea contractantă creează premisele pentru obţinerea unor prețuri de achiziţie corecte, în acord cu utilizarea eficientă a fondurilor publice.

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu este afectată de lotizarea achiziţiei, dimpotrivă, aceasta va realiza o utilizare eficientă a fondurilor.

Pentru toate motivele expuse mai sus, Consiliul consideră că cerinţele documentaţiei de atribuire, așa cum a fost publicată iniţial, sunt cerinţe de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispoziţiile Legii nr. 98/2016. Astfel, neîmpărțirea pe loturi a procedurii de atribuire duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura sus menționată, iar procedura se va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achiziţiile publice.

În consecinţă, Consiliul apreciază că faţă de cele mai sus menţionate, singura posibilitate ca autoritatea contractantă să nu restrângă artificial concurenţa o constituie împărţirea pe loturi a achiziţiei, ca singură modalitate de a respecta principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2006.

Având în vedere cele mai sus menţionate, Consiliul apreciază ca fiind întemeiată această critică a contestatoarei.

Luând în considerare adresa Agenţiei Pentru Agenda Digitală a României nr. 65869/18.10.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 31552/18.10.2016, din cuprinsul căreia rezultă că loturile pot fi configurate doar odată cu documentaţia de atribuire, aceste informaţii nemaiputând fi modificate pe toată perioada de desfăşurare a procedurii respective, Consiliul constată că în cauză nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire.

Caracterul restrictiv al procedurii este demonstrat și de faptul că la procedură a depus ofertă un singur ofertant, așa cum rezultă din procesul verbal nr. 10735/30.05.2018 al ședinței de deschidere a ofertelor.

Prin urmare, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, constatând că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliu va dispune anularea acesteia.

Având în vedere cele mai sus menţionate, Consiliul, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (2) şi (7) din Legea nr. 101/2016, va admite contestaţia formulată de către SC ...SRL şi va dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă privind tardivitatea contestației.

Admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și anulează procedura de atribuire.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 9 pagini.