CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus 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. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în comuna ....., Șos. ....., nr. 24, județ ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., împotriva documentației de atribuire elaborată de către ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....” cod CPV: 34121100-2, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea contestației;
- anularea deciziei autorității contractante de a menține neschimbate cerințele documentației de atribuire aferentă adresei nr. 791.1/ 11.07.....;
- obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere care să permită accesul egal al potențialilor ofertanți la procedura de atribuire;
- reluarea procedurii de atribuire după adoptarea măsurilor de remediere.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, împotriva documentației de atribuire elaborată de către ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....”, cod CPV: 34121100-2, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea contestației;
- anularea deciziei autorității contractante de a menține neschimbate cerințele documentației de atribuire aferentă adresei nr. 791.1/ 11.07.....;
- obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere care să permită accesul egal al potențialilor ofertanți la procedura de atribuire;
- reluarea procedurii de atribuire după adoptarea măsurilor de remediere.

Contestatorul menționează că, în calitate de potențial ofertant la procedura de atribuire în cauză, văzând lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului de furnizare, prin adresa nr. 203/10.07....., a solicitat autorității contractante adoptarea unor măsuri de remediere, în sensul împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire în cauză. Entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 726.1/ 12.07....., subliniind că: „documentația de atribuire întocmită de ..... pentru achiziția privind furnizarea a 400 autobuze urbane (320 de autobuze din gama de 12m, 50 de autobuze din gama de 10m și 30 de autobuze articulate din gama de 18m) pentru transportul public, respectă întru-totul dispozițiile legale în materia achizițiilor sectoriale, drept pentru care, entitatea contractantă nu va adopta măsuri de remediere" .

De asemenea, contestatorul arată că a transmis notificarea prealabilă sub nr. 204/10.07....., însă, entitatea contractanta a menținut cerințele din documentația de atribuire, neadoptând măsuri de remediere.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul arată motivele de nelegalitate care îi prejudiciază interesele comerciale și încalcă prevederile privind achizițiile publice determinând restrângerea competiției și favorizarea anumitor operatori economici, în ceea ce privește: încălcarea dispozițiilor art. 63 din Legea 99/2016, potrivit cărora: *„(1) Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței, respectiv alin. (2) în sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici*”.

Contestatorul subliniază că prin lipsa împărțirii pe loturi a procedurii de atribuire a contractului, entitatea contractantă restrânge concurența, dezavantajând în mod nejustificat operatorii economici care de exemplu, nu produc autobuze articulate ci doar de 10 m respectiv 12m. În caietul de sarcini al achiziției s-au solicitat: 400 de autobuze urbane (320 de autobuze din gama de 12m, 50 de autobuze din gama de 10m și 30 de

autobuze articulate din gama de 18m). Astfel, se constată că autobuzele din gama de 12m, autobuzele din gama de 10m și autobuzele articulate din gama de 18m sunt produse diferite.

Având în vedere faptul că sunt produse diferite, contestatorul consideră că se încalcă principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal prin faptul că entitatea contractantă intenționează să încheie contractul de achiziție publică cu un singur furnizor pentru toate tipurile de autobuze menționate, respectiv:

1. Autobuze din gama de 12m;
2. Autobuze din gama de 10m;
3. Autobuze articulate din gama de 18m.

În opinia contestatorului, prin lipsa împărțirii pe loturi a contractului de achiziție, entitatea contractantă aduce atingere atât scopului Legii nr. 99/2016, de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și principiilor legale ale nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care guvernează atribuirea oricărui contract de achiziție publică. De asemenea, Codul European de Bune practici reglementează expres că: *„Directivele referitoare la achiziții publice prevăd posibilitatea atribuirii pe loturi*".

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul precizează că divizarea contractului de achiziție publică facilitează 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 mai bine unui sector specializat al IMM-urilor). În sprijinul celor susținute, sunt si cele evocate de Comisia Europeană în Codul european de bune practici pentru înlesnirea accesului întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice (European Code of Best Practices Facilitating Access by Small and Medium-sized Enterprises - SMEs - to Public Procurement Contracts), respectiv că, deși este permis autorităților contractante să limiteze numărul de loturi pentru care se poate depune oferta, ele nu trebuie să utilizeze aceasta posibilitate pentru a restrânge libera competiție. Aceasta direcție este menținută și reafirmată în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE: Achizițiile publice ar trebui adaptate la necesitățile IMM-urilor.

Contestatorul arată că din cauza modului cum este redactată în prezent documentația de atribuire, operatorii economici au obligația să prezinte oferta pentru toate cele trei tipuri de autobuze, ceea ce înseamnă că participanții care nu vor oferta pentru toate gamele de produse (autobuze din gama de 12m, autobuze din gama de 10m, autobuze din gama de 18m) vor fi excluși, prin respingerea ofertelor lor ca inacceptabile și neconforme, aceasta fiind situația în care se află societatea în prezent. Prin păstrarea lotului unic, respectiv solicitarea de autobuze din gama de 12m, autobuze din gama de 10m și autobuze articulate din gama de 18m se restrânge sfera de

participare a operatorilor economici cu oferte pentru fiecare tip de autobuz și aceasta restrângere nu este întemeiată pe natura și complexitatea achiziției.

Raportat la principiile invocate și la dificultățile obiective ce pot fi întâmpinate de un operator economic interesat în ofertarea tuturor gamelor de produse cerute, dificultăți ce determină restrângerea accesului la procedura competițională inițiată, cauzate fiind de nedivizarea achiziției în loturi, contestatorul consideră că se impune împărțirea pe loturi a achiziției, astfel încât orice operator economic interesat să poată participa la procedura în cauza, nefiind constrâns să oferteze pentru produse diferite, cerute la comun.

În opinia contestatorului, prin împărțirea pe loturi și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedura, deci a unei cât mai largi concurențe, existenta mai multor oferte, vor fi create premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice, evitând încălcarea principiul eficienței utilizării fondurilor publice prin gruparea celor 3 tipuri de autobuze doar într-un singur lot. Deși legislația națională în materia achizițiilor publice nu obligă în mod explicit entitatea contractantă la a diviza o achiziție pe loturi, o obligă în schimb la a asigura un cadru concurențial cât mai larg și la a nu reduce artificial concurența pentru achiziția de produse ca acestea, care ar putea fi achiziționate separat.

Contestatorul menționează că în Turcia există 14 fabrici de autobuze. Dintre toate aceste fabrici, doar 2 din ele pot produce toate cele 3 tipuri de autobuze, însă, la gama de 10m nu au posibilitatea nici cele 2 fabrici de a oferi ușa din față dublă (așa cum se solicita în caietul de sarcini). Entitatea contractantă solicită ca, gama de autobuze de 10 m să aibă capacitate de transport de minim 70 de persoane, însă, în lume se cunoaște că gama medie (10m) oferă capacitate de transport de minim 60 de persoane, însă ambele societăți au gama de 10m (9,5m), dar prin solicitarea ca ușa să fie dubla și minim 70 de persoane, se restricționează accesul la procedură.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 29670/...../...../14.07....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016, în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, următoarele:

- dosarul achiziției, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 150 coroborat cu art. 206 cpc. și art. 68 din Legea nr. 101/2016, din Legea nr. 98/2016.

- dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016

- în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 853.1/27.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 31198/28.07....., entitatea contractantă transmite documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând următoarele aspecte cu privire la prezenta procedură:

• ..... în calitate de entitate contractantă, a organizat prezenta procedură de achiziție online, pentru atribuirea contractului sectorial privind furnizarea a 400 autobuze urbane (320 de autobuze din gama de 12m, 50 de autobuze din gama de 10 m și 30 de autobuze din gama de 18m) pentru transportul public, aplicând prevederile Legii nr. 99/2016, organizând procedura de licitație deschisă online, în conformitate cu art. 12 alin. (1) lit. a), coroborat cu art. 82 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

• Procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului sectorial asociate, a avut în vedere sunt: HCGMB nr. 394/2016 prin care Consiliul General al Municipiului ..... a aprobat achiziționarea de către ..... a unui număr de 400 autobuze urbane; art.36, alin. (1), alin. (2), lit. d), alin. (6), lit. a), pct. 14 și alin. (9) din Legea nr. 215/2001 privind administrația publică locală; Legea nr. 92/2007 privind serviciile de transport public local; Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016.

În ceea ce privește neîmpărțirea pe loturi a produselor ce se doresc a fi achiziționate, entitatea contractantă menționează următoarele argumente:

- costuri minime de întreținere și reparații pentru Municipalitate datorate caracterului unitar de operare, exploatare, întreținere și reparații, bazat pe modulizarea, interschimbabilitatea și adaptabilitatea componentelor autobuzelor;
- școlarizarea și formarea profesională unitară a specialiștilor desemnați de achizitor pentru activitatea de întreținere și reparații a autobuzelor fabricate de același producător, iar cele din aceeași gamă fabricate sub aceeași marcă conduc la diminuarea costurilor pentru Municipalitate și asigură stabilitate socială pentru persoanele școlarizate. În cazul împărțirii pe loturi această condiție ar fi implicat un număr de persoane multiplicat de trei ori pentru fiecare tip de autobuz iar o eventuală migrare a acestuia ar fi crescut riscul de blocare a activităților de operare, exploatare, întreținere și reparații, cu alocarea de resurse financiare suplimentare de către Municipalitate;
- similar cu cele menționate mai sus, dotarea cu SDV-uri, echipamente și soft-uri specifice pentru executarea lucrărilor de întreținere și reparații, diagnosticare și reglare este diminuată de trei ori în cazul fabricării autobuzelor de către același producător, iar cele din aceeași gamă fabricate sub aceeași marcă, comparativ cu situația fabricării autobuzelor de către trei furnizori diferiți;

- piesele de schimb, materialele de primă dotare, agregatele și unitățile electronice de comandă de primă dotare, reperele consumabile și de mare uzură (filtre, plăcuțe frâna, curele de transmisie, becuri, tuburi fluorescente, siguranțe fuzibile etc.) precum și materialele consumabile (antigel, uleiuri, unsori speciale, agent frigorific, apă distilata etc.) implică asigurarea de către achizitor a unor spații de depozitare, logistică și software diferite pentru gestionarea acestora care, în cazul achiziționării autobuzelor de la trei producători diferiți, ar trebui să fie diferențiate pentru fiecare tip de autobuz, cu costuri ridicate pentru Municipalitate;
- tehnologia de proiectare și de fabricație unică (în cazul fabricării autobuzelor de același producător) cuprinde aceleași standarde, norme și presupune un grad mare de modulizare, interschimbabillitate, adaptabilitate, care are ca efect diminuarea costurilor de fabricație în comparație cu costurile crescute reflectate în prețul de vânzare în cazul fabricării autobuzelor de către trei producători diferiți;
- creșterea operativității privind tratarea defectelor în termenul de garanție și reducerea timpilor de imobilizare la autobuzele achiziționate de la un singur producător, este un alt avantaj al Municipalității prin faptul că echipa specializată cuprinde un număr mai mare de oameni raportat la numărul total de autobuze fabricate de același producător, comparativ cu un număr diminuat de persoane raportat la fiecare tip de autobuz fabricat de producători diferiți;
- în situația în care sunt producători diferiți ar trebui organizate trei service-uri diferite, trei formațiuni tehnice diferite, trei pachete diferite de specializare a personalului. Piesele de schimb s-ar diversifica foarte mult, tehnologiile de întreținere și reparații ar fi foarte diferite fiind specifice fiecărui producători în parte și rezultatele privind fiabilitatea și disponibilitatea parcului vor fi afectate de aceasta situație.

Totodată, entitatea contractantă subliniază faptul că nu avea obligația de a lotiza contractul conform prevederilor art. 150 alin. 1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Referitor la solicitarea contestatorului de *„obligare a entității contractante să adopte măsuri de remediere care să permită accesul egal al potențialilor ofertanți la procedura de atribuire*”, entitatea contractantă precizează că așa cum prevede legislația în materia achizițiilor publice, orice operator economic poate participa la o procedura de achiziție publică/sectorială în nume propriu sau în asociere cu alți operatori economici în cazul în care acesta nu poate îndeplini cerințele de calificare solicitate de autoritatea /entitatea contractantă conform documentației de atribuire. Astfel, operatorul economic, are dreptul, dacă este cazul, să recurgă la susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/ terții respectiv /respectivi. În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de

atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea cerinței.

În baza argumentelor mai sus menționate, entitatea contractantă consideră criticile contestatorului ca fiind lipsite de obiect

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de reluare a procedurii de atribuire după adoptarea măsurilor de remediere, entitatea contractanta consideră aceasta ca fiind rămasă fără obiect întrucât a fost menționat și motivat anterior, prin neadoptarea măsurilor de remediere.

În final, entitatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca nefondată a contestației, având în vedere consecințele negative pentru ..... ținând cont de interesul public unde așteptările și nevoile actuale și imediate de a dezvolta și moderniza oferta de transport în comun sunt foarte mari, oportunitatea de a materializa acest deziderat într-un timp cât mai scurt reprezintă un obiectiv major.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „.....” cod CPV: 34121100-2, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., conform căruia, valoarea estimată a achiziției este de 510.488.400 lei. Potrivit cap. IV.2.1) din anunțul de participare, criteriul de atribuire este: „cel mai bun raport calitate preț”.

Nemulțumit de modul în care entitatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, respectiv neîmpărțirea pe loturi a produselor ce urmează a fi achiziționate, SC ..... SRL a învestit Consiliul în soluționarea contestației de față, solicitând refacerea acesteia.

Procedând la analiza aspectelor sesizate Consiliul urmează să o respingă ca nefondată din următoarele considerente:

- conform prevederilor art. 150 din legea nr. 99/2016: „(1) *Entitatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor sectoriale și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției*.”;
- potrivit prevederilor art. 16 din Legea nr. 99/2016: *„(1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza metode de calcul al valorii estimate a achiziției cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta lege. (2) Entitatea contractantă nu are dreptul de a diviza contractul de achiziție sectorială în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta lege*.”

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că legiuitorul în domeniul achizițiilor sectoriale a reglementat un drept al entității contractante de a împărți pe loturi, drept de care aceasta poate uza și nu

a instituit o obligație în sarcina acesteia, aspecte recunoscute și de către contestator în cadrul contestației depuse.

De asemenea, potrivit prevederilor art. 66 din legea nr. 99/2016: *„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual sau în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege*."

Mai mult, în cadrul strategiei de contractare nr. 631.1/29.06..... depusă la dosar anexată adresei nr. 797.1/20.07..... înregistrată la CNSC sub nr. 29807/20.07....., entitatea contractantă a justificat la pct. 8 „Alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesității entității contractante" neîmpărțirea pe loturi a procedurii de atribuire contestate.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 va respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... și, pe cale de consecință dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.