



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.... ..

Data:...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în municipiul județul ... având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „....”, cod CPV 18143000-3, 18220000-7, 18830000-6, 18931100-5, s-a solicitat: anularea anunțului de participare nr. ... și obligarea autorității contractante la refacerea anunțului de participare și a caietului de sarcini în sensul grupării produselor ce fac obiectul acestei proceduri pe loturi distincte, după grupe CAEN, aferente fiecărei grupe de produse.

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite

contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

... a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „...”, cod CPV 18143000-3, 18220000-7, 18830000-6, 18931100-5, solicitând: anularea anunțului de participare nr. ... și obligarea autorității contractante la refacerea anunțului de participare și a caietului de sarcini în sensul grupării produselor ce fac obiectul acestei proceduri pe loturi distincte, după grupe CAEN, aferente fiecărei grupe de produse.

În fapt, contestatorul arată că la data de 28.08.2013 a luat la cunoștință despre anunțul de participare nr. ... înaintat de ... prin care autoritatea contractantă anunța intenția de achiziționare a unui lot de „...”, compus din:

- Geacă de protecție - 994 bucăți; Supra pantaloni - 994 bucati;
- Mănuși de protecție - 994 bucăți;
- Rucsac - 994 bucăți; Servieta troller - 104 bucăți
- Bocanci de protecție - 994 bucăți; Cizme cauciuc - 994 bucăți; Ghete înalte - 994 bucăți
- Casca de protecție - 994 bucăți.

Contestatorul solicită gruparea produselor ce fac obiectul acestei proceduri pe loturi distincte, conform grupelor din structura « Clasificării activităților din economia națională »(CAEN):

- Grupa 141 - Fabricarea articolelor de îmbrăcăminte, cu excepția articolelor din blană (geaca de protecție; suprapantaloni)
- Grupa 143 - Fabricarea articolelor de îmbrăcăminte prin tricotare sau croșetare (mănuși de protecție)
- Grupa 151 - Tăbăcirea și finisarea pieilor; fabricarea articolelor de voiaj și marochinărie și a articolelor de harnasament; prepararea și vopsirea blănurilor (rucsac; servietă troller)
- Grupa 152 - Fabricarea încălțămintei (bocanci de protecție, cizme cauciuc, ghete înalte)

- Grupa 329 - Alte activități industriale (cască de protecție).

Contestatorul consideră că stabilirea unui singur lot de „...” îngreunează posibilitatea de participare a producătorilor a căror activitate este declarată în conformitate cu structura pe grupe și clase din cadrul CAEN. De asemenea, obligă producătorii să desfășoare activități de tip comercial, adică să vândă articole de îmbrăcăminte, pentru producătorii care nu îndeplinesc condițiile de participare în licitație.

Totodată, contestatorul menționează că asigurarea posibilităților de participare a producătorilor, așa cum au fost definiți anterior, în licitație, este garanția obținerii unui preț minim la nivelul calitativ solicitat de autoritatea contractantă.

În situația actuală, contestatorul arată că în cadrul acestei proceduri pot participa numai comercianții care, pe lângă prețul minim oferit de producători, trebuie să-și adauge un procent în vederea acoperirii cheltuielilor și a obținerii unui câștig.

Contestatorul menționează că dreptul de asociere prevăzut în OUG 34/2006 este o condiție obligatorie pentru a permite participarea comercianților în licitație (comercianții, obligatoriu trebuie să se asocieze cu producători în vederea ofertării produselor solicitate), această condiție nefăcând referire în nici un fel la producători (având ca obiect de activitate în statut și autorizația de funcționare, grupe de produse conform codurilor CAEN: grupe și clase), care participă în licitație cu rezultatul activității proprii.

În sprijinul celor menționate, contestatorul arată Ministerul Apărării Naționale și Ministerul Afacerilor Interne înțeleg gestionarea eficientă a fondurilor publice, prin participarea în cadrul licitației, nu a producătorilor dintr-o grupă și clasa CAEN, ci chiar a producătorilor de specialități din cadrul unei clase.

În acest sens, contestatorul arată că aceste autorități contractante au constituit pentru categoria de produse „încălțăminte” loturi separate pentru:

- încălțăminte cu talpă din poliretan dublă densitate injectată direct pe fete (IJ)

- încălțăminte cu talpă din cauciuc cusută prin brant (CB)

- încălțăminte cu talpă din cauciuc cusută prin rama (CR)

- încălțăminte cu talpă din TR lipită și cusută lateral (CL)

- încălțăminte cu talpă din TR lipită (IL),

raportându-se la faptul că în cadrul producției de încălțăminte din piele, producătorii se specializează pe anumite tipuri de sisteme de confecție pentru încălțăminte.

Contestatorul menționează că posibilitatea asocierii, așa cum este prevăzută în legislație, trebuie să fie o opțiune nu o obligație și, în principal, legiuitorul a luat în considerație asocierea

producătorilor din cadrul unei grupe de activitate conform codului CAEN, dar din clase diferite în cadrul acestuia.

Referitor la solicitarea privind divizarea pe loturi corespunzătoare grupelor CAEN, contestatorul precizează că, într-adevăr, legislația dă dreptul autorității contractante de a achiziționa într-un singur lot „oricât de multe și diferite produse vrea” cu referire la clase diferite din cadrul aceleiași grupe din codul CAEN, în conformitate cu scopul și principiile OUG 34/2006, însă acest drept nu poate fi discreționar și abuziv, comasând în cadrul aceluiași lot, produse care fac obiectul a diverse grupe de clasificare din codul CAEN.

Contestatorul menționează că asocierea la care a făcut referire este posibilă în cadrul aceleiași grupe, întrucât activitățile desfășurate în oricare din clasele acestei grupe sunt înrudite, persoanele de conducere se cunosc între ele, făcând parte din Asociații Profesionale specifice acestui tip de activitate, care presupune probleme similare în derularea activității.

Contestatorul arată că OUG nr. 34/2006 conferă prin prevederile sale:

- nediscriminarea (prin asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale)
- tratamentul egal (stabilirea de cerințe și criterii în vederea oferirii de șanse egale de a deveni contractanți)
- transparența
- proporționalitatea (asigurarea corelației între necesitatea autorității contractante și cerințele solicitate a fi îndeplinite având ca efect eliminarea cerințelor restrictive).

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă, abuzând de un drept (dreptul de a nu diviza pe loturi), aduce atingere scopului și principiilor OUG nr. 34/2006, respectiv „promovarea concurenței între operatorii economici” și a „eficienței utilizării fondurilor publice”.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației și pe cale de consecință anularea anunțului de participare nr. ... și obligarea autorității contractante la refacerea anunțului de participare și a caietului de sarcini în sensul grupării produselor ce fac obiectul acestei proceduri pe loturi distincte, după grupe CAEN, aferente fiecărei grupe de produse.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 28587/09.09.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30292/10.09.2013, ... în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației ca nefondată și, pe cale de consecință, continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă arată că la nivelul ...se desfășoară activități de verificare pe teren în vederea identificării cantității și calității bunurilor, a lucrărilor și serviciilor, precum și a măsurării lucrărilor din cadrul proiectelor finanțate prin Având în vedere condițiile și locațiile unde au loc astfel de controale, este necesară asigurarea condițiilor de siguranță și proiecție pentru personalul APDRP cu atribuții în verificările pe teren.

În baza prevederilor Legii nr. 319/2006 privind securitatea și sănătatea în muncă și ale Normelor metodologice de aplicare, cu modificările și completările ulterioare, care prevăd obligația angajatorului de a asigura protecția sănătății și securității în muncă a angajaților, de a implementa principiile generale referitoare la prevenirea riscurilor profesionale și eliminarea factorilor de risc și accidentare, de a informa, a consulta și a instrui angajații în ceea ce privește protecția muncii și a sănătății angajaților, precum și în urma numeroaselor controale din partea Inspectoratelor Teritoriale de Muncă și a Comisiei Europene și a remedierilor pe care aceștia le-au consemnat în procesele - verbale de cercetare, în vederea prevenirii accidentelor de muncă, se impune ca ... să întreprindă măsurile necesare în vederea dotării lucrătorilor care desfășoară verificări pe teren cu echipamente individuale de protecție, care trebuie utilizate atunci când riscurile nu pot fi evitate sau limitate suficient prin mijloacele tehnice de proiecție colectivă ori prin măsurile, metodele sau procedurile de organizare a muncii.

Potrivit legislației în vigoare, autoritatea contractantă arată că orice lucrător care riscă accidente ale corpului, capului, membrilor sau vătămări ale pielii, în special cauzate de impacte mecanice, umiditate, căldură și frig, trebuie să primească echipamente de protecție potrivită și practică din material adecvat.

În acest sens autoritatea contractantă menționează că a inițiat proiectul - Achiziționarea de echipamente individuale de protecție pentru verificările pe teren de la nivelul ... și

În fapt, autoritatea contractantă arată că problematica vizată prin prezenta contestație, respectiv posibilitatea divizării obiectului unui contract de achiziție publică pe loturi, pornind de la faptul că decizia de a diviza sau nu pe loturi obiectul contractului de achiziție publică ridică o serie de probleme pentru autoritățile contractante și adesea poate face chiar obiectul unei contestații din partea operatorilor economici care se consideră discriminați prin nedivizarea pe loturi a obiectului contractului de achiziție publică, căci nu au forța financiară sau tehnică pentru a oferi la un lot unic, a mai fost supusă analizei CNSC și chiar instanțelor de judecată, luând naștere o practică, respectiv jurisprudentă, în sensul că: în concret trebuie să se analizeze rațiunea pentru care autoritatea contractantă a precedat la o asemenea măsură.

Astfel, la o simplă analiză avem prin nedivizare o restrângere a concurenței, însă o asemenea restrângere trebuie corelată cu criteriile de ordin tehnic și economic care nu permit o astfel de divizare. În caz contrar, CNSC ar putea anula orice procedură de atribuire având lot unic format din mai multe produse, servicii, lucrări ca urmare a faptului că autoritatea contractantă nu a procedat la divizarea pe loturi, ceea ce ar contraveni scopului pentru care a luat ființă.

Autoritatea contractantă precizează că în legislația română problematica loturilor nu are o reglementare amplă. OUG nr. 34/2006 nu reglementează expres o definiție a noțiunii de lot. Noțiunea de „lot” apare în următoarele articole: art. 27 alin. (5), art. 28 alin. (3), art. 29 alin. (3), din OUG nr. 34/2006 și art. 10 alin. (1), art. 15 alin. (5), art. 36 alin. (2) lit. d) din HG nr. 925/2006.

În principiu, autoritatea contractantă arată că reglementările de mai sus vizează obligativitatea de a nu diviza pe loturi obiectul contractului de achiziție publică pentru a eluda aplicarea prevederilor specifice din domeniul achizițiilor publice, respectiv a nu diviza obiectul unui contract astfel încât acest contract să fie încheiat prin încredințare directă și nu ca urmare a parcurgerii fiecărei etape a unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă arată că art. 27 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 stipulează noțiunea de „produse similare”: *„În cazul în care autoritatea contractantă își propune să achiziționeze produse similare, dar defalcate pe loturi a căror cumparare se realizează prin atribuirea mai multor contracte de furnizare distincte (...)”*.

Prin urmare, un element care poate contura o definiție a noțiunii este faptul că un lot este format din produse similare.

Autoritatea contractantă arată că în Manualul Operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publică vol. 1 publicat de către ANRMAP în 2009, noțiunea de lot are următoarea definiție: *„grupul de produse/servicii/lucrări identice sau asemănătoare și/sau care au o destinație comună, achiziționate simultan sau succesiv poate constitui un lot”*. Totodată, în Manual se definește ce înseamnă „produse similare”: produse cu același uz sau cu un uz similar, cum ar fi, de exemplu: dezinfecanți și produse antiseptice.

Prin urmare, coroborând textele din OUG 34/2006 cu definiția din Manual, autoritatea contractantă arată că decizia autorității contractante de a împărți sau nu pe loturi obiectul contractului de achiziție publică la inițierea unei proceduri are în vedere, în principal, destinația comună a produselor, serviciilor și lucrărilor.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că această definiție din Manual prevede verbul „poate” și prin urmare, din acest text se poate deduce că decizia de formare a unui lot fie din produse identice fie din produse similare în sine este atributul autorității contractante în virtutea nevoilor sale cât și principiului asumării răspunderii de către autoritatea contractantă în atribuirea unui contract de achiziție publică.

Autoritatea contractantă afirmă că nici Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică de lucrări, de bunuri și servicii și nici Directiva 2004/17/CE de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale nu conțin o definiție a noțiunii de lot.

Astfel, autoritatea contractantă arată că singurele referiri care se fac la loturi sunt articolele referitoare la metodele de calcul a valorii estimate a contractelor achiziție publică, așa cum se prevede la art. 9(5) din Directiva 2004/18/CE și 17(6) a din Directiva 2004/17/CE.

Referitor la rațiunea pentru care a procedat la măsura lotului unic, autoritatea contractantă precizează că, atât la momentul întocmirii Programului Anual al Achizițiilor Publice 2013 cât și în momentul elaborării documentației de atribuire și având în vedere bugetul alocat proiectului dar și necesitatea achiziționării acestor echipamente atât pentru ...), nu a găsit oportună împărțirea pe loturi a produselor ce urmează a fi achiziționate și nici nu înțelege astfel scopul împărțirii în funcție de grupele CAEN așa cum nefundamentat solicită contestatorul.

În opinia autorității contractante împărțirea în funcție de grupele CAEN ar duce la o fracționare exagerată a contractului de achiziție publică și ținând cont și de faptul că achiziția produselor se face pentru 2 instituții (...) coordonarea executării contractului ar fi mult îngreunată, iar predarea echipamentelor riscă a fi făcută în mai multe etape și pentru fiecare produs, în parte, ceea ce contravine ideii de "echipament de protecție".

În plus, autoritatea contractantă precizează că legiuitorul nu a stabilit expres în sarcina autorității contractante obligația de a constitui loturi în funcție de codurile CAEN în documentația de atribuire, iar în opinia sa întocmirea documentației în metoda lotului unic reprezintă nu o încălcare a principiilor instituite prin OUG nr. 34/2006, ci dimpotrivă, o întărire a principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Având în vedere expunerea mai sus făcută, privind problema rațiunii pentru care din punct de vedere tehnic și economic a precedat la o asemenea măsură, autoritatea contractantă arată motivele care au stat la baza măsurii adoptate:

- Destinația comună a produselor - produsele a căror achiziție se dorește, fac parte din categoria echipamentelor de protecție, așa cum acestea sunt prevăzute de Legea nr. 319/2006 privind securitatea și sănătatea în muncă,

- Predarea unitară, într-o singură tranșă, a tuturor echipamentelor către personalul ..., așa cum a fost prevăzut în cadrul documentației de atribuire,

- Necesitatea urgentării procesului de atribuire al contractului în condițiile în care programul actual ... se încheie la finele anului, perioada acestuia fiind 2007-2013.

- Evitarea tergiversării procedurii prin departajarea pe loturi a produselor achiziționate, situație în care, ar exista posibilitatea ca în urma primirii unei contestații pe un singur lot să se decaleze întreg procesul de achiziție și implicit întârzierea achiziționării produselor în conformitate cu prevederile legale în vigoare, referitoare la proiecția muncii.

Așadar, autoritatea contractantă consideră că afirmația contestatorului, potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi "abuzat" de dreptul legal de a nu diviza pe loturi achiziția produselor, este eronată și în total dezacord cu motivele și necesitățile autorității contractante.

Autoritatea contractantă precizează că nu îngrădește participarea operatorilor economici la prezenta procedură, indiferent de felul în care aceștia aleg să participe (în mod singular, asociere, terț susținător etc.) așa cum greșit încearcă contestatorul să inducă, mențiuni de acest gen neregăsindu-se în documentația de atribuire.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de furnizare, având ca obiect „...”, cod CPV 18143000-3, 18220000-7, 18830000-6, 18931100-5. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Pe fondul contestației formulate de către ... Consiliul retine:

În esență, contestatorul ... critică decizia autorității contractante de a achiziționa într-o singură procedură produse din categorii complet diferite, cu nerespectarea obiectivului de promovare a concurenței între operatorii economici prevăzut la art. 2 alin (1) lit a) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare și cu încălcarea principiului eficienței

utilizării fondurilor publice prevăzut la art. 2 alin (2) lit f) din același act normativ.

Consiliul apreciază ca susținerile contestatorului ... sunt întrutotul justificate.

Dreptul acordat de lege, prin art. 10 din HG nr. 925/2006 autorității contractante pentru divizarea contractului în loturi, nu trebuie aplicat discreționar și abuziv în relația cu operatorii economici.

Astfel, deși opțiunea autorității contractante privind organizarea achiziției pe loturi este asigurată de prevederile art. 10 alin. (1) din HG nr. 925/2006, potrivit prevederilor art. 17 din OUG nr. 34/2006, aceasta totuși „... are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire”.

De altfel și art. 2 din HG nr. 925/2006 stabilește că în procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor de la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

În fapt, chiar dacă opțiunea împărțirii pe loturi aparține autorității contractante, aceasta nu are dreptul, în condițiile respectării principiului amintit mai sus, de a achiziționa în cadrul aceleiași proceduri produse din categorii complet diferite, deoarece acest fapt afectează major atât concurența cât și eficiența utilizării fondurilor. Astfel, așa cum nu pot fi achiziționate în cadrul aceleiași proceduri de exemplu mașini și cartușe de toner sau materiale de curățenie și calculatoare, se impune ca cel puțin primele 4 cifre ale codului CPV (corespunzător produselor achiziționate) să fie identice, adică să desemneze aceeași categorie de produse, pentru a putea fi legal achiziționate într-o unică procedură și într-un singur lot.

În speța, codurile CPV corespunzătoare produselor ce urmează a fi achiziționate diferă fundamental încă de la a treia cifră, fiind o opțiune profund nelegală și ineficientă achiziția de îmbrăcăminte, încălțăminte, casti de protecție și genți (serviete) în cadrul aceleiași proceduri fără divizare pe loturi.

Consiliul nu are competența de a impune autorității contractante organizarea unei noi proceduri pe loturi sau organizarea a patru proceduri distincte pe fiecare din categoriile de produse ce se dorește a fi achiziționate, dar are competența de a constata încălcarea de către autoritate contractantă prin anunțul de participare nr. ... a obiectivului de promovare a concurenței între operatorii economici prevăzut la art. 2 alin (1) lit a) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare și a principiului eficienței utilizării fondurilor publice prevăzut la art. 2 alin (2) lit f) din același act normativ.

Intrucat neregula constatată este cuprinsă in anunțul de participare, aceasta nu poate fi remediată in cadrul aceleiasi proceduri iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) cu modificările și completările ulterioare.

În consecinta, se impune anularea procedurii de atribuire.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și va dispune anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...