



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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 3258/28.12.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 40000/28.12.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, împotriva anunțului de atribuire nr. ..., publicat în SEAP de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată într-o singură etapă, online, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Combustibil lichid tip M”, cod CPV 09130000-9 – Petrol și produse distilate (Rev. 2), s-a solicitat admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei 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 contestația de față, prin care ... contestă anunțul de atribuire nr. ..., publicat în SEAP de către ..., prin care s-a atribuit contractul de furnizare antemenționat ofertantului ..., prin contractul nr. 15160/22.12.2016 în valoare de 386.250 lei.

În fapt, ... contestă anunțul de atribuire nr. ... prin care ... a fost desemnată câștigătoarea procedurii de atribuire în cauză, având în vedere neconcordanțele cu privire la propunerea tehnică a acestuia, raportate la cerințele documentelor procedurii și la faptul că ... nu este producător al combustibilului lichid solicitat.

Contestatorul consideră că propunerea tehnică a ... nu respectă cerința din caietul de sarcini – punctul 4.1 cu privire la necesitatea unei

specificații tehnice a unui producător, deoarece nu este indicat producătorul, precum și cerința din răspunsul autorității contractante nr. 2125199/01.09.2016 la cererea de clarificări nr. 3154/30.08.2016 și anume prezentarea unui *„raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformității sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă care să ateste conformitatea produselor care fac obiectul achiziției cu cerințele sau criteriile stabilite prin specificațiile tehnice.”*

Prin adresa nr. 1601916/06.01.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 1501/13.01.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

În data de 17.11.2016, C.N.S.C. a adoptat decizia nr. 2028/C2/2303 prin care a respins ca nefondată contestația nr. 3272 din 20.10.2016 formulată de ... în contradictoriu cu

În contestația nr. 3272 din 20.10.2016, ... a invocat faptul că ... nu este producător și, prin urmare, a considerat că „autoritatea contractantă se află în imposibilitatea efectuării recepției cantitative a mărfii livrate de ofertantul comerciant declarat câștigător”, dar autoritatea contractantă nu a solicitat în cadrul fișei de date a achiziției ca operatorii economici participanți la procedură să fie producători, iar ... nu poate, prin interpretarea neoficială a fișei de date a achiziției, să adauge alte cerințe la fișa de date a achiziției decât cele stabilite de autoritatea contractantă.

În data de 20.12.2016, ... a înaintat ... notificarea prealabilă la anunțul de atribuire nr. ... la procedura simplificată „Combustibil lichid tip M” nr. ..., având numărul de înregistrare 3250, prin care a considerat că există neconcordanțe cu privire la propunerea tehnică a ... și cerințele din documentele procedurii precum și faptul că ... nu este producător, aspecte care au fost invocate și în contestația nr. 3272 din 20.10.2016, formulată de ...

În data de 28.12.2016, autoritatea contractantă a înaintat prin fax către ..., răspunsul la notificarea prealabilă nr. 3250.

În data de 28.12.2016, ... a înaintat ... contestația la anunțul de atribuire nr. ... la procedura simplificată „Combustibil lichid tip M” nr. ..., având numărul de înregistrare 3258, prin care consideră că propunerea tehnică a ... este în neconcordanță cu documentele procedurii întrucât ... nu este producător.

Drept urmare a celor prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de către ... având în vedere următoarele aspecte:

Autoritatea contractantă nu a solicitat în cadrul fișei de date a achiziției ca operatorii economici participanți la procedură să fie producători, iar ... nu poate, prin interpretarea neoficială a fișei de date a achiziției, să adauge alte cerințe la fișa de date a achiziției decât cele stabilite de autoritatea contractantă.

Prin adoptarea deciziei nr. 2028/C2/2303, C.N.S.C. a respins ca nefondată contestația nr. 3272 din 20.10.2016, formulată de ... în contradictoriu cu ..., contestație care a avut același obiect ca și contestația nr. 3258, și anume faptul că ... nu este producător.

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 29 din Legea nr. 101/2016, deciziile Consiliului pot fi atacate de către oricare din părțile cauzei, cu plângere la instanța competentă, în termen de 10 zile de la comunicare. Astfel, dacă ... considera că decizia nr. ... este nelegală sau netemeinică, trebuia să formuleze plângere la instanța competentă în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei. În urma neformulării acestei plângeri, autoritatea contractantă a urmat etapele legale finalizării procedurii de achiziție, respectiv a încheiat acordul cadru de furnizare „Combustibil lichid tip M” nr. 2330290 din data de 06.12.2016, contractul subsecvent nr. 1 de furnizare combustibil lichid tip M (sau echivalent) nr. 2330291 din data de 06.12.2016 și a publicat în S.E.A.P., în data de 15.12.2016, anunțul de atribuire nr. 204174.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Combustibil lichid tip M”, cod CPV 09130000-9 – Petrol și produse distilate (Rev. 2). În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată a acordului-cadru, fără TVA, este între 192.000 și 480.000 RON, criteriul de atribuire ales fiind *„prețul cel mai scăzut”*.

Anterior, pe rolul Consiliului s-a aflat Dosarul nr. ... care a fost soluționat de Consiliu prin Decizia nr. ..., prin care s-a respins ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Urmare a primirii Deciziei nr. ..., autoritatea contractantă a urmat etapele aferente finalizării procedurii de atribuire, respectiv a încheiat Acordul-cadru de furnizare „Combustibil lichid tip M” nr. 2330290 din data de 06.12.2016 și Contractul subsecvent nr. 1 de furnizare combustibil lichid tip M (sau echivalent) nr. 2330291 din data de 06.12.2016 și a publicat în SEAP anunțul de atribuire nr.

... critica anunțul de atribuire nr. ..., potrivit căruia contractul de furnizare a fost atribuit ofertantului declarat câștigător ... și solicită anularea procedurii de atribuire.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care a fost evaluată oferta depusă de ofertantul declarat câștigător ... Astfel, sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că în opinia acestuia sunt neconcordante cu privire la propunerea tehnică depusă de ..., raportat la cerințele din documentație

și la faptul că ... nu este producător al combustibilului lichid solicitat (conform site-ului www.mfinante.ro).

Contestatorul consideră că propunerea tehnică a ... nu respectă cerința din caietul de sarcini – punctul 4.1 cu privire la necesitatea unei specificații tehnice a unui producător, deoarece nu este indicat producătorul, precum și cerința din răspunsul autorității contractante nr. 2125199/01.09.2016 la cererea de clarificări nr. 3154/30.08.2016 și anume prezentarea unui *„raport de încercare eliberat de un organism de evaluare a conformității sau un certificat emis de un astfel de organism drept mijloc de probă care să ateste conformitatea produselor care fac obiectul achiziției cu cerințele sau criteriile stabilite prin specificațiile tehnice.”*

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găsește util a relua câteva dintre elementele pentru fixarea cadrului speței, consemnate în Decizia nr. Deciziei nr. ..., respectiv:

[Trecând la analiza celor mai sus reclamate, Consiliul constată netemeinicia criticilor formulate de ..., în referire la faptul că ... nu este producător, în sensul prevederilor Codului Fiscal din considerentele prezentate în continuare.

Societatea contestatoare reclamă faptul că ..., nefiind producător, acesta nu va respecta prevederile menționate la pct. 4.1. din cadrul caietului de sarcini.

Obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie furnizarea de combustibil lichid tip M (sau echivalent), necesar pentru producerea energiei termice, furnizorul având obligația asigurării transportului produsului la sediul, structurile sau punctele de lucru ale autorității contractante, specificate în caietul de sarcini.

Se are în vedere că, potrivit documentației de atribuire, autoritatea contractantă a menționat în cadrul fișei de date a achiziției, la capitolul III.2.1.b) *"Capacitatea de exercitare a activității profesionale": "Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, ca este legal constituit și ca nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.*

Modalitate de îndeplinire: se va prezenta DUAЕ.

- în urma solicitării autorității contractante adresate ofertantului clasat pe locul I în clasament, acesta va prezenta documentul justificativ, astfel:

*1. Certificatul constatator eliberat de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă instanța competentă, în original sau în copie certificată "conform cu originalul", semnată și stampilată de reprezentantul legal din care să rezulte ca obiectul de activitate al ofertantului include **"comercializarea de combustibili"**, în conformitate cu obiectul achiziției (...);*

Autoritatea contractantă a solicitat cu actul nr. 2126034/30.09.2016 ofertantului clasat pe primul loc, respectiv ... transmiterea tuturor documentelor suport ale DUAЕ, printre care și certificatul constatator ONRC. ... a depus documentele solicitate, iar potrivit Certificatului Constatator nr. 21888/03.10.2016 eliberat de ORC de pe lângă Tribunalul Buzău, ofertantul este autorizat să desfășoare activități privind comerțul cu ridicata al combustibililor solizi, lichizi și gazoși și al produselor derivate

Contrar susținerilor societății contestatoare niciunde în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu a solicitat operatorilor economici să aibă calitatea de producători, astfel că nu vor fi reținute ca fiind relevante în soluționare criticile în referire la acest aspect.

În această etapă a procedurii, respectiv de evaluare a ofertelor depuse, operatorii economici nu pot extinde interpretarea unei cerințe minime de calificare, având în vedere faptul că, în cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă nu a solicitat operatorilor economici să fie producători, astfel că societatea contestatoare nu poate prin interpretarea neoficială a fișei de date a achiziției să adauge la ea, prin impunerea unor cerințe, potrivit principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, însoțită de clarificările ulterioare aduse documentației de atribuire, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

Raționamentul conturat de societatea contestatoare conform căruia autoritatea contractantă nu va putea efectua recepția calitativă, în lipsa unei specificații tehnice menționată de producător nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

Se are în vedere faptul că potrivit caietului de sarcini autoritatea contractantă a specificat următoarele prevederi la pct. 4.1 *”Recepția calitativă”* : *”Ofertantul câștigător răspunde pentru calitatea produsului livrat, în termenul de garanție. Achizitorul este în drept să solicite înlocuirea gratuită a cantităților de produs al căror caracteristici nu corespund condițiilor prevăzute în specificațiile tehnice. Garanția produselor va fi de minim 3 luni, cu respectarea condițiilor de depozitare conform STAS 4225/79.*

Dacă la momentul recepției există indicii că produsul livrat nu corespunde calitativ ofertei tehnice, achizitorul are dreptul de a solicita, pe cheltuiala sa, prelevarea mostrelor și testarea produsului, printr-un inspector independent, agreat de ambele părți contractante. Prelevarea probelor în vederea testării se va efectua la momentul primirii mărfii, de către inspectorul independent, în prezența delegatului furnizorului. Se vor prelua 3 (trei) mostre și se vor sigila, una va fi predată inspectorului independent, pentru testare, una va fi predată furnizorului, una va rămâne la achizitor. În acest caz, cisterna va rămâne nedescărcată, la dispoziția furnizorului.

Dacă în urma testării, produsul nu corespunde cerințelor din caietul de sarcini/oferta tehnică a furnizorului, achizitorul are dreptul să-l refuze și să își recupereze cheltuielile cu inspectorul independent, de la furnizor.

În cazul în care produsul solicitat nu corespunde specificațiilor tehnice menționate de producător, fiind declarate de comisia de recepție necorespunzător calitativ, marfa va fi returnată, iar furnizorul va suporta daunele cauzate, fiind obligat a prelua cantitatea de produs necorespunzător pe cheltuiala proprie și de a o înlocui imediat, gratuit, cu o cantitate egală de produs, corespunzător cerințelor tehnice minime.

Din economia celor mai sus reținute, Consiliul reține că autoritatea contractantă și-a luat măsuri de precauție, în cazul în care va întâmpina dificultăți în derularea contractului, respectiv în cazul în care în urma efectuării recepției calitative, produsul furnizat nu corespunde specificațiilor tehnice menționate de producător, acesta să fie returant și înlocuit cu un produs corespunzător cerințelor tehnice minime, pe cheltuiala ofertantului și imediat.

De asemenea, sunt relevante în soluționare și prevederile menționate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, respectiv *”autoritatea contractantă a precizat că în caietul de sarcini la pct. 3.1. «Condiții de livrare și transport» faptul că «produsul va fi însoțit la livrare de următoarele documente: factura fiscală, aviz de însoțire a mărfii, raport de încercare combustibil, declarație de conformitate/certiificat de calitate, nota de încărcare, certificat de calibrare a cisternei și orice alt document prevăzut de legislația în vigoare la momentul livrării».*

Înțelegem prin aceasta că societatea comercială contestatoare emite supoziții pentru o acțiune în viitor, în speță recepția produsului și nu o abatere a ofertei tehnice de la cerințele documentației de atribuire.”

Referitor la solicitarea anulării procedurii de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) litera c) coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul determină că în speță nu sunt întrunite condițiile prevăzute de dispozițiile legale care să conducă la măsura anulării procedurii de atribuire.

În ceea ce privește critica formulată de societatea contestatoare în referire la pretinsa lipsă a unei specificații tehnice de la producător, se are în vedere că în cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă a specificat ca operatorii economici să depună următoarele înscrisuri: fisa tehnica pentru produsul ofertat, conform caietului de sarcini, certificate de conformitate, precum și **buletine de analiză emise de un laborator specializat**, pentru materiile prime și auxiliare utilizate, rapoarte sau teste de încercări ale producătorului, care să ateste caracteristicile tehnice ale produselor.

Din examinarea documentelor aflate în copie la dosarul cauzei, Consiliul reține că ... a prezentat oferta tehnica astfel incat sa se asigure posibilitatea verificării corespondentei propunerii tehnice cu specificațiile tehnice prevazute in caietul de sarcini și a depus următoarele înscrisuri: Condițiile de calitate a produsului, **Raportul de încercări nr. 20/12.03.2015 emis de RQC, Fișa Tehnică de Securitate ST6/2013, Rev 0- Combustibil Lichid M Tip Biotherm]**

Examinând conținutul contestațiilor formulate de ... în raport de cele mai sus reținute, Consiliul constată că aceleași critici referitoare la presupusa neîndeplinire a cerințelor criticate au făcut obiectul contestației formulate de ..., soluționată prin Decizia nr. ... Prin neformularea niciunei plângeri împotriva Deciziei nr. ..., aceasta a rămas definitivă.

Față de cele de mai sus, Consiliul consideră că se impune reiterarea următoarelor dispoziții din Legea nr. 101/2016:

- art. 28 alin. (1) - *”Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei”;*

- art. 29 alin. (1) - *”Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către oricare dintre părțile cauzei, cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare”;*

- art. 32 alin. (1) – *”Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios-administrativ și fiscal în a cărei rază se află sediul autorității contractante. Plângerea se soluționează de compelte specializate în achiziții publice”.*

Având în vedere cadrul juridic anterior invocat, Consiliul apreciază că, în situația în care părțile, în exercitarea propriei lor voințe, nu au exercitat nicio cale de atac împotriva Deciziei nr. ..., emisă de către Consiliu, în mod automat, se prezumă că acestea au acceptat și însușit conținutul acesteia, perspectivă din care consideră că **dispozițiile actului juridic anterior invocat intră în sfera puterii lucrului judecat și**, prin urmare, trebuie pusă în executare de către părți astfel cum a dispus Consiliul.

Raționamentul de mai sus este validat și de instanțele de judecată, spre exemplu CURTEA DE APEL BUCUREȘTI – SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL (Decizia civilă nr. 510/27.01.2014), în sensul că *„efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu (...) în atare condiții, **părțile din cauza judecată (...) sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată**”*.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) *„Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect (2) Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă”* și art. 430 alin. (1) și (2) *„Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”*.

Prin urmare, pentru a exista putere de lucru judecat dedus într-un proces din hotărârea pronunțată într-un proces anterior, potrivit articolului menționat, trebuie să existe triplă identitate de părți, de obiect și de cauză.

Cu privire la elementul părți, se poate lesne observa existența identității, atât contestația anterioară, cât și cea în discuție fiind formulate de ..., în contradictoriu cu

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista **identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același**. De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit de reclamant este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Motivarea în fapt și drept pe care se întemeiază contestația este importantă pentru că alături de obiectul acesteia determină calitatea procesuală a părților și interesează în problema litispendenței și a autorității de lucru judecat.

De asemenea, se reține că scopul final urmărit de societatea contestatoare în cadrul prezentei contestații, este același cu cel din precedentă contestație formulată, și anume anularea procedurii, motivat de aceleași aspecte.

Decizia antemenționată pronunțată de Consiliu, având în vedere caracterul ei definitiv, a dobândit putere de lucru judecat, în esență,

semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Așa cum a fost mai sus reținut, urmare a primirii Deciziei nr. ..., autoritatea contractantă a urmat etapele aferente finalizării procedurii de atribuire, respectiv a încheiat Acordul-cadru de furnizare „Combustibil lichid tip M” nr. 2330290 din data de 06.12.2016 și Contractul subsecvent nr. 1 de furnizare combustibil lichid tip M (sau echivalent) nr. 2330291 din data de 06.12.2016 și a publicat în SEAP anunțul de atribuire nr.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, Consiliul respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...