CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. …/....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ... şi cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Director general, formulată împotriva procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, organizată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., prin ...., în baza ordinului iniţiator nr. 409/2016, în vederea cumpărării de „.....”, s-a solicitat Consiliului anularea procedurii de atribuire, obligarea autorităţii contractante de a modifica documentaţia de atribuire aferentă cu respectarea Legii nr. 98/2016, precum şi suspendarea procedurii de atribuire.

Cauza, prin soluționarea conflictului negativ de competență de către TRIBUNALUL DÂMBOVIȚA, a fost înregistrată pe rolul CNSC primind numărul de dosar ...../.....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 28330/....., SC ..... SRL atacă procedura organizată de SC ..... SA, prin ...., în procedura amintită,

considerând că se impune modificarea documentaţiei elaborată de aceasta.

În urma analizării documentaţiei de atribuire, contestatoarea a transmis o serie de clarificări şi implicit o notificare prealabilă, însă răspunsurile emise de SC ..... SA nu corespund chestiunilor cerute spre lămurire, înţelegând să depună contestaţie în faţa Consiliului.

Contestatoarea susține că, în 9 septembrie 2016, prin adresa nr. 3181 a solicitat clarificări ....cu privire la documentația aferentă procedurii inițiate prin OI nr. 409/2016.

Având în vedere faptul că OI nr. 409/2016, se tranzacționează pe ringul produselor petroliere, iar activele suport sunt doar benzina euro 5, combustibil tip M, combustibil lichid ușor, motorină euro 5, păcură 1% sulf, contestatoarea a solicitat … .. SA precizeze în ce activ support din acest ring se încadrează ..... Contestatoarea arată că cererea sa a fost formulată având în vedere și prevederile art. 1 alin. (3) din Regulamentul BRM privind organizarea și funcționarea pieței la disponibil.

Contestatoarea a mai solicitat precizarea tipului de combustibil ce urmează a fi achiziționat, având în vedere că există doar două tipuri de combustibili: combustibil tip M (conform STAS 177/1989 EDIȚIA 2002) și combustibil lichid ușor tip III (STAS 54-80), definite ca active suport pe ringul produselor petroliere al BRM.

Contestatoarea menționează că a precizat că "....." este denumirea comercială a unui combustibil fabricat în România doar de rafinăria .., atașând raport de încercări nr. PBZ-0036293R/28.04.2016 și că în forma actuală, procedura este destinată doar producătorului . … și/sau distribuitorilor sau comercianților produsului fabricat de ..

Totodată, contestatoarea susține că a solicitat să se precizeze domeniile de certificare solicitate pentru ISO 9001 și ISO 14001 ale ofertanților, precum și precizarea criteriului de atribuire, având în vedere că, contractul de achiziție care urma să se încheie se supunea prevederilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, așa cum este menționat în propunerea de contract aferentă procedurii OI nr. 409/2016.

Întrucât, atât răspunsul la cererea de clarificări, cât și cel la notificarea prealabilă, comunicate de .., nu au răspuns chestiunilor cerute spre lămurire, contestatoarea solicită admiterea contestației, anularea procedurii, ce a fost inițiată prin OI nr. 409/2016 și impunerea autorității contractante de a modifica documentația procedurii cu respectarea Legii nr. 98/2016, așa cum este menționat în propunerea de contract.

În subsidiar, contestatoarea solicită suspendarea încheierii unui contract până la soluționarea contestației.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 49, art. 50, art. 187 din Legea nr. 98/2016 și dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Văzând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul, prin adresa nr. 28474/..... ...../20.09.2016, a solicitat SC ..... SA, să precizeze tipul procedurii aplicate, dacă are calitatea de entitate contractantă în înţelesul art. 4 din Legea nr. 98/2016, şi dacă avea obligaţia organizării unei proceduri prevăzute de actul normativ invocat. I s-au mai solicitat şi susţineri referitoare la competenţa materială a Consiliului în soluţionarea contestaţiei formulate de SC ..... SRL, având în vedere că CNSC este competent să soluţioneze contestaţii doar în legătură cu procedurile de atribuire enumerate la art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 8641/20.09.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 28597/20.09.2016, SC ..... SA a răspuns solicitării Consiliului, precizând că nu are calitate de autoritate contractantă aşa cum este definită de art. 4 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016 şi nu avea obligaţia organizării unei proceduri prevăzute de acest act normativ.

SC ..... SA invocă Decizia nr. 553/...../534/07.04.2016 şi adresa nr. 537/13.09.2016 a AGENŢIEI NAŢIONALE PENTRU ACHIZIŢII PUBLICE de precizare şi lămurire a faptului că nu are calitate de autoritatea contractantă, considerând pe această cale inadmisibilă contestaţia formulată de SC ..... SRL, considerând că, pentru soluţionarea cauzei este competentă ...., potrivit art. 16 din Regulamentul Bursei Române de Mărfuri privind organizarea şi funcţionarea pieţei la disponibil.

Ulterior, prin adresa nr. 28770/..... ...../22.09.2016, Consiliul a solicitat contestatoarei opinia referitoare la competenţa materială a CNSC în soluţionarea cauzei, având în vedere faptul că SC ..... SA nu este entitate contractantă în înţelesul prevederilor art. (4) din Legea nr. 99/2016 sau autoritate contractantă în înţelesul prevederilor art. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa de răspuns nr. 3209/22.09.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 28896/23.09.2016, contestatoarea susţine că, având în vedere faptul că, Consiliul judeţean, înfiinţat în baza Legii nr. 215/2001 privind administraţia publică locală, este autoritate contractantă în sensul art. 4 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, SC ..... SA, al cărui acţionar este Consiliul judeţean …, are calitate de autoritate contractantă, în sensul art. 4 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin Decizia CNSC nr. 1658/...../...../26.09.2016, Consiliul și-a declinat competenţa de soluţionare a contestaţiei formulate de SC ..... SRL, către Judecătoria ..... Secţia Civilă.

De asemenea, prin Sentința comercială nr. 79 din data de 21.03....., Judecătoria ..... a declinat competența către CNSC și, constatând că în cauză a intervenint un conflict negativ de competență, a trimis dosarul Tribunalului Dâmbovița, instanța competentă să soluționeze conflictul.

Astfel, prin Sentința nr. 1206/06.06....., Tribunalul Dâmbovița a stabilit competența de soluționare a contestației formulate de SC ..... SRL în contradictoriu cu SC ..... SA, în favoarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Prin adresele nr. 26602/2241C3 şi 26604/2241C3 din 03.07....., Consiliul aduce la cunoştinţa părţilor faptul că pe rolul său a fost înscrisă cauza amintită. Prin aceleaşi adrese, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) și (4) din Legea nr. 101/2016, li s-a solicitat părţilor exprimarea poziţiei faţă de cauză, inclusiv criticile din contestație, respectiv punctul de vedere la contestație, copia dosarului achiziției și orice alte documente necesare în soluționarea cauzei.

Prin adresa nr. 3761/05.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 27171/06.07....., contestatoarea precizează că își susține criticile formulate în contestația sa inițială, nr. ...../.....

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 5770/10.07....., întregistrată la CNSC sub nr. 27848/10.07....., SC ..... SA susține că, în ce privește Sentința nr. 1206/06.06..... a Tribunalului Dâmbovița, pronunțată în dosarul nr. 8639/315/2016, opinează că, deși este o sentință definitivă, aceasta este nelegală, prin reținerea în argumentație că ar avea calitatea de autoritate contractantă în sensul prevederilor art. 4 alin. (1) lit. b), raportat la art. 4 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind un organism de drept public înființat de Consiliul Județean Dâmbovița ca unic acționar pentru a satisface nevoi de interes general, fără caracter comercial sau industrial, respectiv lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor - cod CAEN 4211.

SC ..... SA arată că, în cauză, lucrările executate de ea, lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, sunt, categoric, lucrări cu caracter comercial sau industrial, ceea ce conduce la concluzia că această condiție cumulativă a textului "fără caracter comercial sau industrial" nu este îndeplinită, societatea desfășurând, prin excelență, activități cu caracter comercial sau industrial fiind organizată pe principiul gestiunii economice.

De altfel, chiar Agenția Națională pentru Achiziții Publice (autoritate în domeniu) cu adresa nr. 6537/13.09.2016, a confirmat susținerea că nu are calitatea de autoritate contractantă, adresa pe care instanțele judecătorești o trec sub tăcere, ca și analiza motivării Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 1658/...../..... din data de 26.09.2016.

De asemenea, SC ..... SA precizează că, la momentul la care Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin Decizia nr. 1658/...../..... din data de 26.09.2016, pronunțată în dosarul nr. ...../2016, și-a declinat competența de soluționare a contestației în favoarea Judecătoriei ..... ,fără a se pronunța asupra fondului contestației, Judecătoria s-a pronunțat că nu este competentă general să judece cauza, considerând competent Consiliul, motiv pentru care s-a trimis dosarul Tribunalului Dâmbovița, instanță care a soluționat conflictul

negativ de competență, stabilind competența de soluționare în favoarea CNSC, printr-o interpretare total eronată a dispozițiilor legale aplicabile în materie, așa cum a arătat, instanța neanalizând întreg materialul probator, limitându-se numai la conținutul OI nr. 409/2016.

SC ..... SA precizează că, la data soluționării contestației în primă instanță de către CNSC, a invocat excepția inadmisibilității contestației la Consiliu pentru argumentele expuse în adresa nr. 8641/20.09.2016, însă reverificând legislația aplicabilă în domeniu, competența îi revine Bursei Române de Mărfuri, potrivit art. 83 din REGULAMENTUL …privind încheierea contractelor de achiziție de produse, servicii sau lucrări.

Totodată, în ce o privește pe contestatoare, SC ..... SA susține că a invocat că aceasta nu deține nici calitatea de broker și nici nu a participat la procedura de atribuire în cauză, nedepunând ofertă.

Pe fondul contestației, SC ..... SA arată că data la care a întocmit și lansat OI este 07.09.2016 și nu era în posesia adresei nr. 6537/13.09.2016 ANAP, ceea ce explică prevederile OI nr. 409/2016, însă la data soluționării contestației, regimul juridic al achizițiilor sale nu sunt sub regimul juridic al achizițiilor publice reglementat de dispozițiile Legii nr. 98/2016 sau ale Legii nr. 101/2016.

De asemenea, referitor la susținerea contestatoarei că produsul tranzacționat prin .... - ..... - nu putea fi tranzacționat prin intermediul acestei instituții, SC ..... SA arată că acest produs, ce face parte din categoria produselor petroliere, a mai fost tranzacționat prin ...., se încadrează în categoria produselor petroliere cu grad înalt al caracteristicilor calitative, cu rezultate deosebite în procesul de producție al mixturii asfaltice (produsul finit urmărit), fiind tranzacționat și prin alte terminale ale … (Cluj).

Totodată, SC ..... SA precizează că, caracteristicile tehnice, modul de prezentare a propunerii tehnice și controlul calității produsului sunt menționate în caietul de sarcini al produsului supus tranzacționării, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut și contractul pentru produsul în cauză a fost încheiat și executat în proportie de cca. 1/3 din cantitatea tranzacționată, întrucât diferența nu a mai fost necesară în procesul de producție, date fiind condițiile meteo și acordul cocontractantului.

Pentru motivele expuse, SC ..... SA solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru cumpărarea de „.....”, SC ..... SA, prin ...., a iniţiat o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunţ de participare, conform ordinului iniţiator nr. 409/2016.

Nemulţumită de răspunsul la solicitările de clarificare şi de răspunsul la notificarea prealabilă, SC ..... SRL a înaintat Consiliului contestaţia de faţă (după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă,

stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea procedurii de atribuire.

Analizând condițiile de învestire a sa, Consiliul reține că, prin Sentința nr. 1206/06.06....., Tribunalul Dâmbovița a stabilit, definitiv, competența de soluționare a contestației în favoarea CNSC, ceea ce face inadmisibilă susținerea autorității contractante privitoare la competența …..

Motivând soluția, instanța de trimitere a arătat că SC ..... SA are calitatea prevăzută la art. 4 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, adică organism de drept public, ce are obligația de a face aplicarea legii, atunci când atribuie contracte de tipul celui în dispută.

Având în vedere că, din documentele depuse la dosarul cauzei, după retrimiterea către CNSC, rezultă că autoritatea contractantă a organizat o procedură de tipul celei prevăzute la art. 104 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016 (conform corespondenței nr. 8221/08.09.2016 dintre SC ..... SA și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, dar și procesului-verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 8534/15.09.2016), analiza Consiliului va porni de la premisa inițierii negocierii fără publicarea unui anunț de participare în SEAP pentru un produs din categoria: c) pentru produsele cotate şi achiziţionate pe o piaţă de mărfuri, cum ar fi produsele agricole, materiile prime şi bursele de energie, în cazul în care structura multilaterală de tranzacţionare reglementată şi supravegheată garantează în mod natural preţurile pieţei.

Ținând cont de faptul că acțiunea contestatoarei este îndreptată împotriva condițiilor de organizare și de participare în procedură, nu împotriva modului de evaluare a ofertei sale, susținerile autorității contractante privitoare la lipsa calității de broker și lipsa unei oferte din partea contestatoarei, ce par a reclama o lipsă a interesului acesteea, sunt considerate de Consiliu nefondate. Contestatoarea este operator economic, în înțelesul prevederilor art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 și are dreptul de a solicita clarificări privitoare la procedura de atribuire: *operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi*.

Prin urmare, existența sau nu a interesului său este, intrinsec, legată de dovada încălcării dreptului de a participa în procedură, prin eventuale reguli restrictive.

În consecință, Consiliul va analiza susținerile pe fond ale părților în raport cu pretinsa încălcare a regulilor generale de întocmire a documentației de atribuire și de emitere a răspunsului la clarificările solicitate de contestatoare.

Conform prevederilor Legii nr. 98/2016, documentația de atribuire trebuie să asigure o informare completă ofertanților, inclusive asupra specificațiilor tehnice ale produselor: *Art. 154. - Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire.*

Art. 155. - (1) Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei.

De asemenea, corelativ dreptului de solicitare a clarificărilor, acordat operatorilor economici, autoritatea contractantă este obligată, prin prevederile amintitei legi, la emiterea răspunsurilor complete: *Art. 160. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire.*

(2) Autoritatea contractantă are obligaţia de a răspunde în mod clar şi complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare,[…].

Consiliul constată că autoarea criticilor pretinde că nu ar fi obținut informațiile solicitate, privind activul suport pe care se face tranzacționarea, tipul de combustibil, domeniile de certificare a implementării standardelor ISO 9001 și ISO 14001 și criteriul de atribuire, întrucât răspunsul autorității contractante nu a fost lămuritor.

Consiliul constată, însă, că autoarea solicitărilor de clarificare deținea toate informațiile necesare (chiar și a acelor informații), ce rezultau din documentația întocmită de autoritatea contractantă sau din cea pusă la dispoziție de către ..... Identificarea activului suport și a tipului de produs rezulta chiar și din anunțul asigurat pe siteul busei (*disponibil.ro*), care a fost sursa de informare inițială a contestatoarei. Astfel, asociat activului *409/2016 CTL ….*, anunțul preciza ringul - *produse petroliere* și activul suport - *combustibil biodiesel*.

De asemenea, din conținutul ordinului initiator (OI 409), precum și din caietul de sarcini, rezulta titulatura expresă a produsului urmărit de achizitor – .....

Consiliul constată, de asemenea, că autoritatea contractantă a precizat și caracteristicile tehnice ale produsului, iar cererea de clarificare solicita precizarea dacă acestea corespund produsului ....., informație confirmată de autoritatea contractantă. Din amintita corespondență, rezultă că autoarea criticilor nu avea dubii legate de originea produsului – obiect al achiziției.

În privința domeniilor de certificare a implementării standardelor ISO 9001 și ISO 14001, Consiliul ia act de faptul că autoritatea

contractantă a precizat în caietul de sarcini că respectivele certificări (inclusiv dovezile echivalente certificării) sunt solicitate furnizorului, distribuitorului autorizat și producătorului. Se înțelege că, funcție de calitatea operatorului economic implicat în procedură (producător direct sau simplu comerciant – furnizor/distribuitor autorizat), certificările în cauză nu pot fi decât din domeniul de activitate al fiecăruia. De altfel, pentru produsul achiziționat sunt solicitate documente de calitate (declarație de conformitate și raport de încercări) în mod distinct. Astfel, nu ar putea exista vreo confuzie legată de tipul certificării, iar solicitarea de clarificare este nejustificată, autoritatea înțelegând să păstreze conținutul documentației de atribuire în forma inițială.

De asemenea, pretinsa neclarificare asupra criteriului de atribuire este lipsită de temei, în condițiile în care ordinul inițiator preciza: *modalitatea de calcul a prețului – preț lei/to (cu transport inclus) fără TVA*. Având în vedere că achizitorul este interesat de obținerea prețului pe unitatea de măsură, nu pe întreaga cantitate, iar procedura derulată în condițiile Regulamentului … presupune îmbunătățirea acestui preț, rezultă, cu evidență, că atribuirea viitorului contract se determina pe baza prețului cel mai scăzut.

Prin urmare, susținerile contestatoarei că aceste condiții de ofertare au fost prevăzute prin încălcarea dispozițiilor legale în materie sunt nefondate, iar solicitarea de anulare a procedurii urmează a fi respinsă, de Consiliu, ca atare, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016. În mod implicit, solicitările subsecvente, de suspendare a dreptului de încheiere a contractului și de obligare a autorității contractante la modificarea documentației de atribuire vor fi respinse de Consiliu.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă SC ..... SA, în procedura inițiată prin ordinul iniţiator nr. 409/2016, în vederea cumpărării (prin …) de „.....”, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispoziţiilor art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
.....	.....	.....

....