CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 14817/15.04.2020, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Furnizare motorină şi combustibil pe bază de bonuri valorice” – lot 1, organizată de către SC ... SA cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea procesului verbal de evaluare tehnică nr. 4817/01.04.2020 şi obligarea autorităţii contractante să ia măsuri de remediere în sensul reevaluării ofertelor, luând în considerare şi oferta SC ... SRL și cheltuieli de judecată, constând în onorariu de avocat.

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

Prin contestaţia nr. 698/23.04.2020, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 15749/24.04.2020, SC ....SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale tehnice aferentă lotului 1, pe motiv că nu a declarat ca terţ susţinător pe furnizorul său de motorină (care este importator/antrepozit fiscal autorizat).

Contestatoarea, apreciază că, dacă autoritatea contractantă ar fi respectat principiul tratamentului egal, aceasta ar fi trebuit să ceară şi

pentru celălalt ofertant, societate cu acelaşi statut juridic şi fiscal şi care nu este producător, terţa susţinere a producătorului/furnizorului mărfii.

Contestatoarea învederează că a depus o ofertă tehnică pentru motorina euro 5 achiziţionată de la SC ... SRL, care este un antrepozit fiscal / importator de motorină şi care nu are calitatea de asociat, subcontractant sau terţ susţinător, aspecte ce ţin doar de opţiunea operatorului economic ofertant şi nu pot constitui obligaţii pentru acesta.

Se arată că autoritatea contractantă a apelat la experţi terţi pentru o mai bună şi justă derulare a proceudrii, însă rezultatul este exact invers, dovedindu-se că nici aceşti experţi nu cunosc mecanismele simple din comerţul cu carburanţi, fără a nu trece cu vederea lipsa lor totală de înţelegere a termenilor juridici specifici ca: terţ susţinător, asociat, subcontractant, furnizor produse etc.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea apreciază că respingerea ofertei sale tehnice este una nelegală, întrucât nu are nicio obligaţie de a declara furnizorul de produs ca terţ susţinător.

Autoritatea contractantă a transmis, în copie, un set de documente necesare soluţionării cauzei, cu adresa de înaintare nr. 5664/24.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 15866/24.04.2020, precum şi punctul de vedere nr. 5639/23.04.2020 cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei pentru lipsa constituirii în prealabil a cauţiunii pentru soluţionarea contestaţiei.

Potrivit prevederilor art. 61^1 lit. b) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul a statuat obligativitatea constituirii în prealabil a unei cauţiuni în cuantum de 2% din valoarea stabilită a contractului, dar nu mai mult de 88.000 lei, sub sancţiunea respingerii contestaţiei.

Autoritatea contractantă nu este de acord cu constituirea cauţiunii printr-un instrument financiar sau orice altă garanţie, societăţii contestatoare revenindu-i obligaţia constituirii cauţiunii în numerar.

În cazul în care constituirea cauţiunii se va face printr-un instrument financiar, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 1057 alin. (2) din Cod procedură civilă potrivit cărora „la cererea debitorului cauţiunii şi dacă partea în favoarea căreia se depune, declară în mod expres că este de acord, cauţiunea va putea consta şi în instrumente financiare care pot servi ca instrumente de plată. (...)"

Referitor la constituirea cauţiunii sub forma unui bilet la ordin sau orice alt instrument de plată, dacă operatorul optează pentru această formă fără însă a avea acordul autorităţii contractante, nu este îndeplinită una dintre condiţiile expres indicate la art. 1057 alin. (2) din Cod procedură civilă. Astfel, în lipsa acordului autorităţii contractante referitor la constituirea cauţiunii în forma unui bilet la ordin sau orice alt instrument de plată, nu se poate considera că această cauţiune a fost constituită conform dispoziţiilor legale.

Pe fond, autoritatea contractantă menţionează că la data de 20.03.2020, în urma evaluării conformităţii propunerilor tehnice depuse de către operatorii economici in cadrul procedurii de achiziţie, cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluare, comisia de

evaluare a considerat ca fiind necesară emiterea unei solicitări de clarificări către societatea contestatoare cu următorul conţinut:

„Avand în vedere:

....- Oferta tehnică depusă în cadrul procedurii de achiziţie menţionată mai sus;

- Evaluarea de către comisia de evaluare a propunerii tehnice depuse în conformitate cu specificaţiile caietului de sarcini şi, implicit cu documentaţia de atribuire,

- Prevederile art. 2, alin. (2), lit. a)-f) privind principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică şi a organizării concursurilor de soluţii,

În temeiul art. 62, alin.(1) din HG nr. 395/2016, pentru aprobarea normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru din Legea nr. 98/2016, vă solicităm să clarificaţi următoarele aspecte:

1. Cantitatea pe care societatea dumneavoastră se obligă să o livreze autorităţii contractante, raportat la cantităţille prevăzute în cuprinsul documentaţiei de atribuire.

2. Aspectele referitoare la faptul că Certificatul de Conformitate nr. 4819 din 13.09.2019, Licenţa/Autorizaţia nr. 4819 din 12.09.2019 privind punerea pe piaţă şi comercializarea produselor specificate în Certificatul de Conformitate şi toate documentele depuse în anexa la acestea sunt emise pentru SC ... SRL.

3. Lipsa modelului de contract privind furnizarea combustibilului asumat de către reprezentanta societăţii.

Termen limită răspuns: 24.03.2020".

Autoritatea contractantă menţionează faptul că, în conformitate cu prevederile legale invocate în cuprinsul solicitării de clarificări, comisia de evaluare a considerat absolut necesară emiterea acestei solicitări ţinând cont de faptul că ... SRL a depus ca şi documente în dovedirea capacităţii tehnice privind furnizarea de motorină, respectiv Certificat de Conformitate, Licenţa/Autorizaţie privind punerea pe piaţă şi comercializarea produselor specificate în certificatul de conformitate aparţinând unui terţ, şi anume, SC ... SRL, fără a invoca în documentele de calificare depuse (DUAE), cât şi în oferta tehnică faptul că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit poate fi îndeplinit numai cu susţinerea acestuia sau în asociere cu acesta, societatea contestatoare nedeţinând avize, autorizaţii şi certificate de conformitate absolut necesare punerii de piaţă şi comercializării combustibililor.

Totodată, autoritatea contractantă a ţinut cont de prevederile Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, în sensul că a prevăzut în cuprinsul documentaţiei de atribuire faptul că operatorii economici pot încheia un acord de asociere, în sensul prevederilor art. 53 din actul normativ invocat, pentru a îndeplinii cerinţele privind capacitatea tehnică, economică şi financiară solicitate.

Astfel, în cazul depunerii unei oferte comune (asociere), fiecare operator economic membru al asocierii va include în ofertă informaţii cu privire la modul de îndeplinire a cerinţelor privind capacitatea tehnică,

economică şi financiară proporţional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.

De asemenea, conform prevederilor art. 185 din Legea nr. 98/2016, *"în cazul în care mai mulţi operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, precum şi cea privind situaţia economică şi financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceştia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru".*

Mai mult, pentru a da eficienţă prevederilor legale menţionate mai sus, autoritatea contractantă a prevăzut prin anunţul de atribuire şi prin fişa de date a achiziţiei şi posibilitatea susţinerii din punct de vedere tehnic de către unul sau mai mulţi terţi, pentru un operator economic care doreşte să participe la procedura de achiziţie.

Astfel, în situaţia susţinerii capacităţii tehnice a operatorului economic, autoritatea contractantă a prevăzut în cuprinsul anunţului de participare faptul că se vor prezenta toate informaţiile cu privire la existenţa unei susţineri de terţa parte, inclusiv măsurile avute în vedere de acesta pentru a accesa în orice moment resursele necesare, la care se ataşeaza DUAE şi angajamentul ferm al terţului susţinător/angajamentele ferme ale terţilor susţinători din care trebuie să rezulte modul efectiv în care terţul/terţii susţinători vor asigura îndeplinirea angajamentului.

Prin angajamentul ferm, terţul/terţii se vor angaja, astfel cum a fost solicitat prin anunţul de participare, că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligaţiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va/vor interveni concret pentru a duce la îndeplinire respectivele obligaţii pentru care a acordat susţinerea, fie prin indicarea resurselor pe care le va pune la dispoziţie ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

De asemenea, tot prin anunţul de participare este prevăzut faptul că prin angajamentul ferm, terţul/terţii se va/vor angaja că va/vor răspunde în mod solidar cu ofertantul pentru executarea contractului de achiziţie publică. Răspunderea solidară a terţului/terţilor susţinător/susţinători se va angaja sub condiţia neîndeplinirii de către acesta/aceştia a obligaţiilor de susţinere asumate prin angajament.

Se reiterează faptul că solicitarea de clarificări emisă de către comisia de evaluare cu privire la avizele, autorizaţiile şi certificatele depuse de către societatea contestatoare în cuprinsul ofertei tehnice este în conformitate cu prevederile art. 172, alin (5) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, prin solicitarea de clarificări emisă, autoritatea contractantă a urmărit identificarea unui operator economic cu o capacitate tehnică, care să asigure susţinerea unui contract de achiziţii publice în toate fazele sale până la finalizarea acestuia, acesta fiind o dovadă în plus a faptului că operatorul economic poate furniza combustibil, conform condiţiilor contractuale asumate.

Această solicitare a avut ca temei şi faptul că prin impunerea ei, autoritatea contractantă a urmărit diminuarea apariţiei oricărui risc de

neîndeplinire sau de îndeplinire defectuoasă a contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit.

Faţă de aspectele învederate, în temeiul dispoziţiilor art. 178 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, rezultă, în mod fără echivoc, faptul că autoritatea contractantă a hotărât în mod temeinic şi legal ca fiind neconformă oferta tehnică depusă de către SC ... SRL.

Pentru motivele expuse anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca neîntemeiată şi să se menţină procesul verbal nr. 4817/01.04.2020 privind evaluarea conformităţii propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini şi, după caz, cu factorii de evaluare, emis în cadrul procedurii de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

SC ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Furnizarea motorină şi combustibil pe bază de bonuri valorice”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul nr. ..., valoarea estimată a achiziției publice fiind de 1.781.300 lei.

Potrivit documentelor depuse la dosar de autoritatea contractantă și de contestatoare, în cadrul procedurii au fost depuse, pentru lotul 1, Furnizare motorină, două oferte, iar în urma evaluării propunerilor tehnice, oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, motiv pentru care aceasta a depus contestația în analiză.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 20.500 lei, prin recipisa de consemnare nr. 206225328/1/16.04.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Ploiești.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere că societatea contestatoare a depus cauțiunea în modalitatea prevăzută de lege, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității invocată de autoritatea contractantă

Pe fondul contestației, Consiliul reține că oferta contestatoarei pentru lotul 1 a fost respinsă pe motiv că nu a declarat ca terţ susţinător pe furnizorul său de motorină.

Autoritatea contractantă, în punctul de vedere, justifică respingerea ofertantului pe faptul că documentele de calitate sunt ale furnizorului-antrepozit fiscal, nu ale ofertantului, concluzionând că acesta trebuia menționat ca și terț susținător.

Consiliul reține că specificul contractului, respectiv furnizarea, nu presupune declararea producătorului sau a furnizorului ofertantului ca și terț susținător sau subantreprenor.

Astfel, potrivit art. 182 din Legea nr. 98/2016, ,,(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul şi în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică/acord-cadru, **să invoce susţinerea unui/unor terţ/terţi în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind**

capacitatea tehnică şi profesională, indiferent de natura relaţiilor juridice existente între operatorul economic şi terţul/terţii respectiv/respectivi''.

Deci, terțul susținător participă alături de ofertant pentru susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară şi/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică şi profesională, or în cadrul documentației de atribuire s-au solicitat doar cerințe referitoare la experiența similară, aceasta nefiind dovedită prin terț susținător, ci chiar de ofertanta contestatoare.

Furnizorul combustibilului nu poate fi declarat nici subcontractant, deoarece potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, ,,furnizor - entitatea care pune la dispoziţia unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, **care nu are calitatea de subcontractant**''.

Prin urmare, furnizorul ofertantului nu trebuie să participe în procedură nici ca terț susținător și nici ca subcontractant sau asociat, din moment ce contractul se semnează cu o societate comercială autorizată să desfășoare comerț cu combustibil.

În condițiile în care nu s-a solicitat nicio cerință de calificare referitoare la furnizorul ofertantului și eventuala susținere, respingerea ofertantului depășește cadrul legal. Cel mult, autoritatea contractantă trebuia să îi solicite ofertantului un document din care să rezulte acordul furnizorului de a-i livra cantitatea respectivă de combustibil și o declarație referitoare la autenticitatea documentelor de calitate și a celor de securitate aparținând furnizorului SC ... SRL, în condițiile în care cele aflate la dosar sunt parțial ilizibile.

În mod uzual în procedurile de atribuire se prezintă documente de calitate ale mărfurilor din partea producătorilor sau furnizorilor, fără, însă, ca aceștia să dobândească o calitate în procedura de atribuire, în condițiile în care nu există cerințe de calificare care să impună participarea lor ca și terți susținători.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC … SRL, în contradictoriu cu SC …. SA și dispune reevaluarea ofertei sale depusă pentru lotul 1, cu respectarea documentației de atrbuire, a prevederilor legale și a prezentei decizii, într-un termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată de 2500 lei, reprezentând onorariu de avocat conform contractului și chitanței depuse, Consiliul urmează să o admită în parte, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a câştigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, ,,Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluţionarea contestaţiei. Cuantumul, detalierea şi documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care

trebuie depusă înainte de pronunţarea deciziei de soluţionare a contestaţiei”.

Potrivit art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, ,,Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul sau”.

Văzând complexitatea scăzută a cauzei, apărările redactate de avocat și caracterul de autoritate publică a autorității contractante, Consiliul va reduce onorariul la suma de 1000 lei, obligând autoritatea contractantă în temeiul art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, la plata acestei sume.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC … SRL, în contradictoriu cu SC … SA și dispune reevaluarea ofertei sale depusă pentru lotul 1, cu respectarea documentației de atrbuire, a prevederilor legale și a prezentei decizii, într-un termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata sumei de 1000 lei cu titlu de cheltuieli de judecată constând în onorariu de avocat.

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

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

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 7 (șapte) pagini.