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) și ale art. 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. 68/27.02.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și ulterior, prin poștă, în original înregistrată la Consiliu sub nr. 7556/28.02.2019, respectiv sub nr. 7800/01.03.2019, asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, prin liderul de asociere SC ... SRL, cu sediul în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 2606/18.02.2019, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii, document emis în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Furnizare fructe, respectiv mere pentru elevii din învăţământul primar şi gimnazial de stat şi privat precum și pentru copii preşcolari din grădiniţele de stat şi private cu program normal de 4 ore de pe teritoriul judeţului Buzău în cadrul Programului pentru școli pe perioada anilor şcolari 2018–2019, 2019-2020, 2020-2021, în conformitate cu prevederile O.G. nr. 13/2017 și H.G. nr. 640/2017, precum și ale Ordinului comun al A.N.A.P. și Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale nr. 19/2018-III", inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ....u și a solicitat:

„1. Anularea deciziei autorității contractante, (sau a actului administrativ din cadrul procedurii de atribuire) comunicată prin adresa nr. 2606/18.02.2019 prin care oferta depusă de subscrisa a fost declarată inacceptabilă [conform prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, coroborat cu dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016];

2. anularea Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție, prin reevaluarea ofertei și stabilirea ofertei câștigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice;
4. obligarea autorității contractante să suspende procedura până la soluționarea prezentei contestații.”

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

În preambulul contestației, SC ... SRL a învederat calitatea sa de persoană vătămată, având în vedere că are un interes în legătură cu procedura contestată, că suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unor acte ale autorității contractante de natură să producă efecte juridice.

În susținere SC ... SRL a precizat că la data de 18.02.2019, prin adresa nr. 2606, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, respectiv faptul că în urma evaluării ofertelor, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, conform prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea a precizat că în conformitate cu adresa nr. 2606/18.02.2019 oferta sa a fost declarată inacceptabilă, deoarece nu a îndeplinit cerinţele de calificare și anume liderul asocierii ... SRL, căruia îi revine sarcina de a desfășura în cadrul contractului activitățile de depozitare, transport și distribuție, nu a făcut dovada că îndeplineşte condiţia impusă prin fișa de date a achiziției la cap. III.I.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională și anume că deţine 20 de mijloacele de transport autorizate pe care urmează să le utilizeze, lucru total neadevărat.

Astfel, prin fișa de date a achiziţiei, contestatoarea a precizat că se solicită ca ofertanții să prezinte pentru îndeplinirea cerinţei privind mijloacele de transport autorizate „documente care confirmă modul de dispunere a acestora (contract de închiriere, comodat, leasing, contract prestări servicii etc.) şi copia documentului de autorizare la autoritatea competentă, valabil la data prezentării”. Pentru a demonstra această cerinţă a prezentat în cadrul ofertei, toate documentele solicitate și anume, contractul de închiriere fără număr din 15.10.2018, încheiat cu ... SRL și documentele pentru cele 20 autoutilitare transport alimente, cu autorizaţie, la zi, emisă de DSVSA Buzău. Față de acest aspect, contestatoarea a făcut trimitere la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016. Astfel, rezultă clar că s-au respectat întocmai solicitările documentaţiei de atribuire, prin prezentarea tuturor documentelor necesare, așa cum au fost solicitate, documente din care rezultă clar că oferta depusă îndeplineşte toate condiţiile de calificare.

În ceea ce privește formularul DUAE, contestatoarea a menționat că autoritatea contractantă a precizat în adresa nr. 2606/18.02.2019 faptul că în conformitate cu opinia observatorilor ANAP, contractul de

închiriere fără număr din 15.10.2018, încheiat cu SC ... SRL reprezintă un contract de prestări de servicii și nu de închiriere. Conform afirmaţiilor autorității contractante, „natura unui contract rezultă din conținutul obiectului contractului și din drepturile și obligaţiile corelative stabilite de părți și nu din denumirea contractului”.

Contestatoarea a învederat faptul că obiectul contractului de închiriere îl reprezintă „darea în folosință (închirierea) de către proprietar, a autovehiculelor descrise (...) în schimbul achitării de către chiriaş a unui preț”, iar în art. 9 și 10 din contract, unde sunt prevăzute drepturile și obligaţiile proprietarului și chiriaşului, nu sunt precizate nici un fel de activități de transport, care ar fi putut conduce la concluzia că acest contract este un contract de prestări de servicii și nu unul de închiriere.

Mai mult, potrivit prevederilor art. 1959 din Codul civil, răspunderea transportatorului „(1) Transportatorul nu poate exclude sau limita răspunderea sa decât în cazurile prevăzute de lege, (2) Transportatorul răspunde pentru prejudiciile cauzate prin întârzierea ajungerii la destinaţie, cu excepţia cazului fortuit şi a forţei majore”, iar art. 1984 din acelaşi cod, în ceea ce privește răspunderea transportatorului, prevede că acesta „(...) răspunde pentru prejudiciul cauzat prin pierderea totală ori parţială a bunurilor, prin alterarea ori deteriorarea acestora, survenită pe parcursul transportului, sub rezerva aplicării dispoziţiilor art. 1959, precum şi prin întârzierea livrării bunurilor dacă ar fi fost un contract de prestări servicii de transport și distribuție, așa cum susţine autoritatea contractantă”, ar fi avut prevăzute măcar aceste obligaţii în el, ca și altele prevăzute de noul Cod Civil, pentru astfel de contracte.

Contestatoarea a precizat că autoritatea contractantă, în mod eronat apreciază că SC ... SRL este subcontractant, deoarece SC ... SRL a închiriat în proporție de 100% maşini și personal de la SC ... SRL, în consecință trebuia completat în DUAE. Mergând pe această logică, autoritatea contractantă, ar fi putut aprecia că: producătorul de mere cu care avem contract de vânzare-cumpărare este tot subcontractant, deoarece furnizează în proporţie de 100% mere destinate acestui program, laboratorul ANSVSA- Direcţia Sanitar-Veterinară, care asigură analizele pentru merele livrate în baza unui contract de prestări servicii este tot subcontractant, deoarece asigură în proporţie de 100% acest serviciu, iar furnizorul foliei folosită la ambalarea individuală a mărului este tot subcontractant, deoarece asigură în proporţie de 100% respectiva folie.

Față de acest aspect, contestatoarea a precizat că respectivele societăți, nu pot fi considerate subcontractanți în cadrul unei proceduri de atribuire, deoarece în conformitate cu art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, „subcontractant - este orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publică şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi

derularea tuturor etapelor necesare în acest scop", ori așa cum a rezultă, niciunul din cei prezentați nu vor îndeplini activități din contract, față de care să fie răspunzători în fața SC ... SRL, răspunderi care să rezulte dintr-un acord de subcontractare.

Totodată, contestatoarea a menţionat că toți furnizorii de produse și servicii cu care are încheiate contracte de furnizare, închiriere, prestări servicii etc., nu doresc să fie subcontractanți și „nici nu sunt, indiferent de modul distorsionat de a analiza aceste aspecte de către comisia de evaluare sau/și observatorii ANAP".

Față de acest aspect, contestatoarea a făcut trimitere la precizările art. 55 din Legii nr. 98/2016, din care reiese foarte clar că numai ofertantul poate să declare dacă intenționează să subcontracteze părți din contract și să precizeze datele subcontractanților dacă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei, și nu poate decide autoritatea contractantă dacă ofertantul are sau nu subcontractanți. De asemenea, contestatoarea a făcut trimitere la art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 coroborat cu alin. (4) ale aceluiași articol.

Contestatoarea a precizat că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare și nu prin observatorii ANAP, dacă avea vreo nelămurire cu privire la natura contractului încheiat cu SC ... SRL trebuia să solicite o clarificare în acest sens în care să solicite clarificarea acestui aspect, nu să transmită Certificatul Constatator al SC ... SRL. Astfel, aprecierea comisiei de evaluare este greşită și încalcă principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, deoarece niciuna din entitățile enumerate, nu dorește participarea în calitate de subcontractant în procedură, ci doar să asigure servicii în baza unui contract.

În ceea ce privește adresa nr. 2606/18.02.2019, SC ... SRL a precizat că autoritatea contractantă consideră că „SC ... SRL nu are în obiectul de activitate codurile CAEN 7111 - închiriere de maşini şi nici 4939 - închiriere maşini cu şofer". În acest sens, contestatoarea a învederat faptul că pentru a închiria un bun nu este nevoie și nici nu sunt necesare respectivele coduri, deoarece „închirierea unui bun este o manifestare a dreptului de a dispune de propriile bunuri prin lăsarea exercițiului unuia din dezmembrămintele dreptului de proprietate unui terț, nu este o activitate comercială, putând fi exercitată și de persoane (fizice sau juridice) ce nu au calitatea de agent economic". Mai mult decât atât, niciunul din cele 2 coduri CAEN invocate nu au nici o legătură cu activitatea comercială în speţă. Codul CAEN corect aferent unei astfel de activități ar fi fost 4941 - Transporturi rutiere de mărfuri, cod ce include, potrivit facsimil atașat, ...„transportul cu mijloace frigorifice, transportul mărfurilor, etc.", dar şi „închirieri de camioane cu şoferi", iar acest cod CAEN, este în obiectul de activitate al SC ... SRL, așa cum rezultă din certificatul constatator.

Cu privire la afirmația autorității contractante din cadrul comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, potrivit căreia: „De asemenea, în doctrina și literatura de specialitate, este binecunoscut faptul că natura unui contract rezultă din conținutul obiectului contractului...", afirmaţie cu impact asupra modului de evaluare a propunerii tehnice în

sensul justificării calității de subcontractor al SC ... SRL pe care și-a bazat excluderea ofertei sale ca fiind inacceptabilă, SC ... SRL consideră că aceasta are un caracter general, fără să facă trimitere la articolele din lege care să susţină afirmaţia sau la legislaţia pe baza căreia s-a organizat procedura, precizată în anunţul de participare, respectiv Legea nr. 98/2016, OG nr. 13/2017, HG nr. 640/2017, Ordinul comun al ANAP și MADR nr. 19/2018.

În continuarea susținerilor sale, SC ... SRL a învederat că art. 189 din Legea nr. 98/2016, face următoarea precizare: „autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată”, iar comisia de evaluare nu are dreptul de a face aprecieri asupra formei documentelor furnizate de către operatorii economici implicați în procedură.

În finalul contestației, autoarea acesteia a precizat că își rezervă dreptul de a-și completa contestaţia, dar și de a transmite concluzii scrise, după studierea dosarului.

În dovedire, contestatoarea SC ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

La data de 28.02.2019, autoritatea contractantă a transmis prin mijloace electronice (e-mail), corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 7733/01.03.2019, reprezentând Raportul procedurii nr. 2533/15.02.2019.

Prin adresa nr. 7767/311 C5/01.03.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei să depună, în original, la dosarul cauzei recipisa de consemnare a cauțiunii și contestaţia, în copie conformă cu originalul, dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestaţiei și să precizeze calitatea de reprezentant legal a d-nei Tunaru Mădălina-Cristina. Totodată, Consiliul a încunoștințat contestatoarea cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere cererea privind accesul la dosarul cauzei formulată în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 72/04.03.2019, transmis prin mijloace electronice (e-mail) și poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 7894/04.03.2019, respectiv sub nr. 8182/05.03.2019, SC ... SRL a transmis un set de înscrisuri justificative.

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice la data de 05.03.2019, punctul de vedere nr. 3486/04.03.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 8122/05.03.2019, cu privire la contestația formulată de SC ... SRL.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a precizat că în conformitate cu observaţiile din Avizul condiţionat nr. 5.173/41/ CN1004694 din 18.01.2019, emis de observatorii ANAP desemnați în cadrul procedurii, a procedat la reevaluarea propunerii tehnice depusă de contestatore, iar în concordanţă cu concluziile consemnate în procesul verbal nr. 1245/23.01.2019, s-a apreciat că se impune solicitarea unor clarificări cu privire la propunerea tehnică depusă. În termen legal, ofertantul a răspuns solicitărilor de clarificări și a încărcat, în SICAP, cu semnătură electronică extinsă mai multe documente.

Autoritatea contractantă a precizat că în reevaluarea ofertei, prin prisma răspunsului la solicitarea de clarificări, a analizat propunerea tehnică a acesteia, prezentată în ordinea criticilor formulate de observatorii ANAP în Avizul conform condiţionat nr. 5.173/41/CN1004694/ din 18.01.2019.

Astfel, în ceea ce privește primele două critici din avizul indicat, acestea au vizat, în esență, faptul că, în contextul în care conform Acordului de asociere nr. 1-BZ/2018, pct. 1.2 şi 1.5, liderului de asociere SC ... SRL îi revine activitatea de depozitare, transport şi distribuţie către beneficiari a fructelor furnizate de către asociatul SC ... SRL, liderul de asociere înţelege să realizeze aceste activităţi cu echipamente (spaţiu de depozitare şi maşini de transport cu standardele cerute în documentaţia de atribuire) şi personal calificat (de asemenea conform cerinţelor documentaţiei de atribuire) închiriat în proporţie de 100% de la SC ... SRL, conform Contractul de închiriere fără număr din data de 15.10.2018, ceea ce, în opinia observatorilor ANAP, reprezintă în fapt o subcontractare a activităţii, deși în formularul DUAE ofertantul declară fără echivoc că nu are subcontractanți.

Pentru clarificarea acestui aspect estenţial, autoritatea contractantă a considerat necesar şi a solicitat ofertantului să prezinte o copie, certificată conform cu originalul, de pe Certificatul constatator emis de către Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul Buzău pentru SC ... SRL. Analizând conţinutul respectivului certificat, s-a constatat, pe de o parte faptul că SC ... SRL are ca obiect de activitate, printre altele şi activitatea de „transport mărfuri”, dar, pe de altă parte, această societate nu are în obiectul de activitate închiriere de maşini, având Codul CAEN 7711 și nici activitatea de închiriere maşini cu şofer având Codul CAEN 4939, specific transportului de persoane cu microbuze, autobuze, autocare etc., activitate ce excede obiectului prezentului acord-cadru.

Autoritatea contractantă a învederat dispozițiile art. 1777 din Codul civil, care stipulează că „locaţiunea este contractul prin care o parte, numită locator, se obligă să asigure celeilalte părţi, numite locatar, folosinţa unui bun pentru o anumită perioadă, în schimbul unui preţ, denumit chirie”, precum și dispoziţiile art. 1779 din acelaşi cod, care prevede „bunurile ce pot face obiectul locaţiunii”, respectiv „toate bunurile, atât mobile cât şi imobile, pot face obiectul locaţiunii, dacă dintr-o prevedere legală sau din natura lor nu rezultă contrariul”.

De asemenea, autoritatea contractantă a făcut trimitere și la doctrina şi literatura de specialitate, conform cărora este bine-cunoscut faptul că natura unui contract rezultă din conţinutul obiectului contractului şi din drepturile şi obligaţiile corelative stabilite de părţi şi nu din denumirea pe care acestea înţeleg să o dea respectivului contract. Astfel, în cazul de faţă, având în vedere că SC ... SRL nu are ca obiect de activitate închirierea de maşini și nici închirierea de maşini cu şoferi, punerea la dispoziţia SC ... SRL a unui număr de 20 de maşini de transport cu 20 de şoferi şi 20 de distribuitori, angajaţi ai SC ... SRL, reprezintă în concret o activitatea de prestare de servicii, indiferent de

denumirea pe care părţile au înţeles să o dea contractului – „Contractul de închirie fără număr din data de 15.10.2018”.

În acest context, autoritatea contractantă a arătat că prestarea de servicii nu poate fi făcută decât de un subcontractor, în prezentul acord-cadru, prin natura obiectului contractului, a drepturilor şi obligaţiilor asumate de părţi, dar şi prin prisma celorlalte clauze, SC ... SRL, deşi aparent nu are nici o calitate în procedură, conform declaraţiilor liderului de asociere, se comportă ca un veritabil subcontractor.

Ori, existenta unui subcontractor, conform legislaţiei, în special art. 3 alin. (1) lit. yy) și art. 53 - 55 din Legea nr. 98/2016, presupune pentru ofertant, individual sau în asociere, care are dreptul să subcontracteze o parte din activităţile contractului de achiziţie publică, obligaţia de a cuprinde în oferta sa documentele si informaţiile prevăzute de lege referitor la subcontractare (DUAE pentru subcontractant, acordul de subcontractare, informaţii privind partea/părtile din contract care urmează să fie îndeplinită/îndeplinite de subcontractanți și valoarea acesteia, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante etc.).

La data de 06.03.2019, Consiliu a înregistrat sub nr. 8413/06.03.2019, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205291209/1 din 05.03.2019, eliberată de CEC Bank – Unitatea Centru Râmnicu Sărat, în sumă de 16.305 RON.

Contestatoarea a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 8144/05.03.2019, reprezentând dovada îndeplinirii prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

Ulterior, prin adresa nr. 3487/05.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 8305/06.03.2019, autoritatea contractantă a înaintat punctul de vedere nr. 3486/04.03.2019, în original, împreună cu o copie a dosarului achiziției.

Având în vedere cererea SC ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 8581/311 C5/07.03.2019, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 11.03.2019.

La data de 11.03.2019, SC ... SRL, a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), corespondența nr. 86/11.03.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 9055/12.03.2019, prin care a precizat că își menține „punctul de vedere” formulat și nu formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului.

Ulterior, la data de 14.03.2019, autoritatea contractantă a transmis Consiliului corespondența în format electronic (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 9689/14.03.2019, la care a atașat un set de documente necesare soluționării cauzei, respectiv formularele DUAE depuse de contestatoare în cadrul procedurii. Ulterior, aceeași corespondență transmisă prin poștă de autoritatea contractantă a fost înregistrată la Consiliu sub nr. 9829/15.03.2019.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitaţie electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Furnizare fructe, respectiv mere pentru elevii din învăţământul primar şi gimnazial de stat şi privat precum și pentru copii preşcolari din grădiniţele de stat şi private cu program normal de 4 ore de pe teritoriul judeţului Buzău în cadrul Programului pentru școli pe perioada anilor şcolari 2018–2019, 2019-2020, 2020-2021, în conformitate cu prevederile O.G. nr. 13/2017 și H.G. nr. 640/2017, precum și ale Ordinului comun al A.N.A.P. și Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale nr. 19/2018-III”, având coduri CPV 03222321-9 și 60000000-8 (Rev. 2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. .../27.09.2018, stabilind „data limită pentru depunerea ofertelor sau a cererilor de participare” la 02.11 2018 ora 15^{00}, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 5.349.151,50 RON.

Procedura de atribuire a fost divizată în 5 loturi, după cum urmează:

- Lot nr. 1 - „1 LOT 1/Zona 1”, având o valoare estimată de 1.362.900,00 RON, fără TVA;
- Lot nr. 2 - „2 LOT 2/Zona 2”, având o valoare estimată de 552.090,00 RON fără TVA;
- Lot nr. 3 - „3 LOT 3/Zona 3”, având o valoare estimată de 1.140.447,00 RON, fără TVA;
- Lot nr. 4 - „4 LOT 4/Zona 4”, având o valoare estimată de 1.043.773,50 RON, fără TVA;
- Lot nr. 5 - „5 LOT 5/Zona 5” , având o valoare estimată de 1.250.941 RON, fără TVA, iar SC ... SRL a contestat toate loturile.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată contestatoarea SC ... SRL a fost respinsă, ca nefondată, de către Consiliu, prin Încheierea nr. 390/C5/311 din 07.03.2019.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205291209/1 din 05.03.2019, în sumă de 16.305 RON, eliberată de CEC Bank – Unitatea Centru Râmnicu Sărat.

Cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”]*, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare

[„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare"].

Potrivit procesului verbal nr. 15284 din 05.11.2018, al ședinței de vizualizare a ofertelor, până la termenul limită stabilit, a depus ofertă un singur operator economic (contestatorul) pentru toate loturile. În urma evaluării tehnice a ofertei acestuia, comisia de evaluare a respins oferta depusă de asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, ca inacceptabilă, această decizie fiind comunicată contestatoarei prin adresa nr. 2606 din data de 18.02.2019. Fiind singurul ofertant, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii, după cum rezultă din raportul procedurii nr. 2533/15.02.2019.

Nemulțumită de acest rezultat, SC ... SRL a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat documentele de calificare și propunerea tehnică depusă de acesta și decizia de anulare a procedurii.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către S.C. ... S.R.L. au fost următoarele:

„Întrucât Autoritatea Contractantă se află în situaţia prevăzută la art. 212, alin. (1), litera a) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, prin prezenta vă informăm că procedura mai sus menţionată se anulează.

Comisia de evaluare, (...), analizând informațiile din Propunerea tehnică şi a documentelor care o însoţesc, precum şi îndeplinirea cerinţelor de calificare, a constatat următoarele:

În contextul în care conform Acordului de asociere nr. 1 -BZ/2018, pct. 1.2 şi 1.5 liderului de asociere Societatea ... S.R.L. îi revine activitatea de depozitare, transport şi distribuţie către beneficiari a fructelor furnizate de către asociatul Societatea ... S.R.L., liderul de asociere înţelege să realizeze aceste activităţi cu echipamente (spaţiu de depozitare şi maşini de transport cu standardele cerute în documentaţia de atribuire) şi personal calificat (de asemenea conform cerinţelor documentaţiei de atribuire) închiriat în proporţie de 100% de la Societatea ... S.R.L., conform Contractul de închiriere fără număr din data de 15.10.2018, fapt ce în opinia observatorilor A.N.A.P, reprezintă în fapt o subcontractare a activităţii, deși în D.U.A.E. ofertantul declară fără echivoc că NU are subcontractanţi.

Pentru clarificarea acestui aspect esenţial Comisia a considerat necesar şi v-a solicitat să prezentaţi o copie, certificată conform cu originalul, de pe Certificatul constatator emis de către Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul Buzău pentru Societatea ... S.R.L.
Analizând conţinutul Certificatului mai sus amintit, Comisia a constatat, pe de o parte faptul că Societatea ... S.R.L. are ca obiect de activitate, printre altele şi activitatea de „transport mărfuri", dar pe de altă parte această societate NU are în obiectul de activitate închiriere de masini - Cod C.A.E.N. 7711 și nici activitatea de închiriere mașini cu șofer – Cod CAEN 4939 (cu privire la această activitate facem precizarea că aceasta este specifică transportului de persoane cu microbuze, autobuze, autocare, etc., activitate ce excede obiectului prezentului acord cadru) (...).
Astfel, în cazul de faţă având în vedere că Societatea ... S.R.L, NU are ca obiect de activitate activitatea de închiriere de maşini și nici activitatea de închiriere maşini cu şoferi, punerea la dispoziţia Societăţii ... S.R.L. a unui număr de 20 de maşini de transport cu 20 de şoferi şi 20 de distribuitori, angajaţi ai Societăţii ... S.R.L, reprezintă în concret o activitate de prestare de servicii, indiferent de denumirea pe care părţile au înţeles să o dea contractului - "Contractul de închiriere fără număr din data de 15.10.2018".
În acest context prestarea de servicii nu poate fi făcută decât de un subcontractor; în prezentul acord cadru, prin natura obiectului contractului, a drepturilor şi obligaţiilor asumate de părți, dar şi prin prisma celorlalte clauze, Societatea ... S.R.L., deşi aparent nu are nici o calitate în procedură, conform declaraţiilor liderului de asociere, se comporta ca un veritabil subcontractor. (...)
Aşa după cum am arătat mai sus asocierea dumneavostră - ofertantul unic din prezenta procedură de achiziţie publică, prin liderul de asociere, aţi declarat fără echivoc în D.U.A.E. că NU aveţi subcontractanţi.
Față de cele de mai sus şi faţă de constatarea Comisiei potrivit căreia în prezenta procedură, Societatea ... S.R.L., se comportă ca un veritabil subcontractor, care trebuia declarat în D.U.A.E. - ul ofertantului şi pentru care, de asemenea, trebuia completat un DUAE separat, se apreciază că OFERTA TEHNICĂ prezentată de Asocierea formată din Societatea ... SRL – lider de asociere și Societatea ... SRL – asociat, clarificată ulterior prin solicitările de clarificare emise de autoritatea contractantă și răspunsurile furnizate de ofertant, ESTE INACCEPTABILĂ, conform prevederilor art. 215, alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, urmând a se propune factorilor de decizie ai autorităţii contractante anularea procedurii."

Având a verifica motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către contestator, Consiliul constată netemeinicia acestora, pentru considerentele prezentate în continuare.

Potrivit prevederilor din fişa de date a achiziţiei, autoritatea contractantă a menționat:
„II.1 Obiectul achizitiei

II.1.1 Titlu: Furnizare fructe, respectiv mere pentru elevii din învăţământul primar şi gimnazial de stat şi privat precum şi pentru copii preşcolari din grădiniţele de stat şi private cu program normal de 4 ore de pe teritoriul judeţului Buzău în cadrul Programului pentru școli pe perioada anilor şcolari 2018 – 2019, 2019-2020, 2020-2021, în conformitate cu prevederile O.G. nr. 13/2017 și H.G. nr. 640/2017, precum și ale Ordinului comun al A.N.A.P. și Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale nr. 19/2018.
II.1.2 Cod CPV Principal: Mere (Rev.2)
II.1.3 Tip de contract: Furnizare Cumparare
II.2.2 Coduri CPV
Cod CPV Principal: Mere (Rev.2)
Coduri CPV secundare:60000000-8 Servicii de transport (cu excepția transportului de deseuri) (Rev.2).
III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională (...)
*Ofertantul/candidatul dispune de cel puţin 4 (patru) mijloace de transport pe fiecare lot în parte, pentru îndeplinirea corespunzătoare a acordului cadru, conform: - CAP. II, art. 8 din ANEXA la norma sanitară veterinară din Ordinul nr. 57/2010, actualizat; - CAP. VI, pct.7 din ANEXA nr.9 la norma sanitară veterinară din Ordinul nr.111/2008, actualizat. Astfel, pentru derularea în bune condiţii a contractului este necesară prezentarea deţinerii (în proprietate, **închiriere**, comodat, altă formă de punere la dispoziţie) a: minim 4 maşini transport prevăzute cu instalaţie frigorifică şi autorizaţii sanitar-veterinare pentru Lotul I, minim 4 maşini transport prevăzute cu instalaţie frigorifică şi autorizaţii sanitar-veterinare pentru Lotul II, minim 4 maşini transport prevăzute cu instalaţie frigorifică şi autorizaţii sanitar-veterinare pentru Lotul III, minim 4 maşini transport prevăzute cu instalaţie frigorifică şi autorizaţii sanitar-veterinare pentru Lotul IV, minim 4 maşini transport prevăzute cu instalaţie frigorifică şi autorizaţii sanitar-veterinare pentru Lotul V. Atenție: Dacă un ofertant participă la mai multe loturi, cerința trebuie îndeplinită pentru fiecare lot în parte.*
Modalitatea de îndeplinire:
Se va completa DUAE de către operatorii economici participanţi la procedura de atribuire (ofertanţi/ofertanţi asociaţi/subcontractanţi/terţi susţinători) cu informaţiile ce descriu mijloacele de transport autorizate pe care urmează să le utilizeze. (...)
*Documentele trebuie să demonstreze că operatorul economic are la dispoziţie mijloace de transport adecvate, autorizate conform Ordinului preşedintelui Autorităţii Naţionale Sanitare Veterinare şi pentru Siguranţa Alimentelor nr. 111/2008, cu modificările şi completările ulterioare, şi Ordinului preşedintelui Autorităţii Naţionale Sanitare Veterinare şi pentru Siguranţa Alimentelor nr. 57/2010, cu modificările ulterioare [documente care confirmă modul de dispunere a acestora (**contract de închiriere**, comodat, leasing, contract prestări servicii etc.) şi copia documentului de autorizare la autoritatea competentă, valabil la data prezentării]. (...)*
IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice

Propunerea tehnică va fi prezentată în conformitate cu specificaţiile tehnice din caietul de sarcini (...). Ofertantul are obligaţia de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să se asigure posibilitatea verificării corespondenţei propunerii tehnice cu specificaţiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini (...).”

În caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat:

„5. Condiţii pentru transport şi distribuţie

Merele vor fi transportate de la furnizor către unităţile şcolare numai cu mijloace auto speciale, autorizate în conformitate cu prevederile legislaţiei în vigoare.

*Pentru derularea în bune condiţii a contractului este necesară prezentarea deţinerii (în proprietate, **închiriere**, comodat, altă formă de punere la dispoziţie) a minim 20 maşini transport (minim 4 maşini transport pentru fiecare zonă ofertată) şi autorizaţii sanitar-veterinare pentru autovehiculele ce vor fi menţionate.”*

Din documentele aflate la dosar, Consiliul reține următoarele:

În acordul de asociere nr. 1-BZ/2018, încheiat între SC ... SRL și SC ... SRL, se precizează:

„1.2. Contribuţiile Asociaţilor sunt:

(i) SC ... SRL, aportează:

- personalul calificat necesar derulării Programului pentru şcoli al României;

- cel puţin 20 (douăzeci) mijloace de transport autorizate și personal calificat pentru îndeplinirea corespunzătoare a acordului cadru, mijloace de transport adecvate, autorizate conform Ordinului preşedintelui Autorităţii Naţionale Sanitare Veterinare şi pentru Siguranţa Alimentelor nr. 111/2008, cu modificările şi completările ulterioare.

- orice alte dotări specifice, depozit, utilaje, echipament tehnic, laboratoare, etc. necesare realizării Programului pentru şcoli al României.

(ii) SC ... SRL, aportează:

- fructele necesare distribuirii în cadrul unităţilor de învăţământ din judeţul Buzău în cantităţi totale maxime de LOT 1/Zona 1 - 2.478.000 buc mere, LOT 2/Zona 2 - 1.003.800 buc, LOT 3/Zona 3 - 2.073.540 buc mere, LOT 4/Zona 4 -1.897.770 buc mere și Lot 5/Zona 5 - 2.272.620 buc mere, minim 100 g/porție pentru perioada anului şcolar 2018-2021, necesar derulării Programului pentru şcoli al României;

- orice alte dotări specifice, depozit, utilaje, echipament tehnic, laboratoare, etc. necesare realizării Programului pentru şcoli al României.

1.5 în caz de adjudecare, asociaţii au convenit ca cotele de participare în cadrul asocierii vor fi următoarele:

50% SC ... SRL;

50% SC ... SRL.”

În contractul de închiriere auto, fără număr, din data de 15.10.2018, încheiat între SC ... SRL și SC ... SRL, se precizează:

«Societatea Comercială SC ... SRL (…) în calitate de Proprietar, și

Societatea Comercială: SC ... SRL în calitate de CHIRIAŞ au convenit să încheie prezentul contract de închiriere auto, cu respectarea următoarelor clauze:
CAP. II OBIECTUL CONTRACTULUI
Art. 2 Descrierea obiectului contractului
Obiectul prezentului contract constă în darea în folosință (închirierea) de către proprietar, chiriaşului a autovehiculelor descrise la al. (2) din prezentul articol, proprietatea proprietarului, denumit în continuare în prezentul contract „autovehiculul", în schimbul achitării de către chiriaş a unui preț.
Autovehiculele care sunt în proprietatea SC ... SRL se închiriază cu şoferul și distribuitorul angajat la SC ... SRL. Se oferă spre închiriere la SC ... SRL 20 maşini distribuitie cu şoferi și distribuitori.»

Din cele de mai sus reiese că ofertantul contestator dispune de mijloacele de transport și resursele umane necesare realizării contractului într-una din formele propuse de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, respectiv închirierea.

Conţinutul documentaţiei de atribuire, aşa cum acesta este întocmit de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanţi la procedură care au obligaţia de a îşi elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 alin. 1 din HG nr. 395/2016), cât şi pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfăşurarea procedurii de achiziţie publică să respecte atât dispoziţiile legale aplicabile în acest domeniu, cât şi prevederile propriei documentaţii de atribuire care stabilesc regulile ce trebuie respectate de ambele părţi în derularea procesului competitiv.

Analizând contractul de închiriere, Consiliul constată că acesta are o perioadă de valabilitate de 5 ani, ce acoperă perioada de derulare a contractului de furnizare.

Pe de altă parte, considerând că nu este îndeplinită cerința din fișa de date (caiet de sarcini) privind dotarea și personalul, la recomandarea observatorilor ANAP, prin adresa nr. 1245 din data de 23.01.2019, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, printre altele, certificatul constatator emis de către Registrul Comerțului, pentru SC ... SRL, document prezentat de contestator cu adresa nr. 22 din 25.01.2019. Din acest document rezultă că SC ... SRL are ca activitate „transporturi rutiere de mărfuri" – cod CAEN 4941. Conform Ordin nr. 337/2007 privind actualizarea Clasificării activităţilor din economia naţională – CAEN, acest cod cuprinde:
4941 Transporturi rutiere de mărfuri
Această clasă include:
- toate activităţile de transport rutier de mărfuri: (...)
Această clasă include de asemenea:
- închirieri de camioane cu şofer.

Din cele de mai sus reiese că SC ... SRL poate să închirieze autovehicule, contrar celor afirmate de autoritatea contractantă.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul consideră că, autoritatea contractantă nu poate ignora informațiile prezentate de

S.C. ... S.R.L., respectiv certificatul constatator. Consiliul consideră că autoritatea contractantă avea informațiile de bază necesare pentru a verifica documentele de calificare și propunerea tehnică a contestatorului, respectiv îndeplinirea cerinței privind deținerea de autovehicule și personal.

Dacă autoritatea contractantă avea neclarități privind codul CAEN, putea să solicite clarificări. Acest argument al autorității contractante nu a făcut obiectul analizei comisiei de evaluare, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a solicitat contestatoarei clarificarea acestui aspect.

Dacă autoritatea contractantă avea dubii cu privire la realitatea codului CAEN prezentat de către contestator, legea îi conferă pârghiile legale de a verifica documentele prezentate prin solicitarea de precizări suplimentare, punctual şi concret indicate.

Având în vedere cele de mai sus, solicitările contestatorului privind anularea comunicării rezultatului procedurii şi a tuturor actelor subsecvente şi reevaluarea ofertei sunt întemeiate.

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanţi, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerinţelor din caietul de sarcini, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, sunt fondate, urmând să fie admise.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispoziţiile legale amintite, Consiliul reţine că aceasta s-a desfăşurat cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice.

În considerarea celor prezentate, constatându-se temeinicia criticilor contestatoarei în privinţa modului de evaluare a ofertei sale, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... SRL și pe cale de consecință va dispune, desfiinţarea deciziei de anulare a procedurii şi continuarea acesteia.

Având în vedere că, în urma evaluării, s-a constatat, în mod eronat, că ofertantul contestator nu îndeplinește cerințele de calificare, stabilite prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă trebuie să continuie procedura.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SRL în contradictoriu cu ... și să anuleze raportul procedurii nr. 2533/ 15.02.2019 și toate actele subsecvente acestuia.

Va obliga autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. (5) din același act normativ, ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de SC ... SRL, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, prin liderul de asociere SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Anulează raportul procedurii nr. 2533/15.02.2019 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de SC ... SRL, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.