C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50463/09.12.2019, formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ... și sediu ales la ... , înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... , având CUI ... , împotriva raportului ședinței de tranzacționare produse petroliere din 27.10.2019 din cadrul procedurii de negociere prin ... desfășurată de către ... , cu sediul în ... , în calitate de entitate contractantă, în vederea încheierii contractului de achiziție publică sectorială de produse, având ca obiect ”combustibil lichid pentru centrale termice”, se solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, obligarea autorității contractante să ia măsuri de remediere în sensul anulării raportului procedurii din data de 27.11.2019 și a admiterii ofertei contestatorului în procedură.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 ... S.R.L. critică raportul procedurii din 27.11.2019 prin care oferta sa a fost descalificată ca urmare a lipsei unui document de calificare, respectiv a *fisei cu informații generale*.

Contestatorul apreciază ca temei legal al procedurii Legea nr.98/2016, în loc de Legea 99/2016, așa cum se menționează în fișa de date. În acest sens, contestatorul invocă prevederile art.3 alin.(1) pct. 1.a) și art.8 alin.(1) și (2) din Legea nr.99/2016, subliniind că activitatea relevantă este *punerea la dispoziție sau exploatarea rețelelor de transport pe cale ferată* și evidențiind că activitatea de aprovizionare cu combustibil pentru încălzirea birourilor/spații de lucru ori alte bunuri (..) nu poate fi considerată activitatea relevantă în domeniul exploatării rețelelor de transport pe cale ferată.

În fapt, contestatorul arată că ... a organizat procedura prin intermediul ... , prin procedura de urgență a negocierii fără publicare de

anunț prealabil, pentru achiziția unor mărfuri cotate pe o piață de mărfuri, procedura fiind reglementată de art.104 alin.(1) lit.c) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul arată și că produsul generic solicitat de entitatea contractantă ”combustibil de încălzire” nu se poate identifica printre produsele cotate ... , anexând listă din 05.12.2019 cu produse cotate de către ... , în care sunt înșiruite cotațiile următoarelor produse petroliere:

- Combustibil lichid ușor,
- Benzină Euro 5,
- Combustibil Tip M,
- Motorină Euro 5,
- Păcură 1% Sulf.

Ca motivație, contestatorul arată că în procedură au depus oferte 3 ofertanți, respectiv: ... S.R.L., ... S.R.L. și ... S.R.L.

Contestatorul arată faptul că atât el, cât și ... S.R.L.. au fost respinși pentru presupusa lipsă a unor documente de calificare, fiind admis la faza evaluării finale ... S.R.L., rămas singur în competiție.

Sub aspectul constatării lipsei documentului ”Fisă cu informații generale”, contestatorul invocă faptul că entitatea contractantă l-ar fi putut solicita direct, întrucât reprezentantul acestuia avea în copie tot dosarul.

Contestatorul susține că documentul lipsă, care este și cauza excluderii sale din competiție, s-ar fi aflat la dosar, dar că documentul ar fi fost sustras pentru a se motiva excluderea acestuia din procedură.

În dovedirea celor afirmate, contestatorul solicită audierea martorului ..., CNP: ... , cu citare la locul de muncă, precum si proba cu înscrisuri si interogatoriul.

Prin punctul de vedere nr. 3/1/6/359/2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 2109/20.01.2020, ... solicită respingerea contestației ... S.R.L. ca tardiv introdusă, netemeinică și nelegală.

Autoritatea contractantă arată că a demarat procedura de achiziţie publică în temeiul Legii nr. 99/2016.

Astfel, potrivit actului normativ indicat mai sus, raportat la valoarea achiziţiei fară TVA a bunului, adică 1170049,72 lei pentru 234,454 tone - *„ Combustibil lichid pentru centrale termice*" menţionat în caietul de sarcini, valoare care este sub pragul prevăzut de art. 12(1) lit. a, respectiv - 1994386 lei, iar prin aplicarea art. 8(1) lit. b din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă arată că termenul limită de depunere a contestaţiei este *„de 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a proceduri de achiziţie publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achizițiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunilor de lucrări şi concesiunile de servicii."*, invocând astfel excepția tardivității contestației depusă de ... S.R.L.

Autoritatea contractantă motivează excepția tardivității prin faptul că ... S.R.L. a luat la cunoștință de actul considerat nelegal la data de 27.11.2019, data şedinţei bursiere la care a avut loc achiziţia, iar contestaţia a fost

înregistrată la CNSC în data de 09.12.2019, cu mult peste termenul de 5 zile arătat mai sus.

Cu privire la criticile vizând legea aplicabilă, autoritatea contractantă solicită CNSC sa constate ca a indicat corect temeiul legal al procedurii, adică Legea nr.99/2016, având în vedere faptul că entitățile contractante sunt definite în art. 4 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale ca fiind orice entități „care desfășoară una dintre activitățile relevante prevăzute la art. 5-11 și care se încadrează într-una dintre următoarele categorii:

a) entităţi contractante în sensul art. 3 al. (1) lit. e,

b) întreprinderile publice în sensul art. 3 al. (1) lit. bb);

c) oricare subiect de drept, altul decât cele prevăzute la lit. a) si b) care funcționează în baza unor drepturi exclusive sau speciale, astfel cum sunt definite la art. 3 al. (1) lit. t), acordate de o entitate competentă.

Prin caietul de sarcini şi ordinul iniţiator autoritatea contractantă a solicitat cumpărarea de „Combustibil lichid pentru centrale termice" cu transportul şi acciza inclusă, deci a fost precizat clar şi fară echivoc tipul de combustibil şi acciza aferentă, adică aceea prevăzută în codul fiscal.

Despre acest fapt a fost informată şi contestatoarea prin răspunsul la solicitarea de clarificări a contestatoarei, actul nr. 3/1/5/2337/2019 al Serviciului Achiziţii Publice.

Legat de identificarea produsului dintre produsele cotate pe bursă, autoritatea contractantă arătă următoarele:

- prin ordinul iniţiator nr. ... a fost indicată clar intenţia de achiziţionare de „combustibil lichid pentru centrale termice";
- prin contestaţie, ... S.R.L. susține că: „produsul Combustibil de încălzire" nu se regăseşte ca fiind cotat la bursă.

După cum arătă, autoritatea contractantă a procedat la achiziţionarea de pe piaţa bursieră a produsului „Combustibil lichid pentru centrale termice" nicidecum „combustibil pentru încălzire" cum se arată în cuprinsul contestaţiei.

Potrivit caietului de sarcini, autoritatea contractantă arată că a indicat concret , ca cerinţa obligatorie, ca sunt acceptate numai oferte de la societăți al căror produs este obținut prin rafinare (distilare, fracționate) din petrol brut si reprezintă o fracţiune în acest procedeu, indicând clar caracteristicile tehnice care trebuie sa le îndeplinească produsul livrat.

Autoritatea contractantă învederează că în situaţia în care ofertanţii sunt de acord cu cele din ordinul iniţiator şi caietul de sarcini, sunt liberi să decidă dacă participă la procedură sau nu. Prin participarea la procedură ... S.R.L. si-a manifestat fară echivoc intenţia de a participa la procedura de achiziţie în condiţiile stabilite de entitatea contractantă.

Prin punctul de vedere nr.99/22.01.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.2863/23.01.2020, ... S.R.L. solicită respingerea exceptiei tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, aducând ca argumente definițiile termenilor și expresiilor de la art.3 alin.(1) lit.a) și k) din Legea nr.99/2016, cât și prevederile art.8 alin.(1) și (2) ale aceluiași act normativ.

Raportat la prevederile legale învederate, contestatorul opinează că invocarea de către autoritatea contractantă ca temei de drept a Legii nr.99/2016 pentru procedura achiziția de combustibili de încălzire este o

formă de eludare a procedurilor obligatorii impuse de Legea nr.98/2016, știut fiind că pragurile impuse de art. 12 din Legea nr.99/2016 sunt foarte mari.

Contestatorul concluzionează că achiziția de combustibili de încălzire nu îndeplinește exigențele arătate de Legea nr.99/2016, întrucât aceste activități nu au caracter relevant pentru exploatarea unei căi ferate.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de negociere prin ... în vederea încheierii contractului de achiziție publică sectorială de produse, având ca obiect ”combustibil lichid pentru centrale termice”.

Conform fișei de date, procedura s-a desfășurat în temeiul Legii nr.99/2016 cu modificările și completările ulterioare, criteriul de atribuire fiind „cel mai mic preț”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare fiind de 1.170.049,72 lei, fără TVA.

Potrivit raportului ședinței de tranzacționare produse petroliere din data de 27.11.2019 aferent ordinului inițiator nr.... , au fost primite ordine de sens contrar din partea a trei societăți, printre care și a contestatorului.

Potrivit aceluiași raport, contestatorul a fost descalificat datorită lipsei de la dosar a fișei cu informații generale.

Procedând la soluționarea contestației, prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției tardivității contestației, invocată de ... prin punctul de vedere nr. 3/1/6/359/2019, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 2109/20.01.2020, raportat la prevederile art. 16. alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2408/21.01.2020, Consiliul a solicitat contestatorului punctul de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Prin punctul de vedere nr.99/22.01.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr.2863/23.01.2020, ... S.R.L. solicită respingerea exceptiei tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, aducând ca argumente definițiile termenilor și expresiilor de la art.3 alin.(1) lit.a) și k) din Legea nr.99/2016, cât și prevederile art.8 alin.(1) și (2) ale aceluiași act normativ, opinând că achiziția de combustibili de încălzire nu sunt activități cu caracter relevant pentru exploatarea unei căi ferate.

Consiliul reține faptul că procedura s-a organizat în baza Legii nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, potrivit secțiunii III.1.5 din fișa de date.

Aprecierile contestatorului potrivit cărora procedura ar fi avut alt temei legal, nu pot fi reținute de către Consiliu, în acest moment al desfășurării procedurii.

Sub acest aspect, este avut în vedere că în măsura în care contestatorul a considerat că sunt aplicabile prevederile Legii nr. 98/2016, se impunea ca acesta să solicite clarificări privind conținutul documentației de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (1) din Legea nr.

99/2016 sau să formuleze o contestație în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016.

Or, în situația în care nu a efectuat un asemenea demers, conținutul documentației de atribuire și-a dobândit caracterul obligatoriu, iar criticarea în acest moment a prevederilor documentației de atribuire reprezintă un demers tardiv.

Prin urmare, Consiliul are în vedere pragurile valorice prevăzute la art. 12 alin.(1) din Legea nr. 99/2016 și constată că sunt aplicabile prevederile art. art.8 alin.(1) lit.b) din Legea nr.101/2016 întrucât valoarea estimată a procedurii de achiziție publică în cauză este de 1.170.049,72 lei, fără TVA.

Astfel, Consiliul constată că aceasta se situează sub pragul valoric prevăzut la art.12 alin.(1) din Legea nr. 99/2016, fiind incidente prevederile art.8 alin.(1) lit.b) 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, cu modificările și completările ulterioare: *"Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii."

Raportat la prevederile art.8 alin.(1) lit.b) din Legea nr.101/2016, Consiliul are în vedere faptul că, în măsura în care ... S.R.L. s-a considerat vătămată de rezultatul procedurii de negociere desfășurată prin Bursa Română de Mărfuri, ca urmare a excluderii sale din procedură, se impunea ca aceasta să formuleze o contestație împotriva raportului ședinței de tranzacționare din 27.11.2019, până la data de 02.12.2019.

Analizând actele din dosar, Consiliul constată că ... S.R.L. a formulat contestație împotriva *Raportului ședinței de tranzacționare din data de 27.11.2019,* în data de 06.12.2019, conform AWB de expediere contestație cu nr. 2000772501, situându-se în afara termenului legal, potrivit la art. 8 alin. (1) lit.b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmând a admite excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă.

În considerarea aspectelor de fapt și de drept anterior evocate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (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, cu modificările și completările ulterioare,

admite excepția invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge, ca tardivă, contestația formulată de ... S.R.L., în contradictoriu cu ... .

Fără pronunțare pe fondul contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației formulată de către ... S.R.L., invocată de către autoritatea contractantă ... .

Respinge, ca tardivă, contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ... și sediu ales la ... , în contradictoriu cu ... , cu sediul în ... .

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.