CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.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 achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea șifuncționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., și adresă aleasă pentru corespondență în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., CUI ....., reprezentată de doamna administrator …, împotriva rezultatului procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de furnizare „.....”, cod CPV 09134200-9, organizată de ..... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ....., ..., județul ....., s-a solicitat anularea rezultatului evaluării și obligarea entității să îi accepte oferta.

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

Consiliul a fost sesizat să soluționeze contestația nr. ...../ ....., prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă rezultatul evaluării comunicat de ..... SA prin adresa nr. 2786/ 13.09....., solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei. Oferta sa a fost respinsă pe motivul neîndeplinirii unor cerințe de siguranță și de mediu, precum și că stațiile ... ale furnizorului ...nu pot alimenta autobuzele entității contractante, neexistând o dovadă a deținerii unui acord cu societatea furnizoare ... SRL.
Raportat la art. 182 din Legea nr. 98/2016, contestatorul afirmă că are dreptul să invoce susținerea unui terț, în funcție de capacitățile și nevoile sale, și nicio entitate contractantă nu poate să ceară

vreunui ofertant să depună oferta având susținerea cuiva. Cerința entității ca ... să devină terț susținător încalcă legislația achizițiilor publice, iar SC ..... SRL a făcut dovada deținerii unui contract ferm de achiziție de carburanți pe bază de carduri cu .... Apelarea la un terț susținător constituie o facilitate acordată exclusiv ofertantului.

Entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere nr. 2903/25.09..... cu privire la contestație, solicitând respingerea ca nefondată, sens în care învederează că a apreciat oferta SC ..... SRL ca fiind incompletă, întrucât: în propunerea tehnică s-a menționat livrarea de combustibil prin pompele Petrom deținute în .....; în documentul DUAE nu s-a făcut niciun fel de referință la relația existentă între ..... SRL și ... ., deținător al pompelor de livrare carburanți; lipsa documentului DUAE pentru terțul susținător ..., cu ajutorul căruia își asigură capacitatea tehnică necesară livrării combustibilului; lipsa unui document care să ateste acceptul Petrom de a avea calitatea de terț susținător în cadrul ofertei depuse de ..... SRL, mai ales că și ... a fost ofertant în cadrul procedurii. Comisia a constatat aplicabilitatea prevederilor art. 202 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 pentru SC ..... SRL, în sensul că ofertantul a demonstrat asigurarea capacității tehnice de a îndeplini obiectul contractului cu ajutorul unui terț susținător. Conform prevederilor art. 143 alin. (1) și (2) lit. b) din normele anexate H.G. nr. 394/2016, comisia a fost obligată să respingă oferta ca inacceptabilă, fapt comunicat ofertantului prin adresa nr. 2730/ 07.09.....

În conformitate cu art. 56 din norme, entitatea a solicitat ... ... SRL informații privind existența unui acord privind susținerea vreunor oferte pentru licitație, respectiv a unui acord de livrare a motorinei, dat către alți operatori economici ofertanți, prin pompele deținute în ....., și a primit un răspuns negativ, care a întărit decizia comisiei ca fiind una corectă.

Contractul de livrare de motorină încheiat între contestatoare și ... ... SRL, depus ca probă a posibilității de a asigura livrarea combustibilului nu dovedește acceptul ... de a livra carburant prin pompele sale în contul operatorului economic SC ..... SRL către alți agenți economici existenți pe piață ci, cel mult, o relație comercială vânzător-cumpărător.

Astfel, prin oferta depusă, contestatorul nu a arătat că deține pompe sau stație de livrare combustibili, îndeplinirea condițiilor de mediu, de siguranță și condițiile constructive ale stației care să permită alimentarea mijloacelor de transport articulate, în lungime medie de 17,85 metri liniari, astfel cum au fost cerute imperativ prin caietul de sarcini, pct. 5.

Față de cele menționate, comisia de evaluare a constatat că, prin oferta depusă, ... nu a dovedit deținerea a cel puțin unei stații de alimentare combustibil în ..... și că aceasta îndeplinește condițiile constructive care să permită alimentarea mijloacelor de transport articulate.

Aspectele enunțate anterior au condus la aplicarea art. 129 alin. (1) din normele anexate H.G. nr. 394/2016, în sensul că societatea nu a elaborat oferta în conformitate cu documentația de atribuire, iar acceptarea lipsurilor ar genera condiții inegale între participanți.

Pe de altă parte, contestația nr. ...../..... nu îndeplinește condiția de formă impusă prin art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, lipsind motivarea în drept, întrucât Legea nr. 98/2016 nu este aplicabilă entității contractante, ci Legea nr. 99/2016.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă ..... SA a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării a 310.000 litri motorină EURO 5, estimate valoric la 1.196.600 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă ca inacceptabilă, întrucât, în opinia entității achizitoare, „…” ar fi trebuit declarat de ofertant terț susținător, care trebuia să prezinte DUAE. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia .....5 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de entitate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertei acesteia a fost stabilit de entitate prin procesul-verbal nr. 2720/07.09....., rezultat comunicat în aceeași zi. La 11.06....., SC ..... SRL s-a plâns organizatoarei de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 1512/ 11.09....., iar ..... SA i-a răspuns cu adresa nr. 2786/ 13.09....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului comunicat. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu,

la data de ....., în interiorul termenului legal de atac. Contestația îndeplinește condiția stabilită la art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, în sensul motivării ei în drept, întrucât, pe de o parte, autoarea invocă legea amintită, iar pe de altă parte, trimiterea la Legea nr. 98/2016 poate fi înțeleasă ca fiind și la Legea nr. 99/2016, care cuprinde dispoziții similare celor reproduse de reclamantă, la art. 196 alin. (1) și (2).

Pe fondul cauzei, Consiliul observă că organizatoarea i-a comunicat societății adresa de informare a respingerii ofertei nr. 2730/07.09....., potrivit căreia:

[...]

3. Aspecte tehnice ale ofertei depuse de ALMATAR SRL:

- Documentul DUAE conține declarații aflate in contradicție cu alte documente din oferta, in sensul ca în DUAE:

- la Partea II, cap. A, pag. 3 se menționează ca Operatorul Economic NU participa la procedura cu alții;

- la Partea II, cap. B, pag. 4 se menționează ca Operatorul Economic NU utilizează capacitați ale altor entități;

- la Partea IV criteriile de Selecție, cap. C, pag. 26 Operatorul Economic NU menționează utilajele, instalațiile si echipamentul tehnic de care va dispune pentru executarea contractului;

iar in documentele ofertei: Propunere Tehnica și Prezentare Card ROUTEX, menționează ca va livra motorina prin stațiile Petrom.

- In condițiile ofertei prezentate, operatorul economic Petrom (prin stațiile cărora se va livra motorina) are calitatea de terț susținător, iar documentul DUAE pentru acest terț (sau cel puțin informații privind modalitatea de îndeplinire a cerințelor pentru respectivul terț) lipsesc din oferta depusa, ceea ce este contrar prevederilor art. 202 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

- Lipsesc documentele care sa ateste ca operatorul economic Petrom isi asuma calitatea de terț susținător si accepta livrarea motorinei prin pompele Petrom.

Astfel, având în vedere cele mai sus descrise, Comisia hotărăște:

Respingerea ofertei depuse de ALMATAR SRL, constatându-se lipsa datelor completate in DUAE pentru terțul susținător Petrom - aspecte care contravin prevederilor stabilite prin art. 202 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Prin oferta depusa si lipsa informațiilor relevante din DUAE, autoritatea contractanta, prin Comisia legal constituita a constatat, in condițiile prevăzute de art. 143 alin. (2) lit. b) din HG 394/2016, inacceptabilitatea ofertei depuse, si a procedat conform obligațiilor stabilite la alineatul 1 al aceluiași articol din HG 394/2016.

În caietul de sarcini, entitatea a prevăzut, între altele: „Autoritatea contractanta in desfasurarea obiectului de activitate – transport public de persoane, are necesitatea de achizitie a Motorinei EURO 5, din ....., localitate unde isi are sediul si pe raza careia isi desfasoara activitatea, pe baza de carduri care sa permita alimentarea flotei de mijloace de transport aflata in dotare. Alimentarea zilnica, a multor autovehicole si in cantitati mari de combustibil a impus necesitatea stricta a alimentarii pe baza de carduri in vederea unei gestionari facile a combustibilului alimentat.”

SC ..... SRL, prin oferta proprie, s-a angajat să furnizeze către ..... SA motorina prin intermediul cardurilor „...”. Nici în DUAE și nici în alt document al ofertei (dintre cele transmise Consiliului de către organizatoare), SC ..... SRL nu a declarat că

apelează la terți susținători sau la subcontractanți, pentru îndeplinirea contractului.

Fără a cere vreo lămurire ofertantului, comisia evaluatorie desemnată de către entitatea contractantă a ajuns la concluzia că ofertantul trebuia să îl desemneze terț susținător pe „Petrom” și să depună DUAE pentru acest, concluzie la care Consiliul nu poate achiesa.

SC ..... SRL nu poate fi obligat să recurgă la terți susținători ori la subcontractanți în vederea depunerii de oferte, fiind o opțiune a societății acordată de legiuitor, nu o obligație. În speță, SC ..... SRL s-a angajat, în nume propriu, să furnizeze motorina prin intermediul cardurilor „...”, fără sprijinul vreunui terț susținător/subcontractant. În acest context și având în vedere absența oricărei corespondențe cu societatea ofertantă pe acest subiect, entitatea achizitoare nu era îndrituită să aprecieze că „Petrom” participă sau că trebuia să participe la achiziție și să depună DUAE. Determinarea sferei participanților și calitatea lor cade în sarcina exclusivă a ofertantului, iar nu a entității cumpărătoare.

În privința poziției exprimată de organizatoare asupra necesității declarării „Petrom” drept terț susținător sunt incidente prevederile art. 140 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, în temeiul cărora entitatea avea obligația să procedeze la clarificarea expresă a respectivei problematici cu ofertanta. Așadar, dacă entitatea aprecia că există un risc privind oferta, întrucât anumite date și documente îi erau neclare, contradictorii sau insuficiente, aceasta nu trebuia să declare inacceptabilă oferta și să o respingă *ipso facto*, ci să o clarifice temeinic, știut fiind că orice hotărâre a entității achizitoare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele sale, și pe probe concludente, iar nu pe documente neclare, contradictorii sau insuficiente. Se cuvine a fi subliniat că achizitoarea nu are o libertate nelimitată în a respinge o ofertă dacă informațiile din cuprinsul ei îi creează anumite suspiciuni, întrucât le consideră incomplete. Suspiciunile autorității asupra participanților și veridicității anumitor informații din ofertă pot și trebuie a fi tratate prin prisma art. 140 alin. (1) de mai sus. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, o corespondență cu întrebări corespunzătoare legate de calitatea „Petrom” în procedură se impunea, mai cu seamă că autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba conformitatea ofertei. Solicitarea comisiei de evaluare trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă, rezultând că entitatea trebuia să ceară expres

detalii de identificare a implicării și a calității deținute de „Petrom” la achiziție, pentru lămurirea elementelor care o interesau.

Prin urmare, în speță, apreciind că există un risc privind situația faptică pe care nu dorea să și-l asume, în baza art. 140 alin. (1) din normele metodologice precitate, ... SA, prin comisia de evaluare desemnată, avea obligația legală să clarifice problema susținerii ofertantului anterior considerării admisibilității sau inadmisibilității ofertei acestuia. După cum s-a arătat mai sus, organizatoarea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei. Solicitările autorității trebuie să răspundă și dispozițiilor imperative ale art. 140 alin. (3) – „Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”, rezultând că entitatea trebuia să ceară expres explicații legate de presupusul terț susținător în referință.

..... SA trebuie să manifeste rol activ și să ceară contestatoarei informațiile care îi lipsesc, iar nu să îi respingă oferta. Revenirea entității nu are ca scop avantajarea în vreun fel a ofertantei, ci dobândirea acelor informații ce nu au putut fi extrase din documentele depuse inițial. Stabilirea caracterului (in-)acceptabil și/sau (ne-)conform al ofertei reclamantei urmează a se determina ulterior primirii și examinării clarificărilor relevante din partea acesteia, iar nu la acest moment.

Trebuie adăugat că SC ..... SRL, în baza contractului cu ... ... SRL, beneficiază de diverși carburanți din partea acestui furnizor, prin stațiile de distribuție ale acestuia, inclusiv sub formă de card. Acești carburanți pot fi livrați de SC ..... SRL, prin intermediul rețelei ... ... SRL, în cadrul relațiilor comerciale dintre furnizor și ofertant. Procedura concurențială organizată de ..... SA este deschisă oricărui agent economic abilitat să furnizeze combustibilul dorită de compania beneficiară, indiferent dacă este o rafinărie, o rețea de stații de alimentare sau doar un comerciant intermediar. Legea nr. 99/2016 permite ofertanților să coopteze unul sau mai mulți furnizori, definiți de lege: „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, sau care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”, nefiind necesară declararea în ofertă a respectivilor furnizori drept terți susținători ori subcontractanți.

Pentru livrarea de motorină sub formă de carduri, SC ..... SRL nu este ținut să își declare terț susținător furnizorul, indiferent dacă acesta este o rafinărie, o rețea de distribuție sau o bursă de produse petroliere.

Revine ..... SA obligația de a lămuri cu SC ..... SRL modalitatea concretă de implicare a ... ... SRL în execuția viitorului contract și conformitatea propunerii tehnice a ofertei cu specificațiile caietului de sarcini. Poate fi pusă în discuție și suficiența contractului între cele două părți, prin care ... se obligă să livreze combustibili pentru SC ..... SRL prin intermediul cardurilor cu funcție Routex, având în vedere relațiile scrise transmise de ... la 12.09..... către ..... SA (nr. 1865/12.09.....).

În anexă la contestație, reclamanta a prezentat, în copie, două contracte încheiate recent cu autorități publice pentru livrarea de carburanți la stațiile de alimentare ale ....

Aprecierile autorității relative la nedeținerea de către ofertant a cel puțin unei stații de alimentare în ..... și la demonstrarea îndeplinirii condițiilor de mediu, de siguranță și constructive ale stației, care să permită alimentarea mijloacelor de transport articulate, întrucât sunt exterioare motivelor de respingere a ofertei comunicate de autoritate la 07.09....., nu pot fi reținute și analizate din perspectiva legalității și temeiniciei lor de către Consiliu. Astfel cum s-a citat mai sus, oferta a fost respinsă din cauză că, în opinia entității achizitoare, „Petrom” ar fi trebuit declarat de ofertant terț susținător, care trebuia să prezinte DUAE, iar nu pentru motivele suplimentare regăsite în punctul de vedere nr. 2903/25.09.....

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei SC ..... SRL are la bază culpa entității contractante în calificarea furnizorului ... ... SRL drept terț susținător, ceea ce conduce la nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale apare a fi fondată. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA, va anula actul de respingere a ofertei și comunicarea nr. 2730/07.09..... și va obliga entitatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA, și anulează procesul-verbal nr. 2720/ 07.09....., precum și adresa entității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei sale. Obligă entitatea la clarificarea și reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului proces-verbal, entitatea va comunica societății rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor sectoriale.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.