

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 și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de, cu sediul social în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator, împotriva *adresei nr. 213/08.01.2024*, emisă de („.....”), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *furnizare zahar tos (cristal)*, s-au solicitat:

a) *Anularea Adresei nr. 213/08.01.2024 emise de Autoritatea Contractantă, anularea deciziei Autorității Contractante privind rezultatul Procedurii, anularea tuturor actelor și rapoartelor intermediare și/sau finale în temeiul cărora a fost adoptată decizia Autorității Contractante privind rezultatul Procedurii, precum și anularea eventualelor acte subsecvente deciziei Autorității Contractante privind rezultatul Procedurii;*

b) *Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertelor depuse;*

c) *Acordarea accesului la și a posibilității de a efectua fotocopii după documentele din dosarul achiziției publice pe care Autoritatea Contractantă urmează să îl transmită în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.*

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că metodologia utilizată de autoritatea contractantă pentru a ajunge la concluziile din raportul procedurii este concepută eronat, metodologia de comparare a prețurilor ignorând în mod vădit cerințele esențiale impuse prin documentația de atribuire.

Contestatoarea enumeră cerințele și criteriile din caietul de sarcini *ignore* de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării componentei financiare a ofertei societății sale, după cum urmează:

- La capitolul 3.4.1 din caietul de sarcini se detaliază cerințele tehnice de calitate ale produsului oferit (cerințe în raport cu care oferta reclamantei a fost declarată admisibilă din punct de vedere tehnic). În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu probează că produsele identificate în comerț și utilizate ca etalon valoric în procedură îndeplinesc specificațiile calitative impuse (comparație care ar fi trebuit efectuată pe baza unor rapoarte de calitate aferente produselor).

Cu titlu ilustrativ, reclamanta semnalează faptul că autoritatea contractantă a comparat produse provenite din materii prime diferite (de ex. zahăr provenit din sfeclă de zahăr cu zahăr provenit din trestie de zahăr), precum și produse cu surse de proveniență diferite;

- La capitolul 3.5.1.1 din caietul de sarcini se prevede că „*la recepționarea mărfii, respectiv la constituirea stocului pentru cantitatea de produs ce face obiectul contractului subsecvent [...], produsul trebuie să aibă maxim 6 luni de la data producerii*”, contestatoarea remarcând faptul că produsul care va fi livrat nu poate să provină deci dintr-o campanie de producție mai veche decât cea începută în luna septembrie 2023.

Raportul procedurii nu include, din punctul de vedere al reclamantei, nicio probă din care să rezulte că autoritatea contractantă s-a asigurat că *produsele din comerț* pe care le-a utilizat drept etalon valoric îndeplinesc cerința de vechime impusă prin caietul de sarcini.

- La capitolul 3.5.2 din caietul de sarcini sunt prevăzute o serie de condiții referitoare la transportul și modalitatea de livrare a produsului, dintre care contestatoarea menționează condițiile ca produsul să fie „*ambalat în ambalaje de transport [...] asigurate prin grija furnizorului, după care acestea sunt paletizate*” și ca „*produsul astfel ambalat să facă față, fără limitare, la manipularea din timpul transportului, astfel încât să ajungă în bună stare la destinația finală*”. Prin contrast, semnalează reclamanta, în raportul procedurii sunt

utilizate drept etalon valoric produse comercializate în alte locații și în alte condiții decât cele impuse în caietul de sarcini (și, prin urmare, cu costuri de ambalare și transport substanțial diferite);

- Conform capitolului 3.6.2 din caietul de sarcini „*cantitatea de produs [...] va fi păstrată de operatorul economic pe bază de contract de depozit-custodie pe termen nelimitat [...] fără cheltuieli materiale de depozitare în sarcina [Autorității Contractante]*”, fiind prevăzută totodată și condiția de „*împrospătare a produsului vechi cu produs nou de același fel din fabricația curentă, cu cel puțin 4 luni înainte de expirarea termenului de valabilitate stabilit de producător, iar în cazul unui termen de valabilitate nedeterminat, nu mai târziu de 3 ani de la livrare*”. De asemenea, adaugă contestatoarea, pentru situații de necesitate, sunt prevăzute condiții de livrare a produsului, în termen de maxim 12 ore de la solicitarea autorității contractante, fără excepție, în locurile indicate de autoritatea contractantă.

Contestatoarea precizează că a solicitat o clarificare din partea achizitoarei cu privire la perioada pentru care se solicită depozitarea produsului, răspunsul la respectiva clarificare (și anume, că depozitarea este pe termen nelimitat, până la epuizarea stocului/pe toată durata de existență a stocului) constituind un element fundamental în stabilirea prețului ofertat de reclamantă.

De altfel, completează autoarea contestației, în cuprinsul opiniei separate a unuia dintre membrii comisiei de evaluare, depozitarea poate ajunge chiar și la o perioadă de 10 ani, perioadă în care ofertanta se obligă să reîmprospăteze cantitatea de zahăr de cel puțin 3 ori.

În opinia reclamantei, niciuna dintre condițiile susmenționate nu este îndeplinită de produsele pe care autoritatea contractantă le-a utilizat ca etalon valoric în raportul procedurii, produse care sunt comercializate, așa cum sunt, în diferite spații comerciale.

Mai precis, susține contestatoarea, autoritatea contractantă nu a probat că achiziționarea produselor respective ar atrage după sine și obligația comercianților de a le depozita (pe cheltuială proprie, pe termen nedeterminat) și de a le reîmprospăta conform cerințelor caietului de sarcini;

- la capitolul II.3 din fișa de date se precizează că nu va fi acceptată ajustarea/revizuirea prețului acordului-cadru, poziție confirmată în răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări nr. 1, aceasta reprezentând din punctul de vedere al contestatoarei o altă *constrângere* specifică procedurii, care (dată fiind perioada lungă de executare a obligațiilor contractuale) este necesar să fie reflectată în prețul ofertat, dar care nu este relevantă și pentru operatorii economici care comercializează produse similare în afara procedurii (și care își permit astfel o flexibilitate suplimentară).

Contestatoarea învederează faptul că și-a asumat prețul ofertat pe toată durata relației contractuale (inclusiv perioada contractului de

depozitare), perioadă în care prețul produsului poate avea modificări substanțiale, autoritatea contractantă neluând în considerare acest aspect, evaluarea bazându-se pe condițiile existente pe piață la un anumit moment, cu ignorarea completă a riscului de fluctuație a prețurilor pe parcursul perioadei contractuale.

În justificarea faptului că evaluarea financiară efectuată de autoritatea contractantă a fost realizată într-un mod netemeinic, contestatoarea menționează că, prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 126/2023, au fost introduse restricții cu privire la importurile de zahăr din Ucraina (prin măsuri de interzicere a importurilor de către operatorii economici care nu sunt procesatori), restricții de natură să conducă la o creștere a prețului zahărului prin diminuarea ofertei disponibile pe piață.

În acest context, afirmă reclamanta, contrar celor susținute de autoritatea contractantă în raportul procedurii și îngrijorărilor acesteia cu privire la eficiența utilizării fondurilor publice, tocmai anularea procedurii plasează achizitoarea într-o poziție nefavorabilă, prin comparație cu situația în care ar accepta oferta (cu preț ferm) depusă de în cadrul procedurii.

Din punctul de vedere al contestatoarei, care invocă în susținere jurisprudența în materie a instanțelor, abordarea autorității contractante aduce atingere principiului asumării răspunderii în achizițiile publice.

În continuare, reclamanta prezintă o serie de aspecte în susținerea faptului că autoritatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare a procedurii, notând, în primul rând, faptul că achizitoarea nu poate justifica decizia de anulare a procedurii invocându-și propria culpă despre care pretinde că ar consta în neactualizarea valorii estimate a acordului-cadru (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

În al doilea rând, arată contestatoarea, noțiunea de „încălcări ale prevederilor legale”, prevăzută la art. 212 din Legea nr. 98/2016, se referă la o „imposibilitate” obiectivă, independentă de poziția vreunuia dintre participanții la procedură și, în special, a autorității contractante.

Or, în opinia reclamantei, autoritatea contractantă nu a probat nici existența vreunui risc concret de încălcare în procedură a principiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016, nici însăși necesitatea revizuirii valorii estimate a acordului-cadru (cu titlu de măsură corectivă).

Totodată, reclamanta consideră ca fiind deosebit de ilustrativ pentru lipsa de temei legal a abordării autorității contractante faptul că aceasta citează în mod *trunchiat* prevederile legale, în scopul generării unei *aparențe de legalitate*, dând ca exemplu cele menționate la pagina 12 din raportul procedurii, unde autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Chiar și în aceste condiții, reclamanta subliniază că societatea sa a manifestat bună-credință și a răspuns solicitării de explicitare a componentelor prețului ofertat, cu toate că, potrivit legii, nu avea

această obligație, întrucât prețul din oferta sa nu este „neobișnuit de scăzut” (din contră, însăși achizitoarea afirmând că ar fi superior prețurilor existente pe piață).

De asemenea, adaugă reclamanta, trebuie avut în vedere că valoarea estimată a acordului-cadru nu a fost reflectată în condițiile de participare la procedură (nivelul impus de experiența anterioară similară fiind mult inferior valorii estimate a acordului-cadru), astfel că pretinsa „eroare” a autorității contractante nu a impactat condițiile de concurență din procedură.

În drept, se invocă dispozițiile art. 2 alin. (1), art. 8 alin. (1) lit. a), art. 10, art. 18 alin. (2), art. 19 și art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, precum și pe celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 910/19.01.2024, înregistrată la Consiliu sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis punct de vedere, prin intermediul căruia solicită respingerea contestației formulată de S.A., pe cale de excepție, ca lipsită de interes, și pe fond, ca nefondată, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

În susținerea admiterii excepției lipsei de interes, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 2 alin. (1) și (2) și ale art. 3 alin. (1) lit. f), i) și ii) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu prevederile art. 32 alin. (1) din Codul de procedură civilă și reține faptul că reclamanta nu a făcut dovada vreunui prejudiciu, necesar deținerii calității de persoană vătămată, în condițiile în care procedura a fost anulată.

Pe fond, înainte de a trece la prezentarea contraargumentelor la criticile reclamantei, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

«În rezerva de stat se achiziționează zahăr cristal alb nr. 2, denumit și „de calitate tip” sau „de calitate standard”, cu destinație alimentară, având proprietăți organoleptice (caracteristici: culoare, aspect în stare solidă, aspect în soluție 25%, miros și gust), proprietăți fizice și chimice (caracteristici: tip de culoare, cenușă conductometrică, colorație în soluție, total puncte europene, umiditate, zaharoza raportată la substanța uscată), conform prevederilor standardului român în vigoare, respectiv SR 11: 1995 – ZAHĂR (face referire la zahărul obținut din sfeclă de zahăr sau din zahărul brut din trestie de zahăr, cu destinație alimentară sau de materie primă pentru industria alimentară).

Pentru tipul de zahăr cristal alb nr. 2, conținutul de zaharoză raportată la substanța uscată este de min.de 99,80%, conform prevederilor SR 11:1995 - ZAHĂR.»

Achizitoarea arată că, pe parcursul evaluării ofertei financiare a reclamantei, a constatat discrepanța evidentă, care nu poate fi ignorată, între valoarea estimată a achiziției și prețurile existente în economia reală, concluzionând că fundamentarea valorii estimate a fost făcută eronat.

Confirmând cele constatate și consemnate de comisia de evaluare în raportul procedurii conform măsurilor dispuse în 30.10.2023, notează autoritatea contractantă, pe parcursul analizei detaliate derulate cu privire la fundamentarea valorii estimate a achiziției, precum și cu privire la tendința descrescătoare a prețurilor produsului zahăr, în arhiva/fișierul *FZL_analiza comparativă a prețurilor.pdf*, ce conține planșe foto cu produsul zahăr de la diverși producători și comercializat în diverse locații, transmis de reclamantă împreună cu contestația, pot fi vizualizate prețuri actuale (09/10.01.2024) care se încadrează în intervalul 4,59 - 6,49 lei/kg cu TVA, care studiate, generează următoarele concluzii:

- în primul rând, sunt prezentate produse finite obținute din sfeclă de zahăr sau trestie, conform SR 11:1995 - ZAHĂR, dar autoritatea contractantă nu a impus materia primă din care să fie obținut produsul, așa cum rezultă din caietul de sarcini și documentația achiziției;

- planșele foto cu prețurile prezentate de contestatoare sunt prețuri de retail, cu TVA inclus, din mari rețele de distribuție, care includ în acest preț pe lângă prețul de achiziție, cheltuielile directe și indirecte ale comerciantului, precum și adaosul comercial (limitat la 20% conform OUG nr. 67/2023) și, de asemenea, două prețuri din catalogul electronic din SEAP (nesemnificative datorită volumelor reduse), cheltuielile de transport și depozitare fiind incluse deja în acest preț final;

- diferențele dintre prețul maxim și minim sunt date, în mod covârșitor, de percepția consumatorului final privind nivelul de satisfacție al necesităților proprii pe care îl pot oferi diferite produse de același fel de la producători diferiți, de politicile comerciale sau de marketing, de moment, ale producătorilor și comercianților, de campanii publicitare, de genul comerciantului de retail (ex. ..., ... - *discounteri*, ..., .. *premium*), nu de diferențe privind caracteristicile tehnice de calitate, solicitate de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini;

- produsul ... la prețul de 5,49 lei/kg, TVA inclus, este obținut din sfeclă (materia primă adusă de la mii de kilometri, obținută cu o cheltuială salarială mare, transportată de transportatori cu tarife mai ridicate, cu combustibil mai scump) se află sub media aritmetică a minimului și maximului de preț, adică 5,54 lei/kg, TVA inclus, produsul ... la prețul de 5,19 lei/kg, origine UE este chiar mai ieftin - dar autoritatea contractantă nu a impus cerințe referitoare la origine - în comparație cu un producător român cu materie primă din România, de exemplu S.A.;

- produsele din materie primă sfeclă de zahăr, cu origine non UE au prețuri semnificativ mai mici, produsul ... 4,59 lei/kg, dar autoritatea contractantă nu a impus cerințe referitoare la origine, în niciun paragraf din caietul de sarcini, în documentație existând numai punctarea lanțului de producție cât mai scurt;

- dacă din aceste prețuri se elimină influența comercializării retail (adaos comercial, cheltuieli directe/indirecte) și se adaugă cheltuielile de transport și depozitare (cu quantum diferit, în sensul - răspuns solicitare detaliere preț 0,60 lei/kg, față de opinia separată 0,24 lei/kg.), din unele planșe foto depuse de contestatoare rezultă prețurile de vânzare ale producătorilor pentru produsele de mai sus: produs ... 5,01/4,62 lei/kg, produs ...4,76/4,37 lei/kg origine materie primă sau UE; respectiv 4,26/3,87 lei/kg origine materie primă non UE [ex. calcul pentru produs - prețuri inițiale și finale cu TVA: 4,59:1,09 (scot TVA): 1,20 (scot adaos)-0,20 (chelt.dir./indir.retail)+0,24/0,60 (transp./depoz.)*1,09 (TVA produc.) = 3,87/4,26 lei/kg), rezultatele obținute fiind în condițiile solicitate prin documentația de atribuire, dar foarte diferite ca nivel, față de estimarea valorii achiziției de 7,63 lei/kg cu TVA, ceea ce ar conduce la o achiziție în contradicție cu condițiile de eficiență economică și socială, mai ales în contextul constrângerilor bugetare actuale la nivel național, generate de succesiunea de provocări externe la nivel global (pandemia COVID, prelungirea războiului din Ucraina, criza energetică, conflictul actual din Israel);

- suplimentar, achizițarea atașează planșă foto cu preț zahăr 16.01.2024 Profi - 4,49 lei/kg, redus de la 4,99 lei/kg, în susținerea cunoașterii realității economice a pieței specifice produsului.

Autoritatea contractantă subliniază că, din cauza evoluției imprevizibile a pieței și a impactului măsurilor de limitare a adaosului comercial introduse prin OUG nr. 67/2023, s-a creat o situație imposibil de anticipat la data estimării (efectele OUG fiind în fază incipientă la acea dată), care a condus la apariția unei evaluări eronate.

Totodată, achizițarea atrage atenția că, la pag. 4 alin. 2 din contestație, se susține că în prețul ofertei au fost valorizate și costurile cu obligațiile suplimentare, reprezentate de împrospătare și depozitare, acest fapt fiind în contradicție cu pct. 3.6.2. din caietul de sarcini, care prevede depozitarea pe termen nelimitat fără cheltuieli în sarcina, precum și prima operațiune de împrospătare fără costuri din partea

Adaugă că operațiunile ulterioare de împrospătare solicitate de pot beneficia de prevederile art. 3 din OG nr. 11/1995 și menționează că documentația de atribuire nu a fost contestată de reclamantă.

Împotriva susținerilor contestatoarei vizând faptul că „Autoritatea Contractantă a comparat produse provenite din materii prime diferite (i.e., zahăr provenit din sfeclă de zahăr cu zahăr provenit din trestie de zahăr), precum și produse cu surse de proveniență diferite”, ... afirmă că, prin documentația achiziției, nu a limitat și nu a restricționat produsul ce va fi oferat nici din punct de

vedere al materiei prime, nici din punctul de vedere al provenienței acesteia - UE/non UE, singurele impuneri având în vedere asigurarea unui nivel de calitate conform standardului de calitate în vigoare la nivel național, respectiv SR 11:1995 ZAHĂR, sau echivalent.

Produsele avute în vedere la compararea nivelului de preț, remarcă achizițioarea, au fost și sunt comercializate prin rețele naționale de distribuție, parte a unor corporații multinaționale de prestigiu, alături inclusiv de produsele contestatoarei, faptul că aceiași comercianți en-detail (retail) comercializează produse din aceeași gamă (produse alimentare în cazul de față), care provin de la producători concurenți prezumă concluzia că acestea îndeplinesc un set minim de reglementări de calitate, mai ales în ceea ce privește protecția sănătății populației.

Împotriva criticii privind faptul că „[...] *nu conține nicio probă din care să rezulte că Autoritatea Contractantă s-a asigurat că produsele din comerț pe care le-a utilizat drept etalon valoric îndeplinesc cerința de vechime impusă prin caietul de sarcini.*”, autoritatea contractantă învederează faptul că nu a intenționat să achiziționeze produsul din rețelele de retail, de aceea solicitarea privind vechimea produsului se adresează strict participanților înscriși la procedură, interesați în încheierea unui acord cadru pentru o cantitate semnificativă de produs, care de cele mai multe ori are termen de valabilitate nelimitat, atât timp cât este depozitat în condițiile de depozitare specificate.

Raportat la critica „*Prin contrast, în raportul procedurii sunt utilizate drept etalon valoric produse comercializate în alte locații și în alte condiții decât cele impuse prin caietul de sarcini (și, prin urmare, cu costuri de ambalare și transport substantial diferite).*”, ... se apără notând că produsele de pe rafturile magazinelor, deși cu prețuri semnificativ mai mici decât oferta în cauză, includ cheltuielile de ambalare, transport, manipulare până la destinația finală (în cazul de față raftul magazinului).

Referitor la susținerile reclamantei cum că „*Niciuna dintre aceste condiții esențiale prevăzute în caietul de sarcini (și care implică asumarea de costuri suplimentare de către furnizor) nu este îndeplinită de produsele pe care Autoritatea Contractantă le-a utilizat ca etalon valoric în raportul Procedurii [....]*”, legate de condițiile de depozitare și înmormântare, ... evidențiază faptul că zahărul este un produs sezonier, nu se recoltează materia primă în toate lunile anului, apoi, pentru a ajunge la consumatorul final, fie se depozitează materia primă (cu cheltuielile aferente, care va fi procesată ulterior, dar cu riscul deprecierei calitative a acesteia), fie produsul finit este depozitat (în vrac sau ambalat) de producător, de către comerciantul cu ridicata sau retail-ist, urmând ca produsul să fie valorificat către destinatarul final - cumpărător, bucată cu bucată.

Adaugă că toate aceste posibilități includ cheltuielile de depozitare (cuprinse în prețurile semnificativ mai mici identificate față de oferta în

cauză, potrivit datelor consemnate la pag.11-12 din raportul procedurii), iar suplimentar, prețurile de retail cuprind și cheltuieli suplimentare de manipulare (între și în depozite, de transport și de aranjare pe raft), de reclamă și marketing, precum și în cazul celor mai multe supermarketuri, *chiria de raft* (inclusiv de vizibilitate - produsele să nu fie pe raftul cel mai de jos, sau cel mai de sus).

De asemenea, plata contravalorii produselor vândute se face după un interval relativ mare de timp, ceea ce conduce la costuri financiare (un fel de creditare a comerciantului de către producător).

Cu privire la înprospătare, autoritatea contractantă reiterează faptul că numai prima înprospătare se realizează fără costuri din partea achizitoarei, *„celelalte operațiuni de înprospătare solicitate de pot beneficia de prevederile art.3 din O.G. nr. 11/1995”*, conform pct. 3.6.2. din caietul de sarcini, fapt pe care contestatoarea nu-l precizează.

Referitor la *„o altă constrângere specifică Procedurii, care (dată fiind perioada lungă de executare a obligațiilor contractuale) este necesar [....]”* legată de neacceptarea ajustării/revizuirii prețului acordului-cadru, ... invocă dispozițiile art. 222² alin. (9) din Legea nr. 98/2016 în susținerea faptului că autoritățile contractante sunt obligate să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), numai pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni, în rest legea oferă posibilitatea, dar nu obligă, autoritățile contractante să ajusteze/revizuiască prețurile.

La momentul finalizării evaluării efectuate de comisia de evaluare, semnalează, OUG nr. 126/2023 nu producea efecte, nefiind în vigoare, invocarea acesteia de către contestatoare nefiind relevantă.

În ceea ce privește tendința de creștere a prețului invocată de către contestatoare, în opinia achizitoarei, aceasta nu se confirmă, nici din fișierul transmis de reclamantă, nici din datele prezentate de Institutul Național de Statistică în buletinele statistice de prețuri publicate lunar pe site-ul propriu, <https://insse.ro/cms/>.

Raportat la critica vizând faptul că *„Evaluarea financiară este nu doar neconformă cu prevederile documentației de atribuire, ci a fost și realizată într-un mod netemeinic”*, autoritatea contractantă evidențiază faptul că, în cadrul acesteia, în afara comparației cu prețurile de retail prezentate detaliat, un aspect foarte important luat în calcul a fost compararea nivelului ofertei în cauză cu nivelul altor oferte ale contestatoarei, exemplificând după cum urmează:

- în DUAE depus în procedură de reclamantă la experiența similară, este prezentat contract cu, pentru o cantitate apropiată de produs, respectiv 2.511,36 tone, pentru perioada mai - iulie 2023, deci apropiată de data ofertei, cu valoarea de 11.426.688 lei, fără

a preciza cu sau fără TVA, din care rezultă un preț de 4,55 lei/kg, cu sau fără TVA (*probabil cu TVA, altfel nu ar putea fi susținute prețurile de retail de mai sus*), față de 7,47 lei/kg cu TVA inclus, prețul ofertat în procedură.

Referitor la modul de respectare a „*principiului asumării răspunderii*”, autoritatea contractantă consideră că, prin decizia de a anula procedura de achiziție publică, și-a asumat răspunderea privind stabilirea în mod eronat a valorii estimate, iar referitor la *atitudinea susceptibilă de subiectivism*, invocată de reclamantă, aprecierile sunt nefondate, având în vedere că a fost depusă o singură ofertă.

În ceea ce privește critica vizând faptul că „*Autoritatea contractantă nu poate justifica decizia de anulare a Procedurii invocându-și propria culpă despre care pretinde că ar consta în neactualizarea valorii estimate a acordului-cadru*”, achizitoarea susține că nu-și invocă propria culpă pentru anularea procedurii datorită neactualizării valorii estimate pe parcursul procedurii, ci a faptului că aceasta a fost fundamentată în mod eronat de la bun început, atât din punct de vedere al momentului la care s-a făcut aceasta, cât mai ales al modului de calcul (fapt ce ar fi putut fi corectat la momentul inițierii achiziției, august 2023).

Adaugă că în speța de față primează principiul legalității, precum și principiul cheltuirii eficiente a fondurilor publice față de principiul *propriam turpitudinem alegans*.

Referitor la afirmația contestatoarei „[...] citează în mod trunchiat prevederile legale, [] invocă art.136 alin.(1) din HG nr. 395/2016 [...]”, ... precizează că respectivul pasaj a fost inserat strict pentru a sublinia importanța, având în vedere informațiile legate de prețurile pieței, a buletinelor statistice, cotații bursiere, fiind evident că la evaluare, comisia nu a interpretat valoarea ofertei ca fiind aparent neobișnuit de scăzută.

În ceea ce privește critica vizând faptul că „*Totodată, trebuie avut în vedere că valoarea estimată a acordului- cadru nu a fost reflectată în condițiile de participare la Procedură (nivelul impus de experiență anterioară similară*”, autoritatea contractantă subliniază faptul că a stabilit nivelul experienței similare la un nivel comparabil cu cel mai mare contract subsecvent ce s-a estimat că va fi atribuit (ce nu poate fi depășit), în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (2) și (6) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale în materie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr., raportat la punctul de vedere al autorității contractante, comunicat prin adresa nr. 910/19.01.2024, ... S.A a transmis *concluzii scrise*, prin intermediul cărora prezintă o serie de aspecte în susținerea admiterii contestației astfel cum a fost formulată.

Într-un prim aspect, contestatoarea precizează că își menține și reiterează solicitarea formulată în cuprinsul contestației cu privire la *acordarea accesului la și a posibilității de a efectua fotocopii după documentele din dosarul achiziției publice (pe care Autoritatea Contractantă este obligată să îl transmită în conformitate cu prevederile art. 18 alin. 2) din Legea nr. 101/2016), acces care nu ne-a fost acordat de către CNSC până la data formulării prezentelor concluzii scrise.*

Reclamanta aduce o serie de argumente în susținerea respingerii excepției lipsei de interes, apreciind că interpretează în mod eronat dispozițiile legale invocate.

În continuare, contestatoarea redă o serie de considerente împotriva apărărilor formulate de autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere.

Prin adresa nr. 1459/01.02.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis *concluzii scrise*, prin intermediul cărora învederează faptul că își menține argumentele prezentate în cuprinsul punctului de vedere, comunicat prin adresa nr. 910/19.01.2024.

..... S.A. a constituit cauțiunea în sumă de ... lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *furnizare zahăr tos (cristal)*, sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat anunțul de participare CN1059176/03.09.2023. Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 700.000 și 14.700.000 lei, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Potrivit procesului – verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 177A/10.10.2023 a fost depusă o singură ofertă, cea a asocierii – ... SRL.

După cum rezultă din raportul procedurii nr. 213/08.01.2024, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii, în considerarea art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva acestei decizii, ... a depus prezenta contestație, solicitând anularea rezultatului și reevaluarea ofertei.

Vizavi de studiul dosarului achiziției publice, contrar susținerilor societății din concluziile scrise, Consiliul a asigurat accesul neîngrădit la dosarul cauzei.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepției care o vizează, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este ținut să le analizeze cu precădere. Astfel, în privința respingerii contestației ca fiind lipsită de interes, solicitată de autoritatea contractantă, Consiliul are în vedere că, în susținerea excepției, se invocă faptul că *nu a fost făcută dovada vreunui prejudiciu, necesar deținerii calității de persoană vătămată, în condițiile în care procedura a fost anulată*.

Față de actul atacat (raportul procedurii nr. 213/08.01.2024) și de motivele expuse în contestație, se poate lesne determina că societatea contestatoare urmărește și solicită desființarea lui și a tuturor actelor prin care s-a decis anularea procedurii de atribuire.

Analizând condiția interesului prin prisma celor stabilite în Legea nr. 101/2016, societatea îndeplinește toate condițiile impuse de norma specială în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind continuarea procedurii prin evaluarea ofertelor și încheierea acordului-cadru: art. 3 alin. (1) lit. f) - persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și
- (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

În contextul în care, ca urmare a deciziei de anulare a procedurii, contestatoarea riscă să piardă oportunitatea de a accede la semnarea acordului-cadru în cauză, este limpede că se consideră persoană vătămată în sensul art. 3 alin. (1) din lege, antecitat. Prejudiciul provine tocmai din afectarea șanselor reclamantei de a încheia acordul-cadru.

Întrucât interesul este dat de existența unui folos sperat în urma contestației, folos care a fost demonstrat mai sus, se vădește a fi nefondată excepția invocată.

Așadar, neoperând excepția lipsei de interes, Consiliul va proceda la cercetarea și pronunțarea asupra fondului criticilor privind legalitatea măsurii de anulare a procedurii.

În acest sens, Consiliul reține că prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prevederi în baza cărora autoritatea contractantă a anulat procedura, au următorul conținut:

Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

(...)

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

În raportul procedurii, s-a explicat că *prin erori sau omisiuni* se înțelege faptul că pe parcursul procedurii de atribuire s-a constatat că valoarea estimată înainte de demararea procedurii, în ianuarie 2023 conform documentelor prezentate comisiei, nu a fost actualizată la momentul inițierii efective a procedurii de achiziție (23.08.2023 data aprobării notei de estimare), conform art. 12 din legea nr. 98/2016, nu a corespuns realității economice de la momentul evaluării și nu poate fi corectată/revizuită la acest moment al evaluării.

Din analiza actelor evaluării, se constată că, prin adresa nr. 208A/18.10.2023, comisia de evaluare a solicitat asocierii
- ... SRL transmiterea, la nivel de detaliu, a modului de formare a prețului.

Cu adresa nr. 1076/20.10.2023, semnată electronic, înregistrată la cu nr. 210A/20.10.2023, asocierea
- SRL a transmis următoarele informații:

- preț ofertat: 6,85 lei/kg.;
- componenta tarif și detaliere:
 - cheltuieli de producție zahăr vrac la kilogram 5,00 lei, din care:
 - cheltuieli de aprovizionare cu *materia primă* (achiziție sfeclă de zahăr și transport de la fermieri la fabrică 2,40 lei/kg.; (<https://.....ro/179276/pretul-negociat-de-fermieri-pentru-a-livra-sfecla-de-zahar-la-.../>)
 - cheltuieli cu utilitățile (gaz, energie, apă, etc.) 0,90 lei/kg.;
 - cheltuieli de remont și consumabile pentru producție și laboratoare 1,12 lei/kg.;
 - cheltuieli de personal 0,58 lei/kg.
 - cheltuieli de ambalare a zahărului la punga de 1 kg. (ambalaje de hârtie, folie tip 1, folie tip 2, palet, salarii, etc.) 0,65 lei/kg.;
 - cheltuieli de transport la autoritatea contractantă 0,10 lei/kg.;
 - cheltuieli de depozitare pe perioada contractului - la acest calcul s-a avut în vedere costul de închiriere practicat în piață respectiv 2,77 euro/mp. 0,50 lei/kg.;
 - cheltuieli indirecte [cheltuieli administrative, taxe, autorizații, reîmprospătarea stocului (dacă va fi cazul), cheltuieli neprevăzute] 0,31 lei/kg.;
 - profit 0,29 lei/kg.

Primind acest răspuns, susține autoritatea contractantă că, în încercarea de a identifica prețuri similare ca nivel la comercianții din România a fost identificat pe site-ul ro produsul ZAHAR 1 KG. (obținut din sfecla de zahăr, origine Ucraina) la prețul de 6,00 lei cu TVA inclus, *produs disponibil (aflat în stoc)*, pentru comenzi de 100 lei se asigură transportul gratuit, iară a fi menționată o limită de kilometri, care include toate cheltuielile producătorului enumerate mai sus, și suplimentar cheltuielile comerciantului retail și profitul acestuia, în situația fericită în care pe acest lanț nu a mai intervenit și un comerciant cu ridicata.

Toate acestea la un preț cu 24,5% mai mic decât prețul ofertei pentru

De asemenea, în datele de 20, 21 și 22.10.2023 au fost vizualizate prin vizite în magazine, în rețelele de comercializare retail, următoarele prețuri, pentru produsul zahăr 1 kg./pg.:

-, zahăr 4,69 lei/22.10.2023,
-, zahăr ... 5,00 lei și zahăr 5,50 lei/20.10.2023,
-, zahăr ... 5,15 lei și zahăr ... 5,49 lei/21.10.2023,
-, zahăr 5,19 lei și zahăr ... 5,25 lei/20.10.2023, mai mic cu 43,93% decât oferta pentru

-, zahăr ... 5,19 lei/20.10.2023 (...)

Luând în considerare aspectele prezentate detaliat și analizate mai sus concluzia comisiei este că la întocmirea propunerii financiare, ofertantul a avut în vedere, nivelul valorii estimate a achiziției, fără a lua în considerare realitatea economică la momentul depunerii ofertei (pe care o cunoaște, fapt demonstrat de prețurile de comercializare ale produsului pe site-ul propriu, pe site-urile altor comercianți, precum și prin rețelele comercianților de retail la nivel național, care comercializează produsele ofertantului) depășind cu mult prețurile de retail/cu amănuntul/la bucată rezultate în urma desfășurării activităților comerciale pe piață, în condiții de practică concurențială.

Finalizarea procesului de achiziție ar pune în situația de a achiziționa un produs la un preț, cu 44,00 % mai mare care ar conduce la o diferență de 4.788.000,00 lei la valoarea totală a achiziției, (raportate la prețul produsului zahăr la retailer, pe piață existând și prețuri mai scăzute), valoare fără legătură cu realitatea economică din acest moment, sau cea dintr-un viitor apropiat, fără a fi avantajoasă din punct de vedere economic conform art. 187 alin (1) din Legea nr. 98/2016 *privind achizițiile publice* și fără respectarea prevederilor: ORDONANȚEI nr. 119/1999 *privind controlul intern si controlul financiar preventiv* Art. 5: *Buna gestiune financiară*

(1) *Conducătorii entităților publice, precum și persoanele care gestionează fonduri publice și/sau patrimoniu public au obligația să realizeze o bună gestiune financiară prin asigurarea legalității, regularității, economicității, eficacității și eficienței în desfășurarea activității.*

După analizarea și evaluarea propunerii financiare, inclusiv verificarea conformității acestuia cu propunerea tehnică, cu valoarea estimată, precum și cu prețurile de piață, Comisia de Evaluare a decis anularea procedurii de achiziție publică ... (extras din raportul procedurii nr. 213/08.01.2024).

În același raport al procedurii s-au consemnat și două opinii contrare, patru membri ai comisiei de evaluare susținând că valoarea estimată are erori sau omisiuni iar 1 membru că valoarea estimată a fost fundamentată corect, reieșind, totuși, că punctele de vedere au fost armonizate parțial în privința anulării procedurii în temeiul anulării potrivit prevederilor art. 212 alin.

(1) lit. c), nefiind armonizată justificarea/motivarea care conduce la anularea procedurii, în speță, votul comisiei fiind următorul:

- 4 voturi pentru anularea procedurii de atribuire potrivit prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, motivul fiind erori sau omisiuni care nu pot fi corectate,

- 1 vot pentru anularea procedurii potrivit prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 21 alin. (8) din Legea 500/2002 și cu prevederile OG nr. 119/1999, motivul fiind este imposibilă încheierea contractului.

Concluzionând asupra situației de fapt, Consiliul stabilește că, pe parcursul evaluării, având în vedere prețul ofertat de singurul participant la procedură de 6,85 lei/kg, membrii comisiei de evaluare au constatat că modalitatea de determinare a valorii estimate a contractului este eronată întrucât se fundamentează pe date aferente lunii ianuarie 2023 conform documentelor prezentate comisiei, nefiind actualizată la momentul inițierii efective a procedurii de achiziție (23.08.2023 data aprobării notei de estimare).

Totodată, membrii comisiei de evaluare reproșează ofertantului asocierea - SRL faptul că a avut în vedere nivelul valorii estimate a achiziției, fără a lua în considerare realitatea economică la momentul depunerii ofertei.

Aceste motive, însă, nu sunt de natură, în aprecierea Consiliului, să ducă la anularea procedurii.

În acest sens, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a arătat, în concret, prevederile legale care ar fi încălcate prin determinarea valorii estimate prin raportare la luna ianuarie 2023. Simpla susținere în sensul că în mod întemeiat calculul ar fi trebuit să fie actualizat la momentul inițierii efective a procedurii de achiziție (23.08.2023 data aprobării notei de estimare) nu este de natură să determine anularea procedurii, cât timp nu s-a dovedit în concret încălcarea unor prevederi legale care afectează procedura de atribuire.

În încercarea de a justifica estimarea eronată a valorii acordului-cadru, autoritatea contractantă face trimitere la prețurile *vizualizate prin vizite în magazine*, în datele de 20, 21 și 22.10.2023, la produsul zahăr 1 kg, sugerând, în acest sens, că acestea sunt în scădere.

Separat de faptul că acestea sunt ulterioare demarării achiziției, Consiliul achiesează și la părerea președintelui comisiei de evaluare, contrară celorlalți membri, cum că orice estimare s-ar fi făcut la nivelul lunii august (identificată cu data demarării procedurii de atribuire) ar fi trebuit să țină cont de tendința de creștere a prețului acestui produs, tendință de creștere susținută de datele furnizate de către Comisia Europeană și regăsite la dosarul cauzei. Astfel, la nivelul lunii august 2023 media era de 930 euro/t pentru zahăr alb, în regiunea 3 (din care face parte și România) în creștere față de lunile ianuarie – iulie ale anului 2023 (ianuarie 2023 – 873 euro/tonă, februarie 2023 – 894 euro/tonă,

martie 2023 – 877 euro/tonă, aprilie 2023 – 892 euro/tonă, mai 2023 – 903 euro/tonă, iunie 2023 - 897 euro/tonă, iulie 2023 – 915 euro/tonă).

În continuare, analizând cerințele implicate ale textului legal antecitat, Consiliul reține că nu sunt îndeplinite în speță.

Consiliul va reține că nu orice eroare sau omisiune din partea autorității contractante poate determina anularea procedurii de atribuire, legiuitorul stabilind în mod expres că acestea trebuie să fie de o anumită gravitate, respectiv să aibă ca efect încălcări ale prevederilor legale sau să facă imposibilă încheierea contractului, condiții neîndeplinite în cauza de față.

Textul art. 212, așa cum s-a evidențiat mai sus, are în vedere cu titlu excepțional ipoteza anulării procedurii de aceea trebuie interpretat și aplicat strict în limitele prevăzute de lege. Imposibilitatea încheierii contractului ca premisă a anulării procedurii trebuie să fie obiectivă, delimitată clar de o posibilă imputabilitate în sarcina autorității contractante.

Cu alte cuvinte, după cum rezultă cu evidență din conținutul normei legale, încheierea contractului, în speță, a acordului-cadru trebuie să fie imposibilă, nu doar neconvenabilă, dificilă, împovărătoare, excesiv de oneroasă sau chiar inutilă, pentru autoritatea contractantă. În lipsa oricărei circumstanțieri a imposibilității, va rezulta că imposibilitatea, așa cum rezultă și din sensul comun al termenului, trebuie să fie una obiectivă și absolută.

Astfel, autoritatea contractantă nu a susținut niciodată, nici în cadrul actelor interne pe care le-a emis succesiv pe parcursul procedurii, nici în comunicarea făcută către ofertant și nici în fața Consiliului, ca ar fi imposibilă furnizarea zahărului la prețul stabilit la nivelul documentației de atribuire.

Totodată, nu a făcut dovada că nu are sursele financiare asigurate pentru susținerea acordului-cadru.

Maniera de a proceda a autorității contractante, pe de o parte, apare ca nelegală în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertantului participant, aflat în etapa de evaluare financiară.

Pentru cele ce preced, Consiliul va admite contestația formulată de, va anula decizia de anulare a procedurii și actele subsecvente acesteia și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen cel mult zece zile de la comunicarea prezentei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de, în contradictoriu cu („.....”), în calitate de autoritate contractantă, și anulează decizia de anulare a procedurii, dispusă prin raportul procedurii nr. 213/08.01.2023, precum și actele subsecvente acesteia. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen cel mult zece zile de la comunicarea prezentei.

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

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.