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

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. 312/09.09.2021, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 47649/09.09.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ...., reprezentată legal prin Ștefan Marian Voicu – administrator, formulată împotriva deciziei de anulare a procedurii de reofertare nr. EA1007875, emisă de ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitația electronică, codul unic de procedură EA1007875, pentru reluarea competiției între semnatarii acordului - cadru nr. 358836/26.01.2021, având ca obiect *„Achiziție hrană animale de serviciu - FÂN"* - cod CPV: 03114200-5, s-a solicitat:

- conform art. 22 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de anulare dispusă de autoritatea contractantă, pentru prevenirea unei pagube iminente;

- reanalizarea ofertelor financiare depuse, nefiind aplicabile prevederile art. 212 privind deficiența tehnică a SICAP;

- atribuirea contractului subsecvent către ...SRL, nefiind aplicabile nici prevederile art. 212 alin. (2), deoarece prevederile și intrucțiunile autorității contractante la reofertare au fost clar indicate în anunțul EA 1007875, respectiv „prețul unitar”.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ...SRL critică decizia autorității contractante de anulare a procedurii de reofertare nr. EA1007875.

În fapt, în urma unei proceduri simplificate derulate în luna decembrie 2020, anunț de participare simplificat SCN1079769 - Achiziţie hrană animale de seviciu - „FÂN”, a fost semnat acordul-cadru cu 3 operatori economici: ....

Conform prevederilor art. 2 coroborat cu art. 5 din acordul cadru, autoritatea contractantă urmează să atribuie contractele subsecvente

prin reluarea procedurii, ofertantului cu prețul unitar cel mai scăzut (art. 2.6), reluare pornind de la prețurile unitare ofertate în acordul cadru (art. 5.1).

Așadar, în data de 01.09.2021, autoritatea contractantă a lansat procedura de reofertare, cu termen limită de depunere 02.09.2021, ora 16.00, [EA1007875] achiziţie hrană animale de seviciu – „FÂN”.

Petenta arată că a introdus valoarea de 1.24 lei/kg preț unitar, (sub pragul preţului ofertat în acordul cadru, respectiv 1.25 lei/kg), oferta clasându-se pe locul I.

În data de 08.09.2021, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta câștigătoare a fost desemnată cea de pe locul II, astfel că, în temeiul Legii nr. 101/2016, ...SRL a solicitat măsuri de remediere.

În data de 09.09.2021, autoritatea contractantă a comunicat decizia de anulare a procedurii de reofertare, în temeiul art. 212, fiind invocate deficiențe tehnice ale platformei SICAP, în mod nejustificat și netemeinic.

Însă, aceasta apreciază că oferta sa financiară a respectat prevederile acordului cadrul și criteriul de atribuire/reofertare indicat în SICAP, respectiv pasul indicat, cât și procedura de reofertare, astfel că este admisibilă în condițiile art. 212 lit. e) și nu se află în imposibilitatea de a livra produsele în cauză.

Având în vedere că unica ofertă admisibilă depusă aparține ...SRL, consideră că anularea procedurii afectează în mod grav interesele financiare legitime ale societății, cauzând un prejudiciu financiar, reprezentând contravaloarea contractului subsecvent, având în vedere că produsele ce fac obiectul procedurii există, pot fi livrate conform obligațiilor asumate prin acordul cadru, nefiind aplicabile nici prevederile art. 212 lit. e) *situaţie de forţă majoră sau imposibilitatea fortuită de a executa contractul.*

Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea contestației, atașate punctului de vedere nr. 361.981/13.09.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 48361/14.09.2021, prin care solicită respingerea contestaţiei ca neîntemeiată, din următoarele motive:

În fapt, la data de 01.09.2021, ora 16:00, autoritatea contractantă a inițiat licitația electronică, având codul unic de procedură EA1007875, pentru reluarea competiției între semnatarii acordului - cadru nr. 358836/26.01.2021, privind furnizarea de hrană animale de serviciu - FÂN, în conformitate cu prevederile art. 118 alin. (1) lit. b) și art. 119 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, în condițiile prevăzute în documentația de atribuire ce a stat la baza atribuirii și semnării acordului - cadru, în care operatorii economici semnatari au posibilitatea, în cadrul reluării competiției, de a-şi menține prețul ofertat inițial sau de a-l îmbunătăți.

Astfel, potrivit acordului - cadru semnat, autoritatea contractantă a reluat competiția prin licitație electronică, iar operatorii economici participanţi trebuiau să respecte condiţiile prevăzute în documentaţia de atribuire, acordul - cadru semnat şi manualul de utilizare (pentru operatorii economici) al SEAP-ului în cazul licitației electronice.

Anterior începerii etapei de licitație electronică, autoritatea contractantă a transmis operatorilor economici semnatari ai acordului - cadru, Invitaţia nr. 361923/30.08.2021, în care erau informaţi cu privire la faptul că instituția are intenția de a semna, în perioada următoare, un contract subsecvent pentru o cantitate de 55000 kg - FÂN şi conform prevederilor din acordul - cadru, s-a reluat competiţia prin iniţierea, în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice, a unei etape de licitaţie electronică, având ca dată de început 01.09.2021, ora 16:00. De asemenea, în cadrul invitaţiei au fost detaliate principalele aspecte ale viitorului contract subsecvent şi reiterate condiţiile licitaţiei electronice.

Aşa cum prevede manualul de utilizare, în cazul licitaţiei electronice, operatorii economici au posibilitatea de a introduce oferta de preţ, care reprezintă valoarea totală a achiziţiei şi nu preţul pentru un anumit produs din pachet sau preţul unitar (Manual utilizare ofertant - Accesarea Licitaţiei Electronice - Figura 5 Vizualizare licitatie electronică - Notă 1 - *„oferta de preţ reprezintă valoarea totală a achiziţiei (ofertă financiară) şi nu preţul pentru un anumit produs din pachet sau un preţ unitar*").

Or, deşi autoritatea contractantă a făcut referire în invitaţia de participare la preţul unitar, acesta făcea parte din elementele de reofertare în cadrul reluării competiţiei, participanţii la licitaţia electronică trebuiau să respecte condiţiile de utilizare a platformei electronice prevăzute în Manualul de utilizare pentru ofertanţi.

Autoritatea contractantă precizează că a mai iniţiat două proceduri de reluare a competiţiei în decursul acestui an, respectiv procedurile EA1006628 şi EA1005736, având aceleaşi condiţii de participare, la care au luat parte semnatarii acordului - cadru, inclusiv SC ...SRL, iar potrivit regulilor de funcţionare a Sistemului Electronic de Achiziţii Publice, ... şi-a menţinut preţul ofertat iniţial, în ambele cazuri acesta fiind pentru valoarea totală a achiziţiei, respectiv de 237.500,00 lei fără TVA.

Autoritatea contractantă susține că a înţeles acţiunea contestatoarei în cadrul ultimei proceduri de reluare a competiţiei, în care aceasta a ofertat preţul unitar, iar la stabilirea clasamentului, aceasta a fost clasat pe locul 3. Or, dacă ar atribui contractul contestatoarei, în condiţiile stabilite de aceasta, ar încălca prevederile acordului - cadru, deoarece în cadrul acestuia mai sunt doi operatori economici care au depus două oferte de preţ mult mai avantajoase, respectiv SC ... SRL - 0,95 lei fără TVA/kg şi SC ... CP SRL - 1,12 lei fără TVA/kg şi astfel s-ar crea un avantaj clar pentru ..., avantaj ce încalcă

principiile achiziţiilor publice de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare.

Referitor la solicitarea de remediere în cazul anulării etapei de licitaţie electronică ce face obiectul cauzei, autoritatea contractantă apreciază că a luat cea mai echitabilă decizie când a hotărât anularea etapei şi reluarea ei la o dată ulterioară, deoarece în cadrul acestei proceduri au fost depuse oferte de preţ diferite, ce nu au asigurat o competiţie reală între operatorii economici semnatari ai acordului - cadru şi implicit nu s-a asigurat un tratament egal participanţilor.

Din documentele depuse la dosarul cauzei şi din susţinerile părţilor, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziție hrană animale de serviciu - FÂN"*, prin publicarea în SEAP a anunţului de participare simplificat SCN1079769/04.12.2020, stabilind data primirii ofertelor la 11.12.2020, criteriul de atribuire *„preţul cel mai scăzut”* şi valoarea estimată, 237.500,00 lei, fără TVA.

Potrivit procesului verbal nr. 968.45/11.12.2020, în cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 4 ofertați printre care și contestatoarea din prezenta cauză, respectiv SC ...SRL.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207510166/1 din 10.08.2021, a sumei de 1.375,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61^1 din Legea nr. 101/2016.

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

Cu privire la capătul de cerere privind *suspendarea procedurii de anulare dispusă de autoritatea contractantă*, Consiliul o va respinge ca nefondată având în vedere că anularea acestei etape nu produce niciun fel de pagube iminente din cele prevăzute de art. 22 din Legea nr. 101/2016, pe de o parte, iar pe de altă parte, dispozițiile legale invocate reglemenetează „suspendarea procedurii de atribuire”. Or, în acest caz, respectiv în cazul unei proceduri anulate, de reluare de competiție ca în prezenta speță, nu pot dispune suspendarea a ceva ce este deja anulat.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că împotriva rezultatului procedurii de atribuire, în speță a deciziei de anulare a procedurii de atribuire publicată în ... din data de 09.09.2021, a formulat contestație SC ...SRL prin care solicită anularea acesteia și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și în consecință să constate că singura ofertă admisibilă aparține societății sale.

Consiliul constată că ... din data de 09.09.2021, autoritatea contractantă aduce la cunoștința ofertanților faptul că.

„În conformitate cu prevederile art. 212, art. 1 lit. b) și art 2 alin. (2) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă anulează această fază de reluare a competiției, având în vedere că sisemul electronic de achiziții publice (SEAP) a permis introducerea unor valori diferite a ofertei de preț, iar autoritatea contractantă nu a putut compara și evalua într-un mod egal ofertele operatorilor economici".

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, autoritatea contractantă a stabilit că:

„Propunerea financiară – valoarea totală a propunerii financiare, se va exprima în lei, fără TVA și se va înscrie în câmpul «Prețul ofertei» din SEAP.

***Prețul ofertei este dat de – cantitatea maximă înmulțită cu prețul unitar (lei)/fără TVA**".*

Potrivit cap. II 1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, *„Elementul de reofertare va fi prețul, iar prețul de reofeertare va pleca de la valoarea ofertată de fiecare operator în parte, având posibilitatea de a-și menține prețul ofertat inițial sau de a-și îmbunătăți propunerea financiară".*

Prin Invitația de reluare a competiției între semnatarii acordului-cadru nr. 358.868/26.01.2021, înregistrată sub nr. 361923/30.08.2021, autoritatea contractantă a comunicat celor trei ofertanți, că:

„Licitația electronică se va desfășura prin SEAP, într-o singură etapă în data de 01.09.2021 – 02.09.2021, elementul de reofertare va fi strict legat de prețul unitar".

După etapa de reofertare, având în vedere că ofertanții au introdus valori diferite în câmpul destinat prețului, respectiv valori totale (... CP 212.800 lei) și preț unitar (...1,24 lei), sistemul SEAP a afișat că pe primul loc, s-a clasat SC ...SRL, având în vedere criteriul de atribuire *„prețul cel mai scăzut".*

Consiliul constată că după vizualizarea clasamentului în SEAP, SC ...SRL a solicitat informații cu privire la rezultatul procesului, astfel:

„Având în vedere procedura subsecventă din 02.09.2021, vă rugăm să ne comunicați rezultatul procedurii, având în vedere clasamentul afișat de SICAP potrivit căruia oferta noastră (preț unitar re-ofertat conform art. 5 din ACORDUL CADRU - preț pentru etapa de reofertare), oferta noastră s-a clasat pe I".

În data de 08.09.2021, autoritatea contractantă comunică contestatoarei răspuns prin care îi transmite că:

„Referitor la etapa de reofertare desfășurată în perioada 01.09.2021(16.00)-02.09.2021(16.00) vă comunicăm faptul că, deși în SEAP figurați pe primul loc cu un preț de 1,24 lei fără TVA/kg, oferta câștigătoare a fost cea a operatorului economic .... deoarece prețul pe kg în urma efectuării calculelor este de 0,83 lei fără TVA/kg".

Având în vedere că autoritatea contractantă se află în situația de a îndrepta vicii de formă întrucât ofertanții au prezentat, în câmpul privind prețul, valori diferite (contestatoarea preț unitar iar ceilalți doi ofertanți prețul total), a luat decizia de a anula etapa de reofertare.

Faptul că cei doi au ofertat prețul total în loc de prețul unitar nu reprezintă motiv de respingere a ofertelor pentru că în ofertă există toate elementele pentru autoritatea contractantă de a determina prețul unitar. În acest sens, dispozițiile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 califică situația de față în categoria viciilor de formă.

Într-o speță similară, în care ofertanții încarcă în SEAP prețul unitar și nu prețul total, Curtea de Apel București a considerat că în mod corect Consiliul a apreciat ca fiind viciu de formă.

În acest sens, Consiliul reține că prin Decizia nr. ..., prin care, în considerente a reținut cu privire la art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, că:

„Petenta Autoritatea contractantă a susținut, atât în fața CNSC cât și în fața instanței, că aplicarea în speță a disozițiilor art. 135 alin.1 din HGR nr. 395/2016 nu era posibilă, erorile constatate neputând reprezenta vicii de formă, deoarece acestea se referă la «erori dintr-un document», iar în speță s-a solicitat corectarea unei operațiuni tehnice, introducerea în SEAP a mențiunilor privitoare la prețul unitar neputând constitui «document» în sensul legii, motiv pentru care a apreciat ca aplicabilă este procedura prevăzută de art. 134 din HGR nr. 395/2016.

Curtea va înlătura aceste alegații ale petentei, constatând că însăși petenta se contrazice în ceea ce privește noțiunea de «document», făcând trimitere la dispozițiile art. 209 alin 1 din Legea nr. 98/2016, referitoare la dreptul autorității de a solicita «clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor».

Așadar, încă de la momentul transmiterii solicitării de clarificări autoritatea contractantă a apreciat că încărcarea în SEAP la secțiunea «preț» a prețului unitar generează un document ce se impune clarificat/corectat în sesnul art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, deci implicit al art. 135 din HGR nr. 395/2016 (text care la rândul său face trimitere la art. 209 alin. 1) din lege). Așadar, pentru identitate de rațiune, acest «document» poate fi totodată și corectat, în măsura în care se apreciază că este afectat de un viciu de formă, devenind incidente dispozițiile art. 135 din același act normativ.

Concluzionând, Curtea va observa că aplicarea dispozițiilor art. 135 din HGR nr. 395/2016 era posibilă, ofertantul având posibilitatea potrivit legii să îndrepte viciile de formă constatate cu ocazia analizei modalității de completare a rubricilor în SEAP.

Un alt motiv invocat de petentă în susținerea inaplicabilității dispozițiilor art. 135 din HGR nr.395/2016 a constat în aceea că nu sunt îndeplinite condițiile alineatului 3 al acesti articol, pentru ca eroarea să poată fi calificată drept viciu de formă. (...)

Curtea va observa, contrar alegațiilor petentei, că textul de lege citat se pliază întocmai pe situația de fapt desuă judecății, remarcând că în realitate valoarea introdusă de ofertanta Asocierea reprezentată de intimată la secțiunea „preț" reprezintă prețul unitar din oferta acestuia, deci are valoare de „preț", iar prețul total al ofertei este susținut neechivoc de sensul și conținutul propunerii financiare (...)

Toate aceste considerente vin în susținerea argumentelor potrivti cărora în realitate, cu ocazia introducerii elementului «prețului unitar» în SEAP, în locul prețului total (prețul unitar fiind însă susținut de restul documentației și susținând la rândul său prețul total din formularul de ofertă), au devenit incidente dispozițiile art. 135 alin. 1 din HgR nr. 395/2016, privitoare la viciile de formă, care dădeau dreptul autorității contractante de a proceda la emiterea unei solicitări de clarificări potrivit textului menționat, însă nu și dreptul acesteia de a aplica sancțiunea prevăzută de dispozițiile art. 134 din același act normativ.

Este adevărat că dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu art. 135 din HGR nr. 395/2016 consacră doar un drept al autorității, nu și o obligație de a proceda în acest sens, însă din documentele de la dosar rezultă că autoritatea a ales să uzeze de acest drept al

său odată cu solicitarea de clarificăr transmisă ofertantului, astfel că avea obligația de a lua în considerare răspunsul ce i-a fost comunicat și să aprecieze concludența acestuia pentru a putea aplica sancțiunea îndepărtări ofertantului din procedură".

Consiliul constată că autoritatea contractantă a efectuat un calcul și a determinat care este prețul unitar pentru fiecare dintre cei trei ofertanți, iar oferta contestatoarei se situează pe locul 3, iar prin aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut" nu putea fi desemnată câștigătoare, context în care contestarea deciziei de anulare a etapei de reluare a competiției apare ca lipsită de interes, doar ofertantul care a ofertat cel mai mic preț, respectiv ..., dar care nu a contestat această decizie.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ....

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ...SRL,, în contradictoriu cu ...I.

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
... **...** **...**

Redactată în 4 exemplare, conţine 7 (șapte) pagini

Redactată practicaua deciziei, ...