CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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. 14 alin. (2) 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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., având Cod Unic de înregistrare RO ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub. nr. ....., împotriva raportului procedurii nr. 1164/12.02..... emis de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru cu un singur agent economic, pe o perioadă de 4 ani, având drept obiect: „.....” cod CPV: 09134210-2, 09132100-4, s-a solicitat: ..... și reevaluarea corectă și întemeiată a ofertelor financiare.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC ..... SRL precizează că prin adresa nr. 316/19.02..... a formulat notificarea prealabilă, autoritatea contractantă transmițând răspunsul nr. 1563/23.02.....

În fapt, contestatorul subliniază că o condiție esențială specificată în caietul de sarcini a fost aceea potrivit căreia ofertantul să facă dovada prețului ofertat și a ajustării prețului, cu o factură de achiziție. Operatorul economic declarat câștigător al procedurii a ofertat prețul de 4,724 lei/litru, însă a dovedit achiziția motoriei la prețul de 4,720 lei/litru. Astfel, rezultă un adaos comercial de 0,002 lei/litru, ce reprezintă cheltuieli de transport, adaos comercial, creditare, respectiv un adaos brut de 60 lei pentru un transport / livrare medie de 30.000 litri carburant. Întrucât contestatorul a considerat că acest adaos comercial nu este sustenabil și real, s-a adresat autorității contractante

prin notificare prealabilă, autoritatea contractantă răspunzând prin adresa nr. 1563/23.02..... prin care a precizat că „nu este interesată în verificarea marjei de profit a câștigătorului, dar va face demersurile necesare către adjudecatar”
Contestatorul arată că prin adresa nr. 28/02....., ofertantul declarat câștigător i-a comunicat că: „marja de adaos este îndestulătoare” și că „doar după încheierea contractului se vor face pregătiri în vederea aprovizionării cu plata înainte de livrare, iar prețul și condițiile vor fi satisfăcătoare”, fără însă a proba cele afirmate.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 9257/.....-...../07.03....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, dosarul achiziției publice; oferta financiară a ofertantului declarat câștigător al procedurii; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016. În situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2285/15.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 10770/16.03....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că oferta declarată câștigătoare a proceduri este cea depusă de SC .... SRL, cu prețul de 3,97 lei fără TVA/litru, preț considerat de către contestator a fi un preț „neserios”, însă prețul ofertat de SC ..... SRL este de 3,98 lei, rezultând astfel, o diferență de 1 ban, diferență pe care contestatorul o consideră „destul de mare în asigurarea unei marje de adaos îndestulătoare”.

Autoritatea contractantă consideră că interesul său este de a achiziționa aceste produse cu un preț cât mai scăzut și menținerea acestuia pe perioada menționată în documentația de atribuire, neavând nici un atribut de a sugera sau a interveni în stabilirea politicilor de profit a unor societăți comerciale private, acestea fiind singurele responsabile de cuantumul acestui profit, fie el, mic sau mare.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă ca neîntemeiată contestația, precum și menținerea raportului procedurii, ca temeinic și legal.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisa, în vederea încheierii acordului cadru cu un

singur agent economic, pe o perioadă de 4 ani, având drept obiect: „.....” cod CPV: 09134210-2, 09132100-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 2.000.000 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere criticile contestatorului privind modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare, depusă de SC .... SRL, Consiliul va reține următoarele aspecte:

La secțiunea IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „*Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât să fie furnizate toate informațiile cu privire la preț și alte condiții financiare și comerciale legate obiectul contractului de achiziție publică. Actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă, îl reprezintă formularul de oferta însoțit de Centralizatorul de prețuri și Propunerea de contract, semnate și ștampilate pe fiecare pagină. În cazul în care există obiecțiuni, ofertantul va menționa în scris obiecțiunile iar adresa va fi anexată la propunerea de contract. Propunerea financiară se va exprima în lei/litru , fără TVA și se criptează în SEAP, iar acesta va fi vizibil comisiei de evaluare după decriptare. Cursul de schimb valutar folosit la determinarea echivalenței leu/euro va fi cel comunicat de BNR la data publicării anunțului de participare; prețul în euro se utilizează în scopul monitorizării procedurii. Orice ofertă cu o perioadă de valabilitate mai mică de 90 de zile (de la data termenului limită de primire a ofertelor) va fi automat respinsă. Nu se acceptă oferte alternative. Evaluarea ofertelor -Oferta câștigătoare va fi oferta admisibilă care va avea cel mai mic preț exprimat în lei/litru fără TVA*”.

Totodată, Consiliul va reține că în caietul de sarcini publicat în SEAP, în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN181172/003] DOCUMENTATIE ATRIBUIRE MOTORINA ....doc.p7s”, și care, potrivit art. autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„(...) 1.5 Ofertanții care nu sunt producători au obligația de a prezenta, în copie, o factură de intrare motorină, datată cu maximum 30 de zile înainte de data depunerii ofertelor, pentru a se evita ca prețul din ofertă să fie mai mic decât cel de achiziție fapt interzis de legea contabilității.

(...)

2. Obiectul achiziției îl constituie furnizarea de carburant auto, din depozitele furnizorului, cu plata în termenul stabilit prin contractul subsecvent și anume Motorină EURO 5 – cod CPV 09134200-9, – în formă lichidă, pe toată durata acordului cadru, la sediul autorității contractante.

Motorină lichidă EURO 5, este utilizată drept combustibil pentru motoarele Diesel proiectate să utilizeze acest tip de combustibil, conform prescripțiilor din cărțile tehnice și din instrucțiunile de exploatare ale motoarelor.

(...)

5. Livrarea

Livrarea produselor petroliere (motorină) se face cu asigurarea mijloacelor de transport de către furnizor (ofertant), franco-depozit achizitor, prețul transportului fiind inclus în prețul produsului.

Livrarea se va face eșalonat, în baza comenzilor emise de beneficiar, în termen de 72 de ore de la primirea comenzii de către furnizor la depozitul DDSP .....

6. Ambalare, transport, depozitare

Transportul produsului se va face în autocisterne echipate conform acordului cu privire la transportul rutier de mărfuri periculoase – ADR la care Romania a aderat.

Cisternele vor fi echipate cu debitmetre omologate, ceas cu afișare digital și care să aibă verificare metrologica în termen de valabilitate.

Motorina pentru motoare diesel este un produs petrolier inflamabil, ca atare vor fi respectate prevederile din normativele republicane și departamentele de prevenire și stingerea incendiilor și de protecția muncii pentru depozitare și manipularea lor. De asemenea se vor respecta condițiile de încărcare, depozitare și transport.

7. Recepția cantitativă și calitativă

Recepția cantitativa și calitativă se va face la depozitul autorității contractante.

Fiecare livrare va fi însoțită de:

- aviz de expediție;

- notă de cântar ;

- factura fiscala;

- raport de încercări ;

- certificat de conformitate".

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 1164/12.02..... (pag. 29-65 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), oferta desemnată câștigătoare este cea depusă de SC .... SRL ..... cu prețul de 1.668.200 lei pentru cantitatea maximă de combustibil prevăzută în acordul cadru;

- potrivit centralizatorului financiar de prețuri aflat la pag. 116 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei, SC .... SRL a ofertat prețul de 3,97 lei fără TVA pentru motorină și prețul de 4,01 lei fără TVA pentru benzină;

- în cuprinsul raportului procedurii de atribuire nr. 1164/12.02....., la pag. 59 din dosarul achiziției, autoritatea contractantă a consemnat că, în aplicarea prevederilor capitolului 1.5 din caietul de sarcini, SC .... SRL a inclus în oferta sa factura emisă de SC Rottco Consult SRL cu seria ROTTF nr. 65408/29.12.2017 (emisă cu cca. 24 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor), având prețul de 3,96639 lei/litru.

Comparând prețul ofertat în prezenta procedură de atribuire de SC .... SRL pentru motorină cu prețul la care acest ofertant a achiziționat anterior motorină conform facturii seria ROTTF nr. 65408/29.12.2017 depusă în oferta sa, Consiliul va reține că diferența dintre prețul de achiziție și cel de vânzare a motorinei de către SC .... SRL conform documentelor transmise la dosarul cauzei este de 3,97 - 3,96639 = 0,00361 lei/litru.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, privind diferența *„de doar 1 (unu) ban*" deoarece, calculând diferența dintre prețul de achiziție și cel de vânzare a motorinei de către contestator (conform valorilor consemnate de autoritatea contractantă în raportul procedurii de atribuire, la pag. 59-60 din dosarul achiziției), Consiliul constată că acesta este 3,98 – 3,8823 = 0,0977 lei, sumă care este de cca 27 de ori mai mare decât în cazul SC .... SRL.

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmat de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse sunt reale și ferme și numai în urma obținerii/verificării detalierii prețului ofertat, autoritatea contractantă putea stabili realitatea și corectitudinea formării acestuia. Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acestora, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte (cum ar fi simpla constatare/consemnare/ inventariere a documentelor depuse de ofertant în ofertă) care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Având în vedere necesitatea autorității contractante astfel cum a fost concretizată în caietul de sarcini constând în livrarea, ambalarea, transportul, depozitarea și recepția carburantului, Consiliul va reține că,

înainte de a adopta o decizie cu privire la oferta depusă de SC .... SRL, autoritatea contractantă ar fi trebuit să-i solicite acestuia să justifice prețul ofertat, astfel încât să se asigure că prețul ofertat, de 3,97 lei/litru acoperă toate cheltuielile necesare furnizării carburantului, conform prevederilor documentației de atribuire și legislației incidente.

În cadrul Hotărârii din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10 *„Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (punctul 40).*

Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Curtea a reținut în cauza c-599/10 la pct. 31 că *„efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că revine autorității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru a i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor".*

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate. În încercarea de a oferta un preț cât mai

scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de costuri având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei sale, vor găsi o modalitatea de a presta serviciile la prețul ofertat.

Orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea ofertelor trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertelor, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei sau pe simple supoziții ale comisiei de evaluare privind elementele de cost luate în considerare de către ofertanți, astfel cum susține autoritatea contractantă în punctul de vedere că a procedat: *„considerăm că interesul autorității contractante este de a achiziționa aceste produse cu un preț cât mai scăzut și menținerea acestuia pe perioada menționată în documentația de atribuire”*.

Simplul fapt că SC .... SRL a inclus în oferta sa o factură de achiziție a motorinei cu un preț inferior celui ofertat în prezenta procedură de atribuire nu este de natură să demonstreze faptul că acest ofertant poate să livreze carburantul în condițiile din caietul de sarcini, câtă vreme autoritatea contractantă nu a solicitat acestui ofertant să demonstreze că prețul ofertat include toate elementele de cost solicitate în caietul de sarcini (cum ar fi, de exemplu, cele pentru manipulare, transport etc)

În lipsa unor astfel de verificări, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă în mod nelegal a declarat admisibilă oferta depusă de SC .... SRL, analizând cu superficialitate oferta acestuia.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul ofertei nu au fost introduse toate cheltuielile aferente derulării contractului, aparține autorității contractante. Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete de formare a prețului și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat. Solicitarea informațiilor referitoare la modul de formare a prețului este dublată de obligația comisiei de verificare a acestora, verificare care are loc pe baza dovezilor prezentate.

Solicitarea de clarificări din partea autorității contractante s-ar fi impus tocmai pentru a vedea dacă, și în ce măsură, ofertele depuse erau sustenabile și viabile sau dacă acestea au fost folosite doar ca mijloc de inducere în eroare în vederea încheierii acordului cadru, fără a avea în fapt un fundament real.

În soluționare, Consiliul nu va lua în considerare susținerile SC .... SRL, din cuprinsul adresei nr. 83/28.02..... (pag. 15 din dosarul achiziției), transmisă autorității contractante ulterior formulării notificării

prealabile de către actualul contestator, privind evoluția prețurilor la motorină, având în vedere următoarele aspecte:

- Potrivit art. 3 lit. l) din Legea nr. 98/2016 *„contract de achiziție publică”* este un *„contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii*” de unde rezultă că este un contract încheiat în formă scrisa, cu titlu oneros, cu obiect determinat, cu subiecte determinate, sinalagmatic și comutativ;
- Referitor la caracterul comutativ al contractului de achiziție publică, aceasta semnifică faptul că la încheierea contractului, părțile cunosc întinderea prestațiilor la care se obligă și pot aprecia valoarea acestora ca fiind echivalentă, prestația fiecărei părți reprezentând echivalentul contraprestației celeilalte părți;

Prin urmare, contractul de achiziție publică nu poate fi interpretat în nicio situație ca fiind un contract *aleatoriu* care conferă părților șanse de câștig și pierdere. Potrivit art. 1660 c. civ prețul ofertat este ferm, determinat sau determinabil. Prețul contractului poate fi determinat cu precizie încă din etapa de semnare sau poate fi determinat pe parcursul execuției prin raportarea unor tarife/ onorarii/prețuri la cantitățile efectiv predate autorității contractante. Cu toate acesta, doar în situații de excepție părțile vor putea conveni modificări ale prețului contractului ofertat inițial, în cadrul unor mecanisme juridice precise.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă trebuie să se asigure încă din faza de evaluare a ofertelor de faptul că ofertanții au prevăzut în ofertă costurile necesare tuturor prestațiilor, inclusiv cele de natura transportului și manipulării carburantului solicitate explicit și imperativ prin documentația de atribuire.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei aparținând SC .... SRL este întemeiată, urmând să fie admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a prevederilor legale și motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a prevederilor legale și motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.