



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C

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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în Localitatea ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având CUI ... împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr.D71/2/389/10.02.2017 și a răspunsului la notificarea prealabilă nr.D71/2/483/17.02.2017, emise de către ... în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă online, a contractului de furnizare având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate, a Raportului procedurii nr.D71/2/388/10.02.2017 și a actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea entității contractante la continuarea procedurii.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. ... S.R.L. critică rezultatul procedurii comunicat cu adresa nr.D71/2/389/10.02.2017 și răspunsul la notificarea prealabilă nr.D71/2/483/17.02.2017, emise de către ... în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de furnizare având ca obiect „...”, solicitând anularea

înscrierilor susmenționate, a Raportului procedurii nr.D71/2/388/10.02.2017 și a actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea entității contractante la continuarea procedurii.

În motivarea contestației sale, S.C. ... S.R.L. prezintă un istoric al procedurii, relevante fiind informațiile conform cărora, ulterior derulării acesteia, câștigătoare a fost desemnată oferta depusă de S.C. ... S.R.L., decizie împotriva căreia contestatorul arată că a formulat notificare prealabilă.

Răspunsul autorității contractante susține contestatorul că a constatat în comunicarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, motivat de faptul că „(...) a omis să prevadă în Documentația de atribuire, punctual valoarea accizei pentru anul 2017 sau o modalitate de aplicare a acestei accize pentru anul 2017 asimilabilă ajustării prețului” și că “având în vedere derularea livrărilor în anul 2017 și urmare a corespondenței cu ofertantul declarat câștigător, entitatea contractantă a constatat că se află în imposibilitatea semnării contractului, precum și în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016”.

Apreciază contestatorul că decizia entității contractante de a anula procedura de atribuire, deși inițial a decis să atribuiască contractului ofertantului SC ... SRL, este nelegală în raport de argumentele prezentate în continuare:

Prin răspunsul pe care l-a transmis la notificarea prealabilă, entitatea contractantă nu a prezentat niciun contraargument cu privire la criticile formulate, motiv pentru care se solicită să se aibă în vedere la analiza legalității și temeiniciei deciziei de anulare și această atitudine “activă” a entității contractante.

În ceea ce privește decizia de anulare, S.C. ... S.R.L. susține că aceasta conține următoarele vicii de legalitate și netemeinicie, rezultate atât din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, cât și din Raportul procedurii:

1. Deși la pagina 10 din Raportul procedurii se menționează faptul că în FD (pct.IV.2) s-a precizat că prețul este unitar, exprimat în lei/tonă și include valoarea accizei de 2.245,11 lei/tonă și că “niciun operator economic nu a solicitat clarificări cu privire la valoarea estimată publicată, implicit la valoarea accizei menționată” (și nici nu a contestat această mențiune, însușindu-și astfel cerința), entitatea contractantă a adoptat decizia de a anula procedura de atribuire pe motiv că deși “a făcut referire la Legea nr.227/2015, a omis să prevadă în Documentația de atribuire, punctual, valoarea accizei pentru anul 2017 sau o modalitate de aplicare a accizei pentru anul 2017 și asimilabilă ajustării prețului” și că “având în vedere derularea livrărilor în anul 2017 și urmare a corespondenței cu ofertantul declarat câștigător, entitatea contractantă a constatat că se află în imposibilitatea semnării contractului, precum și în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016”.

2. Această decizie este cu atât mai de neînțeles cu cât la data de 17 ianuarie 2017 entitatea contractantă a trimis SC ...SRL contractul în vederea semnării.

3. Mai mult decât atât, ulterior corespondenței purtate cu ofertantul declarat câștigător, care refuză să semneze contractul, cu justificarea că începând cu data de 01 ianuarie 2017 valoarea accizei este de 1.796,53 lei/tonă și nu 2.245,11 lei/tonă, cât era la momentul depunerii ofertei (sumă ce oricum nu i se cuvine acestuia, fiind virată la bugetul statului), entitatea contractantă adoptă o poziție legală, în sensul că îi comunică acestuia că asimilează poziția exprimată cu refuzul de a semna contractul, sens în care devin incidente dispozițiile art.150 alin.1 din HG nr.394/2016, coroborate cu prevederile art.180 alin.1 lit. g) din Legea nr.99/2016 (a se vedea adresa entității contractante nr.D77/1/228/01.02.2017).

În mod cu totul inexplicabil, după cum se arată, după această corespondență, ... își schimbă poziția, având ca justificare adresa SC ... SRL nr.4147/03.02.2017, în care se regăsește un „argument nou”, respectiv că deși în FD, art.IV.2) s-a precizat faptul că prețul este unitar, exprimat în lei/tonă și include valoarea accizei de 2.245,11 lei/tonă, CFR Călători *”ar fi trebuit să precizeze și că începând cu anul 2017 valoarea accizei pentru anul 2017 este, conform prevederilor Anexei 1 la titlul VIII din Legea nr.227/2015, de 1.796,53 lei/tonă”*.

Această justificare, opinează contestatorul, este nu doar lipsită de temei, ci are și grave carențe de logică, având în vedere, pe de o parte, faptul că DA este elaborată chiar de entitatea contractantă, care nu poate să-și invoce propria culpă, iar, pe de altă parte, o astfel de precizare oricum nu își avea rostul, în condițiile în care indiferent de ce precizare făcea entitatea contractantă în fișa de date, valoarea accizei cuprinsă în prețul ofertat ar fi trebuit să fie nivelul acesteia de la data ofertării (decembrie 2016). Mai mult, există posibilitatea legislativă (de exemplu o ordonanță de urgență) a amânării intrării în vigoare a noului nivel de acciză, deci chiar nu are nicio relevanță invocarea faptului că nivelul accizei începând de la 01 ianuarie 2017 avea să fie altul decât cel precizat în fișa de date.

4. Nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii, prin urmare atât entitatea contractantă, cât și ofertantul declarat câștigător știau care este valoarea acestei accize începând cu data de 01 ianuarie 2017, neputând însă uzita de ea în estimarea valorii achiziției, respectiv în formularea nivelului de ofertă.

5. Ofertantul declarat câștigător n-a solicitat clarificări/informații suplimentare și nici n-a contestat mențiunile existente în documentația de atribuire cu privire la componentele prețului unitar (cap.IV.4.2. din FD și art.4.2 din draftul contractului sectorial de produse) potrivit căroră valoarea accizei este de 2.245,11 lei/tonă și, mai mult decât atât, prin propunerea financiară depusă inițial și prin formularul de propunerea financiară transmis la solicitarea entității contractante și datat 20 decembrie 2016, a inclus în prețul unitar acciza de 2.245,11 lei/tonă,

pentru că oricum n-ar fi avut niciun temei legal să menționeze la acel moment o valoare a accizei care nu era aplicabilă.

6. Împrejurarea că nu s-a menționat valoarea accizei aferente anului 2017 în documentația de atribuire, opinează contestatorul că nu este de natură să afecteze în niciun fel derularea procedurii de atribuire, întrucât nu era necesară o astfel de mențiune în condițiile în care procedura a fost inițiată la data de 17 noiembrie 2016 (data publicării anunțului de participare în SEAP) și a avut în vedere legislația aplicabilă la momentul inițierii (a se vedea dispozițiile art.17 din Legea nr.99/2016).

7. Chestiunea accizei este complet nerelevantă în ceea ce privește impactul acesteia, atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru ofertanți, întrucât în cazul ... valoarea contractului se diminuează corespunzător diminuării valorii accizei, prin urmare aceasta va plăti mai puțin, iar pentru ofertantul declarat câștigător diminuarea valorii accizei începând cu data de 01 ianuarie 2017 nu este de natură să-l afecteze din punct de vedere financiar, întrucât acciza este o taxă datorată statului. Ceea ce se plătește la stat este normal a se pretinde autorității contractante.

8. Nu există niciun impediment legal în semnarea contractului cu ofertantul declarat câștigător, la valoarea propunerii financiare depusă de acesta. Soluția legală este aceea de a semna contractul cu ofertantul declarat câștigător la valoarea propunerii financiare depuse de acesta (ulterior se poate încheia un act adițional prin care, ca efect al diminuării accizei începând cu data de 01 ianuarie 2017, se reduce în mod corespunzător valoarea contractului). În măsura în care ofertantul declarat câștigător refuză semnarea contractului, entitatea contractantă are la dispoziție instrumentele juridice necesare pentru reglementarea acestei situații, astfel cum sunt acestea prevăzute atât în Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, cât și în Normele metodologice de aplicarea a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr.98/2016 privind achizițiile sectoriale, aprobate prin HG nr.394/2016.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că este vorba despre un abuz de drept din partea entității contractante, definit în doctrina juridică ca fiind *"exercitarea unui drept subiectiv civil cu încălcarea principiilor exercitării sale"*. În esență, după cum se arată, exercitarea unui drept va fi considerată abuzivă atunci când dreptul nu este utilizat în vederea realizării finalității sale, ci cu intenția de a vătăma o altă persoană sau contrar bunei-credințe, sens în care sunt redată și dispozițiile art.14 alin.1 din Codul Civil.

În drept, se invocă art.8 din Legea nr.101/2016, Legea nr.99/2016 și HG nr.394/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.D71/5/566/28.02.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

Entitatea contractantă arată următoarele:

- În cadrul Documentației de atribuire au fost invocate prevederile Legii nr.227/2015 privind Codul Fiscal și valoarea estimată valabilă la inițierea procedurii de atribuire din data de 02.11.2016, valoare în cadrul căreia prețul unitar conținea și valoarea accizei valabilă pentru anul 2016.

- La stabilirea valorii estimate s-a avut în vedere și prevederile art.17 din Legea nr.99/2016: *"Valoarea estimată a achiziției sectoriale se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire"*.

Valoarea estimată a procedurii de atribuire a fost stabilită în baza Prețului unitar, exprimat în lei/tonă, care include prețul motorinei, valoarea accizei (conform prevederilor Legii nr.227/2015 începând cu data de 01.01.2016 valoarea accizei pentru motorină este de 2.245,11 lei/tonă), precum și toate cheltuielile necesare conform condiției de livrare (cheltuieli ocazionate de transport, manevră, încărcare, cântărire, sigilare, asigurarea mărfii până la destinație, taxe de avizare, întocmirea și depunerea scrisorii de trăsură și a celorlalte documente necesare transportului de către furnizor – reprezentatul împuternicit al acestuia), precum și orice alte cheltuieli până la predarea mărfii delegatului împuternicit ... din punctele de lucru.

Se arată că, până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 20.12.2016 ora 16,00, au încărcat oferte în SEAP S.C. ... S.R.L. și contestatorul.

Comisia de evaluare, după cum se susține, în urma analizării ofertei financiare și având în vedere prevederile art.221 alin.1 din Legea nr.99/2016 și Documentația de atribuire, Secțiunea I – Fișa de date a achiziției, cap.IV.4.2. *Modul de prezentare al propunerii financiare "Prețul unitar exprimat în lei/tonă, valoarea accizei (conform prevederilor Legii nr.227/2015 începând cu data de 01.01.2016 valoarea accizei pentru motorină este 2.245,11 lei/tonă), precum și toate cheltuielile necesare conform condiției de livrare (cheltuieli ocazionate de transport, manevră, încărcare, cântărire, sigilare, asigurarea mărfii până la destinație, taxe de avizare, întocmirea și depunerea scrisorii de trăsură și a celorlalte documente necesare transportului de către furnizor – reprezentatul împuternicit al acestuia), precum și orice alte cheltuieli până la predarea mărfii delegatului împuternicit al ... din punctele de lucru"*, a constatat necesitatea solicitării ofertantului clasat pe primul loc, ... să transmită până la data de 22.12.2016, formularul de propunere financiară, care să conțină defalcarea prețului unitar.

Până la data limită de transmitere a solicitării de clarificări, arată entitatea contractantă, ... SRL a transmis formularul de ofertă înregistrat la entitatea contractantă cu nr.D71/3856/22.12.2016, în care a precizat valoarea accizei de 2.245,11 lei.

- În data de 22.12.2016, prin Raportul procedurii nr.D71/3857/22.12.2016, s-a aprobat atribuirea contractului ... SRL, astfel:

Carburant pentru motoare diesel (motorină) conform SR EN 590+AC:2014, 13.000 tone, acciza (lei/tonă) 2.245,11 lei, preț unitar lei/tonă fără acciză și fără TVA 1902,60 lei, preț unitar lei/tonă cu acciză fără TVA 4.147,71 lei, valoarea totală contract 53.920.230 lei.

- În data de 22.12.2016 au fost transmise operatorilor economici participanți la procedură, ... SRL și OSCAR DOWNSTREAM SRL, comunicările cu privire la rezultatul procedurii.

- S.C. ... S.R.L. a transmis notificare referitoare la îndeplinirea cerințelor de calificare de către ofertantul desemnat câștigător, la care i s-a răspuns că se menține rezultatul evaluării.

- La data de 17.01.2017 entitatea contractantă a transmis contractul către SC ... SRL în vederea semnării.

În fapt, entitatea contractantă a invitat operatorul economic în mod repetat, prin adresele nr.D71/3858/22.12.2016, D77/1/141/18.01.2017, D77/1/148/19.01.2017 pentru a semna contractul sectorial în cauză.

- În data de 30.01.2017, la invitația entității contractante, urmare întâlnirii dintre reprezentanții entității contractante și operatorul economic SC ... SRL s-a încheiat documentul înregistrat sub nr.D77/1/209/30.01.2017 - "NOTĂ privind semnarea contractului sectorial de furnizare Carburant pentru motoare diesel (motorină), conform SR EN 590 + AC:2014", urmare desfășurării procedurii de achiziție "licitație deschisă on-line, nr.SNTFC 119/2016, urmând ca în cursul zilei de 31 ianuarie SC ... SRL să prezinte concluzia finală și decizia privind semnarea contractului sectorial de furnizare.

- La data de 31.01.2017, SC ... SRL, prin adresa nr.14/31.01.2017, a solicitat încheierea contractului pentru o valoare și un preț unitar lei/tonă, fără TVA, de 4.147,71 lei.

SC ... SRL a susținut structura prețului ofertat la momentul depunerii ofertelor pentru un preț unitar lei/tonă, cu acciză, fără TVA de 4.147,71 lei și o valoare totală a contractului de 53.920.230 lei, fără TVA, invocând că *"autoritatea contractantă nu a solicitat o structură de preț, ci un preț ferm și nemodificabil, care include valoarea accizei și nu include valoarea TVA"*.

Sintetic, se precizează că motivația și obiecțiile SC ROMPETROL DOWNSTREAM SRL de a nu semna contractul sectorial de furnizare, sunt referitoare la defalcarea prețului raportată la aplicarea prevederilor impuse prin Codul fiscal, respectiv menționarea accizei începând cu data de 01.01.2017 la valoarea de 1.796,53 lei/tonă, conform cu Anexa 1 la titlul VIII din Legea nr.227/2015. Aceste prevederi au fost transpuse în conținutul art.4.2 și 4.3, din cuprinsul contractului transmis și nu reprezintă decât aplicarea prevederilor legale în vigoare, respectiv prevederile Codului fiscal, precum și a adresei nr.D71/5/3858/2016 reprezentând "COMUNICARE REZULTAT PROCEDURĂ" față de care operatorul economic nu a depus contestație.

- Față de solicitarea SC ... arată că a transmis răspunsul cu adresa nr.D77/1/228/01.02.2017, prin care a comunicat că asimilează punctul de vedere din adresa nr.14/31.01.2017 ca un refuz de a semna

contractul sectorial de furnizare, raportat la prevederile art.150 alin.1 din HG nr.394/2016, coroborate cu art.180 alin.1 lit. g) din Legea 99/2016, situație în care se reține garanția de participare, în conformitate cu prevederile art.43 alin.1 lit. c) din HG nr.394/2016.

- În data de 06.02.2017, după cum se susține, SC ... SRL a transmis adresa nr.4147/03.02.2017, precizând că solicită semnarea contractului în cel mai scurt timp, în forma prevăzută în documentația de atribuire și la prețul ferm și nemodificabil oferat.

Totodată, prin adresa nr.4147/03.02.2017, precizează entitatea contractantă, ofertantul menționat a arătat că își menține punctele de vedere anterioare, precizând în alin.1, pag.2 referința la Fișa de Date, art.IV.2) Prezentarea Ofertei, unde argumentează că, deși a fost stipulat că prețul este unitar, exprimat în lei/tonă, include valoarea accizei de 2.245,11 lei/tonă, conform prevederilor Legii nr.227/2015, iar ... ar fi trebuit să precizeze și că începând cu anul 2017 valoarea accizei pentru anul 2017 este, conform Anexei 1 la titlul VIII din Legea nr.227/2015, de 1.796,53 lei/tonă.

În acest context, având în vedere:

- prevederile Anexei 1 la titlul VIII – *Accize și alte taxe speciale* din Legea nr.227/2015, care stipulează valoarea accizei atât pentru anul 2016, cât și pentru anul 2017, prevederi cunoscute atât de entitatea contractantă, cât și de toți ofertanții, potențiali participanți la procedura de atribuire, comisia de evaluare, raportat la dispozițiile art.221 alin.1 din Legea nr.99/2016 a solicitat cu bună credință SC ...SRL transmiterea formularului de ofertă financiară, care să conțină defalcarea prețului unitar, în vederea evidențierii prețului produsului;

- CFR Călători a transmis adresa nr.D71/5/3858 "COMUNICARE REZULTAT PROCEDURĂ", în care a precizat defalcat structura prețului unitar al produsului, respectiv: prețul unitar al produsului, fără acciză și TVA, în condiția de livrare franco-depoziț achizitor, în valoare de 1.902,60 lei și taxa reprezentând valoare acciză de 2.245,11 lei (valabilă la acea dată);

- în termenul prevăzut de Legea nr.101/2016, SC ... SRL nu a transmis nicio notificare (observații sau contestații), drept pentru care, pe cale de consecință, rezultă fără echivoc acordul privind defalcarea structurii prețului unitar al produsului;

- conținutul prevederilor contractuale formulate la art.4.2 și 4.3 reprezintă aplicarea prevederilor legale în vigoare la momentul încheierii contractului, respectiv prevederile Anexei 1 la titlul VIII din Legea nr.27/2015 referitoare la valoarea accizei de 1.796,53 lei/tonă începând cu data de 01.01.2017, precum și a adresei nr.D71/5/3858 reprezentând "COMUNICARE REZULTAT PROCEDURĂ";

- în documentația de atribuire/contract nu s-a menționat posibilitatea de ajustare a prețului în cazul în care au loc modificări legislative al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial;

- SC ... SRL a transmis în toate adresele solicitarea încheierii contractului la prețul ofertat la momentul depunerii ofertelor, respectiv preț unitar lei/tonă cu acciză, fără TVA, de 4.147,71 lei și o valoare totală a contractului de 53.920.230 lei, fără TVA, însă fără a accepta defalcarea prețului unitar;

- diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial în situația modificării legislative aplicabilă de la 01.01.2017, este asimilată ajustării;

- ... nu a prevăzut în Documentația de atribuire o modalitate de ajustare a prețului, conform prevederilor HG 394/2016, art.30 alin.2: *"Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens; (3) Entitatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri."*, și nici nu a făcut referire la valoarea accizei aplicabilă de la data de 01.01.2017;

- nepublicarea în documentația de atribuire a accizei de 1.796,53 lei aplicabile de la data de 01.01.2017, ținând cont că livrarea se efectuează și în anul 2017, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016;

comisia de evaluare a propus anularea procedurii, în baza prevederilor art.225 alin.1 lit. c) din Legea nr.99: *"Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau **d est imposibilă î c**"*, coroborat cu art.225 alin.2 din Legea nr.99/2016, *"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 entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin. (2)".*

Procedura de atribuire a fost anulată prin Raportul procedurii nr.D71/2/388/10.02.2017, după cum se arată, în urma reanalizării documentației, ofertelor depuse și a celor menționate mai sus.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Cu adresa nr.285/03.03.2017, înregistrat la Consiliu cu nr.7494/03.03.2017, SC ... SRL a depus concluzii scrise.

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

... în calitate de entitatea contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă online, a contractului de furnizare având ca obiect „....

Valoarea estimată a contractului este de 61.295.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au depus oferte doi operatori economici, respectiv contestatorul și S.C. ... S.R.L., care au fost vizualizate în SEAP.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.D71/2/3857/22.12.2016, entitatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L., având un preț total de 53.920.230 lei, acciza reprezentând 2.245,11 lei/tonă.

Urmarea comunicării rezultatului procedurii de atribuire, S.C. ... S.R.L. a formulat notificare prealabilă, întemeiată pe prevederile art.6 din Legea nr.101/2016, prin care a solicitat:

„1.Revocarea comunicării rezultatului procedurii de atribuire transmis prin adresa nr.D71/5/3859/22.12.2016;

2.Revocarea, în parte, a Raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește oferta depusă de S.C. ... S.R.L.;

3.Să constatați faptul că oferta depusă de S.C. ...S.R.L. este inacceptabilă și să o respingeți;

4.Să continuați aplicarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale care guvernează domeniul atribuirii contractelor de achiziții sectoriale.”

Prin raportul procedurii nr.D71/2/388/10.02.2017, entitatea contractantă a decis revocarea raportului procedurii nr.D71/2/3857/22.12.2016 și a actelor subsecvente acestuia, precum și anularea procedurii de atribuire.

Împotriva decizie de anulare a procedurii de atribuire, ulterior parcurgerii procedurii prealabile a notificării, S.C. ... S.R.L. a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Prin contestația de față, S.C. ... S.R.L. critică decizia de anulare a procedurii de atribuire, despre care a luat cunoștință din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.D71/2/389/10.02.2017, solicitând anularea adresei susmenționate, a răspunsului la notificarea prealabilă (transmis de entitatea contractantă cu adresa nr.D71/2/483/17.02.2017), a raportului procedurii de atribuire nr.D71/2/388/10.02.2017, precum și a actelor subsecvente.

Astfel fiind, Consiliul urmează a se pronunța asupra legalității măsurii de anulare a procedurii de atribuire.

În soluționare, se reține că măsura în discuție a intervenit:

*„(...) în baza prevederilor art.225 alin.1 lit.c din Legea nr.99, «Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului cadru în următoarele cazuri: **c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire***

sau dacă este imposibilă încheierea contractului», coroborat cu art.225 alin.2 din Legea nr.99, «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 **entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin.2», deoarece, entitatea contractantă nu a prevăzut în Documentația de atribuire o modalitate de aplicare a accizei pentru anul 2017 asimilabilă ajustării prețului Conform prevederilor HG 394/2016 art.30 alin.2 «Pentru a se respecta principiul transparenței, **posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens. (3) Entitatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.», și nici nu a făcut referire la valoarea accizei aplicabilă de la data de 01.01.2017”.****

Pentru a decide astfel, comisia de evaluare a avut în vedere următoarele considerente:

„-Legea 227 prevede valoarea accizei de 2245,11 lei aplicabilă de la data de 01.01.2016 precum și valoarea de 1796,53 lei aplicabilă de la data de 01.01.2017;

-Diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului sectorial în situația modificării legislative aplicabilă de la 01.01.2017, este asimilată ajustării;

-... nu a prevăzut în Documentația de atribuire o modalitate de ajustare a prețului Conform prevederilor HG 394/2016 art.30 alin.2 «Pentru a se respecta principiul transparenței, **posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens. (3) Entitatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul sectorial/acordul-cadru, modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.», și nici nu a făcut referire la valoarea accizei aplicabilă de la data de 01.01.2017;**

-adresele transmise de ... S.R.L. prin care justifică imposibilitatea semnării contractului cu acciza aplicabilă de la data de 01.01.2017;

-nepublicarea accizei de 1796,53 lei aplicabile de la data de 01.01.2017, ținând cont că livrarea se efectuează în anul 2017, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin.2 din Legea 99/2016;”

Din actele dosarului, Consiliul reține că în cadrul unui prim rezultat al procedurii, materializat în raportul procedurii de atribuire nr.D71/2/3857/22.12.2016, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L. cu o propunere financiară de 53.920.230 lei, acciza fiind de 2.245,11 lei/tonă.

Valoarea accizei a fost precizată de ofertantul menționat prin adresa înregistrată la entitatea contractantă sub nr.D71/3856/22.12.2016, de răspuns la solicitarea de clarificări nr.D71/2/3847/21.12.2016, prin care i s-a cerut transmiterea formularului de ofertă financiară care să conțină defalcarea prețului unitar.

Urmarea primirii notificării prealabile nr.10/03.01.2017, întemeiată pe prevederile art.8 alin.1 lit.a și alin.2 lit.a din Legea nr.101/2016, entitatea contractantă a decalat termenul de semnare a contractului cu S.C. ... S.R.L., din data de 03.01.2017, ora 10,00, în data de 16.01.2017, ora 10,00, sens în care a transmis acestuia adresa nr.D71/5/13/04.01.2017 și, totodată, a comunicat contestatorului, cu adresa nr.D71/2/12/03.01.2017, că își menține punctul de vedere cu privire la rezultatul evaluării ofertelor.

Contestatorul de față nu a promovat calea de atac a contestație față de răspunsul primit la notificarea sa prealabilă, astfel că, entitatea contractantă, prin adresa nr.D77/1/141/18.01.2017, a transmis ofertantului desemnat câștigător, contractul sectorial de furnizare spre semnare.

Prin adresa nr.13/18.01.2017, ofertantul desemnat câștigător a refuzat semnarea contractului, invocând o necorelare a conținutului documentației de atribuire cu modelul de contract transmis spre semnare, și, totodată, a solicitat să se aibă în vedere spre semnare varianta de contract prevăzută în documentația de atribuire.

Entitatea contractantă, prin adresa nr.D77/1/148/19.01.2017, a comunicat ofertantului câștigător faptul că refuzul de a semna contractul nu este susținut de motivațiile prezentate în cuprinsul adresei nr.13/18.01.2017, astfel că a solicitat *„să reanalizați situația pronind strict de la considerentele prezentate ca urmare a ofertei dumneavoastră și în contextul prevederilor legislative în vigoare de la data de 01.01.2017”*.

Totodată, entitatea contractantă a arătat:

„Având în vedere bunele relații, nu dorim ca din interpretarea eronată a prevederilor legislative, în vigoare începând cu data de 01.01.2017, referitoare la aplicarea prevederilor Codului fiscal, să fim în situația de a aplica prevederile 43 alin.1 lit.c din H.G. nr.394/2016, cu consecința reținerii garanției de participare în situația refuzului de a semna contractul sectorial de furnizare transmis.”

La data de 30.01.2017, a avut loc la sediul entității contractante întâlnirea reprezentanților acesteia cu cei ai ofertantului câștigător, în vederea clarificării punctelor de divergență, sens în care s-a încheiat Nota nr.D77/1/209/30.01.2017, în care s-a decis ca în cursul zilei de

31.01.2017 S.C. ... S.R.L. să prezinte concluzia finală și decizia privind semnarea contractului.

Prin adresa nr.14/31.01.2017, ofertantul desemnat câștigător a precizat că *„(...) și-a manifestat în permanență intenția de semnare a Contractului, în forma ce a fost parte din documentația de licitație și în condițiile prețului ferm oferat în cadrul procedurii de atribuire.”*, solicitând *„încheierea contractului în forma prevăzută în documentația de atribuire și la prețul ferm și nemodificat oferit, schimbarea poziției DVS. ulterioare fiind un pretext care nu afectează oferta subscrisei, nefiindune opozabilă.”*

Entitatea contractantă, prin adresa nr.D77/1/228/01.02.2017, a invocat argumente în susținerea poziției sale, reiterând aprecierea cu privire la asimilarea răspunsului cu refuzul de a semna contractul, și, totodată, informând cu privire la obligația reținerii garanției de participare.

Ofertantul desemnat câștigător a răspuns prin adresa nr.4147/03.02.2017, în care a revenit la solicitarea de a se semna contractul în forma prevăzută în documentația de atribuire, solicitare care, în opinia acestuia, nu poate fi interpretată ca un refuz de semnare a contractului.

În acest context, se observă că a intervenit un al doilea rezultat al procedurii, materializat în raportul procedurii de atribuire nr.D71/2/388/10.02.2017, prin care s-a decis anularea procedurii de atribuire, măsură comunicată contestatorului prin adresa nr.D71/2/389/10.02.2017, criticată prin contestația de față.

Sintetizând cele de mai sus, rezultă în linii mari că în urma derulării procedurii de atribuire și stabilirii ofertei câștigătoare, contractul sectorial de furnizare nu a fost încheiat, deși entitatea contractantă a transmis ofertantului câștigător un număr considerabil de adrese în acest sens, în final procedura de atribuire fiind anulată.

Analizând conținutul corespondenței dintre entitatea contractantă și ofertantul desemnat câștigător, ulterioară comunicării primului rezultat al procedurii, Consiliul constată că motivul pentru care acesta din urmă nu a semnat contractul, a constat în faptul că formularul de contract transmis spre semnare era diferit de modelul de contract anexă a documentației de atribuire, în sensul în care, în varianta contractului anexă a documentației de atribuire s-a precizat că prețul unitar al produsului CU ACCIZĂ ȘI FĂRĂ TVA este ferm și nemodificabil, în timp ce în varianta transmisă spre semnare, la data de 18.01.2017, se precizează că prețul produsului FĂRĂ ACCIZĂ ȘI FĂRĂ TVA este ferm și nemodificabil.

Entitatea contractantă nu a transmis la dosarul cauzei formularul de contract comunicat spre semnare, însă, față de răspunsul formulat de aceasta prin adresa nr.D77/1/228/01.02.2017, având conținutul:

„În ceea ce privește contractul sectorial de furnizare transmis către dumneavoastră precizăm că art.4.2 și 4.3 au fost adaptate la prevederile impuse prin Codul fiscal respectiv menționarea valorii accizei, începând

cu data de 01.01.2017 la valoarea de 1.796,53 lei/tonă conform anexei 1 la titlul VIII din legea 227/2015.

Conținutul art.4.2 și 4.3 reprezintă aplicarea unor prevederi legislative în vigoare, respectiv prevederile Codului fiscal, precum și a adresei nr.D71/5/3858/2016 reprezentând COMUNICARE REZULTAT PROCEDURĂ pe care ați acceptat-o în totalitate.”,

motivul pentru care contractul sectorial de furnizare nu a fost semnat de către ofertantul câștigător se reține ca real.

Acest mod de a proceda al entității contractante, respectiv transmiterea spre semnare a unui alt contract decât cel anexat documentației de atribuire, apreciază Consiliul că fost determinat de încercarea acesteia de a „regla din mers” situația derulării în condiții de legalitate a contractului în anul 2017, în care valoarea accizei începând cu 01.01.2017 la produsul ce se dorește a fi achiziționat este, conform Anexei 1 la titlul VIII din Legea nr.227/2015, de 1.796,53 lei/tonă, spre deosebire de 2.245,11 lei/tonă aferent anului 2016.

Astfel, față de posibilitatea de derulare a contractului și în anul 2017 sau exclusiv în anul 2017, având în vedere data inițierii procedurii de atribuire (17.11.2016) și intervalul de timp necesar derulării acesteia, entitatea contractantă avea obligația de a include în documentația de atribuire prevederi care să asigure respectarea dispozițiilor legale în vigoare pe parcursul derulării contractului.

Or, aceasta, a prevăzut la cap.IV.4.2) – „Modul de prezentare a propunerii financiare” din fișa de date, că **„Prețul unitar, exprimat în lei/tonă, va include prețul motorinei, valoarea accizei (conform prevederilor Legii nr.227/2015 începând cu data de 01.01.2016 valoarea accizei pentru motorină este 2.245,11 lei) precum și (...),”** iar, la pct.4.2 din formularul de contract, că **„Prețul unitar al produsului-motorină, în condițiile de livrare franco depozite Entitate contractantă este: (...) și include prețul motorinei, valoarea accizei (conform prevederilor Legii nr.227/2015 începând cu data de 01.01.2016 valoarea accizei pentru motorină este 2.245,11 lei) și (...).”**

Față de aceste prevederi și, totodată, având în vedere data limită de depunere a ofertelor, stabilită pentru 20.12.2016, Consiliul determină că entitatea contractantă a solicitat ca acciza ce avea să fie inclusă în prețul unitar să fie cea din anul 2016.

Astfel fiind, nu se poate reține în sarcina ofertantului desemnat câștigător vreo culpă în ceea ce privește încheierea contractului, refuzul acestuia de a semna contractul fiind unul îndreptățit în condițiile în care i s-a transmis spre semnare un contract având un alt conținut decât cel din cadrul documentației de atribuire.

În acest context, în privința ofertantului desemnat câștigător nu sunt incidente dispozițiile art.150 alin.1 din H.G. nr.394/2016, coroborate cu prevederile art.180 alin.1 lit.g din Legea nr.99/2016, după cum susține contestatorul, culpabilă pentru situația creată fiind entitatea contractantă.

Este adevărat că ofertantul desemnat câștigător și-a însușit ca atare comunicarea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost desemnată câștigătoare, însă acest comportament nu poate fi invocat de autoritatea contractantă spre a înlătura culpa proprie în ceea ce privește întocmirea documentației de atribuire și transmiterea spre semnare a contractului având alt conținut decât cel din documentația de atribuire.

Pe de altă parte, față de conținutul formularului de propunere financiară depus de ofertantul desemnat câștigător la solicitarea entității contractante, unde apare precizată o valoare a accizei de 2.245,11 lei/to, nu se poate considera că prețul propus includea acciza aplicabilă conform legii pentru livrările efectuate în cursul anului 2017, după cum susține S.C. ROMPETROL DOWNSTREAM S.R.L. în adresa nr.4147/03.02.2017.

În atare situație, a ofertării unei accize aferente anului 2016, spre care entitatea contractantă a îndrumat prin documentația de atribuire și care era valabilă la data depunerii ofertei, sunt întemeiate considerentele care au condus la decizia de anulare a procedurii de atribuire, derularea contractului în anul 2017 fiind imposibilă la un preț care include o acciză ce nu corespunde celei legale.

Se reține în soluționare, de asemenea, că în documentația de atribuire și formularul de contract, nu s-a prevăzut posibilitatea de ajustare a prețului, acesta, conform cap.IV.4.2) – *„Modul de prezentare a propunerii financiare”* din fișa de date, fiind **„ferm și nemodificabil pe perioada de valabilitate a contractului sectorial.”**, prevedere preluată și la pct.4.3 din formularul de contract sectorial, respectiv **„Prețul unitar al produsului, cu acciză și fără TVA, este ferm și nemodificabil pe toată perioada de valabilitate a contractului.”**

Apreciază Consiliul că în mod corect entitatea contractantă a subsumat considerentele enunțate cazului de anulare a procedurii prevăzut la art.225 alin.1 lit.c din Legea nr.99/2016, încheierea contractului cu menționarea unei accize ce nu mai este legal prevăzută, dar pe care ofertanții au fost obligați să o aibă în vedere, ca și încheierea contractului având o altă formă decât cea din documentația de atribuire, nefiind posibilă.

Inexistența posibilității de ajustare a prețului care să fi fost prevăzută în documentația de atribuire și contractul sectorial, după cum reglementează art.30 alin.2 din H.G. nr.394/2016, face imposibilă încheierea vreunui act adițional în sensul micșorării valorii contractului.

Într-adevăr ofertantul desemnat câștigător nu a solicitat clarificări/informații suplimentare și nici nu a contestat mențiunile existente în documentația de atribuire cu privire la componentele prețului unitar, însă lipsa acestor demersuri nu reprezintă argumente apte să înlătore incidenta dispozițiilor art.225 alin.1 lit.c din Legea nr.99/2016.

Nu vor fi reținute în soluționare susținerile contestatorului privind invocarea de către entitatea contractantă a propriei culpe, de vreme ce cazul de anulare a procedurii reținut este expres prevăzut și implică prin el însăși o culpă a entității contractante în derularea procedurii de

atribuire, după cum nu pot fi reținute nici susținerile legate de abuzul de drept, situația de fapt relevată impunând măsura adoptată de autoritatea contractantă.

Având în vedere cele arătat, măsura de anulare a procedurii de atribuire va fi menținută în condițiile în care adoptarea unor măsuri de remediere, în fapt modificarea documentației de atribuire, nu mai este posibilă fără a se încălca prevederile de la art.2 alin.2 din Legea nr.99/2016.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din lege.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.C. ..., în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

Președinte complet,
...

Membru,
...

Membru,
...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.