

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. 246/C1/10

Data: 30.01.2024

Prin contestația nr. 1/02.01.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 59/03.01.2024, formulată de SRL, cu sediul în, str., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin, și convențional prin avocat Andreea Stănica, împotriva rezultatului procedurii și a oricăror alte documente, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pentru încheierea unui acord având ca obiect „Furnizare carne, produse din carne, lactate și pește”- procedura de atribuire contract subsecvent pentru Lot 20 – lapte de consum UHT, cod CPV: 15112130-6, s-a solicitat:

- pe cale incidentală

1. suspendarea procedurii de reofertare inițiată de autoritatea contractantă prin licitație electronică pentru data de 03.01.2024 - 04.01.2024.

- pe fond:

1. anularea comunicării rezultatului procedurii nr. Ag - 1280/27.12.2023, comunicată contestatorului în data de 28.12.2023, prin e-mail, a actelor care au stat la baza emiterii, precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente în partea care are în vedere lotul 20;

2. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de reevaluare a ofertelor, pentru lotul 20, inclusiv, a ofertei depusă de contestatorul SRL, cu consecința declarării acesteia drept conformă și admisibilă și clasată pe locul 1, precum și emiterea unor noi comunicări a rezultatului procedurii;

3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de reevaluare a ofertelor pentru lotul 20, inclusiv, a ofertei depusă de SRL cu consecința declarării acesteia ca fiind inadmisibilă și neconformă, precum și emiterea unor noi comunicări a rezultatului procedurii.

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

I. În fapt, contestatorul arată că la data de 21.03.2023 a fost încheiat acordul cadru nr. 1 având ca obiect furnizarea produselor prevăzute în anexa 1 la acesta, printre care, se numără și laptele de consum UHT (de vacă) 3,5% grăsime - Lotul 20. Acordul cadru nr. 1/21.03.2023 a fost încheiat cu un număr de 5 operatori economici, printre care și contestatorul.

Conform prevederilor art. 2.3 și 2.4. din acordul cadru, contractele subsecvente urmau să fie atribuite în urma organizării unei etape de reofertare, în SEA,P pe baza criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, obiectul reluării competiției fiind exclusiv prețul unitar, restul condițiilor rămânând neschimbate. Astfel, „2.3. Contractele subsecvente se vor atribui în urma organizării unei etape de reofertare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, pe baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

2.4. Obiectul reluării competiției pentru atribuirea contractelor subsecvente este prețul unitar fără TVA. Celelalte condiții rămân neschimbabile pe întreaga durată a acordului-cadru”.

Contestatorul precizează că, prin invitația de reluare a competiției în SEAP nr. Ag-1227/07.12.2023, autoritatea contractantă i-a comunicat reluarea competiției pentru atribuirea contractului subsecvent, pentru perioada 03.01. - 31.12.2024, solicitând ofertanților reofertarea prețului unitar/Lot, raportat la prețurile unitare prevăzute în anexa la acordul cadru, cu mențiunea că prețul unitar nu poate depăși prețul unitar din Acordul Cadru.

Procedura de licitație electronică urma să înceapă în data de 15.12.2023 și să se finalizeze în data de 18.12.2023.

Contestatorul dorește să arate faptul că, în cadrul invitației nr. 1227/07.12.2023, la lotul 20, este indicat produsul Lapte de consum - UHT - 3,5% grăsime (de vacă).

Cu privire la acest aspect, arată că invitația nr. 1227/07.12.2023, ce include și lotul 20 a fost comunicată operatorilor economici, prin e-mail, în data de 07.12.2023.

Ulterior, în data de 11.12.2023, autoritatea contractantă a revenit asupra invitației, comunicând tuturor ofertanților, prin e-mail, faptul că obiectul reofertării îl va face valoarea totală/lot (respectiv cantitatea comunicată în invitație x preț unitar ofertat), întrucât, noile facilități ale SEAP nu mai permit atribuirea contractelor pentru reofertările pe preț unitar/produs. Astfel,

„Urmare la invitațiile la reofertare transmise în data de 07.12.2023, vă comunicăm faptul că obiectul reofertării îl va face valoarea totală/ lot (cantitatea comunicată în invitație x preț unitar ofertat). Menționăm că noile facilități ale SEAP nu mai permit atribuirea contractelor pentru reofertările pe preț unitar/produs. (...)”.

Contestatorul precizează că la data și orele indicate în invitație, operatorii economici au încărcat în SEAP ofertele de preț, în condițiile impuse de autoritatea contractantă.

Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. Ag - 1280/27.12.2023 comunicată contestatorului în data de 28.12.2023 prin e-mail, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că înțelege să anuleze procedura de reofertare pentru lotul 20 - lapte de consum UHT pentru respectarea principiului tratamentului egal.

Consideră că, în mod nelegal, a dispus autoritatea contractantă anularea procedurii de reofertare pentru lotul 20, pentru motivele pe care le va arăta în continuare.

II. Suspendarea procedurii de reofertare prin licitație electronică pentru lotul 20.

Contestatorul arată că, urmare a anularii procedurii de reofertare prin licitație electronică aferentă lotului 20, autoritatea contractantă a comunicat operatorilor economici o nouă invitație, prin adresa nr. Ag-1286/27.12.2023, prin care le aduce la cunoștință organizarea unei noi proceduri de reofertare pentru lotul 20, în perioada 03.01.2024 - 04.01.2024.

Prin intermediul acestei adrese se reiterează condițiile avute în vedere în cadrul procedurii anterioare de reofertare, procedură ce a fost anulată, respectiv faptul că obiectul reofertării îl va face valoarea totală.

Având în vedere că obiectul prezentei contestații îl reprezintă anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de reofertare ca fiind netemeinică și nelegală, consideră că se impune suspendarea procedurii de reofertare ce urmează a avea loc în perioada 03-04.01.2024.

Solicită a se avea în vedere faptul că în cadrul adresei Ag-1286/27.12.2023, este menționat, în mod eronat, ca dată de început a licitației electronice data de 15.12.2023 și, ca dată de final a licitației, data de 18.12.2023, în realitate, conform e-mail-ului automat generat de sistemul SEAP, licitația va fi organizată în perioada 03-04.01.2024.

Contestatorul arată că în situația în care prezenta contestație urmează a fi admisă, autoritatea contractantă va avea obligația de a reanaliza ofertele depuse în cadrul acesteia.

În situația în care nu se va dispune suspendarea procedurii de reofertare, operatorii economici vor fi nevoiți să redepună ofertele, aspect ce va crea confuzie în situația admiterii prezentei contestații.

Pentru o mai bună administrare a procedurii de licitație, consideră că se impune suspendarea procedurii de reofertare, cu termen de depunere stabilit pentru data de 03-04.01.2024, până la soluționarea prezentei contestații.

III. Nelegalitatea anularii procedurii de reofertare pentru lotul 20 din cadrul acordului cadru nr. 1/21.03.2023.

Așa cum a arătat anterior, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. Ag - 1280/27.12.2023, autoritatea contractantă i-a comunicat, printre altele, faptul că înțelege să anuleze procedura de reofertare pentru lotul 20 - lapte de consum UHT.

În ceea ce privește motivul pentru care a fost dispusă anularea procedurii de reofertare pentru lotul 20, autoritatea contractantă a înțeles să menționeze doar „respectarea principiului tratamentului egal”, fără a indica niciun text de lege.

Contestatorul arată că situațiile în care autoritatea contractantă poate dispune anularea unei proceduri de achiziții publice au fost prevăzute în mod expres și limitativ de legiuitor în cadrul art. 212 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, arată că autoritatea contractantă mai poate anula procedura de atribuire și în situațiile prevăzute de art. 78 alin. (8), art. 82 alin. (8), art. 88 alin. (8) și art. 97 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

În situația dedusă judecății, din analiza adresei de comunicare a rezultatului procedurii, se observă că nu este invocată niciuna dintre situațiile expres și limitativ reglementate de legiuitor, nefiind îndeplinite condițiile pentru niciuna dintre situațiile avute în vedere de legiuitor.

Așa cum reiese din mențiunile existente în SEAP, pentru lotul 20 au fost depuse 2 oferte, aspect de natură a exclude posibilitatea invocării art. 212 lit. a).

În ceea ce privește situația prevăzută la art. 212 lit. b), se impune ca ambele oferte depuse să fie admisibile, dar să nu poată fi comparate, ca urmare a modului neuniform de abordare a soluțiilor financiare.

În opinia sa, se impune a se avea în vedere că, în data de 11.12.2023, autoritatea contractantă a informat, în mod expres, toți ofertanții, asupra modului în care se impune a fi întocmită propunerea financiară, respectiv faptul că se va ofera VALOAREA TOTALA, iar nu prețul unitar, aspect datorat noilor modificări ale SEAP.

Prin urmare, modul în care cei 2 ofertanți au înțeles să își întocmească ofertele financiare este în integralitate responsabilitatea acestora, astfel că riscurile generate de acest aspect sunt suportate în integralitate de aceștia.

Pentru aceste motive, consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a continua procedura de reofertare și pentru lotul 20, în sensul de a analiza admisibilitatea ofertelor depuse și de a stabili oferta câștigătoare raportat la criteriul avut în vedere, respectiv prețul cel mai scăzut.

În ceea ce privește situațiile prevăzute la art. 212 lit. c) și următoarele, solicită a se observa că nu este îndeplinită niciuna dintre condițiile impuse de legiuitor, nefiind în prezența unor încălcări ale dispozițiilor legale și nici a unor soluții pronunțate de CNSC.

Întrucât, procedura de reofertare prin licitație electronică a fost anulată cu încălcarea prevederilor legale, expres și limitativ stabilite de

legiuitor, fiind invocate alte situații decât cele prevăzute la art. 212-213 din Legea nr. 98/2016, consideră că se impune anularea măsurii astfel dispusă de autoritatea contractantă și continuarea procedurii de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de reofertare pentru lotul 20.

IV. Încălcarea principiilor achizițiilor publice.

În lumina celor de mai sus, pe lângă nelegalitatea evidentă a măsurii autorității contractante de anulare a procedurii de reofertare pentru lotul 20, consideră că aceasta a încălcat deopotrivă (i) principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, (ii) principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, (iii) principiul tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și (iv) scopul legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

4.1. Încălcarea principiului proporționalității.

În opinia sa decizia de anulare a procedurii de reofertare pentru lotul 20 depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Astfel, măsura adoptată de autoritatea contractantă, de anulare a procedurii este vădit disproporționată, întrucât, aplică o sancțiune extrem de severă, fără o verificare corespunzătoare a niciunei oferte, în scopul exclusiv de a încerca acoperirea modului defectuos de întocmire a ofertei de către unul dintre ofertanți.

Anularea procedurii de reofertare după publicarea ofertelor financiare și, după ce toți ofertanții au putut să vadă prețul oferit de aceștia, echivalează cu o încălcare gravă a principiilor ce guvernează achizițiile publice, această procedură fiind adoptată exclusiv în vederea protejării unui ofertant în detrimentul celorlalți ofertanți.

Menționează că exact aceeași situație a fost înregistrată și într-o situație precedentă, autoritatea contractantă aplicând aceeași modalitate de abordare a procedurii de reofertare.

Decizia autorității contractante de anulare a procedurii reflectă, de asemenea, teoria excesului de putere incident în materia dreptului administrativ. Excesul de putere este definit prin art. 2 lit. n) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, ca fiind „exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege”. Mai mult, tot privitor la excesul de putere și încălcarea principiului proporționalității, o deosebită utilitate o prezintă aspectele reținute de Tribunalul de Prima Instanță de la Luxemburg în Hotărârea din 10.12.2009, în cauza T- 195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE, pct. 56 și 57, care pot fi aplicate și în cazul de față.

Prin urmare, este evident faptul că, prin decizia sa, autoritatea contractantă a depășit limitele a ceea ce este adecvat și necesar pentru atingerea scopurilor sale.

4.2. Încălcarea principiului transparenței și al tratamentului egal.

Consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței, prin faptul că a ascuns operatorilor economici faptul că scopul real urmărit în cazul lotului 20 a fost de aflare a ofertelor financiare pentru ca ulterior să anuleze procedură și să dea posibilitatea operatorilor economici să depună noi oferte financiare adaptate în mod corespunzător, cu luarea în considerație a ofertelor deja depuse.

Menționează că exact același mod de abordare a fost adoptate de autoritate și într-o situație precedentă cu aceiași operatori economici, când, cu ocazia reluării procedurii, au fost prezentate oferte mult mai bune tocmai pentru că au fost cunoscute ofertele celorlalți ofertanți.

În acest sens, arată că, în jurisprudența europeană, s-a reținut că principiul egalității de tratament și principiul transparenței, care au drept semnificație, în special, faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate, atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă, constituie temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, iar, obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive.

Încălcarea scopului legislației privind achizițiile publice.

Consideră că în egală măsură, decizia autorității contractante a condus și la restricționarea participării sale la procedura de atribuire. Anularea procedurii, în pofida îndeplinirii tuturor cerințelor din documentația de atribuire, are drept efect și afectarea competiției în cadrul procedurii de atribuire.

Procedând astfel, susține că autoritatea contractantă a încălcat chiar scopul legislației privind achizițiile publice, prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv achiziționarea de servicii în condiții de eficiență economică și socială.

În concluzie, pentru motivele anterior menționate, consideră că se impune admiterea prezentei contestații.

Prin adresa nr. A6-22/08.01.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 1096/08.01.2024 autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că urmare a finalizării evaluării efectuate la procedura de achiziție inițiată de Unitatea Militară 02574 prin anunțul de participare nr. CN1048312/16.10.2022, a fost semnat acordul-cadru nr. 1 din 21.03.2023 cu un număr de 5 operatori economici.

Conform prevederilor art. 2.3 din acordul-cadru, contractele subsecvente se atribuie în urma organizării unei etape de reofertare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, pe baza criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

În data de 07.12.2023, autoritatea contractantă susține că a transmis invitațiile de participare la reluarea competiției nr. A9-1224,

operatorului economic SR.L. și nr. A9-1227, operatorului economic SRL, obiectul reluării competiției, pentru lotul 20 „lapte de consum UHT- 3,5% grăsime (de vacă)” fiind prețul unitar, fără TVA, reluarea competiției având ca dată de început și de sfârșit 15.12.2023 ora 16:00, respectiv, 18.12.2023 ora 16:00 .

De asemenea, arată că în data de 11.12.2023, operatorilor economici le-a fost comunicat faptul că obiectul reofertării îl va face valoarea totală/lot (cantitatea comunicată în invitație x preț unitar oferat), întrucât, în urma modificărilor platformei SEAP, aceasta nu mai permite introducerea manuală a valorii contractelor subsecvente, valoarea contractelor subsecvente atribuite se calculează automat în funcție de valorile introduse de operatorii economici la reofertare.

Atât invitațiile de participare la reluarea competiției cât și informarea din 11.12.2023, au fost trimise pe următoarele adrese de e-mail: adrian.almasan@erbalact.ro și office@provigo.ro.

Autoritatea contractantă precizează că, până în data de 18.12.2023, ora 16:00, operatorii economici au avut termen limită pentru reofertare. În urma analizării ofertelor aferente lotului 20 „lapte de consum UHT - 3,5% grăsime (de vacă)”, comisia de evaluare a constatat faptul că operatorul economic SRL a oferat valoarea de 6,80 lei, iar SL. a oferat valoarea de 473.904,40 lei.

Astfel, în data de 21.12.2023, a fost transmisă solicitarea de clarificări nr. A9-1265, operatorului economic SRL, în care comisia de evaluare a solicitat clarificarea valorii introduse, respectiv, confirmarea faptului că 6,80 lei reprezintă prețul unitar/litru și nu valoarea pentru cantitatea totală a contractului subsecvent.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, înregistrat cu nr. A9-1268 din 21.12.2023, ... SRL a transmis faptul că adresa de e-mail folosită de autoritatea contractantă, pentru transmiterea invitației de participare la reluarea competiției nr. A9-1224/07.12.2023 și a informării privind modificarea obiectului reofertării în valoare totală/lot, din 11.12.2023, adrian.almasan@erbalact.ro, nu mai este valabilă. Așadar, operatorul economic a oferat prețul/litru, așa cum este prevăzut la art. 2.4 din acordul-cadru nr. 1 din 21.03.2023 (redă print screen din SEAP).

După cum se poate vedea și în figura din SEAP la secțiunea „Runde și opțiuni - vizualizarea celei mai bune oferte”, autoritatea contractantă a permis operatorilor economici posibilitatea de a vedea în SEAP cea mai bună ofertă depusă, pentru încurajarea unei competiții transparente în scopul obținerii celui mai bun preț.

Având în vedere faptul că operatorul economic SRL a oferat prețul unitar de 6,80 lei/litru, iar contestatorul SRL, valoarea/lot de 473.904,40 lei, a fost afectată concurența deoarece, dacă SRL a putut vedea oferta

.....SRL și să oferteze în consecință (473.904,40 lei/70.732 litri = 6,70 lei litru), acesta din urmă nu a avut această posibilitate. Din acest motiv, s-a decis anularea licitației pentru lotul 20, în baza art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât, autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiului tratamentului egal. Menționează faptul că, deși situația se încadrează în prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, procedura de reluare a competiției nu este o procedură de atribuire reglementată de Legea nr. 98/2016, așa cum este prevăzut la art. 68 din lege.

Comunicările privind rezultatul reofertării, respectiv, decizia autorității contractante de a anula reluarea competiției pentru lotul nr. 20, au fost transmise ofertanților, pe e-mail, în data de 28.12.2023.

După comunicarea rezultatelor reofertării, menționate mai sus, autoritatea contractantă susține că a transmis și publicat invitațiile de participare la reluarea competiției, pentru lotul 20, ce urma a se desfășura în perioada 03.01.2024-04.01.2024.

Autoritatea contractantă arată că în data de 03.01.2024, ... SRL, a transmis contestația pe care a publicat-o în SEAP în data de 03.01.2024. Totodată susține că în data de 03.01.2024 autoritatea contractantă a decis suspendarea procedurii de reofertare inițiate pentru data de 03.01.2024-04.01.2024.

Studiind contestația depusă de SRL, autoritatea contractantă consideră că sunt necesare următoarele precizări:

În acordul-cadru nr. 1 din 21.03.2024, la punctul 2.4, este prevăzut faptul că „obiectul reluării competiției pentru atribuirea contractelor subsecvente este prețul unitar fără TVA”. Având în vedere că operatorul economic SRL a comunicat faptul că nu a avut cunoștință de invitația de participare la reluarea competiției nr. A9-1224/07.12.2023 și a informării privind modificarea obiectului reofertării în valoare totală/lot, transmisă în data 11.12.2023, pe motiv că adresa de e-mail nu mai este valabilă, acesta a realizat oferta conform prevederilor din acordul-cadru și, anume, preț unitar, fără TVA, având în vedere facilitățile oferite de SEAP.

După cum a fost precizat și mai sus, autoritatea arată că operatorii economici pot vedea în SEAP cea mai bună ofertă, ceea ce a dezavantajat ofertantul SRL, care a oferit prețul unitar. Ofertantul SRL, având toate informațiile disponibile, și anume, obiectul reofertării (valoarea/lot), prețul de 6,80 lei oferit de SRL, a oferit în consecință, mai exact, o valoare care, prin împărțirea la cantitatea comunicată în invitația de participare la reluarea competiției nr. A9-1227 din 07.12.2023, rezultă un preț/litru de 6,70 lei. Pentru a avea o concurență reală între operatorii economici, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de reofertare ,pentru lotul 20. Baza legală pentru anularea reofertării pentru

lotul 20 este reprezentată de art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât, autoritatea contractantă se afla în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiului tratamentului egal.

Contestatorul acuză autoritatea contractantă de încălcarea principiilor transparenței și al tratamentului egal. Din cele declarate la punctul 4.2 din contestație, în opinia sa, reiese faptul că operatorul economic face acuzații care nu au justificare. Autoritatea contractantă, prin decizia de anulare și inițierea unei noi reluări a competiției pentru lotul 20, a vrut să ofere posibilitatea ofertanților de a beneficia de aceleași informații, în baza cărora să-și prezinte oferta, de a avea o concurență reală între cei doi operatori economici, în scopul obținerii celui mai mic preț și de a respecta principiul tratamentului egal.

Afirmația conform căreia „scopul real urmărit în cazul lotului 20 a fost de aflare a ofertelor financiare pentru ca ulterior să anuleze procedura și să dea posibilitatea operatorilor economici să depună noi oferte financiare adaptate în mod corespunzător, cu luarea în considerație a ofertelor deja depuse”, în opinia sa, nu are temei, prin faptul că nu este în interesul autorității contractante anularea procedurii de reofertare, atât timp cât toți operatorii economici pot vedea, în orice moment, oferta cu cel mai mic preț, competiția reală dintre aceștia fiind suficientă pentru determinarea prețului într-o singură etapă. Scopul real urmărit de autoritatea contractantă a fost de respectare a principiului tratamentului egal și de a obține prețul cel mai mic, în condiții concurențiale corecte.

Autoritatea arată că, așa cum bine a precizat și contestatorul „principiul egalității de tratament și principiul transparenței au drept semnificație faptul că ofertanții trebuie să se afle pe poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă”. Prin acceptarea ofertelor, așa cum au fost depuse inițial și cum solicită SRL prin contestația depusă, aceste două principii se încălcau grav, deoarece ofertanții nu se aflau pe poziție de egalitate în momentul în care au depus ofertele, din motivele expuse mai sus.

La punctul 4.3 din contestație, ... SRL, acuză autoritatea contractantă, de faptul că, prin anularea procedurii de atribuire, a fost afectată competiția și de încălcarea scopului legislației achizițiilor publice și, anume, „achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială”.

Prin anularea procedurii de reluare a competiției aferentă lotului 20, și inițierea unei noi reluări a competiției, autoritatea contractantă susține că a urmărit să încurajeze competiția și să respecte scopul legislației achizițiilor publice, de a achiziționa bunuri în condiții de eficiență economică. În opinia sa, contestația depusă de SRL poate indica o încercare a operatorului economic de a nu accepta o competiție corectă,

deoarece, avea posibilitatea ca, în procedura de reofertare, ce urma a se desfășura în perioada 03.01-04.01.2024, să reoferteze în condiții de concurență reală.

De asemenea, supune atenției faptul că din punct de vedere tehnic platforma SEAP nu permite întoarcerea la evaluare în cadrul reofertării dacă aceasta a fost anulată, prin urmare, autoritatea contractantă nu ar putea publica un anunț de atribuire a contractului subsecvent fără inițierea unei alte proceduri de reofertare pentru lotul 20.

Având în vedere cele menționate anterior, consideră că autoritatea contractantă a aplicat și respectat prevederile legislației din domeniul achizițiilor publice, iar, în ceea ce privește contestația formulată de SRL, apreciază că procedura de evaluare a ofertelor, care a dus la anularea reluării competiției aferentă lotului 20, „lapte de consum U HT- 3,5%grăsime”, s-a desfășurat cu respectarea legislației în vigoare, fiind depuse toate eforturile necesare în vederea aplicării principiilor tratamentului egal și transparenței.

În concluzie, solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Prin adresa nr. A6-22/08.01.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 1251/09.01.2024, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției în copie.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 5736/30.01.2024 autoritatea contractantă transmite DUAЕ prezentat de operatorul economic SRL.

Prin adresa nr. 6/08.01.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 1538/10.01.2024, ... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209842845/1, tranzacția: 1412773808/181054781 din data de 08.01.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala Alexandru Obregia, în valoare de 21.219,60 lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată pentru încheierea unui acord având ca obiect „*Furnizare carne, produse din carne, lactate și pește*” - *procedura de reluare a competiției în vederea atribuirii unui contract subsecvent pentru Lot 20 – lapte de consum UHT*, cod CPV: 15112130-6, transmițând, în acest sens, invitațiile de participare aferente și publicând în SEAP, invitația de reluare a competiției pentru atribuirea contractului subsecvent, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 530.490,00 lei. Criteriul de atribuire al contractului este „*prețul cel mai scăzut*”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, ... SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă a anulat etapa de reluare a competiției, organizată pentru atribuirea unui contract subsecvent aferent lotului 20 al acordului cadru.

În opinia contestatorului, vătămarea produsă ar consta atât în pierderea calității de ofertant desemnat câștigător, cât și în posibila diminuare a profitului, în cazul reluării ulterioare a competiției, datorită faptului că ambii promitenți cunosc prețurile oferite în etapa de reluare a competiției anulată de autoritate.

Având în vedere criticile din contestația formulată de SRL, Consiliul reține că, anterior, autoritatea contractantă a organizat procedura „licitație deschisă” în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „(...) furnizare carne, produse din carne, lactate și peste”, prin publicarea anunțului de participare CN1048312 din data 16.10.2022.

Potrivit mențiunilor din anunțul de participare anterior menționat, procedura este organizată pe loturi, iar, contractele subsecvente acordului cadru urmează să fie atribuite prin reluarea competiției.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența prevederilor art. 110 din HG nr. 395/2016 care stipulează, la alin (1) că, în situații precum cea din speța dedusă soluționării, în care acordul cadru este încheiat cu mai mulți operatori economici iar contractele subsecvente urmează să fie atribuite prin reluarea competiției, *„(...) autoritatea contractantă are obligația, ori de câte ori decide achiziționarea produselor (...) care fac obiectul acordului respectiv, să transmită concomitent o invitație de participare la reofertare către toți operatorii economici semnatari ai acordului-cadru”*.

Totodată, Consiliul reține că informațiile minime și obligatorii care trebuie conținute în invitația la reofertare sunt menționate la alin. (2) al normei juridice anterior menționată, astfel:

„(2) Invitația la reofertare trebuie să conțină cel puțin următoarele informații:

a) cu privire la cantitățile și elementele specifice care vor face obiectul contractului ce urmează să fie atribuit;

b) cu privire la elementele/condițiile care fac obiectul reluării competiției și criteriul de atribuire/factorii de evaluare care urmează să fie aplicați pentru stabilirea operatorului economic căruia îi va fi atribuit contractul, astfel cum s-a prevăzut în documentația de atribuire elaborată pentru încheierea acordului- cadru;

c) cu privire la modul în care se depune/transmite noua ofertă și data-limită până la care operatorii economici au dreptul de a depune/transmite noua ofertă”.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a elaborat invitațiile la reofertare nr. A9-1224/07.12.2023, către SRL (pag. 4 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei) și nr. A9-1227/07.12.2023, către SRL (pag. 5-6), menționând, explicit, că „elementul ce face obiectul reofertării este prețul unitor/lot (produs)”.

Consiliul reține că solicitarea anterior menționată este în concordanță cu prevederile clauzei 2.4 din acordul cadru (fila 40 verso

din dosarul achiziției, numerotarea olografă a autorității contractante), potrivit căreia *„obiectul reluării competiției pentru atribuire contractelor subsecvente este prețul unitar fără TVA. Celelalte condiții rămân neschimbate pe întreaga durată a acordului - cadru”*.

Invitația la reofertare anterior menționată a fost transmisă de către autoritatea contractantă prin e-mail.

În acest sens, se reține că, la pag. 6 din dosarul achiziției, se regăsește o corespondență e-mail, transmisă de către autoritatea contractantă la adresa e-mail adrian.almasan@erbalact.ro, cu textul *„(...) vă transmitem atașat invitația la reofertare pentru atribuirea contractelor subsecvente acordului-cadru 1/21.03.2023”* și având atașat un fișier cu denumirea *„invitație pdf”*.

Consiliul reține, ca fiind deosebit de relevant, faptul că adresa e-mail adrian.almasan@erbalact.ro, la care ar fi transmis autoritatea contractantă corespondența anterioară, a fost precizată de către SRL în cadrul DUAЕ depus de către respectivul operator economic în cadrul procedurii, în etapa de ofertare.

Identitatea dintre cele 2 adrese rezultă din compararea email-ului de la pag. 7 (numerotarea olografă a autorității) cu cel de la pag. 1 din DUAЕ (transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei în anexa corespondenței înregistrată la CNSC sub nr. 5736/30.01.2023), în care se precizează *„Persoana de contact ADRIAN FLORIN ALMASAN, telefon: (...) email: adrian.almasan@erbalact.ro”*.

Rezultă că autoritatea contractantă a folosit, pentru transmiterea invitației la etapa de reofertare, adresa indicată de către respectivul ofertant în procedură drept persoană de contact.

Totodată, Consiliul reține că, la pag. 8 din dosarul achiziției, se regăsește o corespondență e-mail transmisă de autoritatea contractantă la aceeași adresă menționată de SRL în DUAЕ, respectiv adrian.almasan@erbalact.ro, cu următorul text: *„(...) urmare la invitația la reofertare transmisă în data de 07.12.2023, vă comunicăm faptul că obiectul reofertării îl va face valoarea totală/lot (cantitatea comunicată în invitație x preț unitar ofertat). Menționăm că noile facilități ale SEAP nu mai permit atribuirea contractelor pentru reofertările pe preț unitar/produs”*.

Potrivit extrasului de ecran din SEAP, aflat la fila 11 din dosarul achiziției, ... SRL a ofertat, în cadrul etapei de reluare a competiției, prețul 6,80 lei, iar, contestatorul SRL prețul 473.904,40 lei.

În etapa de verificare a prețurilor reofertate, autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal nr. A9-1264/21.12.2023 (filele 12-13 din dosarul achiziției), în cadrul căruia a menționat, la lotul 20, că *„oferta este constituită dintr-o valoare ce poate fi considerată preț unitar. Se vor solicita clarificări privind confirmarea prețului ofertat”*.

Clarificările indicate de autoritatea contractantă au fost transmise de către aceasta promitentului SRL prin SEAP, prin adresa nr. A9-1265/21.12.2023 (pag. 14), în sensul „(...) la lotul 20 «Lapte de consum UHT-3,5% grăsime» valoarea reofertată a fost de 6.80 lei/ Având în vedere faptul că prin e-mail-ul transmis în data de 11.12.2023 va fost comunicat faptul că obiectul reofertării este valoarea/lot (preț unitar ofertat x cantitatea din invitația nr. A9-1224/07.12.2023) vă solicităm să confirmați prețul de 6,80 lei ca preț/litru”.

..... SRL a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 1743/21.12.2023 (pag. 16) astfel:

„1. Invitația pentru reofertare nr. A9-1224/07.12.2023 a fost trimisă pe adresa adrian.almasan@erbalact.ro, adresă care nu mai este valabilă și așa cum reiese din documentele de calificare depuse la înscrierea în procedură cât și în DUAЕ, adresa de e-mail este daniel.negoita@.....ro;

2. În cadrul participării la reofertare pentru lotul nr. 20 „Lapte de consum UHT-3,5% grăsime” în data de 18.12.2023 valoarea reofertată a fost 6,80 lei preț unitar pe produs așa cum scria și mai jos în cadrul licitației (Oferta de preț reprezintă prețul unitar), neavând la dispoziție informația că obiectul reofertării este preț unitar x cantitatea din invitația nr. A9-1224/07.12.2023.

3. Având în vedere cele de mai sus, confirmăm că prețul unitar ofertat pe produs este 6,80 lei /litru”.

Ulterior, invocând necesitatea respectării tratamentului egal, autoritatea contractantă a anulat etapa de reofertare a lotului 20, aspect comunicat contestatorului prin adresa nr. A9-1280/27.12.2023 (filele 24-25).

Cu privire la anularea etapei de reofertare în vederea atribuirii contractului subsecvent, Consiliul reține că, procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016, care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE, au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice/acord-cadru.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract/acord-cadru.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care statuează regula conform căreia: „Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție

publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.

Consiliul va reține că, prin excepție de la regula de mai sus, potrivit art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru cinci motive, expres și limitativ prevăzute de lege, printre acestea, neregăsindu-se motivul invocat de autoritatea contractantă în adresa de comunicare transmisă contestatorului și detaliat, în punctul de vedere transmis Consiliului, respectiv, faptul că unul dintre promitenți a schimbat/înlocuit persoana desemnată inițial ca fiind responsabilă pentru respectiva achiziție.

Totodată, Consiliul reține că, aplicând prevederile art. 64 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc, cu titlu de regulă, că *„orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute de prezenta lege, sunt transmise în scris, prin mijloace electronice de comunicare (...)”*, autoritatea contractantă a transmis invitațiile de participare prin e-mail, la adresele menționate de respectivii operatori economici în DUAE în dreptul rubricii aferentă persoanei de contact, fără a proceda la verificarea recepționării acestora de către destinatari, astfel cum avea obligația potrivit art. 65 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„Autoritatea contractantă are obligația de a asigura protejarea integrității datelor (...) și a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, transmitere și stocare a informațiilor”*.

În acest sens, a fost pronunțată și decizia civilă nr. 98 din 16 ianuarie 2017, în care Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, potrivit căreia, *„particularitatea corespondenței de orice fel, inclusiv cea electronică, cu confirmare de primire constă în dovada prezentată de expeditor privind primirea trimiterii de corespondență confirmată în scris de către destinatar. Această concluzie nu poate fi negată cu succes de către petentă, căci textul art. 16 alin. (5) din legea nr 101/2016 este clar în această privință, respectiv impune cerința unei transmiteri speciale, și anume cu confirmare de primire: toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire. Or, este bine cunoscut faptul că dovada constând în confirmarea de primire este restituită expeditorului actului de procedură care a efectuat transmiterea acestuia către destinatar. Așadar, dacă legea impune efectuarea unei comunicări cu confirmare de primire, atunci este cert că expeditorul actului de procedură are a prezenta atât dovada transmiterii actului, dar și dovada confirmării de primire a respectivului act de către destinatarul său”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul stabilește că, în speța dedusă soluționării, culpa privind comunicarea defectuoasă a invitației la reofertare și a precizărilor ulterioare, aparține atât autorității contractante, care s-a limitat să transmită respectivele înscrisuri, prin e-mail, fără a se asigura că destinatarul a primit corespondența, cât și

operatorului economic SRL, care nu a monitorizat, în continuare, adresa menționată în DUAE drept aparținând persoanei de contact.

Este de remarcat faptul că la dosarul cauzei nu se regăsește niciun mesaj de eroare transmis de către serverul erbalact.ro, astfel cum ar fi fost în cazul în care ar fost ștearsă adresa email *adrian.almasan@erbalact.ro*, situație care ar fi putut să atragă atenția autorității contractante că au survenit anumite probleme de comunicare.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să considere concludent răspunsul SRL, prin care respectivul operator economic a încercat să diminueze importanța asigurării integrității datelor în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, motivat de faptul că explicațiile acestuia, de forma *„adresa adrian.almasan@erbalact.ro (...) nu mai este valabilă și așa cum reiese din documentele de calificare depuse la înscrierea în procedură cât și în DUAE, adresa de e-mail este daniel.negoita@.....ro”*, deoarece, în declarația DUAE depusă de SRL (transmisă de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), nu apare menționată drept adresă e-mail a persoanei de contact *daniel.negoita@.....ro*, ci, adresa *adrian.almasan@erbalact.ro*, folosită de autoritatea contractantă.

În ceea ce îl privește pe Daniel Negoită, cu adresa e-mail *daniel.negoita@.....ro*, acesta nu este menționat de SRL în DUAE ca persoană de contact, ci ca director general.

În sprijinul concluziei privind caracterul neconcludent al explicațiilor SRL, Consiliul reține că, prin aceleași înscrisuri, acest operator economic a fost invitat să reoferteze și la un alt lot, respectiv la lotul 19, având ca obiect *„Iaurt 200 gr. (din lapte de vacă)”*, pentru care a reofertat, conform procesului verbal nr. A9-1264/21.12.2023, valoarea 137.970 lei.

Ori, câtă vreme SRL a fost în măsură să respecte cerințele exprese din invitația la reofertare în cazul lotului 19 (invitația de participare trimisă acestuia fiind pentru ambele loturi, respectiv pentru lotul 19 și lotul 20), rezultă că explicațiile operatorului economic potrivit cărora, nu ar mai fi monitorizată adresa e-mail a persoanei de contact, nu reprezintă decât un pretext pentru anularea etapei de reofertare, la care acesta nu a fost desemnat câștigător sau, eventual, un pretext pentru remedierea propriilor sale erori de ofertare.

În acest context, Consiliul reține că, modalitatea în care a înțeles autoritatea contractantă să anuleze etapa de reofertare, se situează în afara prevederilor legale, urmând să se observe, în principal, că, atunci când se hotărăște organizarea unei proceduri de atribuire și s-a publicat anunțul de participare și documentația de atribuire aferentă sau când se inițiază etapa de reluare a competiției (similară din punct de vedere

funcțional cu etapa finală de licitație electronică), nu mai este permis ca, prin propria voință, să revină asupra deciziei de inițiere, prin anularea întregului demers de atribuire, care apare, pe de-o parte, ca nelegală, în raport de dispozițiile art. 212 din lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu atribui contractul subsecvent acordului-cadru, în urma derulării etapei de reofertare, de a amâna atribuirea acestuia, cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea acordului-cadru și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod, ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller, *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”*.

Potrivit paragrafului 37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării etapei de reofertare este atribuirea contractului subsecvent unui acord-cadru, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea acordului-cadru dependentă de acțiuni sau omisiuni ale entității contractante.

Nefiind localizată o culpă în sarcina sa, contestatorul nu poate fi prejudiciat printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante, care, după verificarea prețurilor rezultate din etapa de reofertare, a hotărât anularea procedurii, fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci, este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea acesteia sub pretextul aparentei încălcări a principiului transparenței. Consiliul reține că tocmai această manieră de a proceda a autorității contractante, apare ca nelegală, în raport de principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, izvorâtă din anumite condiții impuse participanților la licitație după o perioadă lungă de timp, înăuntrul căreia s-au consumat, în bună măsură, etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor,

reofertarea), iar, potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, autoritatea contractantă nu poate adăuga, la lege, excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Conform art. 143 alin. (1) din HG 395/2016, se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă, reguli aplicabile și în cazul contractelor subsecvente; de la această regulă, actul normativ precitat instituie mai multe excepții, printre acestea, neregăsindu-se motivele invocate de autoritatea contractantă, care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, în speță. Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci, este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii, datorită modalității defectuoase de comunicare cu unul dintre ofertanți. Cu toate acestea, numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece, actul normativ vorbește despre o imposibilitate; desigur că această imposibilitate nu se poate datora modului superficial în care a realizat autoritatea contractantă corespondența e-mail.

Luând în considerare toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va anula decizia de anulare a etapei de reluare a competiției aferentă lotului 20 din raportul nr. A9-1279/27.12.2023 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor pentru lotul 20 pe baza rezultatului etapei de reluare a competiției, finalizată în data 18.12.2023, cu respectarea considerentelor prezentei, a prevederilor legale și documentației de atribuire, 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 SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, anulează decizia de anulare a etapei de reluare a competiției aferentă lotului 20 din raportul nr. A9-1279/27.12.2023 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor pentru lotul 20, pe baza rezultatului etapei de reluare a competiției, finalizată în data 18.12.2023, cu

respectarea considerentelor prezentei, a prevederilor legale și documentației de atribuire, 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

.....

Redactat practica deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini