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. 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 nr. ...../23.11./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. .... nr. 6 bl. ..., sc. 3, ap. ...., sector 3, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin Ioan Ungureanu, privind procedura simplificată, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii acordului cadru de furnizare având ca obiect „Tablă neagră, striată, refractară inox, alamă, aluminiu și cupru”, cod CPV 44174000-0, organizată de ..... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ....., Splaiul Independenței nr. 227, ..., s-a solicitat:

- anularea adresei nr. ...../....., comunicată prin intermediul SEAP, de excludere din procedura de atribuire deoarece SC .....SRL se află în situația prevăzută la art. 180 alin.(1)lit. g) din Legea nr. 99/2016.
- anularea adresei privind anularea procedurii de atribuire;
- anularea adresei de anulare a tuturor proceselor verbale de analiza a ofertelor și comunicărilor emise către ofertanți după data de 03.11.....

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă atât decizia entității de excludere a ofertei sale ca urmare a faptului că se afla în situația prevăzută la art. 180 alin.(1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, cât și decizia de a anula procedura de atribuire menționată în partea introductivă, postată în SEAP în data de 17.11....., învederând în motivare următoarele:

În fapt, contestatorul precizează că în decizia de excludere din procedură, entitatea s-a bazat pe documentul constatator nr. 14935/ 18.07..... care se referă la acordul Cadru nr. 29510/28.11..... și

care nu reflecta realitatea. În acest sens se precizează că SC ..... SRL a avut încheiat cu ..... SA, acordul cadru nr. 29510/28.11.2016, având ca obiect furnizarea de „Tabla neagra, striata, inox și cupru", cu valabilitate 365 zile. Au fost încheiate patru contracte subsecvente, respectiv:

- CS nr.1 /28.11.2016, CS nr. 2/04.01....., CS nr. 3/28.04....., CS nr. 4/25.05.2016, care au fost derulate cu respectarea tuturor clauzelor contractuale.

Contestatorul subliniază că urmare a creşterii preţului la otel, au crescut prețurile implicit la sortimentele de table din acordul cadru, SC ..... SRL fiind în imposibilitatea de a livra în continuare la prețurile din acord. Din acest motiv a solicitat prin adresa nr. 128/15.06....., rezilierea de comun acord a acordului cadru nr. 29510/28.11.2016, prezentând în susținere facturile de achiziţie a produselor respective, a căror prețuri erau mai mari decât prețurile de livrare.

Întrucât prevederile din Codul Fiscal nu permit vânzarea în pierdere a produselor, contestatorul susține că a fost obligat să refuze semnarea unui nou contract subsecvent.

Prin adresa 14252/07.07....., autoritatea contractanta i-a notificat rezilierea acordului cadru, iar în data 27.08..... a fost emis documentul constatator nr. 15659, în baza căruia s-a luat decizia de excludere din procedură. Mai mult, în documentul constatator se precizează că SC ..... SRL a încălcat art.2.1 din Acordul Cadru: - „Promitentul - furnizor se obligă, ca în baza contractelor subsecvente încheiate cu promitentul-achizitor, să livreze produsele "Tablă neagra, striata, inox si cupru" în termenele precizate în anexa 2 a prezentului acord-cadru." lucru total fals întrucât toate cele patru contracte subsecvente încheiate cu ..... S.A. au fost derulate în cele mai bune condiţii fiind respectate toate prevederile contractuale.

SC ..... SRL consideră că refuzul de a semna contractul subsecvent nr. 5 în valoare de 2073,60 lei și care reprezentă 1,69% din valoarea acordului cadru nu este nejustificat, atât timp cât în perioada imediat următoare autoritatea contractantă a inițiat o procedura de achiziţie pentru aceleași produse, la o estimare identică cu cea dinainte și la care nu s-a prezentat nimeni, motiv pentru care a fost anulată. Ulterior la procedură valoarea estimată a fost cu 30% mai mare, confirmându-se astfel că motivele pentru care s-a solicitat rezilierea de comun acord a acordului au fost reale.

Contestatorul mai arată că, în anii anteriori SC ..... SRL a avut încheiate acorduri cadru pentru aceleași produse și au fost derulate în condiții optime, lucru dovedit prin certificate constatatoare, anexate contestației.

În consecință, contestatorul consideră că nu a încălcat grav și nici repetat obligațiile ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice și nu se află în situația prevăzută la art. 180 alin. (1) lit. g).

Prin adresa nr. 26453/28.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 50939/28.11....., ... SA, în calitate de entitate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată. Entitatea subliniază că nu a fost pusă în discuţie derularea acelor contracte perfectate între

societăţile ..... și ..... SRL care s-au finalizat în condiţii optime, ci derularea acordului cadru nr. 29510/28.11.2016, pe durata căruia a intervenit refuzul nejustificat al promitentului-furnizor de a semna cel de-al cincilea contract subsecvent.

Față de susținerile contestatorului entitatea menționează că, aprecierea privind refuzul nejustificat s-a făcut având în vedere condiţiile convenite între părţi prin acordul cadru, respectiv angajamentul promitentului furnizor de a menţine ferme preţurile la toate sortimentele de tablă pe întreaga durată de valabilitate a acestuia. Această condiţie a fost preluată la toate achiziţiile de tablă ale ....., fiind cunoscută si asumată în repetate rânduri de ..... SRL, în deplina cunoaştere a fluctuațiilor preţurilor la oţel și la metale. În susținere entitatea precizează că, prevederea privind preţul ferm nu a fost obiectată la procedura de achiziţie şi odată convenită printr-un contract/acord cadru pe baza unei oferte presupus elaborată pe principiul legal al eficienţei economice, nu conduce la încălcarea niciunei reglementări legale.

Totodată entitatea arată că în sensul art. 117 din HG nr. 394/2016, nu are dreptul de a utiliza în mod impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurenţa, având dreptul de a încheia contracte subsecvente numai pe baza regulilor şi condiţiilor prevăzute în respectivul acord, o eventuală modificare a acestor reguli şi condiţii având ca și consecință încălcarea acestor dispoziții. Refuzul ..... SRL de a perfecta contractul subsecvent nr. 5 la acordul cadru nr. 29510/28.11.2016, a condus la emiterea Documentului Constatator nr. 14935/18.07....., care reflectă comportamentul comercial necorespunzător al acestuia, prin nerespectarea angajamentelor comerciale asumate față de ..... Conform prevederilor art. 161 al.(5) din HG nr. 394/2016, documentul constatator a fost publicat în SEAP după expirarea termenului de contestare prevăzut de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare.

Se învederează că excluderea ofertantului ..... SRL din procedura de achiziţie cu anunţul de participare nr. ....., a fost consecinţa emiterii Documentului Constatator nr. 14935/18.07....., ce nu a fost contestat de ..... SRL, conform art. 161, alin. (4) din HG 394/2016. Excluderea s-a produs în baza articolului 180 al. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 150 din HG nr. 394/2016.

Față de cele precizate anterior, entitatea solicită respingerea contestației.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat atribuirea prin procedură simplificată, într-o singură etapă, online a acordului cadru de furnizare având ca obiect „Tablă neagră, striată, refractară inox, alamă, aluminiu și cupru”, cod CPV 44174000-0. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În procesul verbal nr. 23996/01.11....., de deschidere a ofertelor, comisia de evaluare a consemnat depunerea unei oferte.

În raportul procedurii nr. ...../....., comisia de evaluare a consemnat excluderea SC ..... SRL în baza articolului 180 al. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 150 din HG nr. 394/2016 precum și anularea procedurii.

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

Consiliul constata ca motivul de excludere din procedura a ofertantului SC ..... SRL a fost, potrivit adresei nr. ...../....., incidenta prevederilor art.180 alin (1) lit g) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 150 din HG nr. 394/2016.

In fapt, entitatea contractanta a procedat la excluderea ofertantului SC ..... SRL pe baza documentului constatator nr. 86695/31.07..... care ar consemna comportamentul necorespunzator al operatorului economic prin refuzul nejustificat de a respecta angajamente comerciale asumate fata de ELCEN.

Potrivit prevederilor art.180 alin (1) lit g) din Legea nr. 99/2016:

180 alin (1) *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii*:.....

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancţiuni comparabile;"

Potrivit prevederilor art. 150 din HG nr. 394/2016:

„Art. 150. - (1) Fără a afecta prevederile art. 149 alin. (2), refuzul nemotivat al ofertantului declarat câştigător de a semna contractul sectorial/acordul-cadru este asimilabil situaţiei prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. g) din Lege.

(2) În situaţia prevăzută la alin. (1), sunt aplicabile dispoziţiile art. 161 alin. (2)."

Art 161 alin (2) din HG nr. 394/2016are urmatorul cuprins:

„161 (2) În situaţia prevăzută la art. 150 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit semnat contractul sectorial/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în situaţia în care există contract semnat".

Analizand situatia dedusa judecatii, prin prisma faptelor descrise si a prevederilor legale mai sus mentionate, Consiliul retine urmatoarele aspecte:

Nu reiese din nimic faptul ca operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior.

In speta, din informatiile furnizate de ambele parti, in desfasurarea acordului-cadru nr. 29510/28.11.2016, având ca obiect furnizarea de

„Tabla neagra, striata, inox și cupru", incheiat de ELCEN cu SC ..... SRL au fost încheiate patru contracte subsecvente, respectiv CS nr.1 / 28.11.2016, CS nr. 2/04.01....., CS nr. 3/28.04....., CS nr. 4/25.05.2016, care au fost derulate cu respectarea tuturor clauzelor contractuale.

Ulterior, SC ..... SRL a refuzat sa semneze contractul subsecvent nr. 5, motivand aceasta prin imposibilitatea de a livra în continuare la prețurile din acord. A solicitat prin adresa nr. 128/15.06....., rezilierea de comun acord a acordului cadru nr. 29510/28.11.2016, prezentând în susținere facturile de achiziţie a produselor respective, ale căror prețuri erau mai mari decât prețurile de livrare si a invocat prevederile din Codul Fiscal care nu permit vânzarea în pierdere a produselor.

Consiliul apreciaza ca refuzul motivat de a semna un contract subsecvent în valoare de 2073,60 lei și care reprezentă 1,69% din valoarea acordului cadru, nu poate fi apreciat ca o „*încălcare în mod grav sau repetat a obligaţiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior*"

De asemenea, Consiliul constata ca neadecvata invocarea incidentei art. 150 din HG nr. 394/2016 deoarece in speta nu a existat sub nicio forma „*refuzul nemotivat al ofertantului declarat câştigător de a semna contractul sectorial/acordul-cadru*" ci numai refuzul motivat de a semna un al cincilea contract subsecvent unui acord-cadru, contract subsecvent cu o valoare derizorie raportat la valoarea acordului-cadru derulat cu respectarea tuturor clauzelor contractuale.

Pe langa faptul ca, in aprecierea Consiliului, refuzul semnarii celui de-al cincilea contract subsecvent a fost legal motivat (intr-adevar, Codul fiscal interzice vânzarea în pierdere a produselor), nu poate fi, in niciun caz, pusa in discutie, încălcarea în mod grav sau repetat a obligaţiilor, deci nu se justifica aplicarea prevederilor art.180 alin (1) lit g) din Legea nr. 99/2016.

Nu poate fi vorba nici de incalcari grave ale obligatiilor, nici de incalcari repetate, nu a fost solicitata plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, astfel incat Consiliul apreciaza ca neintemeiata decizia entitatii contractante de excludere a operatorului economic SC ..... SRL din procedura organizată în vederea atribuirii acordului cadru de furnizare având ca obiect „Tablă neagră, striată, refractară inox, alamă, aluminiu și cupru".

Totodata, avand in vedere cele de mai sus, nu este intemeiata nici decizia de anulare a procedurii in temeiul prevederilor art. 225 alin (1) lit a) din Legea nr. 99/2016 intrucat nu este intrunita situatia prevazuta la articolul respectiv.

Potrivit prevederilor art. 225 alin (1) lit a) din Legea nr. 99/2016:

„Art. 225. - (1) Entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare admisibilă;"

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA și va dispune anularea deciziei de excludere a ofertantului SC ..... SRL pentru motivul cuprins in adresa nr. 254621/....., anularea raportului procedurii nr. ...../..... (inclusiv anularea deciziei de anulare a procedurii), precum si a tuturor comunicarilor subsecvente.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozitiilor de mai sus, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA.

Dispune anularea deciziei de excludere a ofertantului SC ..... SRL pentru motivul cuprins in adresa nr. ...../....., anularea raportului procedurii nr. ...../..... (inclusiv anularea deciziei de anulare a procedurii), precum si a tuturor comunicarilor subsecvente.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozitiilor de mai sus, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

.....