



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1057/C1/994

Data: 24.06.2020

Prin contestația nr. 2981/25.05.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20298/25.05.2020, depusă de SC SA, cu sediul în, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului fazei de evaluare a propunerilor financiare, emis de SA, cu sediul în, ..., județul, în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Furnizare gaze naturale”, cod CPV 09123000-7, s-a solicitat: anularea procesului verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. 2758/08.05.2020; anularea adresei nr. 2795/19.05.2020 prin care oferta depusă a fost declarată inacceptabilă; admiterea ofertei și reanalizarea ofertelor potrivit criteriilor formulate în documentația de atribuire, respectiv refacerea clasamentului în sensul declarării ofertei depuse drept câștigătoare a procedurii; anularea raportului de atribuire nr. 2990/19.05.2020, precum și a actelor subsecvente.

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

În fapt, contestatorul precizează că a depus oferta în prezenta procedură, obiectul contractului fiind furnizarea de gaze naturale pe o perioadă de 12 luni pentru 24 locuri de consum (sediul central și patru sucursale), valoarea estimată fiind de 900.000 lei fără TVA; valoarea totală a ofertei depuse a fost de 731.709,40 lei fără TVA.

De asemenea, precizează că în data de 26.02.2020, entitatea contractantă a publicat în SEAP adresa nr. 924/25.02.2020 reprezentând răspuns la solicitarea de clarificări la întrebarea formulată de unul dintre ofertanți, referitoare la prețul de achiziție, respectiv dacă „*valoarea care se va cripta în SEAP va cuprinde acciza; valoarea estimată de 900.000*”

lei cuprinde și valoarea accizei; tipul accizei, comercială sau necomercială”, entitatea contractanta răspunzând că valoarea cuprinde și acciza, aceasta fiind de tip comercială.

În opinia contestatorului, această clarificare cu privire la elementele ce compun prețul total al ofertei, a fost tardivă pentru SC SA, întrucât la data de 24.02.2020, oferta a fost deja înregistrată în SEAP, în condițiile în care, în prezenta procedură prețul total era singurul criteriu de atribuire. Mai mult, consideră că răspunsul este tardiv formulat și din perspectiva regulilor/graficului procedurii stabilit de către entitatea contractantă în anunțul de participare simplificat care prevedea că: „Răspunsul consolidat al entității contractante în mod clar, complet și fără ambiguități la toate solicitările de clarificări sau informații suplimentare va fi transmis cu cel puțin 4 zile înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor (02.03.2020)”.

Așadar, arată că răspunsul consolidat a fost înregistrat de către entitatea contractanta în SEAP în ziua de miercuri, 26.02.2020. Potrivit modului de calcul al termenelor, cele 4 zile acordate de entitatea contractantă există doar scriptic, faptic fiind doar 2 zile lucrătoare: 27-28.02.2020, celelalte 2 zile fiind sâmbăta - duminică; luni 02.03.2020 -fiind stabilit termenul pentru depunerea ofertelor. Ori, dacă entitatea contractantă ar fi fost de bună credință, ar fi trebuit să înregistreze în SEAP răspunsul consolidat cel mai târziu în data de 24.02.2020 pentru a da șanse reale ofertanților să cunoască răspunsul consolidat, să depună oferte în funcție de acesta.

Raportat la cerințele răspunsului consolidat, contestatorul arată că prin adresa nr. 2047/06.04.2020, entitatea contractantă i-a solicitat următoarele: să remedieze viciul de formă din propunerea sa financiară constând în faptul că prețul total nu conținea acciza (viciul aparținând, în opinia contestatorului, entității contractante care avea obligația să cuprindă „ab initio” referințe despre acciză în documentația de atribuire, anunț, fisa de date, caiet de sarcini, contract, anexe); să fie corectat Formularul de oferta 10 A; să fie refăcut Centralizatorul financiar al ofertei Formularul 10B „în sensul în care se adaugă o coloană suplimentară care să conțină și acciza corespunzătoare calculului tarifului final/punct consum” sub sancțiunea declarării ofertei ca neconformă.

Față de solicitarea de mai sus, contestatorul precizează că a transmis răspunsul la data de 07.04.2020, corectând Formularul 10A, precizând: „ne oferim ca în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentație, să furnizăm gaze naturale în valoare totală de 731.709,40 lei (...) la care se adaugă taxa pe valoarea adăugată, în valoare de 139.024,79 lei. Precizează că dintr-o eroare, în Formularul 10A nu s-a corectat mențiunea, din textul inițial, pct. 4 cu excepția accize.

Totodată, subliniază că este doar o eroare de editare, deoarece în Formularul 10B – Centralizatorul financiar, sunt enumerate toate conceptele prețului total, inclusiv acciza, rezultând astfel că propunerea

financiară conținea acciza. Ulterior, prin adresa nr.2305/16.04.2020, entitatea contractanta atrage atenția asupra erorii de redactare de la pct. 4 (Formularul 10A) solicitând: „refacerea Formularului 10A; refacerea Formularului 10B în sensul exprimării valorii accizei în lei/MWh”, fiind inclusă apoi, valoarea accizei în lei/GJ=0,87, potrivit informațiilor existente pe site-ul Ministerului Finanțelor.

Contestatorul arată că prin adresa cu nr. 2634/05.05.2020, entitatea contractantă i-a comunicat următoarele aspecte „ (...) constată că apar din nou inadvertențe în sensul în care coloana 6 (ref. tarif de furnizare) ce apare în ultimul dvs. centralizator financiar al ofertei (cu nr. de înregistrare 2447/22.04.2020) nu conține valorile din Centralizatorul depus inițial (nr. de înregistrare 1204/ 24.02.2020), ci apar valorile din Centralizatorul financiar al ofertei depus ulterior (cu nr. de înregistrare 2278/08.04.2020), fapt care nu este în conformitate cu art. 221 din Legea nr. 99/2016 corelat cu art. 141 alin. (1) și (3) din HG nr. 394/2016 aceste coloane nu pot fi modificate, va transmitem o ultima solicitare de confirmare a centralizatorului financiar al ofertei depuse de societatea dvs. conform anexei la prezenta solicitare. Neacceptarea /necorelarea Formularului de oferta (corectarea sumei totale care crește în raport cu oferta inițial depusă) respectiv neacceptarea Centralizatorului financiar al ofertei (conform anexei la prezenta solicitare), atrage după sine declararea ofertei financiare depuse de societatea dvs. ca fiind neconformă”.

Față de adresa mai sus menționată, contestatorul precizează că a răspuns confirmând încă odată oferta financiară, respectiv aceea de a furniza gaze naturale în valoare totală de 731.709,40 lei, la care se adaugă taxa pe valoare adăugată în valoare de 139.024,79 lei, explicitând totodată și cauza diferențelor apărute în coloana 6 a Formularului 10B, inițial valoarea din coloana 6 (tarif de furnizare) conținea și acciza, ulterior, la solicitarea entității contractante s-a mai adăugat o coloană referitoare la acciză (coloana renumerotată cu nr. 8), astfel că însumate, cele două coloane (tarif de furnizare și acciza) dau valoarea exprimată inițial în ofertă în corpul coloanei nr. 6.

Raportat la cele mai sus menționate, contestatorul apreciază că în mod eronat oferta sa a fost declarată inacceptabilă. De asemenea, susține că documentația entității contractante a fost viciată, acest aspect putând fi observat și din cuprinsul contractului cadru, acesta nu face referire la pct. 5, prețul contractului la acciza sau la tariful de transport, elemente componente ale prețului total, iar în anexă (Formularul 10B) nu se regăsește coloana specială pentru acciza, cerință pe care entitatea contractanta o avut-o sub sancțiunea declarării ofertei ca neconforme.

Contestatorul susține că pentru a evita respingerea ofertei ca neconformă, a acceptat, la solicitarea expresă a entității contractante, modificarea/adăugarea unei coloane noi, în Formularul 10B, referitor la acciză. În cauză, consideră incidente prevederile art. 140 alin. (5),

coroborate cu prevederile art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016, motiv pentru care, oferta financiară depusă este acceptabilă și conformă.

În subsidiar, în condițiile în care Consiliul va aprecia că încălcările de procedură semnalate prin prezenta contestație, nu permit reluarea procedurii din faza de analiză a propunerii financiare, contestatorul solicită anularea procedurii.

Entitatea contractată, transmite prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 21608/03.04.2020, dosarul achiziției publice, în copie. De asemenea, prin adresa nr. 29220/29.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 21608/06.06.2020, transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Pe cale de excepție, invocă:

- respingerea ca inadmisibilă a contestației, în temeiul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, pentru lipsa depunerii recipisei de consemnare a cauțiunii;
- respingerea petitului nr. 3, ca fiind inadmisibil, ținând cont de măsurile pe care le poate adopta CNSC, în conformitate cu prevederile art. 26 din Legea nr. 101/2016.

În fapt, entitatea contractantă precizează că oferta contestatorului a fost respinsă, în baza art. 140 alin. (4) și art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016, aspectele cu privire la motivele respingerii fiindu-i expuse contestatorului pe larg în cele 3 solicitări de clarificări privind oferta financiară, specificându-se clar cerințele impuse de Legea nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016 cu privire la modul de clarificare și după caz, completare ale documentelor prezentate de ofertant în cadrul ofertei depuse, respectiv sancțiunile ce decurg din nerespectarea acestora.

În speță, comisia de evaluare a constatat faptul că oferta financiară depusă de SC SA specifică în mod clar faptul că prețul total oferat nu conține și acciza, această valoare fiind impusă prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări adresate de ofertanții înscriși la procedură și înregistrat la entitate, sub nr. 924/25.02.2020, respectiv postat pe SEAP în data de 26.02.2020, conform termenelor impuse în fișa de date a achiziției, acest fapt fiind în contradicție cu celelalte două oferte financiare depuse, ambele fiind întocmite ținând cont de răspunsul consolidat menționat mai sus.

Referitor la motivele invocate de către contestator cu privire la răspunsul consolidat la solicitările de clarificări precum și la data postării acestuia pe SEAP, entitatea contractantă precizează următoarele:

- răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, a fost postat în termen pe platforma SEAP, conform celor specificate în fișa de date aferentă acestei proceduri, respectiv: „cap. II.I.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor. Solicitățile de clarificări privind documentația de atribuire se vor transmite cu cel puțin 10 zile înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor iar răspunsul consolidat al entității contractante în mod clar, complet și fără ambiguități la toate solicitările de durificări sau informații suplimentare va fi transmis cu cel

puțin 4 zile înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor (...) și în conformitate cu cele specificate în legislație)”;

- arată că prin postarea răspunsului în SEAP, conform celor specificate mai sus, în data de 26.02.2020, termenul de 02.03.2020 fiind stabilit termenul limită pentru depunerea ofertelor pe SEAP nu s-a „acționat într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei credințe, încălcând principiile care guvernează achizițiile publice: principiul tratamentului egal ce presupune reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, principiul transparenței ce presupune aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea proceduri de atribuire în scopul garantării eliminării riscului de favoritism și de comportament arbitrar din partea entității contractante” astfel cum susține contestatorul, toate aceste date, răspunsuri, comunicări, fiind postate în SEAP, vizibile pentru toți participanții;

- oferta tehnică a contestatorului a fost depusă în conformitate cu răspunsul la solicitările de clarificări, fapt din care rezultă că a luat la cunoștință de acesta, termenele de răspuns fiind clar specificate în documentație.

Referitor la motivele invocate de către contestator cu privire la solicitările de clarificări privind propunerea financiară, entitatea contractantă precizează următoarele:

- urmare a verificării propunerii financiare depuse de către contestator, a constatat că aceasta respectă întru-totul cerințele impuse în răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, având nr. 924/ 25.02.2020, răspuns prin care, la întrebarea nr. 2: „(...) vă rugăm să precizați dacă: - valoarea care se va cripta în SEAP va cuprinde și acciza; valoarea estimată de 900.000 lei cuprinde și valoarea accizei; tipul accizei, comercială sau necomercială”, s-a emis următorul răspuns: „valoarea cuprinde și acciza. Acciza este de tip comercială”;

- comisia de evaluare a constatat că atât în Formularul 10A - Formularul de ofertă, cât și în Formularul 10B - Centralizatorul financiar al ofertei, se specifică clar că prețul total nu conține acciza și TVA-ul aferent, motiv pentru care a solicitat contestatorului să clarifice acest viciu de formă, în conformitate cu art. 221 din Legea nr. 99/2016 corelat cu art. 141 alin. (1) și (3) din HG nr. 394/2016, respectiv să corecteze Formularul de ofertă cu valoarea totală care să conțină și acciza comercială, respectiv să refacă Formularul 10B - Centralizatorul financiar al ofertei în sensul în care se adaugă o coloană suplimentară care să conțină și acciza comercială corespunzătoare calculului tarifului final/punct de consum, plecând de la considerentul că această acciză este o constantă stabilită clar de Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, art. 342 alin. (1), anexa nr. 1, pct. 15; actualizat cu prevederile art. 342 alin. (2), nivelul taxei, tarifului, comisionului fiind de: 0,87 lei/GJ, corectarea acestei omisiuni încadrându-se în articolele invocate mai sus și respectând principiile care guvernează achizițiile publice, în acest fel centralizatoarele din cele 3 oferte urmând a conține

coloane identice pentru toți ofertanții. Ceilalți 2 ofertanți au depus ofertele conform celor specificate în răspunsul consolidat - coloana care conține acciza fiind identică pentru ambele oferte, acciza fiind o constantă;

- drept urmare, prin adresa nr. 2047/06.04.2020, s-a solicitat clarificarea aspectelor enunțate mai sus; contestatorul a răspuns prin adresa nr. 2278/08.04.2020 „(...) cu mici erori de editare”, dar cu modificări ale centralizatorului financiar al ofertei, respectiv de modificare a coloanei ce conține prețul de furnizare, preț care este stabilit de fiecare ofertant în parte.

De asemenea, entitatea contractantă arată că a fost introdusă coloana cu acciza conform celor solicitate, dar la o valoare mult mai mică respectiv de 0,87 lei, nefiind specificat concret, în capul de tabel, unitatea de măsură a acesteia. Arată că valoarea accizei conform Legii nr. 227/2015 este exprimată în lei/GJ, iar toate cele 5 coloane din centralizator, respectiv tarif furnizare, tarif transport, tarif distribuție și tarif final au fost exprimate în lei/MWh, valoarea de 0,87 lei din coloana aferentă accizei reprezentând de fapt valoarea exprimată în lei/GJ.

Ulterior, a-a revenit cu o nouă solicitare de clarificări (adresa nr. 305/ 16.04.2020) respectiv cu solicitări mai concrete de corecție a acestui centralizator, explicându-se totodată conversia din lei/GJ în lei/MWh (Acciza pentru gaz natural, respectiv nivelul taxei/tarifului=0,87 lei/GJ utilizat = $0,87 / 0.277777778 \text{ MWh} = 3.1319999974944 \text{ lei/MWh}$ baza legală fiind Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, art. 342 alin. (1), anexa nr. 1, pct. 15; actualizat cu prevederile art. 342 alin. (2), aceste valori fiind identice și pentru celelalte 2 oferte, respectiv a obligativității de a păstra coloanele 6, 7 și 8 nemodificate (modificarea lor încălcând principiile care guvernează achizițiile publice) urmând a corecta coloana cu acciza comercială corect, în sensul că aceasta trebuie exprimată în lei/MWh, valoric reprezentând 3,1319999974944 lei/MWh. Contestatorul a răspuns, respectând parțial cele solicitate, în speță a păstrat identică coloana 6 (tarif furnizare), valorile fiind din ultimul Centralizator financiar al ofertei (nr. 2447/22.04.2020), valori diferite față de cele din Centralizator financiar al ofertei depus inițial (nr. 1204/ 24.02.2020), fapt care nu este în conformitate cu art. 221 din Legea nr. 99/2016 corelat cu art. 141 alin.(1) și (3) din HG nr. 394/2016, prin aceste valori ofertantul dorind să păstreze nemodificată valoarea totală ofertată inițial.

Pentru a nu da naștere altor artificii matematice de păstrare a valorii totale ofertate inițial și a elimina orice altă formă de interpretare, entitatea contractantă precizează că a transmis o ultimă solicitare de confirmare a centralizatorului financiar al ofertei (întocmit în conformitate cu art. 221 din Legea nr. 99/2016 corelat cu art. 141 alin. (1) și (3) din HG nr. 394/2016), prezentându-se în anexa la solicitare centralizatorul financiar al ofertei identic cu cel depus inițial, cu completarea unei coloane ce reprezintă acciza comercială (egala cu

3,1319999974944 lei/MWh și identic ca și formă cu celelalte 2 centralizatoare depuse de ceilalți 2 ofertanți) specificându-se faptul că: „neacceptarea/necorelarea Formularului de ofertă (corectarea sumei totale, care crește în raport cu oferta inițială depusă), respectiv neacceptarea centralizatorului financiar al ofertei (conform anexei la prezenta solicitare), atrage după sine declararea ofertei financiare depuse de dvs. ca fiind neconformă ”.

Entitatea contractantă menționează că în urma evaluării răspunsului primit la solicitarea de clarificare nr. 2634/05.05.2020, comisia de evaluare a constatat faptul că ofertantul își menține ferm valoarea ofertată respectiv de 731.709,40 lei, valoare care conține și acciza, justificând această valoare prin faptul că la data publicării în SEAP a ofertei financiare (nr. 1204/24.02.2020), aceasta conținea toate elementele solicitate. Astfel, în baza aspectelor mai sus menționate, comisia de evaluare a respins ca inacceptabilă oferta, în baza prevederilor art. 140 alin. (4) și art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016

În ceea ce privește afirmația potrivit căreia: „subscrisa a răspuns în termen legal - confirmând încă o dată oferta financiară făcută, aceea de a furniza gaze naturale în valoare totală de 731.709,40 lei, la care se adaugă taxa pe valoare adăugată în valoare de 139.024,79 lei, explicitând totodată și cauza diferențelor apărute în coloana 6 a Formularului 10B - inițial valoarea din coloana 6 (tarif de furnizare) conținea și acciza, ulterior, la solicitarea entității contractante a trebuit să mai adăugăm o coloană referitoare la acciza (coloana renumerotată cu nr. 8), astfel că însumate, cele două coloane (tarif de furnizare și acciza) dau valoarea exprimată inițial în oferta în corpul coloanei nr. 6”, entitatea contractantă apreciază că aceasta nu poate fi acceptată întrucât contravine articolelor invocate mai sus, aceste modificări ale prețurilor unitare nu pot fi considerate corecții, modificarea lor încălcând principiile care guvernează achizițiile publice, oferta financiară depusă, respectiv atât Formularul 10A - Formularul de ofertă, cât și Formularul 10B - Centralizatorul financiar al ofertei, specificând clar că prețul total nu conține acciza și TVA-ul aferent, termenul de „acciză” fiind introdus cu buna știință de ofertant, în Formularul de ofertă 10A completându-se varianta originală din secțiunea Formulare, respectiv: „(...)Furnizare gaze naturale în valoare totală de ... lei (suma în cifre și litere), la care se adaugă taxa pe valoare adăugată în valoare de ... lei (suma în cifre și litere)”, cu textul: „(...) Furnizare gaze naturale în valoare totală de ...lei (suma în cifre și litere), la care se adaugă taxa pe valoare adăugată în valoare de ...lei (suma în cifre și litere) și acciza”, respectiv în Centralizatorul financiar al ofertei - Formular 10B completându-se varianta originală care nu făcea referire sub nici un aspect la TVA și acciză, cu: „Nota: Valoarea de contract nu cuprinde acciza și TVA”.

În final, entitatea contractantă precizează că aceste solicitări de clarificări la oferta financiară au fost solicitate având în vedere faptul că acciza comercială, la fel ca și TVA-ul poate fi dedus, acest fapt

neîncălcând principiile care stau la baza achizițiilor publice (tratament egal), declarând oferta financiară inacceptabilă din prima fază, în eventualitatea în care primului clasat nu i se atribuia contractul până la finalul procedurii din diverse motive, urma să se adreseze ultimului clasat, acest fapt fiind în contradicție cu principiile care stau la baza achizițiilor publice. Această taxă (acciza) fiind o constantă care putea fi dedusă creând astfel un prejudiciu contestatorului

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 22751/10.06.2020, contestatorul depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206296782/1, tranzacția nr. 975220308/1740386962, din data de 28.05.2020, emisă de CEC Bank, unitatea: sucursala în valoare de 14.700 lei.

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

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Furnizare gaze naturale”, cod CPV 09123000-7, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN1062996, conform căreia valoarea estimată a procedurii este de: 900.000 ron. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Având a se pronunța în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, Consiliul analizând excepția inadmisibilității contestației invocate de entitatea contractantă pentru lipsa depunerii cauțiunii urmează să o respingă ca nefondată, deoarece contestatorul a depus în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206296782/1, tranzacția nr. 975220308/ 1740386962, din data de 28.05.2020, emisă de CEC Bank, unitatea: sucursala în valoare de 14.700 lei.

Analizând pe fond contestația formulată, Consiliul reține că obiectul acesteia îl constituie adresa comunicare rezultat nr. 2975/19.05.2020 prin care oferta SC SA a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. (4) și art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016, motiv pentru care, Consiliul va analiza în cele ce urmează motivele respingerii ofertei prin raportare atât la prevederile documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, Consiliul reține că, în cadrul Fișei de date, pct.IV.4.2 la „Modul de prezentare a propunerii financiare”, entitatea contractantă a stipulat următoarele:

„1. Formularul de ofertă – Formularul 10A din Secțiunea IV reprezintă elementul principal al propunerii financiare. Oferta cuprinde toate produsele care fac obiectul achiziției.

2. Centralizatorul financiar al ofertei Formularul 10B .

3. Evaluarea ofertelor se va face la valoarea totală a ofertei, prin compararea propunerilor financiare determinate prin înmulțirea prețului

unitar cu cantitatea specifică fiecărui reper. Prețul din propunerea financiară se exprimă în lei (fără TVA). Prețurile unitare ce compun oferta financiară vor fi întocmite/ofertate cu maxim 2 zecimale exacte, adică nu se vor rotunji/afișa doar cu 2 zecimale, valoarea totală obținută astfel ofertată conform formularului de ofertă, rezultând la rândul ei cu maxim 2 zecimale exacte (nerotunjite). Termenul de plată solicitat este de 60 de zile de la data înregistrării facturii la Entitatea Contractantă”.

De asemenea, în ceea ce privește modul de elaborare a propunerii financiare, entitatea contractantă, anterior datei limită de depunere a ofertelor, în urma solicitărilor de clarificări a răspuns prin adresa nr. 924/25.02.2020 publicată în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat, în data de 26.02.2020 (pag. 79-84 din dosarul achiziției), la întrebarea 2: *„Vă rugăm să precizați dacă valoarea care se va cripta în SEAP va cuprinde și acciza; valoarea estimată de 900.000 lei cuprinde și valoarea accizei, - tipul accizei, comercială sau necomercială ? ”*, în sensul: **„Valoarea cuprinde și acciza. Acciza este de tip comercială”**.

Din economia celor mai sus redate, rezultă în mod clar, că potrivit cerințelor din cadrul documentației de atribuire și a clarificărilor publicate de entitatea contractantă în SEAP, ofertanții trebuiau să includă în propunerea financiară și valoarea accizei de tip comercială, prevederile art. 129 din HG nr. 394/2016 stabilind că operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. ff) din Legea nr. 99/2016 prevede că propunerea financiară a ofertantului este parte a ofertei] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Cerințele documentației de atribuire respectiv clarificările cu privire la modul de elaborare a propunerii financiare publicate în SEAP sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de entitatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat. Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la modul în care entitatea contractantă a solicitat elaborarea propunerii financiare respectiv includerea în cadrul acesteia a valorii accizei de tip comercial prin urmare și-a însușit atât obligația de a oferi oferta cât și riscurile care decurg din neîndeplinirea acestor cerințe în propunerea sa financiară.

Prin urmare, Consiliul nu poate reține criticile SC SA referitoare la adresa de răspuns clarificări nr. nr. 924/25.02.2020 publicată în SEAP în data de 26.02.2020, acestea fiind tardive, pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar pentru soluționarea aspectelor reclamate, astfel nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă pe durata întregii proceduri de atribuire iar după derularea acesteia și comunicarea rezultatului procedurii să critice aspecte care au avut loc anterior datei limită de depunere a ofertelor, cu depășirea termenului de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Mai mult, Consiliul reține că, nu clarificarea în cauză a determinat respingerea ofertei, deoarece entitatea contractantă constatând că SC SA nu a inclus în propunerea financiară și valoarea accizei, apreciind această lipsă ca fiind un viciu de formă, a solicitat contestatorului prin adresa nr. 2047/06.04.2020 în temeiul art. 141 alin. (1) și (3) din HG nr. 394/2016 să își refacă atât Formularul de ofertă – 10A cât și Centralizatorul financiar – 10B, în sensul adăugirii unei coloane suplimentare care să conțină și acciza comercială corespunzătoare care lipsea din oferta sa, considerentul avut în vedere fiind faptul că potrivit dispozițiilor art. 342 alin. (1) și (2), anexa nr. 1, pct. 15 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, această acciza este constantă, nivelul taxei/tarifului comisionului fiind de 0,87 lei/GJ (gigajoule).

Astfel, din analiza Formularului 10A și Formularului 10B - „Centralizatorul financiar al ofertei” depus în oferta inițială (pag. 389-390 din dosarul achiziției) rezultă că societatea contestatoare a oferat un tarif de **109 lei pe MWh** și o valoare totală a ofertei de **731.709,40 lei**, sumă care nu cuprinde acciza și TVA.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe, în speță modul de stabilire a propunerii financiare, aparține entității contracte. Potrivit art. 221 alin. (1) din Legea nr.99/2016: *„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței”*.

Tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de entitatea contractantă prin adresa nr. 2047/06.04.2020 (pag. 392 din dosarul achiziției), respectiv de a corecta Formularul de ofertă cu valoarea totală care să conțină și acciza comercială, respectiv refacerea Formularului 10 B- Centralizatorul financiar al ofertei în sensul adăugirii unei coloane suplimentare care să conțină și acciza comercială corespunzătoare calcului tarifului final/punct de consum, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să o trateze cu maximă competență și diligență în sensul transmiterii acestor documente conform cerințelor documentației de atribuire și a clarificărilor aferente.

Or, analizând răspunsul contestatorului din adresa nr. **2278/08.04.2020** (pag. 393-394 din dosarul achiziției) Consiliul reține că acesta din urmă nu s-a conformat întocmai solicitărilor, deoarece în cadrul Formularului de ofertă 10A a precizat din nou că **prețul nu include acciza și TVA** iar în cadrul Formularului 10B – Centralizatorul financiar, deși a fost introdusă o nouă coloană cu acciza astfel cum s-a

solicitat, a fost inclusă o valoare mult mai mică respectiv de 0,87 lei, nefiind specificat concret în capul de tabel unitatea de măsură a acesteia, valoarea accizei conform Legii nr. 227/2015 fiind exprimată în lei/GJ, iar la toate cele 5 coloane din centralizator (cantitatea de gaze, tarif furnizare, tarif transport, tarif distribuție și tarif final) au fost exprimate în MWh, de unde rezultă că valoarea accizei de 0,87 lei reprezenta în fapt valoarea exprimată în lei/GJ (gigajoule).

Manifestând o atitudine îngăduitoare, entitatea contractantă revine cu o nouă solicitare de clarificări prin adresa nr. 2305/16.04.2020 (pag. 395 din dosarul achiziției), permițând contestatorului refacerea formularelor de ofertă respectiv de corecție a centralizatorului, explicându-se totodată modalitatea concretă de conversie din lei/GJ în lei/MWh; Acciza pentru gaz natural, respectiv nivelul taxei/tarifului = $0,87 \text{ lei/GJ} \text{ utilizat} = 0,87/0.277777778 \text{ MWh} = 3.1319999974944 \text{ lei/MWh}$; aceste valori fiind identice și în cazul celorlalte 2 oferte depuse; (a se vedea dispozițiile art. 342, alin. (1) și (2), anexa nr. 1, pct. 15 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal).

Orice decizie a entității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei, motiv pentru care, Consiliul apreciază că, entitatea contractantă a procedat în mod just și întemeiat la solicitarea clarificărilor anterior finalizării evaluării ofertelor, scopul acesteia fiind stabilirea cu exactitate a valorii corecte a ofertei depusă de societatea contestatoare în condițiile impuse prin documentația de atribuire, astfel încât să aibă certitudinea în urma clarificărilor solicitate că oferta declarată câștigătoare este una reală, justă și conformă.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție sectorială să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Procedând la verificarea răspunsului transmis de SC SA prin adresa nr. 2447/22.04.2020 (pag. 398-399 din dosarul achiziției), Consiliul constată că acesta nu s-a conformat nici de această dată deoarece, deși a adăugat valoarea accizei astfel cum s-a solicitat, a modificat tariful unitar ofertat inițial, respectiv de la 109 lei pe MWh, la 105,868 lei/MWh, păstrând valoarea totală ofertată inițial de 731.709,40 lei care urma să-i determine poziția în clasamentul rezultat prin aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”; altfel spus, în loc să aplice doar suma rezultată din acciză la prețurile ofertate inițial, contestatorul

pentru a nu modifica valoarea totală ofertată inițial a procedat la un artificiu matematic respectiv micșorarea tarifului unitar ofertat inițial.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că entitatea contractantă a constatat în mod corect față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 140 alin. (4) și alin. (5) teza a doua din HG nr. 394/2016, potrivit căreia : „(4) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă. (5) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă”.

În speță prevederile art. 141 din HG nr. 394/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare solicitând societății contestatoare corectarea viciilor de formă identificate în propunerea sa financiară iar, prin răspunsurile formulate, SC SA nu s-a limitat doar la remedierea acestor vicii de formă ci a procedat la modificarea tarifului unitar ofertat inițial.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al modificării ofertei financiare sau transmiterii unor calcule eronate potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care entitatea contractantă a menționat în mod repetat și expres în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le corecteze și modalitatea clară, explicită în care acesta să o facă, orice critică în acest moment împotriva adreselor de clarificări fiind tardivă.

Altfel spus, în cazul în care prevederile documentației de atribuire sau solicitările de clarificări transmise de entitatea contractantă, erau considerate de către contestator ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de le contesta potrivit prevederilor legale. Prin necontestarea în termenul legal, acestea au devenit obligatorii atât pentru contestator, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Cu toate acestea, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea entității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că entitatea contractantă a aplicat în mod corect și dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr.

99/2016, potrivit cărora „*autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”.

Ofertele depuse, reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmat de ofertanți prin documentele înaintate entității contractante. Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare/tehnice trebuie să țină cont de toate cerințele exprese ale documentației de atribuire, astfel încât nu pot propune tarife sau prețuri care nu respectă cerințele exprese ale documentației de atribuire doar în baza unei simple decizii comerciale în încercarea de fi declarată ca și câștigătoare a ofertei sale prin vicierea rezultatului.

Hotărârea **CJUE din data 5 iunie 2015 pronunțată în cauza C 49/15**, statuează în acest sens că:

„43 În această privință, trebuie amintit că, în conformitate cu ceea ce s-a statuat la punctul 28 din prezenta ordonanță, corectarea unei erori materiale săvârșite de un ofertant în redactarea ofertei sale, în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat, nu trebuie să îi permită să o modifice și să îi confere astfel un avantaj necuvenit.

44 În consecință, orice modificare a unei oferte economice care nu privește corectarea mecanică a unei erori materiale vădite de redactare sau care nu rezultă automat dintr-o corectare nu este autorizată în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat. Astfel, autoritatea contractantă nu poate da unui singur ofertant, după deschiderea ofertelor, posibilitatea să modifice termenii ofertei sale, sub sancțiunea încălcării principiului egalității de tratament, precum și a termenilor dispoziției menționate”.

Consiliul reține că modificările operate de acest ofertant în legătură cu propunerea sa financiară nu privesc doar corectarea mecanică a unei erori materiale prin adăugarea accizei astfel încât că poată fi aplicabile prevederile art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016 ci a fost schimbat tariful unitar ofertat astfel cum rezultă din analiza comparativă a celor două variante de anexă la formularul de ofertă aflate la pag. 389 și 398 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul propunerii financiare nu au fost introduse toate costurile/tarifele aferente derulării contractului, aparține entității contractante. Această solicitare a entității contractante a fost clară, aceasta cerând informații și detalii privind modalitatea de formare a prețului și anume, dacă la formarea prețului s-au avut în vedere și acciza aferentă conform legislației specifice.

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de entitatea contractantă, respectiv de a lămuri anumite elemente ale ofertei financiare, respectiv de a verifica sustenabilitatea acestora, la care ofertanții în cauză au obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență.

În speță așa cum se poate observa entitatea contractantă a aplicat un tratament egal operatorilor economici în verificarea realității prețurilor oferite, solicitările de clarificări impunându-se tocmai pentru a vedea dacă, și în ce măsură, oferta contestatorului era sustenabilă și viabilă sau dacă aceasta este folosită doar ca mijloc de inducere în eroare sau viciere a rezultatului în vederea atribuirii contractului, fără a avea în fapt un fundament real. Sancțiunea modificării conținutului propunerii financiare este respingerea ofertei ca inacceptabilă astfel cum prevede art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire – *„în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*.

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

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

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

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

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

În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat

candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Raportat la prevederile art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016 și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de SC în contradictoriu cu SA SA.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC în contradictoriu cu SA SA.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....