

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, +40218900745 www.cnscc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de SA, cu sediul în, ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – Director al Direcției Managementul Clienților și Vânzări Middle Market, formulată împotriva raportului procedurii de atribuire ce i-a fost comunicat în data de 04....., întocmit de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, cerere de oferte online, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cu invitație de participare nr. publicată în SEAP în, s-a solicitat Consiliului

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SA, anulează Raportul procedurii nr. 1754 din și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, în partea privind oferta depusă de E.ON ENERGIE ROMANIA SA.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen de 11 zile de la primirea deciziei Consiliului, prin reanalizarea ofertei depuse de E.ON ENERGIE ROMANIA SA, precum și întocmirea unui nou raport al procedurii care să respecte prevederile legale, conform motivării ce urmează.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., ... SA atacă raportul procedurii de atribuire ce i-a fost comunicat în data de 04..... întocmit de, în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, prin care oferta depusă de E.ON ENERGIE ROMANIA SA a fost a fost declarată câștigătoare, considerând decizia autorității contractante ca fiind nelegală și nefondată.

În fapt, contestatoarea susține că, în procedura din speță au depus oferte alături de societatea sa, E.ON ENERGIE ROMANIA SA și GAZ EST SA Vaslui, iar valoarea estimată a contractului de furnizare, astfel cum a fost precizată în invitația de participare a fost de 249.102,84 lei și criteriul de atribuire ales a fost *prețul cel mai scăzut*.

Precizează contestatoarea faptul că data de 12.04..... a reprezentat termenul limită pentru postarea documentației aferente licitației și criptarea valorii contractului, iar data de, orele 11.41 a fost data limită pentru evaluarea financiară.

După expirarea acestui termen, contestatoarea arată că a verificat stadiul licitației, iar din verificările efectuate în data de, orele 12:06, a reieșit că oferta depusă de societatea sa apărea clasată pe locul 1 (așa cum reiese din captura imaginii de pe site-ul SEAP - „print screen SEAP”).

Având în vedere explicațiile oferite de autoritatea contractantă, respectiv faptul că operatorul economic E.On ENERGIE ROMANIA SA a criptat, din eroare, o valoarea mai mare, însă în propunerea financiară oferta acestui operator avea o valoarea mai mică și întrucât nu a avut acces asupra acestor informații, contestatoarea solicită Consiliului la obligarea autorității contractante la depunerea fotocopiei întregului dosar al achiziției, precum și accesul său la studierea acesteia.

Mai mult, contestatoarea susține că, din cuprinsul raportului procedurii de atribuire rezultă că autoritatea contractantă a solicitat „clarificări” acestui operator economic, prin adresa nr. 1719/13.04....., față de neconcordanțele existente între formularul de ofertă și prețul criptat în SEAP, iar prin răspunsul la clarificare, adresa nr. 1755 - de care nu are cunoștință, nefiind publicată în SEAP, înțelege că operatorul economic a corectat eroarea aritmetică din ofertă, întrucât prețul criptat nu a mai putut fi modificat din punct de vedere tehnic.

Contestatoarea arată că modificarea prețurilor ofertate nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute de art. 80 din HG nr. 925/2006, referitoare la erorile aritmetice sau vicii de formă potrivit

căroră „Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Or, având în vedere că noul preț nu are rol de clarificare întrucât nu este susținut de informațiile din documentele inițiale, acesta fiind total diferit de documentul inițial și că s-a modificat valoarea din oferta criptată, contestatoarea apreciază că, în mod greșit, autoritatea contractantă a considerat că modificarea propunerii financiare este rezultatul unor erori aritmetice.

Contestatoarea susține că este evident că în speță nu este în prezența unei refaceri de calcul, ci a unei modificări de preț.

În plus, contestatoarea menționează că, fiind în prezența unei licitații care se desfășoară online, oferta criptată exprimă oferta reală a acestui operator economic, cea transmisă în forma scrisă fiind ulterioară, diferențele existente între aceste oferte fiind clar rezultatul realizării unei modificări a prețului.

Contestatoarea consideră că luarea în considerare de către autoritatea contractantă a valorii ofertei din propunerea financiară cu ignorarea ofertei criptate a determinat în mod evident încălcarea principiului egalității și oferirea unui avantaj nelegal ofertantului declarat câștigător.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 255 alin. (1) și art. 256 ind. 2 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, art. 80 alin. (2) din HG nr. 925/2006, precum și restul dispozițiilor la care a făcut referire în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 2006/27.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 12932/28.04....., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestația formulată de SA, prin care solicită respingerea ei, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține că, în procedura din speță, au depus oferte online (SEAP) următorii operatori economici: SA, E.ON ENERGIE ROMANIA SA și GAZ EST SA VASLUI.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că, în momentul evaluării financiare, comisia de evaluare a constatat o neconcordanță între formularul de ofertă depus de E.ON ENERGIE ROMANIA SA, document încărcat în SEAP odată cu întreaga documentație și prețul criptat în SEAP și, față de acest fapt, a solicitat clarificări, prin adresa nr. 1719/13.04....., iar prin răspunsul la clarificări nr. 1755/....., E.ON ENERGIE ROMANIA SA a comunicat corectarea erorii aritmetice și formularul de ofertă corectat, în sensul în care prețul ofertat este de 229.135,74 lei, fără TVA.

Analizând formularul de ofertă anexat la adresa de clarificare, autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au constatat că prețul de furnizare 73 lei/MWh, tariful de transport 9,29

lei/MWh, tariful de distribuție de 34,65 lei/MWh, precum și prețul de contract de 116,94 lei/MWh sunt indentice cu cele prezentate în formularul de ofertă încărcat în SEAP, considerând că a fost îndreptată eroarea de calcul între preț și cantitate, rezultând prețul final de 229.135,74 lei, fără TVA.

Având în vedere prevederile art. 80 alin. (2) din HG nr. 925/..... modificat prin art. I pct. 11 din HG nr. 66/..... potrivit căruia „în cazul existenței unor erori aritmetice care pot fi clarificate în condițiile art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență, elementele propunerii financiare vor fi corectate și, implicit, prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant”, precum și prevederile art. 80 alin. (21) din HG nr. 925/..... alineat introdus prin art. I pct. 12 din HG nr. 66/....., potrivit căruia „în cazul existenței unei erori între prețul unitar și prețul total, va fi luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat corespunzător, cu excepția cazului în care documentația de atribuire prevede explicit ca prețul total, aferent unei activități din contract, este singurul preț relevant și prețurile unitare, dacă se solicită, sunt în scopuri de calculare și verificare”, comisia de evaluare a luat act de corectarea „matematică”, având în vedere că prețul unitar nu a fost modificat, iar cantitatea a fost cunoscută de toți participanții din documentația de atribuire.

Având în vedere răspunsul la clarificări, baza legală enunțată și faptul că „prețul cel mai scăzut” a fost criteriul de atribuire ales, autoritatea contractantă susține că a fost declarat ofertant câștigător E.ON ENERGIE ROMANIA SA.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că s-a finalizat evaluarea financiară prin alegerea ofertantului câștigător în data de, orele 11:41.

Totodată, autoritatea contractantă arată că ofertantul de pe locul I, respectiv SA, având prețul unitar mai mare, respectiv 117,14 lei/MWh, precum și prețul final mai mare, respectiv 229.527,63 lei, nu a fost declarat câștigător.

Autoritatea contractantă susține că SA a depus în original un ordin de plată reprezentând o garanție de participare la licitație, garanție care are un alt regim față de garanția de bună conduită prevăzută la art. 2711 alin. (1), drept pentru care, în baza art. 2711 alin. (2), solicită respingerea contestației deoarece nu a fost constituită garanția de bună conduită și nu a fost depusă în original odată cu depunerea contestației.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 13765/....., ... SA a transmis Consiliului Note scrise față de punctul de vedere al autorității contractante.

În ceea ce privește garanția de bună conduită, contestatoarea susține că, din punctul de vedere expus de autoritatea contractantă, se confirmă practic primirea de către aceasta a originalului ordinului de plată, iar în ceea ce privește mențiunea din cuprinsul ordinului de plată - *garanție de participare licitație*, precizează contestatoarea că acesta

reprezintă, în fapt, contravaloarea garanției de bună conduită, plătită în conformitate cu dispozițiile art. 271¹ alin. (3) și (4) din OUG nr. 34/2006.

Mai arată contestatoarea că este evident faptul că mențiunea din cuprinsul ordinului de plată reprezintă o eroare materială și constituie garanția de bună conduită și nu garanție de participare licitație, în condițiile în care atât:

- cuantumul (1/% solicitat în cazul garanției de bună conduită față de 10% - în cazul garanției de participare la licitație);
- data emiterii ordinului (..... - data promovării contestației);
- acesta a fost transmis odată cu contestația (în conformitate cu art. 271¹ alin. (3) și (4) din OUG nr. 34/2006);
- precum și faptul că acesta a fost pus la dispoziția autorității contractante.

Totodată, contestatoarea invocă faptul că trebuie avute în vedere și regulile de interpretare a actului juridic definite de art. 1266 din Codul civil, prevalând voința reală în raport de voința declarată, calificarea realizându-se după intenția părților și nu după sensul literal al termenilor.

Având în vedere scopul operațiunii transferului bancar și data instrumentului de plată (.....) este evident faptul că suma de bani (în cuantumul exact indicat pentru constituirea garanției de bună conduită) a fost virată în contul autorității contractante pentru formularea contestației și nu pentru participarea la licitație, atâta timp cât în cauză a fost deja consemnată anterior acestei etape garanția de participare la licitație (a se vedea în acest sens ordinul de plată referitor la garanția de participare la licitație - existent la dosarul cauzei - cu un cuantum și date diferite față de ordinul de plată ce face obiectul contestației).

Întrucât, odată efectuată plata, instrumentul bancar nu mai poate suferi modificări, contestatoarea solicită Consiliului să ia act de rectificarea realizată (atât prin adresa transmisă autorității contractante în data de 27.04....., cât și prin prezenta cerere) și să constate scopul corect al plății, respectiv garanție de bună conduită.

Dacă Consiliul va trece peste apărările menționate, contestatoarea arată că:

- OUG nr. 51/2014 nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;
- actul normativ anterior invocat nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea/corectarea acesteia;
- OUG nr. 34/2006, astfel cum a fost modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [„art. 270 alin. (2) - în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația”];

- în conformitate cu dispozițiile art. 297 din OUG nr. 34/2006, „în măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”;

- dispozițiile art. 21 din Constituția României, potrivit căroră: „alin. (1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime; alin. (2) Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept; alin. (3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil; alin. (4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite”.

Contestatoarea susține că din interpretarea extensivă a normei de la art. 270 alin. (2) din OUG nr. 34/ 2006 reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, nu se poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să fie manifestat rolul activ și să i se pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege.

Prin urmare, pe de o parte, contestatoarea apreciază că nu poate fi respinsă contestația pe considerentul neconstituirii garanției, în condițiile în care a constituit garanția de bună conduită (fiind vorba doar despre o eroare materială), iar pe de altă parte, apreciază că fiind inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme autoritatea a intrat în posesia unui instrument actualizat care o protejează de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatoarei, astfel cum impune 271¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, scopul textului de lege fiind atins.

În ceea ce privește fondul contestației, din analiza punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, cât și din documentele anexate, contestatoarea solicită Consiliului să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată, anularea raportului și a rezultatului procedurii și reluarea procedurii de reevaluare.

Suplimentar, față de argumentele invocate în cuprinsul contestației, contestatoarea apreciază că nu pot fi reținute afirmațiile autorității contractante, în condițiile în care:

- prețul criptat de operatorul economic E-ON la data de 12.04..... a fost în cuantum de 231.821, 86 lei;

- în raport de cantitatea totală de 1959,43 MWh, rezultă un preț de 118,31 lei (prin împărțirea sumei de 231.821,86 lei la 1959.43) /MWh - mai mare decât prețul ofertat de (229.528,12 lei/ 117,14 lei/MWh pentru aceeași cantitate);

- chiar din captura imaginii din SEAP (*Anexa nr. 3 depusă de autoritatea contractantă*) rezultă eroarea produsă, atât de autoritatea contractantă, cât și de operatorul economic E-ON, fiind declarat câștigător ofertantul E-ON (pentru prețul de 231.821, 86 lei), deși prețul societății sale era *cel mai scăzut* (229.528,12 lei);

- este evident că prețul criptat a fost modificat ulterior, cu prejudicierea intereselor sale, în condițiile în care oferta criptată în SEAP este oferta reală transmisă de operatorul economic;

- luarea în considerare de către autoritatea contractantă a valorii ofertei din propunerea financiară cu ignorarea ofertei criptate a

determinat în mod evident încălcarea principiului egalității și oferirea unui avantaj nelegal ofertantului declarat câștigător.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....”, cod CPV 09123000-7 – Gaze naturale (Rev.2), ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, cerere de oferte online, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr./....., la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

Nemulțumită de raportul procedurii de atribuire nr. 1754/..... (ce i-a fost comunicat în data de 04....., ... SA a înaintat Consiliului prezenta contestație (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 2.491,02 lei), solicitând

Procedând la analiza excepției invocate de autoritatea contractantă, referitoare la lipsa garanției de bună conduită, ce a fost constituită de către SA, ca fiind garanție de participare la licitație, contrar prevederilor legale în materie, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată.

Astfel, este de reținut că la dosarul cauzei a fost depus, în copie, ordinul de plată nr. 974 din, în sumă de 2.491,02 lei, care confirmă plata „GAR PART LICITAȚIE” de către contestatoare în contul de trezorerie al autorității contractante, având și viza Raiffeisen Bank – Agenția Decebal, cu aceeași dată.

În condițiile de mai sus, trebuie avut în vedere că scopul instituirii „obligației de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/... și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/...”, este acela de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător” al contestatorului. În acest sens, este de reținut și prevederea de la alin. (2) al aceluiași articol conform căreia „Contestația/... va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1)”, ceea ce contestatoarea în speță, ... SA, a realizat, prezentând ordinul de plată pentru suma de 2.491,02 lei reprezentând 1% din valoarea estimată a contractului de furnizare ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură. Astfel, apare ca fiind evidentă eroarea materială, susținută de altfel, și de contestatoare, existentă în menționarea „GAR PART LICITAȚIE” pe ordinul de plată mai sus precizat, Consiliul constatând că autoritatea contractantă a fost protejată împotriva riscului prevăzut anterior.

Pe fondul cauzei, referitor la susținerile contestatoarei vizând posibila modificare ulterioară a prețului criptat în SEAP de către E.ON ENERGIE ROMANIA SA, Consiliul constată că sunt întemeiate.

Astfel, este de reținut că potrivit capturii de ecran editată, aflată în dosarul cauzei, ofertantul E.ON ENERGIE ROMANIA SA a criptat în SEAP la rubrica corespunzătoare prețului ofertat, valoarea de 231.821,86 lei. Or, potrivit anexei la formularul de ofertă publicată de asemenea în SEAP, această valoare reprezenta totalul cu TVA al propunerii financiare rezultat prin aplicarea prețului unitar de contract exprimat în lei /MWh de

116,94 la o cantitate totală de 1652 MWh, în loc de 1959,43 MWh cât a precizat autoritatea contractanta, în documentația de atribuire, a fi necesarul de furnizat.

În aceste condiții, urmare a solicitării de clarificare a autorității contractante privind: „neconcordanța între formularul de ofertă atașat și prețul criptat în SEAP, vă rugăm să verificați și să ne transmiteți punctul dumneavoastră de vedere și eventual explicațiile dumneavoastră”, contestatoarea a răspuns cu adresa nr. 1755 din, prin care a prezentat prețul recalculat al ofertei sale, prin raportare la necesarul de furnizat, indicat de autoritate, respectiv 1959,43 MWh, rezultând un preț al ofertei, fără TVA, de 229.135,74 lei. În răspunsul său, ofertanta a arătat că în speță este vorba despre corectarea unei erori aritmetice.

În sensul celor de mai sus reținute, Consiliul constată că în speță sunt incidente prevederile art. 80 alin. (2) teza a doua, din HG nr. 925/..... cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: „În cazul existenței unor erori aritmetice care pot fi clarificate în condițiile art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență, elementele propunerii financiare vor fi corectate și, implicit, prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant”. În acest sens însă, trebuie avut în vedere că clarificarea erorii aritmetice susținute de contestatoare nu a fost făcută pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece participanții la procedură au avut acces doar la prețul total criptat în SEAP la rubrica corespunzătoare, în valoare de 231.821,86 lei, în timp ce noua valoare a ofertei, recalculată de acest ofertant cu luarea în considerare a necesarului corect ce urmează a fi furnizat, a fost adusă în exclusivitate la cunoștința autorității contractante, prin adresa de răspuns la clarificări, prețul odată criptat în SEAP nemaiputând fi modificat/corectat.

Astfel, Consiliul constată că în mod incorect autoritatea contractantă a acceptat corectarea elementelor propunerii financiare a E.ON ENERGIE ROMANIA SA, respectiv, atât cantitatea de furnizat de la 1652 MWh, la 1959,43 MWh, cât și precizarea prețului total ofertat ca fiind de 229.135,74 lei, fără TVA, ce ar fi intrat în competiție cu celelalte două oferte prezentate, atâta timp cât niciunul din ceilalți doi ofertanți/participanți la procedură nu au avut informații privind această nouă valoare a ofertei depuse de E.ON ENERGIE ROMANIA SA.

În aceste condiții, sunt aplicabile dispozițiile art. 79 alin. (3) din hotărârea de guvern, potrivit cărora: *În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2).*

Văzând cele de mai sus, în temeiul dispozițiilor de la art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația de SA, respectiv anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. 1754 din și în adresele de

comunicare a rezultatului procedurii privitor la oferta depusă de E.ON ENERGIE ROMANIA SA și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen de 11 zile de la primirea deciziei Consiliului, prin reanalizarea ofertei depuse de E.ON ENERGIE ROMANIA SA, precum și întocmirea unui nou raport al procedurii care să respecte prevederile legale, ținând cont de cele reținute în motivarea de mai sus.

Părțile vor avea în vedere că această decizie este obligatorie, conform art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și că au dreptul de a o ataca cu plângere, în concordanță cu art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

...