



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 18131/02.09.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 16841/02.09.2015, depusă de SC ... SA, sediul în ..., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... - Director al Direcției Managementul Clienților și Vânzări Middle Market, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 15778/28.08.2015, emisă de către, cu sediul în mun. ..., ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție publică organizată, prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru de furnizare, având ca obiect: „Achiziție gaze naturale”, cod CPV 09123000- 7, s-a solicitat: obligarea autorității contractante la anularea actului contestat, anularea rezultatului procedurii și reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor, inclusiv prin analizarea ofertei sale.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de ... , în contradictoriu cu

Anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor cuprinse în motivarea aferentă prezentei.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, 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:

SC ... SA a formulat contestație împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 15778/ 28.08.2015, emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție publică, organizată prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru de furnizare, având ca obiect „*Achiziție gaze naturale*”.

În fapt, contestatorul menționează că, în cadrul prezentei proceduri, au depus oferte doar doi operatori economici iar, conform procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 12708/08.07.2015, reiese că oferta sa a fost prima în clasament, cu prețul cel mai scăzut, de 122,58 lei/MWh pentru toate categoriile de consum B1, B2 și B3 ale autorității contractante.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă i-a comunicat că ar fi depus o oferta alternativă, ceea ce era interzis prin fișa de date a achiziției, la Secțiunea II.1.9: „*Nu vor fi acceptate variante*”. Or, în cazul de față nu a fost depusă o ofertă alternativă, deoarece nu este în contradicție cu cerințele caietului de sarcini, ci a fost o pură eroare materială prin bifarea în Formularul 12 de ofertă, a unei căsuțe necorespunzătoare realității. Contestatorul susține că acest aspect este doar un viciu de formă, motiv pentru care, în mod greșit, autoritatea contractantă nu a mai trecut la analiza pe fond a ofertei și nici nu a cerut clarificări. Ca urmare, solicită Consiliului să constate faptul că, în oferta sa, s-a strecurat o eroare materială în sensul prevăzut de art 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Contestatorul afirmă că, deși oferta sa a fost eronat denumită „*ofertă alternativă*”, din cuprinsul acesteia rezultă în mod neechivoc că a depus o ofertă standard, ce respectă exact cerințele impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini la Cap. V. Condiții de ofertare: „*Prețul propriu de livrare al furnizorului va fi ferm, în lei/MWh, pe toată perioada contractului, el nu poate suferi modificări*”.

Contestatorul precizează că a ofertat un preț fix, ferm, în lei/MWh și nu un preț variabil, întemeiat pe o formulă de calcul, exact așa cum a solicitat autoritatea contractanta. De asemenea, nu s-a depus ofertă alternativă nici la propunerea tehnică, ci s-au respectat cerințele exprese ale autorității contractante.

Contestatorul menționează că natura unui act juridic reiese din conținutul său, nu din denumirea posibil greșită a acestuia. Mai mult decât atât, oferta este un act juridic unilateral și se interpretează prin

prisma voinței reale a părții, nu din calificarea greșită a actului. În acest sens, practica unitară a instanțelor este de a califica un act după natura clauzelor componente și nu exclusiv după titlu. În același sens este și articolul 152 din Codul de procedură civilă.

Contestatorul consideră că respingerea ofertei a avut la bază o verificare superficială doar a formei actului, autoritatea contractantă raportându-se strict la titlul actului, fără a observa conținutul acestuia, conținut din care rezultă intenția ofertantului, cât și respectarea condițiilor obligatorii impuse pentru depunerea ofertei. În plus, principiile definite de legislația achizițiilor publice presupun nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării ofertelor. Prin urmare, este contrară acestor principii practica autorității contractante de a acorda prevalență denumirii actului, și nu conținutului său, atâta timp cât toate cerințele din caietul de sarcini sunt îndeplinite.

Contestatorul subliniază faptul că, în cazul în care autoritatea contractantă ar menține decizia de respingere a ofertei sale, s-ar încălca și un principiu primar al achizițiilor publice, cel al eficienței utilizării fondurilor, desemnându-se câștigătoare oferta cu prețul cel mai mare, încălcându-se astfel și criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, prevăzut în fișa de date la Secțiunea IV.2.1.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 8957/... - .../03.09.2015, Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției și oferta contestatorului, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 256³ din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 16874/TD/16.09.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 17882/16.09.2015, autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă precizează că, analizând formularul de ofertă (formular nr. 12) depus de către contestator, s-a constatat că acesta precizează că „depune ofertă alternativă, ale cărei detalii sunt prezentate într-un formular de ofertă separat, marcat în mod clar alternativă”. Anexat formularului nr. 12, s-a regăsit un tabel care poartă în mod clar mențiunea „ofertă alternativă” așa cum de fapt s-a și declarat în propunerea financiară.

Autoritatea contractantă menționează că, în conformitate cu art. 72 alin. (2) lit. h) din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare are ca și atribuție stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie. Deasemenea, menționează că, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (1) din HG nr. 925/2006, oferta este considerată inacceptabilă în situația în care constituie o alternativă la caietul de sarcini, iar în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, așa cum se poate observa din cuprinsul anunțului de participare (cap.II. 1.9) se specifică în mod clar faptul că nu vor fi acceptate variante. În consecința, comisia

de evaluare a procedat la aplicarea dispozițiilor legale susmenționate și a declarat inacceptabilă oferta depusă de contestator.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că singurul temei al acestei contestații este dat de faptul că mențiunea depunerii unei oferte alternative este consecința unei erori materiale, în acest caz contestatorul invocându-și propria culpă în elaborarea ofertei. În opinia sa, o eventuală eroare materială a ofertantului în elaborarea ofertei nu poate fi imputată autorității contractante, riscurile elaborării acesteia fiind exclusiv ale operatorului economic. Autoritatea contractantă susține că nu poate evalua o ofertă decât pe baza informațiilor furnizate în scrisoarea de ofertă, în cazul acesta Formularul nr. 12, în care este menționat clar că se depune o ofertă alternativă.

În atare condiții, autoritatea contractantă consideră că nu putea face aplicarea prevederilor art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006 și nu putea solicita clarificări, calificând astfel declarațiile pe proprie răspundere ale ofertantului drept o eroare materială.

Față de aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca neîntemeiată a contestației depuse de către SC ... SA împotriva rezultatului procedurii și, pe cale de consecință, să dispună menținerea acestuia și a raportului procedurii nr. 15776/NM/28.08.2015.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru de furnizare, având ca obiect „*Achiziție gaze naturale*”, cod CPV 09123000-7, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../..., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „*prețul cel mai scăzut*”, iar valoarea estimată a acordului cadru este între 480.000 – 540.000 lei.

Contestatorul a constituit garanția de bună conduită în valoare de 5.400 lei.

În procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 12708/MM/08.07.2015, autoritatea contractantă a consemnat identitatea ofertanților, lista principalelor documente depuse și prețul ofertelor, în lei, fără TVA.

Ulterior, în raportul procedurii de atribuire nr. 15776/MM/28.08.2015, autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 36 alin. (1) lit. c) pct. 1 din HG nr. 925/2006, oferta ... SA, cu motivația că „*din formularul de ofertă prezentat reiese depunerea unei oferte alternative iar în documentația de atribuire (...) este menționat faptul că nu vor fi acceptate variante*”.

Decizia de mai sus a fost transmisă ... SA prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr.

15778/MM/28.08.2015; ulterior luării la cunoștință a conținutului documentului anterior, ofertantul în cauză a formulat contestația dedusă soluționării, susținând că *„nu a depus o ofertă alternativă, deoarece nu este în contradicție cu cerințele caietului de sarcini, ci a fost o pură eroare materială prin bifarea în Formularul 12 de ofertă, a unei căsuțe necorespunzătoare realității”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația analizând modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta contestatorului, luând în considerare prevederile documentației de atribuire, legislația incidentă din domeniul achizițiilor publice și susținerile părților.

În acest sens, Consiliul va reține că, potrivit art. 36 alin. (1) lit. c) din HG nr. 925/2006, invocat de autoritatea contractantă ca temei de drept în respingerea ofertei contestatorului, *„Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații (...) constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini, alternativă care nu poate fi luată în considerare din următoarele motive: - în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative; - respectiva ofertă alternativă nu respectă cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini”*.

Potrivit prevederilor art. 173 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, *„autoritatea contractantă are dreptul de a permite ofertanților să depună oferte alternative numai în cazul în care criteriul de atribuire este «cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic»”* și *„anunțul de participare trebuie să precizeze în mod explicit dacă este permisă depunerea de oferte alternative sau dacă această posibilitate este interzisă. În cazul în care această precizare lipsește, autoritatea contractantă nu are dreptul de a lua în considerare ofertele alternative”*.

Chiar dacă legiuitorul nu dă o definiție clară a instituției *„ofertei alternative”*, Consiliul va reține că, din economia textului, se poate desprinde faptul că ofertă alternativă este acea ofertă care se poate abate într-o anumită măsură de la cerințele documentației de atribuire și pe care ofertanții o pot depune numai în cazul în care criteriul este *„oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”* și numai dacă autoritatea contractantă precizează în mod explicit această posibilitate.

Corelativ, Consiliul va reține că, la secțiunea II.1.9) din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat *„vor fi acceptate variante: nu”*, iar la secțiunea IV.2.1) din același document a stabilit *„criteriul de atribuire: prețul cel mai scăzut”*.

Din analiza celor de mai sus, rezultă că, pentru a stabili incidența art. 36 alin. (1) lit. c) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, stabilite la art. 72 alin. (2) din HG nr. 925/2006, ar fi trebuit să stabilească cu certitudine dacă oferta contestatorului constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini.

Din studiul dosarului cauzei, Consiliul va reține că, în cuprinsul raportului procedurii de atribuire nr. 15776/MM/28.08.2015 (paginile 9 – 26 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă), comisia de evaluare a declarat conformă oferta contestatorului, consemnând, totodată, că propunerea tehnică depusă de acesta respectă prevederile caietului de sarcini.

Pe de altă parte, Consiliul va reține că, potrivit aceluiași raport al procedurii de atribuire, motivul pentru care a stabilit comisia de evaluare că oferta contestatorului ar fi alternativă este acela că, din formularul nr. 12 (formularul de ofertă) aparținând acestuia, *„reiese depunerea unei oferte alternative”*.

Verificând, la rândul său, propunerea financiară aparținând contestatorului, Consiliul constată că, la punctul 5, acesta a bifat, dintre cele două variante disponibile, *„depunem oferta alternativă, ale cărei detalii sunt prezentate într-un formular de ofertă separat, marcat în mod clar «alternativă»”* și *„nu depunem ofertă alternativă”*, prima variantă, i.e. *„depunem oferta alternativă, ale cărei detalii sunt prezentate într-un formular de ofertă separat, marcat în mod clar «alternativă»”*.

Totodată, Consiliul va reține că, anexat formularului de ofertă, la dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei, se află un tabel cu titlul *„ofertă alternativă”*, cuprinzând prețul unitar, cantitățile minime și maxime aferente acordului cadru și valorile minime și maxime rezultate din înmulțirea acestora.

Ori, din cele de mai sus, este evident că motivul pentru care a clasificat autoritatea contractantă oferta contestatorului drept *„alternativă”* este bifa de la punctul 5 de pe formularul de ofertă, și nu faptul că oferta acestuia ar constitui *„o alternativă la prevederile caietului de sarcini”*, astfel cum impune norma juridică de la art. 36 alin. (1) lit. c) din HG nr. 925/2006.

În evaluarea ofertelor depuse, autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate că, deși în formularul de ofertă este bifată opțiunea *„depunem oferta alternativă, ale cărei detalii sunt prezentate într-un formular de ofertă separat, marcat în mod clar «alternativă»”*, contestatorul nu a inclus un astfel de formular și o ofertă tehnică având un conținut care nu respectă cerințele minime stabilite prin caietul de sarcini.

Ori, în lipsa formularului de ofertă separat, marcat în mod clar *„alternativă”*, și în lipsa unei propuneri tehnice care să de abată într-o oarecare măsură de la prevederile caietului de sarcini, este evident că autoritatea contractantă a stabilit, în mod eronat, incidența prevederilor art. 36 alin. (1) lit. c) față de oferta contestatorului.

Orice decizie a autorității 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. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea

contractantă ar trebui să stabilească cu exactitate dacă oferta aparținând SC ... SA este una reală și fermă și respectă cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini.

Conform prevederilor art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, *„pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate”*.

Modul în care poate fi aplicată norma juridică anterioară a fost detaliat de legiuitor în cuprinsul art. 78 din HG nr. 925/2006, potrivit căruia *„comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor”*.

Aplicând, în mod corespunzător, prevederile legale antecitate, autoritatea contractantă ar fi trebuit ca, înainte de a adopta o decizie privind oferta SC ... SA, să solicite acestuia explicații privind motivul pentru care a bifat, la punctul 5 de pe formularul de ofertă, varianta *„depunem oferta alternativă, ale cărei detalii sunt prezentate într-un formular de ofertă separat, marcat în mod clar «alternativă»”*, dar nu a atașat un astfel de formular de ofertă și care sunt elementele alternative care nu respectă prevederile caietului de sarcini, din oferta sa.

În lipsa corespondenței de mai sus, autoritatea contractantă a clasificat, în mod eronat, drept alternativă oferta contestatorului, deoarece decizia sa nu s-a bazat pe identificarea de elemente concrete care să se abată într-o oarecare măsură de la prevederile caietului de sarcini, ci pe o simplă bifă pe formularul de ofertă, astfel cum a fost consemnat atât în raportul procedurii de atribuire nr. 15776/MM/28.08.2015 cât și în actul atacat, adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 15778/MM/28.08.2015.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de stabilire a ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în această categorie și de stabilire a ofertelor admisibile, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. f) și g) din HG nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu un formalism exagerat și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, urmând să fie admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către ... SA, în contradictoriu cu, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor

cuprinse în motivarea aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (6) va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor dispuse anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.