CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de doamna ..... – administrator și de domnul ... – director general, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de produse de origine animală, carne și produse de carne, cod CPV 15100000-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 19.04....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

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 ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, în urma etapei de licitație electronică, fiind câștigătoare potrivit clasamentului din SEAP, cu suma de 465.733,24 lei, fără TVA, autoritatea i-a solicitat transmiterea propunerii financiare, până la data de 16.05....., solicitare în urma căreia a postat propunerea financiară - centralizatorul de prețuri, în valoare de 465.733,00 lei, fără TVA. La

rândul său, autoritatea a postat adresa nr. 8871/ 17.05....., potrivit căreia oferta a fost respinsă pe motiv că aceasta valoarea din centralizator este diferită față de suma licitată, de 465.733,24 lei.

Diferența de 0,24 lei a rezultat în urma calculului final al ofertei, a înmulțirii prețului de vânzare al fiecărui produs. Oferta din centralizatorul a fost îmbunătățită în avantajul autorității contractante și nu modifică clasamentul final al licitației.

Comisia de evaluare a stabilit oferta ca fiind inacceptabilă referindu-se la art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, eludând prevederile art. 137 alin. (1) și (2) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, în care este menționat în ce situații oferta poate fi declarată inacceptabilă.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, comunicat cu adresa nr. 8931/18.05....., autoritatea recunoaște eroarea de încadrare, dar menține respingerea.

Contestatoarea susține că oferta sa, în valoare totală de 465.733,00 lei, fără TVA, este corectă, reală, rezultată în urma îmbunătățirii prin rotunjire în minus cu 0,24 lei, fără TVA, a valorii acesteia după faza de licitație electronică a procedurii în cauză, și nu poate fi declarată drept inacceptabilă, prin aplicarea eronată a art. 122 alin. (2) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (4) din Legea nr.98/2016, fără a se ține seama de prevederile art. 137 alin. (1) și (2) din aceeași anexă.

În punctul său de vedere nr. 9592/17.05..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 20690/25.05....., autoritatea contractantă susține în apărare că, în conformitate cu art. 122 alin. (2) din normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016: „Cu privire la prețul final rezultat în urma licitației electronice nu se mai pot cere clarificări decât cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut ofertat, fără a se permite însă modificarea acestuia.” și cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.”, oferta depusă de SC ..... SRL a fost declarată inacceptabilă.

Comisia de evaluare a solicitat formularul de ofertă și centralizatorul de prețuri, după faza finală de licitație electronică. Pornind de la prețurile unitare din centralizatorul de prețuri transmis, cu două zecimale, în conformitate cu fișa de date punctul IV.4.2) - *Modul de prezentare a propunerii financiare*, a reieșit suma de 465.733,00 lei, fără TVA, diferită de aceea propusă în SEAP, de 465.733,24 lei, fără TVA.

În notificarea prealabilă, contestatoarea a remarcat greșeala de redactare a comisiei de evaluare privind art. 112 alin. (2) din

normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, în baza căreia oferta a fost declarată inacceptabilă, iar în urma constatării ofertantului, comisia de evaluare l-a înștiințat, prin adresa nr. 8931/18.05....., despre art. 122 alin. (2) din norme, cu menținerea caracterului inacceptabil al ofertei.

Cu privire la notificarea prealabilă, contestatoarea a retransmis și centralizatorul de prețuri, având suma totală de 465.733,23 lei, fără TVA, diferită față de suma licitată în SEAP și centralizatorul de prețuri transmis anterior.

În concluzie, întrucât în niciunul dintre centralizatoare nu se regăsește prețul ofertat în SEAP din cadrul fazei finale de licitație electronică, autoritatea își menține poziția în privința ofertei.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de diverse produse de origine animală, estimate valoric la 646.167 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat cinci operatori economici, între care și SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de societatea reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării contestatoarei a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 5 (nr. 8857/17.05.....). La 18.05....., societatea s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 34/ 18.05....., iar ..... i-a răspuns petentei cu adresa nr. 8931/18.05....., în sensul menținerii deciziei de respingere a ofertei. Primind acest răspuns, societatea a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

În esență, cauza respingerii ofertei o reprezintă diferența sesizată de comisia de evaluare între prețul reclamantei în urma etapei de licitație electronică (465.733,24 lei, fără TVA) și prețul din centralizator depus în urma respectivei etape (465.733,00 lei, fără TVA), diferență de 0,24 lei, în minus. Consiliul observă că această diferență este vădit derizorie, insignifiantă în raport de prețul licitat

– 0,000052% din valoarea acestuia. Sancțiunea excluderii ofertei din competiție este mult prea drastică față de deficiența care a cauzat-o, motiv pentru care, prin aplicarea ei, se poate reține că autoritatea achizitoare s-a abătut de la principiul proporționalității derulării licitației, pe care era obligată să îl respecte.

Art. 49 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice dispune că autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu şi să acționeze într-o manieră transparentă şi proporțională. Totodată, în lumina art. 1 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, în procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Nu este nici legală şi nici normală respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, cum este o diferență reieșită din calcule de doar 0,24 de lei, la o valoare totală a ofertei de 465.733,24 lei, fără TVA. Trebuie să existe o corelare rezonabilă între fapta „incriminată" şi gravitatea măsurii „sancționatorii" la îndemâna autorității contractante. Totalitatea mijloacelor puse la dispoziția administrației trebuie să rămână întotdeauna într-un raport echitabil cu ceea ce le determină. Proporționalitatea reprezintă adesea un criteriu decisiv în evaluarea legalității actelor şi acțiunilor instituțiilor statului, inclusiv a celor aparținând autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Nu este judicioasă nici susținerea autorității că SC ..... SRL şi-ar fi modificat, prin centralizatorul în discuție, conținutul propunerii financiare, ceea ce expune oferta art. 122 alin. (2) din normele invocate anterior - Cu privire la prețul final rezultat în urma licitației electronice nu se mai pot cere clarificări decât cu privire la justificarea prețului neobişnuit de scăzut ofertat, fără a se permite însă modificarea acestuia.

Răspunsul societății nu constituie defel o modificare a propriei propuneri financiare, mai cu seamă că ofertantul nu o asumă. Cel mult, diferența poate constitui un rezultat al rotunjirii prețurilor unitare (zecimalelor), asupra căreia se pot solicita clarificări și/sau corectări. Însăși contestatoarea susține rotunjirea prețurilor („eroare aritmetică în calcularea prețurilor cu zecimale"). Aşadar, centralizatorul ulterior etapei de licitație electronică nu alterează cu nimic conținutul și substanța propunerii financiare în referință.

În niciun caz, art. 122 alin. (2) precitat nu poate fi reținut drept un text legal care să interzică autorităților contractante clarificarea cu ofertanții și remedierea eventualelor neconcordanțe de preț generate de calculele aritmetice.

În altă ordine de idei, în speță, niciunul dintre cazurile de la art. 134 alin. (6) sau art. 137 din normele Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 nu era incident ofertei contestatoarei, prin prisma abaterii de 24 de bani. În concluzie, Consiliul nu poate reține drept temeinice motivele furnizate de autoritatea contractantă în sensul modificării propunerii financiare. Nu trebuie omis nici faptul că, în speță, rotunjirea cu 24 de bani nu îi creează societății vreun avantaj în raport cu ofertanții concurenți.

Este clar că ofertantul a săvârşit o eroare, care se datorează fie necunoaşterii dispozițiilor Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, fie unei setări incorecte a programului informatic de calcul. Indiferent de abordare, este limpede că oferta petentei a conținut o eroare de calcul, iar aprecierea autorității în sens contrar, de la momentul evaluării ofertelor, nu are niciun fundament. Nu există niciun indiciu care să susțină opinia că nu ar fi o simplă eroare, ci o inexactitate voită, cu scopul modificării prețului total. Relevante sunt și următoarele prevederi regăsite în anexa la hotărârea antemenționată:

Art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

[...]

(6) 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.

[...]

(10) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), **oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice**, respectiv aspecte care pot fi **clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege**, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de 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, şi/sau în alte documente prezentate de ofertant.

(11) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea erorilor aritmetice oferta sa va fi considerată neconformă.

Art. 135. - (1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată neconformă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul şi 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.

Prin aceste dispoziții, legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține erori, ce pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă. Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine orice ofertă care conține erori, textele legale menționate nu îşi mai găseau locul în

hotărârea Guvernului evocată. SC ..... SRL a ofertat electronic (în SEAP) prețul de 465.733,24 lei, fără TVA, preț cunoscut de autoritate și la care urma să fie raportat centralizatorul ulterior. Clarificările pe marginea corelării prețului licitat electronic și cel din centralizator nu sunt susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. În speță, autoritatea nu avea decât să clarifice cu ofertantul diferența și, eventual, să corecteze diferența vădit insignifiantă, cu acordul ofertantului.

De altminteri, atinge domeniul ridicolului respingerea ofertei sub pretextul că există o diferență de preț al ofertei, care calculată înseamnă aproximativ sub 0,000052% din prețul ofertei. O respingere a ofertei pentru o abatere atât de nesemnificativă este disproporționată în raport cu cauza pe care se sprijină. Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union şi alții, C-157/96, pct. 60).

Se cuvine punctat şi faptul că a fi anormal ca actuala formă a Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, care reglementează acceptarea de abateri tehnice minore de până la 1% din prețul ofertei, care se pot concretiza în absența unor articole de lucrări din ofertă ce pot fi costisitoare, să nu permită corectarea unor erori insignifiante de genul celor discutate.

În speța soluționată prin decizia nr. 509 din 28 martie 2016, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, a admis că este posibilă corectarea erorilor aritmetice provenite din criptarea în SEAP a unui preț diferit față de cel din formularul de ofertă.

Elocventă este și decizia nr. 4738 din 5 mai 2014 a Curții de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, pe marginea utilizării pentru calculul cheltuielilor diverse și neprevăzute a unui procent de 3,67%, în loc de 3,6667%, rezultând o diferență de preț de 40 de lei, concluzia instanței fiind că autoritatea a încălcat în mod flagrant principiul proporționalității prin respingerea ofertei din cauza expusă:

Arată petenta că intimata nu a respectat cerința autorității contractante de a include distinct, în formularul de ofertă și în centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv, valoarea comunicată pentru cheltuieli diverse și neprevăzute, reprezentând maxim 5.815.182 lei x 3,6667%, unde valoarea de 5.815.182 lei reprezintă valoarea estimată pentru investiție (lucrarea de bază), iar 3,6667% reprezintă procentul corespunzător cheltuielilor diverse și neprevăzute. [...]

Prin adresa din 13.12.2013, autoritatea a solicitat petentei prezentarea unui punct de vedere în legătură cu faptul că aceasta nu a calculat cheltuielile diverse și neprevăzute cu aplicarea coeficientului de 3,6667%, situație în care valoarea respectivelor cheltuieli ar fi trebuit sa fie de 213.223,68 lei, și nu 213.182,97 lei, cât s-a prevăzut în ofertă. [...]

Plângerea formulată nu este întemeiată.

În răspunsul său la solicitarea de clarificări, SC G. SA a arătat că, din cauza unui viciu de formă a programului de întocmire a devizelor ce stau la baza ofertei financiare, nu este posibilă introducerea în programul de devize a unui coeficient de afectare a valorii totale care să aibă mai mult de 5 zecimale. În speță, procentul de 3,6667% se transpune într-un coeficient de 0,036667, adică un coeficient de 6 zecimale.

Potrivit art. 79 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, oferta se consideră neconformă dacă explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente. Or, răspunsul este în mod evident concludent, explicațiile fiind lămuritoare. De altfel, chiar din cuprinsul plângerii rezultă că autoritatea contractantă a înțeles că a fost vorba strict de o problemă tehnică de calcul, însă s-a cramponat, în mod excesiv, de o eroare aritmetică. De menționat că eroarea de calcul era de 40 de lei, cuantum ce prezintă relevanță sub aspectul proporționalității măsurii, așa cum se va arăta în continuare. Acest cuantum reprezintă o rotunjire de la 3,6667 la 3,67, iar raportat la valoarea contractului (peste 6 milioane lei), valoarea este infimă.

Potrivit art. 93 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii. Principiul enunțat în acest text de lege este valabil și în ceea ce privește declararea ca neconformă a unei oferte, aceasta neputându-se dispune artificial.

Esențial este că viciul de formă putea fi corectat fără a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, întrucât corectarea valorii cheltuielilor diverse și neprevăzute nu modifică clasamentul.

Curtea constată că autoritatea a dat dovadă de un formalism exagerat atunci când a apreciat că propunerea financiară nu a fost elaborată în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Formalismul excesiv rezultă din cuantumul infim al sumei rezultate din eroarea de calcul, din împrejurarea că s-au oferit explicații clare în ceea ce privește originea acestei erori și din încălcarea unor principii ale achizițiilor publice, cum ar fi promovarea concurenței, asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, proporționalitatea. Acest din urmă principiu a fost încălcat în mod flagrant, fiind depășite limitele a ceea ce era adecvat și necesar pentru salvgardarea scopurilor urmărite prin organizarea licitației publice.

Dată fiind încălcarea principiului proporționalității, și, implicit, a celorlalte două principii învederate (prin împiedicarea artificială a participării la procedură a unui ofertant), sunt lipsite de relevanță distincțiile făcute de petentă între erori aritmetice și vicii de formă, autoritatea insistând pe argumente strict formaliste, pierzând din vedere faptul că ambiguitățile au fost înlăturate, SC G. SA oferind explicații lămuritoare, explicații care nu constituie o modificare a propunerii financiare sau tehnice și care nu erau apte de a-i crea un avantaj.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei SC ..... SRL s-a realizat cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare şi, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale este fondată. Astfel, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 5 (nr. 8857/17.05.....) și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei și la emiterea unui nou proces-verbal, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației

privind achizițiile publice. În baza aceluiaşi temei legal, va anula adresa autorității contractante de comunicare către ofertant a rezultatului procedurii, subsecventă şi dependentă de respectivul proces-verbal, şi va obliga autoritatea să îi comunice ofertantului, după reevaluare, rezultatul procedurii de atribuire, conform conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal al ședinței de evaluare nr. 5 (nr. 8857/ 17.05.....) și adresele autorității contractante de comunicare către contestatoare a rezultatului evaluării ofertei sale. Obligă autoritatea la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, precum și la emiterea unui nou procesul-verbal, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei, autoritatea va comunica societății contestatoare rezultatul procedurii potrivit legislației achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.