

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....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a... sub nr...., formulată de..., în calitate de lider al... -... cu sediul în..... nr....., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator și de... în calitate de membru al... -... cu sediul în..., sector..... nr...., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator, și convențional, ambele, prin... de...&..... cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în..... nr...., ap...., împotriva raportului procedurii nr.... și a adresei de comunicare a rezultatului nr...., emise de către entitatea contractantă..., cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr....., și a tuturor actelor subsecvente emise în baza acesteia.

- anularea tuturor actelor care au stat la baza rezultatului procedurii, din etapa evaluării propunerii financiare, precum a procesului verbal nr.....

- anularea în parte a raportului procedurii nr...., sub aspectul declarării ca inadmisibile a propunerii financiare a asocierii... -....

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei financiare a asocierii...., având în vedere caracterul admisibil și acceptabil al acesteia.

- Obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate în prezentul demers.

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

Preliminar, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt.

I. Interesul demersului: Contestatorul susține că demersul său prin actuala contestație, are ca justificare faptul că, în situația declarării

ofertei ca fiind admisibilă, aceasta va fi și potențial câștigătoare (sub rezerva transmiterii documentelor de susținere DUAЕ de către ofertant). Afirmatia este bazată pe raportul procedurii nr.... din care rezultă că oferta asocierii..., era singura depusă în cadrul procedurii. Mai mult, același document statuează ca oferta sa îndeplinește criteriile de calificare și selecție raportat la cerințele de calificare (evaluarea informațiilor din DUAЕ) - îndeplinește condițiile de calificare așa cum au fost solicitate în documentația de atribuire și este declarat ADMIS (p.v. nr. 215 din...). Raportat la evaluarea propunerii tehnice, comisia de evaluare, apreciază că oferta sa este conformă (p.v. 999/...).

Demonstrarea calității de „persoană vătămată”:

Conform declarației de participare postată în SEAP în data de... și raportului procedurii nr.... publicat în SEAP în..., ca urmare a publicării anunțului de participare nr...., a fost depusă 1 ofertă, respectiv: asocierea... -....

Formularea în termenul legal raportat la procedura administrativ - jurisdicțională a prezentei contestații:

Sub acest aspect, solicită a se observa că prezenta contestație a fost formulată în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 5 alin. (1) și (2).

Așadar, prin raportare la data publicării în SEAP al raportului final al procedurii și a comunicării respingerii ofertei, respectiv..., termenul se împlinește la data de... (ziua de... fiind nelucrătoare), respectiv la expirarea ultimei ore a acestei zile, cu consecința formulării prezentei contestații în termenul legal.

II. Temeinicia contestației. Caracterul admisibil al ofertei sale.

Contestatorul apreciază ca fiind netemeinică și nelegală decizia entității contractante în ceea ce privește respingerea ofertei sale luată pe baza unui formalism excesiv și ca urmare a evaluării superficiale a ofertei financiare și a răspunsului la solicitarea de clarificare, raportat la argumentele expuse în cele ce urmează. Astfel,

Interpretarea eronată a prevederilor art.... din HG nr. 394/2014. Ignorarea situațiilor de excepție. Formalismul excesiv: Calificarea propunerii sale financiare ca fiind inacceptabilă, în opinia sa se întemeiază pe o interpretare foarte rigidă a prevederilor art.... alin. (5) din HG nr. 394/2016, fără a lua în considerare și situațiile de excepție prevăzute în mod special de art.... alin. (9) din HG nr. 394/2016.

Mai exact, în procesul verbal de evaluare a ofertei financiare nr...., comisia de evaluare a reținut că: „oferta este inacceptabilă în conformitate cu art.... alin. (5) din HG 394/2016; în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta va fi considerată inacceptabilă”.

Invocând prevederile art.... din HG nr. 394/2016 contestatorul arată că, în interpretarea eronată a comisiei de evaluare, orice modificare adusă propunerii tehnice sau financiare constituie un motive de respingere a ofertei ca inacceptabilă, indiferent de natura modificării.

În realitate însă, chiar prevederile subsecvente din art.... HG nr. 394/2016 prevăd mai multe situații de excepție în care, cu respectarea principiilor tratamentului egal și a transparenței, sunt admisibile modificări ale ofertei depuse de operatorii economici.

Astfel, prevederile art.... alin. (5)-(9) prevăd situațiile de excepție în care modificările referitoare la viciile de formă, abaterile tehnice minore și erorile aritmetice pot fi acceptabile, cu respectarea principiilor anterior invocate.

Cu toate acestea, arată că autoritatea contractantă a aplicat o interpretare excesiv de rigidă prevederilor art.... din HG nr. 394/2016 fără să analizeze dacă modificările operate de societatea sa se încadrează în situațiile de excepție prevăzute de normele metodologice privind erorile aritmetice.

Asocierea sa, după ce a luat la cunoștință de erorile existente în câmpul „Din care utilaj fără montaj”, a retransmis propunerea financiară completă, fără a modifica în vreun fel propunerea financiară, nici pe componente și nici la nivelul valorii totale. Cu toate acestea, comisia de evaluare nu a verificat dacă viciile de formă invocate de societatea sa erau susținute de alte informații sau documente preexistente în ofertă, încălcând astfel dispozițiile art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016.

În lipsa unei analize efective din partea membrilor comisiei cu privire la încadrarea neconcordanțelor/inadvertențelor respective, ca vicii de formă, prin raportare la dispozițiile art. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016, apreciază că nu se poate concluziona că inadvertențele identificate nu constituie viciu de formă, ci modificare de ofertă. Mai mult, prin răspunsul formulat, societatea sa a corectat și a confirmat propunerea financiară, fără ca aceste aspecte să fie susceptibile de a genera un avantaj incorect.

Modificarea operată constituie o remediere a unei erori aritmetice (sau chiar de redactare), permisă de art.... alin. (9) și de art. 141 alin. (3) HG nr. 394/2016:

Modificarea operată a privit exclusiv valorile indicate la coloana „din care utilaj fără montaj”.

Contestatorul precizează că prin răspunsul a solicitarea de clarificări, a efectuat modificări la coloana intitulată „din care utilaj fără montaj” din secțiunile Lista de prețuri nr.... - Grătar rar admisie automat, Lista de prețuri nr.... - Grătar rar automat, Lista de prețuri nr.... - Grătar des automat, Lista de prețuri nr.... - Grătar rar automat linie pluvială, Lista de prețuri nr.... - Instalații de spălare și compactare reziduuri grosiere, Lista de prețuri nr.... - Stavile automate și manual,

Lista de prețuri nr.... - Deznisipator aerat cu separare grăsimi, Lista de prețuri nr.... - Suflante, Lista de prețuri nr.... - Containere reziduuri.

În opinia sa este esențial de subliniat că nu a modificat, nici prețul total al utilajelor menționate anterior, nici valoarea totală a ofertei financiare și nici listele în sine conform caietului de sarcini. Mai mult, însăși comisia de evaluare statuează prin procesului-verbal nr.... privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice că „au fost respectate toate încadrările din caietul de sarcini privind completarea listelor”. Mai mult, în mod cu totul inexplicabil, în cadrul aceluiași document comisia de evaluare apreciază că „nu au fost identificate erori aritmetice”, deși pretinsa „modificare” a afectat logica adunării. Așa fiind, în spiritul propriului raționament, comisia de evaluare ar fi trebuit să observe atât „modificarea prețului” cât și eroarea aritmetică.

Cu titlu exemplificativ, arată că lista de prețuri nr.... - Grătar rar admisie automat avea următorul conținut înainte și după modificarea operată (redă tabelar cele 2 variante).

Astfel, arată că prețul total al produsului, respectiv..., nu a fost modificat, ci doar s-a corectat valoarea utilajului fără montaj (idem pentru toate celelalte elemente din ofertă, respectiv listele..... și...). În mod evident, valoarea fără montaj nu putea fi mai mare decât prețul total, aspect care dovedește caracterul de eroare aritmetică.

Aceeași situație se regăsește și în cazul celorlalte liste, unde s-a operat corectarea valorii indicate la coloana „din care utilaj fără montaj”.

Mai mult decât atât, susține că nicio valoare din Centralizatorul de prețuri depus inițial nu a fost modificată odată cu depunerea răspunsului la clarificări. Cu alte cuvinte, societatea sa nu a modificat niciun element care să afecteze propunerea financiară raportat la criteriile de atribuire.

Din aceste elemente de fapt, apreciază că este de netăgăduit că obiectul modificării operate de societatea sa nu este altceva decât o simplă eroare aritmetică sau chiar o eroare de tastare, evidentă din restul elementelor ofertei financiare.

În propunerea financiară, prețul total aferent fiecărui utilaj (utilaj + montaj) și prețul total al ofertei au fost indicate corect. Eroarea privește exclusiv câmpul de defalcare „utilaj fără montaj”, în care a fost transcrisă o valoare illogică (mai mare decât prețul total utilaj + montaj), ceea ce demonstrează caracterul vădit al erorii materiale.

Contestatorul arată că, cu respectarea principiilor menționate la art.... din Legea nr. 99/2016 este permisă modificarea ofertei financiare, în sensul corectării erorilor aritmetice, chiar dacă această modificare atrage modificarea prețului total. Or, cu atât mai mult este admisibilă modificarea operată de societatea sa care nu a dus la modificarea prețului total a contractului și nici măcar a prețului total al echipamentelor în cauză.

Corecția efectuată în răspunsul la clarificări nu schimbă prețul ofertat pentru obiectul contractului și nu afectează suma totală, ci doar restabilește coerența defalcării conform relației aritmetice dintre total și componente. În consecință, nu se află în prezența unei modificări esențiale a ofertei, ci a îndreptării unei erori evidente, admisibilă în cadrul clarificărilor, fără impact asupra rezultatului procedurii și fără a conduce la depunerea unei noi oferte.

Respectarea principiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016:

a. Respectarea principiul tratamentului egal.

În primul rând, susține că trebuie menționat faptul că asocierea sa a fost singura care a depus o ofertă cu privire la procedura de atribuire contractului de achiziție publică având ca obiect „...”. Astfel, nu se pune problema nerespectării principiului tratamentului egal prin raportare la alți posibili operatori economici.

b. Societatea sa nu a depus o nouă ofertă. Clarificarea se încadrează în limitele art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016 și nu produce vreun avantaj în favoarea sa.

Pentru a determina dacă clarificarea transmisă de societatea sa constituie sau nu o ofertă nouă consideră că trebuie să se raporteze la prevederile art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016.

Așadar, poate constata că o clarificare este admisibilă, în sensul în care nu constituie o ofertă nouă, atât timp cât ea rezultă din sensul sau conținutul altor informații existente și nu vizează un element esențial al ofertei care să fie susceptibilă să influențeze rezultatul, producând astfel un avantaj incorect.

În primul rând, cu riscul de a se repeta, după cum a arătat în secțiunile anterioare, eroarea este evidentă prin raportare la celelalte informații din propunerea financiară, respectiv din prețul total al acestor utilaje și din faptul că inițial prețul utilajelor fără montaj era mai mare decât prețul total.

Mai departe, arată că, prin corectarea erorii materiale cuprinse în oferta sa financiară, nu s-a modificat rezultatul obținut de societatea sa prin aplicare criteriilor de atribuire. Mai exact, în procedura de atribuire din speță s-a aplicat criteriul cel mai bun raport calitate - cost, acordându-se punctaj maxim (40) pentru cel mai scăzut preț și punctaj maxim (...) pentru oferta care are cel mai mic cost operațional.

Or, modificarea sumei indicate în coloana „preț utilaj fără montaj”, atât timp cât nu s-a modificat prețul total al utilajelor și nici prețul total al ofertei financiare, nu influențează în niciun fel punctajul obținut de oferta sa și, astfel, nu constituie vreun avantaj injust în beneficiul său.

Nerespectarea de către comisa de evaluare a principiului proporționalității: Contestatorul arată că principiul proporționalității impune entității contractante să efectueze o apreciere concretă și individualizată a atitudinii ofertantului vizat. În acest sens, comisia de evaluare trebuia să țină seama de scopul inițierii unei proceduri,

respectiv semnarea contractului de achiziție publică, și nu respingerea ofertelor primite.

Prin modul de analiză și de evaluare aceasta trebuie să aibă certitudinea că ofertele respinse nu asigură respectarea cerințelor de calificare, tehnice și financiare enunțate în documentația de atribuire, fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punct de vedere al obiectului, motivate, prin raportare la prevederile documentației de atribuire și cu un termen de răspuns adaptat.

Or, raportat la toate împrejurările descrise anterior, caracterul minor al modificării operate și lipsa vreunui impact al acesteia, sancțiunea excluderii sale este vădit disproporționată și contrară cadrului normativ al clarificărilor și jurisprudenței europene.

Obligația autorității contractante de a transmite o nouă solicitare de clarificare: În opinia sa, comisia de evaluare nu a respectat obligația prevăzută de art.... alin. (1) din normele metodologice aprobate prin... nr.....

Comisia de evaluare avea posibilitatea să solicite o nouă clarificare, clară în care să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare, cu termen de transmitere a răspunsului, tot în..., neafectând astfel termenele impuse de legislație pentru finalizarea evaluării ofertelor.

Posibilitatea comisiei de evaluare de a solicita clarificări multiple a fost recunoscută inclusiv prin jurisprudența în materia achizițiilor publice, prin decizia CNSC nr.... din....

În speța de față, autoritatea contractantă s-a rezumat la a transmite o singură solicitare de clarificări, după care a respins oferta, deși, în opinia sa nu se afla în situația de excludere, conform documentelor prezentate în ofertă, încălcând astfel, nu doar principiile de bază în achiziții publice, ci și principul eficientizării utilizării fondurilor, cu atât mai mult cu cât este vorba, la nivel național, de un buget limitat.

Având în vedere toate motivele de fapt și de drept expuse supra, fiind de părere că decizia entității contractante este nelegală și netemeinică, solicită Consiliului admiterea prezentei contestații, așa cum a fost formulată.

În drept: prevederile Legii nr. 101/..., ale Legii nr. 99/... și ale anexei la HG nr. 394/2016, jurisprudența CNSC, a instanțelor naționale și CJUE, respectiv orice altă prevedere legală la care a făcut referire în prezenta.

În probațiune: înscrisuri, precum și orice alte mijloace de probă utile, pertinente și concludente soluționării contestației.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... entitatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca fiind neîntemeiată.

În fapt, entitatea contractantă precizează că a inițiat procedura de atribuire prin licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect „...”, cod..., sub anunțul de participare nr.... din data de....

În cadrul acestei proceduri a fost depusă o singură ofertă, astfel cum rezultă din Declarația de participare publicată în SICAP la data de.... Ca urmare a derulării procedurii și a evaluării ofertei depuse, aceasta a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art.... alin. (5) din HG nr. 394/2016, întrucât propunerea financiară a fost modificată ca urmare a răspunsului la solicitările de clarificări, aspect consemnat și în raportul procedurii nr...., publicat în SICAP la data de....

Entitatea contractantă arată că, la data de... a primit din partea... o solicitare, înregistrată la sediul său sub nr...., privind acordarea accesului la procesele-verbale întocmite de comisia de evaluare.

Entitatea contractantă precizează că, prin adresa nr....., a permis accesul la documentele solicitate, prin transmiterea acestora în format electronic la adresele de e-mail indicate de....

I. Situația de fapt relevantă.

Entitatea contractantă precizează că ofertantul contestator a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire aferente contractului „CL 4 - Facilități de tratare termică a nămolului și lucrări la treapta mecanică...”, inițiată prin anunțul de participare nr.... din data de.... În urma evaluării DUAE, a propunerii tehnice și a analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări formulate în aceste etape, comisia de evaluare a constatat îndeplinirea cerințelor și a declarat ofertantul admis pentru etapele menționate.

În etapa de evaluare a propunerii financiare, arată că comisia de evaluare a constatat neconcordanțe evidente între:

- valoarea înscrisă în coloana „Preț total”
 - valoarea înscrisă în coloana „Din care utilaj fără montaj”
- pentru mai multe liste de prețuri, respectiv listele nr.....

Concret, arată că valoarea înscrisă în coloana „Din care utilaj fără montaj” era, în mod nejustificat, mai mare decât valoarea înscrisă în coloana „Preț total”, situație care contravine logicii economice și structurii financiare impuse prin documentația de atribuire, întrucât componenta „utilaj fără montaj” reprezintă un element inclus în prețul total și nu poate depăși valoarea acestuia.

Prin adresa de clarificări nr....., comisia de evaluare a solicitat ofertantului să justifice diferențele constatate și să explice corespondența dintre valorile înscrise în cele două coloane, în vederea lămuririi caracterului acestora.

Entitatea contractantă arată că prin răspunsul transmis, ofertantul nu s-a limitat la furnizarea unor explicații sau la demonstrarea existenței unei eventuale erori de calcul, ci a depus liste de prețuri modificate, procedând la diminuarea valorii totale a echipamentelor de la... la....

Astfel, prin răspunsul formulat, ofertantul:

- a înlocuit valorile inițiale înscrise în coloana „utilaj fără montaj”;
- a transmis liste de prețuri în formă modificată față de cele depuse inițial;
- a introdus valori diferite de cele cuprinse în oferta inițială, depusă și criptată în SEAP.

În consecință, susține că nu a fost prezentată o simplă explicație sau o clarificare a unor date deja existente în ofertă, ci a fost transmisă o versiune modificată a propunerii financiare, cu alterarea unor elemente esențiale ale structurii de preț.

II. Cu privire la susținerea că ar fi fost vorba despre o simplă eroare aritmetică.

Contestatorul invocă art.... alin. (9) din HG 394/2016 și susține că modificarea ar reprezenta o eroare aritmetică sau de redactare.

1. Entitatea contractantă susține că nu se află în prezența unei erori aritmetice.

Eroarea aritmetică, în sensul legislației în materia achizițiilor publice, presupune existența unei greșeli de calcul propriu-zise, respectiv a unei inadvertențe rezultate din efectuarea eronată a unor operațiuni matematice (adunare, scădere, înmulțire, împărțire). Aceasta trebuie să fie:

- verificabilă în mod obiectiv prin simpla refacere a calculelor;
- determinabilă exclusiv pe bază matematică, fără a implica aprecieri sau opțiuni de natură economică;
- independentă de voința ofertantului, în sensul că remedierea ei nu presupune o intervenție discreționară sau o modificare a strategiei de preț.

Cu alte cuvinte, eroarea aritmetică există atunci când, prin reluarea exactă a operațiunilor matematice indicate în ofertă, rezultă în mod evident o diferență între valorile înscrise și cele corecte, diferență ce poate fi stabilită fără echivoc și fără a solicita ofertantului stabilirea unor noi valori.

În speța de față, consideră că nu se află într-o asemenea situație. Nu a existat o eroare de însumare și nici nu s-a impus refacerea unui calcul de tipul „componentă + montaj= total”. Nu s-a constatat o neconcordanță rezultată dintr-o adunare sau înmulțire greșită, care să poată fi corectată prin simpla aplicare a regulilor matematice.

Dimpotrivă, arată că ofertantul a procedat la modificarea și diminuarea valorii unei liste cu aproximativ 4 milioane, fără a demonstra existența unei greșeli de calcul inițiale și fără a indica un algoritm matematic eronat care ar fi generat diferența. Ajustarea realizată nu a fost consecința refacerii unor operațiuni aritmetice, ci a presupus stabilirea unor noi valori, diferite de cele inițial oferite.

Potrivit art.... alin. (9) din HG nr....94'..., corectarea este permisă, exclusiv, în situația în care:

- există o eroare aritmetică propriu-zisă;

- corectarea rezultă din simpla refacere a calculului;
- eroarea este obiectiv determinabilă, fără intervenția voinței ofertantului.

În prezenta cauză:

- nu s-a refăcut un calcul matematic existent;
- nu s-a recalculat prețul total prin aplicarea unui algoritm obiectiv;
- nu s-a identificat o greșeală de operare matematică;
- ofertantul a intervenit asupra valorilor printr-o decizie proprie, modificând substanțial structura propunerii financiare.

Așa-numita „corectare” nu a reprezentat, în realitate, remedierea unei erori aritmetice, ci o modificare a propunerii financiare, rezultată dintr-o intervenție decizională a ofertantului. Or, o asemenea intervenție excede cadrului permis de art.... alin. (9) din HG nr. 394/2016, întrucât, presupune manifestarea unei opțiuni economice și alterarea conținutului ofertei inițiale.

Prin urmare, consideră că, condițiile legale pentru calificarea situației drept eroare aritmetică și pentru aplicarea mecanismului de corectare prevăzut de art.... alin. (9) nu sunt îndeplinite.

Totodată, prin îndrumarea ANAP din... privind modul de tratare a abaterilor tehnice minore, a viciilor de formă și a erorilor aritmetice în cadrul procesului de evaluare a ofertelor, se precizează: „în categoria erorilor aritmetice se încadrează situațiile în care există erori de calcul la nivelul propunerii financiare, dar și situațiile în care există diferențe de cantități între propunerea tehnică și cea financiară (...). Corectarea erorilor aritmetice se referă la elemente ale propunerii financiare care rezultă în urma unor operații aritmetice, iar corectarea acestora trebuie să fie realizată asupra rezultatului operației aritmetice, menținând datele de intrare nemodificate. De exemplu, prețurile unitare nu ar trebui să fie modificate în cazul în care există un preț total obținut în mod greșit în urma operației de înmulțire dintre prețul unitar și cantitate, ci se va corecta prețul total. În cazul în care autoritatea/entitatea contractantă a solicitat includerea în cadrul propunerii financiare a unei justificări privind modul de formare a prețului unitar pentru o anumită categorie de lucrare/serviciu/produs (ex. defalcări de tarife sau devize prin care prețurile unitare sunt defalcate pe categorii de costuri precum manoperă, material, transport etc.), nu se va accepta ca prețul unitar ofertat pentru respectiva categorie de lucrare/ serviciu/produs să fie modificat, deoarece acesta a fost obiectul ofertării și nu componentele acestuia”.

Din interpretarea acestor dispoziții,, rezultă în mod clar că o corectare aritmetică este permisă exclusiv asupra rezultatului operației matematice (de exemplu, totalul), fără a afecta elementele de bază ale ofertei - respectiv cantitățile și prețurile unitare.

Raportat la situația concretă, din modul de structurare a listei de echipamente și utilaje - prin coloane distincte privind cantitatea și prețul unitar pentru fiecare echipament - reiese că aceste elemente reprezintă

datele de intrare ale calculului financiar. Or, intervenția realizată nu a vizat corectarea unui rezultat matematic (de tip total calculat greșit), ci a presupus înlocuirea unor valori inițiale - respectiv a unor prețuri sau valori aferente pozițiilor din listă - cu altele noi, stabilite ulterior deschiderii ofertelor.

O asemenea intervenție nu se circumscrie noțiunii de eroare aritmetică în sensul îndrumării ANAP și al art.... alin. (9) din HG nr. 394/2016, întrucât nu s-au menținut nemodificate datele de intrare ale operației matematice. În realitate, nu a fost corectat rezultatul unui calcul, ci, a fost modificat conținutul propunerii financiare.

Prin urmare, susține că se află în prezența unei modificări a ofertei, iar nu a unei simple corecții aritmetice admisibile în cadrul procesului de evaluare.

2. Modificarea a vizat un element esențial al structurii financiare.

Entitatea precizează că intervenția realizată de ofertant a privit un element component al structurii financiare a ofertei. Coloana „Din care utilaj fără montaj” face parte integrantă din structura de preț impusă prin documentația de atribuire, această defalcare fiind relevantă pentru:

- verificarea realismului ofertei;
- analiza caracterului justificat al costurilor;
- evaluarea conformității tehnico-financiare a propunerii.

În opinia sa, structura financiară solicitată nu are un caracter formal, ci, reprezintă un instrument esențial pentru evaluarea ofertei. În consecință, modificarea valorilor aferente acestei coloane ulterior deschiderii ofertelor constituie o intervenție directă asupra conținutului propunerii financiare.

3. Inaplicabilitatea art.... alin. (9) din HG nr. 394/2016.

Arată că contestatorul a invocat dispozițiile art.... alin. (9), referitoare la corectarea erorilor aritmetice. Consideră însă că aceste prevederi nu sunt incidente în cauză, pentru următoarele motive:

Eroarea aritmetică presupune existența unei erori obiective, verificabile prin simpla refacere a calculelor, fără a fi necesar aportul decizional al ofertantului. Corectarea trebuie să rezulte implicit din aplicarea regulilor matematice și să conducă, în mod automat, la ajustarea rezultatului (de regulă, a prețului total), fără modificarea elementelor de bază ale ofertei.

Excepția reglementată de alin. (9) are în vedere situații în care:

- eroarea este determinabilă independent de voința ofertantului;
- corectarea rezultă din refacerea calculelor;
- ajustarea privește rezultatul operației matematice, iar nu datele de intrare.

În prezenta situație, însă:

- prețul total nu a fost recalculat prin refacerea unei operațiuni matematice eronate;
- valorile componente au fost înlocuite cu altele noi;

- nu a existat un mecanism matematic obiectiv care să conducă automat la noile valori.

Prin urmare, așa-numita „corectare” nu a fost consecința unei operațiuni aritmetice, ci rezultatul unei opțiuni ulterioare a ofertantului, care a intervenit asupra structurii propunerii financiare.

În aceste condiții, consideră că nu sunt îndeplinite cerințele prevăzute de art.... alin. (9) din HG nr. 394/2016, iar situația se încadrează în ipoteza reglementată de alin. (5), respectiv, modificarea conținutului propunerii financiare, cu consecința declarării ofertei ca inacceptabilă.

III. Cu privire la principiul proporționalității

Entitatea contractantă precizează că a acționat cu respectarea strictă a principiilor fundamentale care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică.

Principiul proporționalității nu poate fi interpretat în sensul înlăturării aplicării unei norme legale imperative. Acesta presupune ca măsurile adoptate să fie adecvate și necesare în raport cu scopul urmărit. În speță, măsura declarării ofertei ca inacceptabilă este nu doar adecvată, ci obligatorie în condițiile în care s-a constatat modificarea propunerii financiare.

Împrejurarea că în procedură a fost depusă o singură ofertă nu exonerează autoritatea/entitatea contractantă de obligația de a aplica în mod riguros dispozițiile legale. Dimpotrivă, tocmai în asemenea situații exigența respectării principiilor legale trebuie să fie maximă.

IV. Cu privire la solicitarea unei noi clarificări.

Entitatea contractantă arată că, comisia de evaluare a transmis o solicitare clară și precisă de clarificări, în limitele competențelor sale legale.

Răspunsul ofertantului nu a constatat în simple explicații sau justificări ale valorilor inițial oferite, ci în depunerea unor liste modificate, conținând valori diferite față de cele din oferta inițială.

În acest sens arată că normele legale aplicabile nu instituie obligația autorității/entității contractante de a formula solicitări succesive de clarificări în situația în care, prin răspunsul transmis, ofertantul modifică substanțial conținutul propunerii sale. Procedura de clarificare are ca scop lămurirea unor aspecte neclare sau confirmarea unor informații deja existente în ofertă, nu oferirea posibilității unei reformulări progresive a acesteia.

Obligația comisiei este de a solicita clarificări atunci când este necesar pentru evaluarea ofertei, nu de a permite ajustarea sau reconstruirea propunerii financiare după deschiderea ofertelor.

A admite contrariul ar însemna transformarea procedurii de evaluare într-un proces de negociere nepermisă, în contradicție cu natura licitației deschise.

În baza argumentelor și temeiurilor juridice expuse în prezentul punct de vedere... solicită respingerea contestației formulate împotriva adresei nr..... privind comunicarea rezultatului procedurii, ca fiind nefondată, și menținerea în integralitate a rezultatului procedurii de atribuire pentru contractul având ca obiect „...”.

Entitatea contractantă, precizează că își rezervă dreptul de a formula, imediat după pronunțarea deciziei în prezenta cauză, o cerere de acordare a despăgubirilor ce se impun, în conformitate cu prevederile legale aplicabile.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul (... în calitate de lider al... -...) transmite Concluzii scrise față de punctul de vedere al entității contractante.

În opinia sa, apărările entității sunt nefondate și vor fi combătute punctual, demonstrând că valoarea totală a ofertei nu a fost modificată, iar intervenția a vizat exclusiv o defalcare internă eronată, situație permisă de Legea nr. 99/2016 și argumentată prin jurisprudența obligatorie a CJUE și a instanțelor naționale.

II. Precizare preliminară: obiectul modificării (ce s-a modificat și ce nu s-a modificat).

În fapt, contestatorul precizează că prin solicitarea de clarificări nr...., comisia de evaluare a observat o neconcordanță logică în coloana „Din care utilaj fără montaj” în cadrul mai multor liste de prețuri (.....). Din eroare materială, în coloana „utilaj fără montaj” fusese inserată o valoare mai mare decât „Prețul total”, ceea ce este imposibil din punct de vedere economic și matematic (un subansamblu nu poate valora mai mult decât ansamblul din care face parte).

Prin răspunsul nr...., precizează că a corectat această eroare de redactare, fără a modifica însă:

1. Prețul total al ofertei (valoarea rămasă neschimbată, așa cum rezultă și din documentele anexate).

2. Prețul total al fiecărei liste de prețuri (valorile din coloana „Preț total” au rămas identice cu cele din oferta inițială).

3. Propunerea tehnică (nu s-au introdus sau eliminat activități, resurse umane sau materiale).

4. Cantitățile (au rămas neschimbate).

III. Așadar, susține că singurul element modificat a fost o cifră dintr-o coloană ajutătoare (defalcare), care nu influențează nici punctajul (prețul total), nici execuția contractului. Teza entității conform căreia s-ar fi diminuat valoarea totală a echipamentelor este o interpretare eronată, deoarece în oferta financiară, „prețul total” al echipamentului include atât utilajul, cât și montajul. Corectarea defalcării nu afectează suma finală pe care entitatea ar fi plătit-o. Temeiul legal al corectării. Încadrarea în noțiunea de „.../MATERIALĂ”.

1. Definiția erorii aritmetice conform ANAP.

În opinia sa, punctul de vedere al entității încearcă să redefinească în mod restrictiv noțiunea de eroare aritmetică.

... se menționează că în categoria erorilor aritmetice se încadrează situațiile în care există erori de calcul la nivelul propunerii financiare, dar și situațiile în care există diferențe de cantități între propunerea tehnică și cea financiară. Corectarea erorilor aritmetice se referă la elemente ale propunerii financiare care rezultă în urma unor operații aritmetice, iar corectarea acestora trebuie să fie realizată asupra rezultatului operației aritmetice.

În concret, suma indicată la categoria „preț utilaj fără montaj” este rezultatul unui calcul matematic, respectiv: preț total utilaj - montaj. Or, caracterul de eroare aritmetică reiese din însuși faptul că în urma unei operațiuni de scădere (a prețului montajului din prețul total) nu se poate obține un rezultat mai mare decât prețul total.

Mai departe, arată că, ANAP explică, în Îndrumarea menționată, că „în cazul în care autoritatea/entitatea contractantă a solicitat includerea în cadrul propunerii financiare a unei justificări privind modul de formare a prețului unitar pentru o anumită categorie de lucrare/ serviciu/ produs (ex. defalcări de tarife sau devize prin care prețurile unitare sunt defalcate pe categorii de costuri precum manoperă, material, transport, etc), nu se va accepta ca prețul unitar ofertat pentru respectiva categorie de lucrare/ serviciu/ produs să fie modificat deoarece acesta a fost obiectul ofertării și nu componentele acestuia”.

Cu alte cuvinte, dacă se solicită o defalcare a prețului unitar pe o lucrare/serviciu, ofertantul nu poate modifica prețul unitar, dar poate modifica componentele acestuia. Or, în speță, susține că nu a modificat prețul unitar - care face obiectul ofertării și care este relevant pentru determinarea celei mai bune oferte (adică prețul total) - ci un component al acestuia, care nu face obiectul ofertării și care nu influențează rezultatul procedurii de atribuire.

În concluzie, susține că situația din speță se încadrează în limitele permise de HG nr. 394/2016, nefiind încălcate principiile tratamentului egal și a transparenței.

Nu în ultimul rând, chiar dacă, în pofida argumentelor expuse în contestație și în prezentele concluzii scrise, Consiliul va aprecia că eroarea din oferta sa nu este o eroare aritmetică, consideră că aceasta se încadrează, inclusiv, pe definiția viciilor de formă, care pot cuprinde atât elemente ale ofertei tehnice, cât și a celei financiare.

Or, revenind la datele concrete ale speței, corectarea sumei indicate în coloana „preț fără montaj” este susținută în mod neechivoc de celelalte informații și sensul și conținutul ofertei, întrucât această valoare nu poate fi mai mare decât prețul total al echipamentului, odată ce din acest preț total se scade valoarea montajului.

2. Distincția dintre „modificarea ofertei” și „corectarea unei erori”

Contestatorul susține că, în speță, modificarea coloanei „utilaj fără montaj” nu echivalează cu o nouă ofertă, deoarece:

- Prețul total (elementul esențial al propunerii financiare) este neschimbat.

- Corectarea era determinabilă în mod obiectiv (prin raportare la prețul total și la logica economică).

IV. Principiul proporționalității și formalismul excesiv.

1. Obligația entității de a accepta clarificările rezonabile.

În punctul său de vedere, entitatea susține că a respectat principiul proporționalității. Consideră că această susținere este contrazisă de propria conduită. Autoritatea a primit un răspuns care clarifica eroarea și păstra neschimbat prețul. În loc să accepte această clarificare (care este permisă de lege), a ales..., deși procedura avea o singură ofertă, ceea ce duce la anularea procedurii și la imposibilitatea folosirii fondurilor.

În opinia sa, respingerea unei oferte pentru o corectură într-o coloană auxiliară, în condițiile în care prețul total rămâne neschimbat, fără impact asupra rezultatului procedurii, reprezintă exact un astfel de formalism excesiv, sancționat atât de doctrină, cât și de practică.

V. Răspuns la apărățile specifice ale entității.

.... Cu privire la „diminuarea valorii echipamentelor”

Contestatorul susține că, prin punctul de vedere depus, în încercarea de a justifica decizia de excludere a sa, entitatea contractantă încearcă să inducă în eroare Consiliul, în sensul în care, prețul total al echipamentelor ar fi fost modificat de la... la.... Aceste sume nici nu apar în mod expres în oferta financiară, întrucât, nu sunt elemente esențiale ale ofertei financiare. Aceste sume (la... și...) sunt rezultatul adunării tuturor sumelor indicate în coloana „utilaj fără montaj” în listele..... Altfel spus, entitatea contractantă a realizat aceste calcule în punctul de vedere depus pentru a crea imaginea unui preț modificat.

Contestatorul susține că nu a „diminuat” o valoare corectă, ci a corectat o valoare greșită - rezultată dint-o scădere inițial greșită - pentru a o aduce la un nivel logic, care nu poate depăși prețul total.

În realitate însă, nici valoarea totală a propunerii sale financiare, nici prețul total al echipamentelor nu s-a modificat.

Mai exact, prețul total este cel indicat în prima sub categoria „preț total” în fiecare dintre listele menționate în contestație (.....), iar acestea au rămas nemodificate.

Cu titlu de exemplu, dar valabil pentru toate listele în cauză: prețul pentru grătar rar admisie automat este de... atât în oferta inițială, cât și în urma clarificării (lista...); prețul pentru grătar rar automat este de..., atât în oferta inițială, cât și în urma clarificării (lista...) etc.

Mai mult decât atât, în măsura în care prețul total ar fi fost modificat pentru oricare dintre aceste liste, implicit, valoarea ofertei financiare s-ar fi modificat, or, în mod evident, nu este în această

ipoteză. Dovada acestui fapt este că nicio sumă din centralizatorul de prețuri nu s-a modificat în urma răspunsului la clarificări.

.... Cu privire la „modificarea structurii financiare”.

Entitatea afirmă că societatea sa a intervenit asupra structurii financiare. Or, structura financiară este dată de prețul total pe categorii de lucrări (conform listelor din caietul de sarcini, care s-a respectat în întregime). Coloana „Din care utilaj fără montaj” este o informație pur statistică sau de detaliu, solicitată de entitate, dar care nu reprezintă elementul de bază al ofertării. Potrivit practicii CNSC, elementele accesorii care nu influențează criteriul de atribuire pot fi corectate fără a afecta admisibilitatea ofertei.

Mai mult, arată că nu s-a solicitat nicăieri în documentația de atribuire o anumită defalcare a prețurilor care trebuie respectată, ca atare, de ofertant, fiind un contract de tip: PROIECTARE ȘI EXECUȚIE. Acest lucru înseamnă că defalcarea amănunțită este un instrument specific și util decontării în faza de execuție a contractului, pe care Antreprenorul o supune aprobării Beneficiarului în funcție de proiectul tehnic deja aprobat, precum și de evoluția execuției. Altfel spus, entitatea contractantă nu poate să evalueze o ofertă ca fiind inacceptabilă din pricina unor temeuri mai restrictive decât cele regăsite în documentația de atribuire.

.... Entitatea contractantă califică defalcarea „din care utilaj fără montaj” drept element esențial al structurii financiare.

Deși, nu neagă importanța defalcării în abstract, trebuie să evidențieze rolul juridic al acestui element, respectiv, acela de a realiza o analiză de realism a propunerii financiare, fără a putea determina rezultatul procedurii (e.g. preț neobișnuit de scăzut).

În mod evident, nu se poate vorbi despre o ofertă nouă, atât timp cât, modificarea efectuată nu are niciun impact economic asupra entității contractante și nici nu atrage vreun avantaj financiar în favoarea sa.

.... Entitatea contractantă stipulează în punctul de vedere transmis că nu există obligația unei noi solicitări de clarificare.

Chiar fără o „obligație” formală de clarificări succesive, arată că ANAP recomandă solicitarea de clarificări atunci când aceasta poate asigura securitatea juridică în același mod ca respingerea, cu condiția să nu se ajungă la o ofertă nouă. În virtutea „obligației de diligență” și a „efectului util” respectiv pentru ca întreaga procedură de atribuire să producă efecte juridice și să își atingă scopul pentru care a fost instituită, comisia de evaluare ar fi trebuit să adreseze întrebări suplimentare. Crede că scopul evaluării era de a stabili voința reală a ofertantului atâta timp cât aceasta respectă cerințele documentației de atribuire.

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, solicită admiterea contestației, anularea actelor atacate și obligarea entității la reevaluarea ofertei sale, cu păstrarea prețului total regăsit în propunerea financiară, precum și a propunerii tehnice așa cum au fost inițial depuse.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul depune dovada cheltuielilor de judecată, constând în onorariu avocațial, respectiv, factura ELX0333 din... și dovada încasării prin OP în valoare de... (TVA inclus) din partea... și factura ELX0334 din... și dovada încasării prin OP în valoare de... (TVA inclus) din partea....

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... entitatea contractantă transmite dosarul achiziției în format electronic pe CD.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., emisă de... - Sucursala..., în valoare de....

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

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „...”.

Analizând contestația, se reține că... este nemulțumit de respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, pe motiv că, în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, a modificat propunerea financiară, contestatoarea apreciind că această modificare s-a datorat unei simple erori aritmetice și că entitatea contractantă ar fi dat dovadă de formalism exagerat.

Se reține, în soluționare, faptul că, în etapa de evaluare a propunerii financiare, comisia de evaluare a constatat neconcordanțe în propunerea financiară a..., între valoarea înscrisă în coloana „Preț total” și valoarea înscrisă în coloana „Din care utilaj fără montaj”, pentru mai multe liste de preturi, respectiv listele nr.....

Altfel spus, valoarea înscrisă în coloana „Din care utilaj fără montaj” era, în mod nejustificat, mai mare decât valoarea înscrisă în coloana „Preț total”, fapt ce a determinat entitatea contractantă prin adresa de clarificări nr...., să solicite contestatorului să justifice diferențele constatate și să explice corespondența dintre valorile înscrise în cele două coloane, în vederea lămuririi caracterului acestora.

Consiliul apreciază că entitatea contractantă, în mod întemeiat, a procedat la solicitarea de clarificări în sensul verificării sustenabilității și veridicității/fezabilității propunerii financiare depuse, astfel încât, să aibă certitudinea că oferta desemnată câștigătoare este una reală, fermă și acoperă toate cerințele documentației de atribuire. Numai în urma clarificării neconcordanțelor cu privire la elementele de cost ofertate, entitatea contractantă putea stabili realitatea și corectitudinea formării prețului ofertat, motivat de faptul că orice decizie a acesteia 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.

Pe de altă parte, din analiza răspunsului transmis de contestator, se reține că acesta nu s-a limitat la furnizarea unor explicații sau la demonstrarea existenței unei eventuale erori de calcul, ci a depus liste de preturi modificate, înlocuind valorile inițiale înscrise în coloana „*utilaj fără montaj*” și a transmis liste de preturi în formă modificată față de cele depuse inițial, procedând astfel la diminuarea valorii totale a echipamentelor **de la... la....**

Având a determina în ce măsură această modificare a ofertei inițiale constituie sau nu o eroare aritmetică, în sensul legii, Consiliul reține că ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul (calculat în baza unor servicii/lucrări/activități) nu este un element pur formal al ofertei, ci, reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărei realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența prevederilor art.... alin. (1), (5) și (9) din HG nr. 394/2016, care stipulează:

„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o anumită oră.

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.

Prin excepție de la dispozițiile alin. (5), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant, la solicitarea comisiei de evaluare, 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”.

Din interpretarea textului legal mai sus iterat, rezultă că, un ofertant poate opera modificări în cadrul propunerii sale financiare, doar dacă, aceste modificări reprezintă erori aritmetice, adică, erori materiale survenite fie la înmulțirea cantităților ofertate cu prețurile unitare fie la adunarea valorilor, iar, modalitatea de remediere a erorii este refacerea calculelor împreună cu valoarea ofertei și, nicidecum, înlocuirea unor prețuri care nu sunt rezultatul vreunei erori de calcul care să poată fi justificate, cu altele noi.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă în ipoteza acceptării unei astfel de modificări a propunerii

financiare, ar fi creat un avantaj evident în favoarea..., cu încălcarea prevederilor art.... alin. (2) din Legea nr. 99/2016, avantaj constând în ignorarea prevederilor art.... alin. (5) din HG nr. 394/2016, care pun în sarcina autorității contractante, respingerea ofertei, urmare a modificării propunerii financiare.

... din data... pronunțată în cauza C 49/15, statuează în acest sens că:

„... 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 1... 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 1... 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”.*

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice și financiare prezentate de ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. f) și h) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile privind nelegalitatea evaluării ofertei acestuia sunt neîntemeiate, contestația urmând să fie respinsă.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de... și... în contradictoriu cu entitatea contractantă...

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

...:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... și...
în contradictoriu cu entitatea contractantă...
Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a...
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare ...

...

.....

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține... (nouăsprezece) pagini