

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 Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun..... nr...., sector..., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare..., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă, emis de către, cu sediul în mun....., nr....., în calitate de autoritatea contractantă, în cadrul încheierii acordului-cadru având ca obiect: „...” - cod..., s-a solicitat:

1. admiterea contestației;
2. anularea parțială a raportului procedurii nr.... și a actelor subsecvente aferente lotului 1, exclusiv în ceea ce privește concluziile și măsurile adoptate în cadrul evaluării financiare referitoare la oferta...;
3. anularea comunicării rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă;
4. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale financiare pentru lotul 1, cu aplicarea dispozițiilor art. 1... alin. (1) și alin. (3) din HG nr. 395/2016;
4. emiterea unui nou raport al procedurii și a unei noi comunicări privind rezultatul procedurii pentru lotul 1;
5. obligarea autorității la plata cheltuielilor de judecată;

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

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., al cărei conținut se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /...] CONTESTATIE.pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP, contestație formulată de..., împotriva rezultatului prezentei proceduri, contestatorul solicită cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

Preliminar, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt și invocă dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 pentru a justifica interesul său în formularea contestației.

Ulterior, expune motivele considerate de acesta ca fiind relevante față de solicitările sale.

Contestatorul inserează extras din solicitarea de clarificări nr...., susținând că a răspuns în termen acestei solicitări, subliniind faptul că, potrivit răspunsului său, valoarea totală a ofertei a rămas neschimbată, produsele și cantitățile ofertate au rămas identice, nefiind modificată nicio valoare, însă potrivit comunicării rezultatului procedurii din data de..., oferta sa a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, autoritatea reținut că: „prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a modificat conținutul propunerii financiare, respectiv a fost schimbat prețul unitar”.

Acesta susține că răspunsul său a explicat faptul că valoarea înscrisă inițial în coloana destinată prețului unitar reprezintă valoarea totală aferentă poziției respective.

... invocă și dezvoltă următoarele motive de nelegalitate a deciziei autorității cu privire la oferta sa:

1. Susține că autoritatea contractantă a calificat greșit o eroare materială de redactare drept modificare a ofertei financiare;
2. Prețul unitar era determinabil în mod obiectiv și matematic;
3. Autoritatea contractantă a ignorat obligația de analiză prevăzută de art. 1... alin. (1) și alin. (3) din HG nr. 395/2016;
4. Aplicarea izolată și eronată a art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016;
5. Lipsa oricărei demonstrații privind existența unui avantaj concurențial;
6. Încălcarea principiului proporționalității.

În opinia sa, autoritatea contractantă a exclus în mod nelegal o ofertă conformă pentru lotul 1, aplicând izolat art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și ignorând analiza obligatorie prevăzută de art. 1..., în condițiile în care contestatoarea nu a modificat prețul, produsele, cantitățile sau clasamentul, ci a oferit doar clarificări punctuale solicitate chiar de instituție pentru o necorelare materială, fără a obține vreun avantaj concurențial.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

În susținerea solicitării sale, autoritatea contractantă menționează următoarele aspecte:

Cu privire la limitele procedurii de clarificare și imposibilitatea modificării propunerii financiare prin răspunsul la clarificări, apreciază că modificarea prețului unitar prin introducerea unor valori noi, care nu existau în oferta inițială, reprezintă o modificare substanțială a propunerii

financiare, iar autoritatea contractantă a procedat legal respingând oferta ca inacceptabilă.

În opinia sa, o eroare aritmetică permite doar corectarea unui calcul greșit pe baza unor date fixe existente, însă înlocuirea unui preț unitar lipsă sau greșit cu o valoare cu totul nouă înseamnă crearea unei oferte noi.

Din punctul său de vedere, permiterea modificării prețului unitar după deschiderea ofertelor ar dezavantaja ceilalți participanți și ar încălca regulile achizițiilor publice, respectiv Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Sub acest aspect, autoritatea contractantă susține că măsura adoptată de comisia de evaluare și consemnată în raportul procedurii este legală și temeinică, fiind rezultatul aplicării corecte a prevederilor legislației în materia achizițiilor publice.

Cu privire la respectarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, apreciază că un element esențial în soluționarea contestației îl constituie respectarea strictă a principiilor fundamentale care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, în special principiul tratamentului egal și al nediscriminării, consacrat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere termenul limită de depunere a ofertelor și faptul că toți ceilalți participanți la procedură au respectat obligația de a-și formula integral propunerile financiare la momentul depunerii ofertelor, fără a beneficia ulterior de posibilitatea de a corecta sau modifica elemente esențiale ale acestora, autoritatea e de părere că acceptarea modificării prețurilor unitare prin transmiterea unui centralizator financiar rectificat ar conduce la instituirea unui tratament preferențial în favoarea contestatorului, situație care ar afecta în mod direct echilibrul concurențial dintre operatorii economici și ar încălca principiul tratamentului egal, întrucât ar permite unui singur ofertant să își corecteze și să își redefinească elementele esențiale ale ofertei, după ce toate celelalte oferte au rămas definitive.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de..., ca fiind nefondată, cu consecința menținerii ca temeinice și legale a tuturor actelor emise în cadrul procedurii de atribuire, respectiv menținerea raportului procedurii aferent lotului nr...., precum și a comunicării rezultatului procedurii transmisă contestatorului, respingerea solicitării de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertelor financiare și la emiterea unui nou raport al procedurii și a unor noi comunicări privind rezultatul procedurii, precum și constatarea faptului că măsurile adoptate de comisia de evaluare au fost dispuse cu respectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice și a principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție publică, cu consecința continuării procedurii de atribuire în forma și pe baza actelor deja întocmite de autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite concluzii scrise prin care solicită Consiliului să respingă toate apărările formulate de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere și reiterează solicitările formulată în cadrul contestației sale.

Concluzii scrise ale contestatorului nu vor fi redactate în prezenta decizie însă vor fi luate în considerare în soluționarea contestației.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din... în cuantum de..., eliberată de....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „...”.

Din analiza contestației, se reține că... este nemulțumit de respingerea ofertei sale ca inacceptabilă/neconformă, deoarece în urma solicitării de clarificări și-a modificat prețurile unitare ofertate, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Se reține în soluționare, faptul că, în cadrul procesului de evaluare a propunerii financiare aferente **Lotului nr....**, comisia de evaluare a constatat faptul că **prețul unitar și valoarea totală** înscrise de contestator pentru produsele ofertate: **1.** plasă tibie antelaterală fără tab titan, **2.** placă tibie anteromedială fără tab titan, **3.** placă femur distal titan și **4.** placă platou tibial titan, aveau aceeași valoare, respectiv... **deși**, potrivit documentației de atribuire, valoarea totală trebuia să rezulte din înmulțirea prețului unitar cu cantitatea maximă aferentă fiecărui reper.

Pentru clarificarea acestei situații, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului, prin intermediul SEAP, să precizeze în mod expres care este prețul unitar și care este valoarea totală aferentă pozițiilor respective, având în vedere faptul că cele două valori coincideau în propunerea financiară depusă.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul a precizat că, dintr-o eroare materială de redactare, în coloana destinată prețului unitar a fost înscrisă valoarea totală aferentă fiecărei poziții și a transmis un centralizator financiar rectificat, în care au fost înscrise alte valori ale prețurilor unitare decât cele existente în oferta depusă inițial, respectiv.../**bucată**.

Având a determina în ce măsură omiterea din cadrul propunerii financiare a prețurilor unitare ofertate, pot fi catalogate simple erori ce pot fi remediate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a stipulat în cadrul documentației de atribuire, la pct. IV.... „*Modul de prezentare al propunerii financiare*”, următoarele:

„Propunerea financiară va cuprinde prețul unitar și total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și următoarele documente:

1) Formularul de... (conform formularului pus la dispoziție de autoritatea/entitatea contractantă), incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele de fundamentare a prețului, dacă este cazul.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat.

Propunerea financiară are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea/entitatea contractantă și asumată de ofertant. Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 alin. (10) din Anexa la H.G. nr. 395/2016/, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare.

Prin erori aritmetice în sensul acestor dispoziții se înțeleg inclusiv următoarele situații: **a) în cazul unei discrepante între prețul unitar și prețul total, va fi luat în considerare prețul unitar**, iar prețul total va fi corectat în mod corespunzător; **b)** dacă există o discrepanță între litere și cifre, trebuie va fi luată în considerare valoarea exprimată în litere, iar valoarea exprimată în cifre va fi corectată corespunzător.

În vederea comparării unitare a ofertelor, se solicită ca toate prețurile să fie exprimate în cifre cu cel mult două zecimale. Niciun fel de cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante.

Evaluarea ofertelor se va realiza prin compararea propunerilor financiare determinate prin înmulțirea prețului (care va sta la baza încheierii acordului cadru) cu cantitatea maxima aferenta acordului cadru si prin raportarea la valoarea maxima a intervalului potrivit căruia a fost exprimata valoarea estimata”.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Consiliul va reține că, regula generală, stabilită la art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, este „în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul (...) propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă” iar, de la această regulă, legiuitorul a stabilit o singură excepție, la alin. (10) al aceleiași norma juridice, respectiv: „Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), 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 respectarea 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, adăugarea/ modificarea prețurilor unitare și/sau omise.

În acest sens este și... **privind modul** de tratare a abaterilor tehnice minore, viciilor de formă și a erorilor aritmetice, care stipulează în mod expres faptul că: „în cadrul procesului de evaluare a ofertelor 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 (ex. în propunerea tehnică sunt descrise a fi instalate 2 buc hidranți de incendiu, iar în propunerea financiară este ofertată doar 1 bucată hidrant). Astfel, orice diferență între cantitățile solicitate de autoritatea/entitatea contractantă și cantitățile ofertate în propunerea tehnică sau financiară vor fi considerate erori aritmetice, iar autoritatea/entitatea contractantă trebuie să permită corectarea ofertei. 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.

Prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, dispun, în mod expres și imperativ, care sunt modificările propunerii financiare pe care autoritatea contractantă le poate accepta, modificări care, așa cum se poate observa, în speță, nu sunt aplicabile.

... din data 5 iunie... 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 160 alineatul (3) din regulamentul delegat, nu trebuie să îi permită să o modifice și să îi confere astfel un avantaj necuvenit.

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

Prin depunerea ofertei... și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci, implicit și cerința conform căreia, propunerea financiară trebuie elaborată în baza prețurilor unitare, iar, riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei, potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” în condițiile în care, autoritatea contractantă a menționat, în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de elaborare a propunerii financiare și sancțiunea în caz de nerespectare a acesteia.

Astfel, așa cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă, în etapa de analiză a fundamentării propunerilor financiare, trebuie să țină cont de toate elementele de cost pe care le implică furnizarea produselor în cauză, astfel încât, operatorii economici să nu vicieze rezultatul procedurii prin neinclusiunea unor costuri aferente unor articole sau modificarea unor prețuri unitare, care s-au solicitat, în mod expres, sau de a proceda la artificii financiare/matematice/rotunjiri de tarife unitare după bunul plac, având la bază simpla prezumție că urmare a declarării, ca și câștigătoare, a ofertei lor, vor găsi o modalitate să finalizeze contractul, indiferent prin ce mijloace; prin urmare, Consiliul apreciază că, în etapa de verificare a ofertelor depuse, autoritatea contractantă a dat dovadă de rigoare și a evaluat informațiile și documentele furnizate de ofertanți în mod corespunzător pentru a se asigura de realitatea și sustenabilitatea acestora.

În plus, din perspectiva tratamentului egal între competitori, prețurile unitare ale produselor furnizate sunt esențiale și pentru aceștia, întrucât, lipsa sau modificarea acestora pot conduce la distorsionarea liberei concurenței și alterarea rezultatului.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie..., CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a căruia ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie..... și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2...4/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (... și alții, citată anterior, punctul 40).

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

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

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

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

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (... și alții, citată anterior, punctul 41)".

Consiliul reiterează că prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, reproduse anterior, nu condiționează remedierea erorilor din propunerea financiară de cuantumul abaterii, ci, de natura acesteia.

Or, eroarea din propunerea financiară a contestatorului nu este eroare aritmetică, cum ar fi fost o eventuală eroare de adunare a prețurilor pe categorii de produse/lucrări din care a fost determinat prețul ofertei, ci, omisiunea ofertării prețurilor unitare solicitate expres prin documentația de atribuire, situație în care modificarea propunerii financiare pe calea răspunsului la o solicitare de clarificare conduce la respingerea ofertei, astfel cum dispun prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Este evident că, elaborarea ofertei prin modificarea prețurilor unitare, nu poate fi considerată o eroare aritmetică, ce ar putea fi corectată, chiar dacă, valoarea absolută a produselor respective, din punctul de vedere al ofertantului, nu este una majoră sau că poate fi acoperită din alte surse, o astfel de situație fiind de natură a crea un avantaj incorect ofertantului în cauză, în raport cu ceilalți ofertanți sau potențiali participanți la procedură, care au înțeles să respecte obligația legală de a formula oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 1... alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul... cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință,

criticile privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt neîntemeiate, urmând a fi respinse.

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

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de... în contradictoriu cu

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare	...	Consilier de soluționare
...	...	...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.