



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 4 021.8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../31.03.2015, formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ..., ..., județul ..., înregistrată la O.R.C. sub nr. ..., având Cod Unic de Înregistrare ..., împotriva adresei nr. din 26.03.2015, emisă de ..., cu sediul în comuna ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, offline fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reparații capitale și extindere pentru grupuri sanitare interioare la Școala M. Kogălniceanu”, cod CPV 45210000-2, tip de finanțare: „Alte fonduri”, s-a solicitat: anularea comunicării nr. din 26 martie 2015 transmisă de autoritatea contractantă; recunoașterea ofertei sale ca fiind conformă; obligarea autorității publice la reluarea procedurii de desemnare a ofertei câștigătoare, conform criteriului indicat în fișa de date.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată S.C. ... S.R.L. contestă adresa nr. ... din 26.03.2015, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte” offline fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reparații capitale și extindere pentru grupuri sanitare interioare la Școala M. Kogălniceanu”, cod CPV 45210000-2, tip de finanțare: „Alte fonduri” solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În preambulul contestației, contestatorul a prezentat un scurt istoric al procedurii.

În primul rând, contestatorul precizează că răspunsul său nr. din 12 martie 2015 nu putea fi calificat sub nicio formă drept o „modificare” a propunerii financiare în sensul sancționabil de necesitatea respectării principiului tratamentului egal, prevăzut de art.2 alin. (2) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006. Contestatorul consideră că răspunsul său se încadrează în prevederile art. 80 alin. 1 teza 1 din H.G. nr. 925/2006, considerând a fi o achiesare la corecția aritmetică înfățișată de autoritatea contractantă.

În acest sens, contestatorul precizează că, în situația unor elemente de calcul predefinite, *„o corijare a unor erori aritmetice, nu reprezintă o atitudine deliberată de schimbare a ofertei inițiale, operațiunea fiind doar una de punere în acord a calculului cu singurul adevăr aritmetic posibil”*.

Astfel, contestatorul menționează că prin adresa nr./2015 a procedat la îndreptarea erorii de calcul, în sensul că: în loc de 48.152,34 lei a menționat corect suma de 48.326,38 lei, sumă ce reprezenta rezultatul matematic corect dintre valoarea ofertei de execuție de 580.148,67x8,33%.

În al doi-lea rând, contestatorul precizează că în valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute era necesar a fi avut în vedere de către autoritatea contractantă la momentul estimării valorii contractate dar, această valoare nu poate avea o existență de sine stătătoare, ci trebuie evidențiată exclusiv drept un procent din

valoarea estimată a lucrării. În acest sens, contestatorul precizează art. 28 alineatul (7) din O.U.G. nr. 34/2006.

În al trei-lea rând, contestatorul arată că, *„nu reiese din documentația pusă la dispoziție de autoritate faptul că acest procent ar fi unul variabil sau maximal/minimal ci, acest procent este eminentement unul fix (...).”*

De asemenea, contestatorul precizează că nu a existat și nici nu putea să existe din partea subsrizei vreo „modificare” deliberată a acelei valori ci doar o regretabilă eroare de calcul.

S.C. ... S.R.L. menționează că, autoritatea contractantă i-a atras atenția, prin adresa nr. din 6 martie 2015 asupra faptului că suma indicată drept cheltuieli diverse și neprevăzute nu se corobora pe de o parte, cu valoarea ofertei sale pentru execuția lucrărilor și, pe de altă parte, cu procentul fix de 8,33 % indicat în fișa de date.

Față de cele de mai sus, contestatorul menționează că, prin răspunsul său nr. din 12 martie 2015 nu a făcut altceva decât să își însușească această eroare aritmetică (în loc de 48.152,34 lei trebuia menționat corect 48.326,38 lei = valoarea de 580.148,67 lei x 8,33 %), așa cum aceasta a fost evidențiată de autoritate și a acceptat corectarea sa.

În al patru-lea rând, S.C. ... S.R.L. precizează că, argumentele autorității contractante raportate la prevederile Notificării emise de ANRMAP în aplicarea prevederilor art. 28 alineat (7) și (29) alineat (2) indice 1) din O.U.G nr. 34/2006 nu putea fundamenta adresa autorității contractante care face obiectul prezentei contestații.

În acest sens, contestatorul arată că, această notificare este emisă de ANRMAP *„având în vedere că obiectul său de reglementare nu vizează ofertanții ci este menit doar să disciplineze, să ghideze autoritățile în elaborarea propriilor acte, normele sale nu pot fi imputate primilor”*.

În al cinci-lea rând, contestatorul apreciază că i-au fost aplicate abuziv și complet nefundamentat prevederile art. 79 alineatul (3) din H.G. nr. 925/2006, în cauză fiind aplicabile prevederile art. 80 alineatul (1) teza 1.

Contestatorul consideră că, autoritatea contractantă s-a limitat la o „lectură strictă” a prevederilor art. 80 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, concluzionând că *„dacă eroarea noastră aritmetică nu poate fi corectată în cele două variante expuse de art. 80 alineat (2) atunci ea nu poate fi corijată deloc și se impune respingerea ofertei”*.

În acest sens, contestatorul invocă prevederile art. 80 alin. (2) lit. a), art. 79 alin. (2) din H.G nr. 915/2006 și opinia ANRMAP conform căreia *„modificarea ofertei nu conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, dacă este efectuată în unul din următoarele cazuri: înainte de data deschiderii ofertelor, în timpul etapei de evaluare a ofertelor, dacă se constată existența unor erori aritmetice, iar ofertantul acceptă corecția acestora”*.

În ultimul punct al contestației, S.C. ... S.R.L. menționează că *„a interpreta că îndreptarea unei erori aritmetice evidente reprezintă o modificare a ofertei financiare care se sancționează cu excluderea acesteia ca neconformă ar însemna, în speță, încălcarea principiului proporționalității consacrat de art. 2 alin. (2) lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006”*.

De asemenea, susține că la solicitarea expresă a autorității contractante a modificat eroarea aritmetică, însușindu-și critica.

Contestatorul subliniază că *„înlăturarea ofertei noastre pentru o eroare de calcul de 174,04 lei a condus la acceptarea drept câștigătoare a unei oferte financiare cu aproximativ 100.000 lei mai mare decât suma totală ofertată de noi”*.

Față de cele menționate mai sus, contestatorul solicită anularea actului menționat mai sus.

În drept, S.C. ... S.R.L. își întemeiază contestația pe art. 255 și urm. din O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006 și depune în susținere înscrisuri.

Prin adresa nr./15.04.2015, înregistrată la Consiliu sub nr./17.04.2015, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă, prezintă un scurt istoric al procedurii.

Referitor la petițiile contestatorului, autoritatea contractantă citează cap. II.1.5 și cap. II.2.1 și precizează că a informat potențialii ofertanți referitor la faptul că este disponibilă o anumită sumă pentru cheltuieli diverse și neprevăzute, care anume este această sumă, respectiv procentul corespunzător așa cum acesta a fost stabilit de proiectant.

Ulterior, în cadrul Fișei de date a achiziției, la capitolul IV.4.2), a precizat în mod clar, cum se va prezenta oferta financiară, inclusiv cum se vor calcula cheltuielile diverse și neprevăzute ce vor fi ofertate de participanții la procedură.

Față de cele menționate mai sus, autoritatea contractantă arată că, se înțelege faptul că, valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute ofertată, va fi calculată, prin aplicarea procentului de

8,33% indicat de proiectant, valorii 1, adică valorii ofertate pentru execuția lucrărilor fără valoarea cheltuielilor cu organizarea de șantier (...).

Astfel, autoritatea contractantă menționează că, în cadrul ședinței de deschidere, contestatorul a prezentat formularul de ofertă financiară, din cadrul căruia a reieșit anumite valori.

În acest sens, autoritatea contractantă arată că „conform fișei de date a achiziției și formulei de calcul indicată valoarea diverselor și neprevăzutele pentru execuție reprezentând 8,33% din valoarea de execuție ofertată fără valoarea organizării de șantier (Valoarea 1 X 8,33%), trebuia să fie calculată astfel: $580.148,67 \times 8,33\% = 48.326,38$ lei fără TVA”. Ori, în cadrul formularului de ofertă era menționat pentru cheltuieli diverse și neprevăzute o altă valoare, respectiv 48.152,34 lei.

Autoritatea contractantă arată că, în cadrul ședinței de evaluare a ofertelor financiare, comisia de evaluare a constatat aspectul menționat mai sus, și a solicitat ofertantului să indice modul în care a ofertat cheltuielile diverse și neprevăzute, raportat la cerințele fișei de date a achiziției referitoare la modul în care s-a indicat modul de calcul al acestora. Astfel a formulat solicitarea de clarificări: nr. ... din 6.03.2015 în baza art. 78 din H.G. nr. 925/2006, primind răspuns prin adresa nr. din 12.03.2015.

Cu privire la acest aspect, autoritatea contractantă arată că, „comisia de evaluare a reținut faptul că acesta recunoaște că a ofertat eronat cheltuielile diverse și neprevăzute, și că își asumă diferența, mai ales faptul că își modifică oferta financiară, cu 174,04 lei, modificare, care conform celor susținute de el, nu este substanțială. Acest aspect a condus la încadrarea ofertei sale în categoria celor neconforme, raportat la prevederile H.G. nr. 925/2006 reactualizată art. 79 alin. (3)”.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că modificarea ofertei financiare, așa cum a sugerat ofertantul contestator, nu se încadrează în prevederile art. 80 alin. (2), respectiv: Art. 80 alin. (1).

... menționează că solicitarea de clarificare transmisă de ofertant, în cuprinsul căreia nu se precizează sub nicio formă modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute raportat la conținutul Fișei de date a achiziției, este catalogată de comisia de evaluare ca fiind neconcludentă, motiv pentru care s-a impus respingerea ofertei și raportat la prevederile H.G. nr. 925/2006, art.79 alin. (1) teza a2-a.

Astfel, comisia de evaluare a luat în considerare și faptul că răspunsul transmis nu putea fi considerat ca fiind concludent, motivat de faptul că acesta nu clarifica un mod de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute raportat la algoritmul de calcul indicat în cadrul Fișei de date a achiziției.

Față de cele menționate mai sus, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a constatat faptul că contestatorul nu a răspuns concludent solicitării de clarificări formulată de către comisia de evaluare, respectiv nu a justificat modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute raportat la modul de calcul al acestora indicat de autoritatea contractantă, iar eroarea respectivă nu putea fi încadrată în categoria erorilor aritmetice.

Ca și o concluzie, autoritatea contractantă precizează că în luarea deciziei de respingere a ofertei, comisia de evaluare a arătat faptul că întocmirea Fișei de date a achiziției a respectat prevederile legate de modul în care trebuia să aducă la cunoștință operatorilor economici procentul și valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute și modul în care s-a ajuns la acele valori.

În acest sens, autoritatea contractantă menționează că, așa cum prevede legislația în vigoare, subscrisa a menționat în documentația de atribuire care este procentul de diverse și neprevăzute indicat de proiectant (8,33 %), fără a preciza că acesta este un procent variabil sau maximal, dar și faptul că acesta este procentul care trebuie aplicat și oferat în cadrul ofertei financiare.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de S.C. ... S.R.L.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, este adresa nr. .../16.04.2015, înregistrată la Consiliu sub nr. .../17.04.2015, transmisă de autoritatea contractantă.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reparații capitale și extindere pentru grupuri sanitare interioare la Școala M. Kogălniceanu”, cod CPV 45210000-2, tip de finanțare: „Alte fonduri”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în S.E.A.P., invitația de participare nr. .../..., potrivit căreia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de

987.910,45 lei, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit dispozițiilor art. 269 din O.U.G. nr. 34/2006, *„procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare”*.

Odată cu depunerea contestației la Consiliu, contestatorul depune și dovada constituirii garanției de bună conduită, respectiv polița de asigurare de garanție nr. /30.03.2015 (asigurare de garanție de bună conduită), emisă de către Cert Asig la data de 30.03.2015, în cuantum de 9.879,10 lei.

Aplicând, în mod corespunzător, norma juridică anterior invocată, prin adresa nr. /... - ... /01.04.2015, Consiliul a solicitat și autorității contractante să comunice *„dacă societatea contestatoare și-a îndeplinit obligația legală instituită de prevederile art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006”*.

... s-a conformat solicitării Consiliului și a comunicat cu adresa nr. /03.04.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. /03.04.2015, faptul că societatea contestatoare a transmis contestația în data de 30.03.2015, iar în data de 31.03.2015 a transmis, prin e-mail, garanția de bună conduită, dată ulterioară depunerii contestației.

Drept urmare, solicită respingerea contestației, deoarece garanția de bună conduită nu a fost depusă în original, ci în copie, odată cu depunerea contestației, respectiv în data de 30.03.2015.

Față de cele de mai sus, Consiliul, apreciind că se află într-o situație de natura unei excepții procesuale, reține că, la art. 271¹ din cadrul O.U.G. nr. 34/2006, astfel cum a fost aceasta modificată prin O.U.G. nr. 51/2014, se prevăd următoarele:

„(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau

la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

(4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel:

a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) [lit. a\)](#) și [b\)](#);

b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) [lit. c\)](#), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) [lit. a\)](#) și [b\)](#), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției;

d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) [lit. c\)](#), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă. [...]"

Consiliul apreciază că nu este în măsură să dea curs solicitării autorității contractante, deoarece:

- O.U.G. nr. 51/2014 nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;

- actul normativ anterior invocat nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea acesteia;

- O.U.G. nr. 34/2006, astfel cum a fost amendată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014, interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația ["art. 270 alin. (2) - în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația"];]

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

- corelativ, Consiliul va lua în considerare faptul că, potrivit art. 200 alin. (2) din Codul de procedură civilă, se interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 (zece) zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- de asemenea, la art. 33 alin. (2) din O.U.G. nr. 80/2013, privind taxele judiciare de timbru, se stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: *"Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se pune în vedere, în condițiile art. 200 alin. (2) teza I din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței"*, prin urmare, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă *ipso facto*, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen, doar dacă acesta din urmă nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea;

- subsecvent, Consiliul reține că la art. 6 alin. (1) din Codul de procedură civilă se prevede că orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege; în acest scop, *"instanța este datoră să dispună toate măsurile permise de lege"* și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că solicitarea de constituire și prezentare a garanției de bună conduită, în termen de 3 (trei) zile lucrătoare, întrucât nu este interzisă de ordonanță, se subînțelege că este permisă.

Totodată, Consiliul consideră că se impune reiterarea dispozițiilor art. 21 din Constituția României care dispune:

"(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime.

(2) Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

(3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.

(4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite."

Din interpretarea extensivă, cu sprijinul analogiei, a normei de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație

nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege. Argumentul de analogie (*ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*) prescrie că acolo unde există aceleași rațiuni trebuie aplicată aceeași lege, aceeași soluție (se procedează la completarea lacunelor prin găsirea unor texte care să se poată aplica și în cazuri neprevăzute de lege). Analogia în interpretarea unei norme juridice se bazează pe raționamentul potrivit căruia, dacă legiuitorul a edictat o normă pentru anumite situații de fapt, aplicarea acesteia poate fi extinsă și la alte situații care, cu toate că nu au fost prevăzute în ipoteza normei, sunt asemănătoare cu cele prevăzute, justificând astfel extinderea domeniului de aplicare. Relevante pentru cazul de față sunt, după cum s-a arătat, situațiile în care instanța are obligația de a acorda termen reclamantului pentru regularizarea cererii de chemare în judecată sau pentru plata taxelor legale de timbru.

Din interpretarea extensivă, cu sprijinul analogiei, a normei de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege. Argumentul de analogie (*ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*) prescrie că acolo unde există aceleași rațiuni trebuie aplicată aceeași lege, aceeași soluție (se procedează la completarea lacunelor prin găsirea unor texte care să se poată aplica și în cazuri neprevăzute de lege). Analogia în interpretarea unei norme juridice se bazează pe raționamentul potrivit căruia, dacă legiuitorul a edictat o normă pentru anumite situații de fapt, aplicarea acesteia poate fi extinsă și la alte situații care, cu toate că nu au fost prevăzute în ipoteza normei, sunt asemănătoare cu cele prevăzute, justificând astfel extinderea domeniului de aplicare. Relevante pentru cazul de față sunt, după cum s-a arătat, situațiile în care instanța are obligația de a acorda termen reclamantului pentru regularizarea cererii de chemare în judecată sau pentru plata taxelor legale de timbru.

Garanția de bună conduită reprezintă, prin natura sa, o specie de cauțiune, iar regulile care guvernează cauțiunea judiciară (cartea

a VI-a, titlul XIV C. proc. civ.) îi permit instanței să acorde un termen pentru constituirea cauțiunii.

Considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005 pot fi transpuse, cu adaptările de rigoare, la speța de față:

„Având în vedere întregul sistem normativ al Constituției, Curtea constată totodată că libertatea legiuitorului de a stabili condițiile de exercitare a căilor de atac și procedura de judecată nu este absolută, limitele libertății de reglementare fiind determinate și în aceste cazuri de obligativitatea respectării normelor și principiilor privind drepturile și libertățile fundamentale și a celorlalte principii consacrate prin Legea fundamentală și prin actele juridice internaționale la care România este parte.

Astfel, potrivit [art. 21](#) alin. (1) din Constituție, orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime, iar, potrivit alin. (2) al acelu... articol, nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

În reglementarea exercitării acestui drept legiuitorul are posibilitatea să impună anumite condiții de formă, ținând de natura și de exigențele administrării justiției, **fără însă ca aceste condiționări să aducă atingere substanței dreptului sau să îl lipsească de efectivitate.**

În sensul considerentelor expuse mai sus, Curtea Constituțională are în vedere și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care a statuat că scopul Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale este "să apere nu drepturi teoretice sau iluzorii, ci concrete și efective" (Cazul Airey contra Irlandei, 1979, și Cazul Artico contra Italiei, 1980).

Într-o cauză similară celei deduse controlului de constituționalitate, Curtea de la Strasbourg a statuat prin Hotărârea din 9 noiembrie 2004, pronunțată în cazul Saez Maeso contra Spaniei, că a existat o violare a art. 6 paragraful 1 din convenție, atunci când normele referitoare la formele ce trebuie respectate pentru introducerea unui recurs și aplicarea lor îi împiedică pe justițiabili să se prevaleze de căile de atac disponibile. În considerentele hotărârii Curtea a precizat că, deși accesul la o instanță de judecată nu este un drept absolut, ci este susceptibil de limitări, în special în ceea ce privește condițiile de admisibilitate a unei căi de atac, totuși, **aceste limitări nu trebuie să restrângă accesul deschis unui justițiabil de o asemenea manieră sau până la un asemenea punct încât dreptul să fie atins în însăși substanța lui.**

În lumina acestor considerente Curtea Constituțională constată că dispozițiile [art. 302](#) ind. 1 alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă, prin care se sancționează cu nulitate absolută omisiunea de se preciza în cuprinsul cererii de recurs "numele, domiciliul sau reședința părților ori, pentru persoanele juridice, denumirea și sediul lor, precum și, după caz,

numărul de înmatriculare în registrul comerțului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice, codul unic de înregistrare sau, după caz, codul fiscal și contul bancar", precum și - dacă recurentul locuiește în străinătate - "domiciliul ales în România, unde urmează să i se facă toate comunicările privind procesul", **apar ca un formalism inacceptabil de rigid, de natură să afecteze grav efectivitatea exercitării căii de atac și să restrângă nejustificat accesul liber la justiție.**

[...] instituirea sancțiunii nulității pentru neîndeplinirea acestor cerințe de formă în însuși cuprinsul cererii de recurs, fără nici o posibilitate de remediere a omisiunii, îl lipsește pe recurent, fără o justificare rezonabilă, de posibilitatea de a se examina, pe calea recursului, susținerile sale întemeiate privind modul eronat, eventual abuziv, prin care s-a soluționat, prin hotărârea atacată, litigiul în care este parte.

Având în vedere aceste efecte ale aplicării prevederilor [art. 302](#) ind. 1 alin. 1 lit. a) din Codul de procedură civilă, Curtea constată că, prin sancțiunea nulității pe care o instituie, textul de lege atacat încalcă atât dispozițiile art. 21, cât și pe cele ale [art. 129](#) și ale [art. 24](#) alin. (1) din Constituție."

Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, cu efecte de ordin constituțional, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să acorde contestatorului un termen pentru constituirea și prezentarea garanției de bună conduită de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei.

Prin urmare, Consiliul apreciază că, în condițiile în care, astfel cum rezultă din motivarea anterioară, S.C. ... S.R.L. a constituit garanția de bună conduită, contestația sa nu poate fi respinsă pe considerentul neconstituirii garanției, excepția ridicată de autoritatea contractantă fiind nefondată, așadar, scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatorului, astfel cum impune [art. 271¹](#) alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, este atins.

Totodată, originalul garanției de bună conduită a fost transmis autorității contractante la data de 03.04.2015, acesta fiindu-i necesar numai pentru restituire la finalul cauzei.

Potrivit procesului-verbal nr. /27.01.2015 al ședinței de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus ofertă un număr de 8 operatori economici. În urma analizării și evaluării ofertelor depuse, oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost respinsă ca neconformă, iar în urma aplicării criteriului de atribuire oferta depusă de către S.C. S.A. a fost declarată câștigătoare a

procedurii de atribuire, toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. /25.03.2015.

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, S.C. ... S.R.L. a depus la Consiliu contestația de față.

Analizând criticile formulate de către societatea contestatoare în discuție, Consiliul constată că acestea se referă la modul în care autoritatea contractantă a analizat și apreciat oferta depusă de aceasta.

În calitate de participant la procedură, contestatorul a primit adresa nr. /26.03.2015 de comunicare a rezultatului procedurii în care autoritatea contractantă a menționat că oferta acestuia a fost declarată neconformă deoarece prin răspunsul prezentat a modificat conținutul propunerii financiare.

Având a verifica temeinicia deciziei autorității contractante de respingere a ofertei S.C. ... S.R.L., Consiliul constată următoarele:

În fișa de date (II.1.5. Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, II.2.1. Cantitatea totală sau domeniul) autoritatea contractantă a precizat că:

"Se vor executa lucrări de reparații capitale și extindere pentru grupuri sanitare interioare la Scoala M. Kogalniceanu.

Valoarea estimată totală este de 987.910,45 lei fără TVA din care:

- execuție lucrări: 891.578 fara TVA

- organizare de șantier – 22.064 lei fara TVA

- cheltuieli diverse și neprevăzute- 74.268,45 lei fara TVA reprezentând procentul de 8,33 % indicat de proiectant.

Valoarea cheltuielilor diverse și neprevazute a fost calculată prin aplicarea procentului 8,33 % indicat de proiectant, conform HG 28/2008 la valoarea de execuție fără organizare de șantier. (8,33 % X (valoare execuție - valoare organizare de șantier).

Suma disponibilă pentru cheltuieli diverse și neprevăzute disponibilă conform bugetului indicativ al proiectului pentru capitolul de diverse și neprevăzute este de 74.268,45 lei fara TVA, sumă ce va fi decontată pe parcursul derulării contractului, dacă aceste cheltuieli apar și nu sunt aferente unor modificări substanțiale ale acestuia.

Valoarea de diverse și neprevăzute a fost calculată conform HG 28/2008, respectiv prin aplicarea procentului de 8,33% indicat de proiectant valorii rezultate prin însumarea cheltuielilor de la capitolele 1, 2 și 4, respectiv cheltuieli C+M (execuție fără organizare de șantier). În cazul de față s-a aplicat procentul de diverse de 8,33 % doar capitolelor 1, 2, și 4 motivat de faptul că doar acestea au reprezentate valori în cadrul bugetului."

Tot în cadrul fișei de date a achiziției, la capitolul IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, s-a precizat în mod expres, cum se va prezenta oferta financiară, inclusiv cum se vor calcula cheltuielile diverse și neprevăzute ce vor fi oferite de participanții la procedură, respectiv:

"Propunerea financiara va fi intocmita astfel incat sa fie evidentiata valoarea totala pentru care ofertantul se angajeaza sa realizeze obiectul prezentei proceduri, dar si individual pe executie lucrari si valoarea de diverse si neprevazute-formularul nr 17. In cadrul ofertei financiare ofertantul va cuprinde in mod obligatoriu, valoarea ofertata pentru lucrarile supuse licitatiei si descrise in caietul de sarcini, valoarea cheltuielilor diverse si neprevazute calculata prin aplicarea procentului de 8,33% indicat de proiectant la valoarea de executie fara organizare de santier. Astfel valoarea totala a ofertei va fi urmatoarea:

Valoare totala = Valoarea 1+ Valoarea 2+ Valoarea 3

1.Valoarea 1: valoarea ofertata pentru executia lucrarilor fara valoarea cheltuielilor cu organizarea de santier (Valoare de executie ofertata – organizarea de santier ofertata)

2. Valoarea 2: Valoarea organizarii de santier ofertata

3. Valoarea 3: Valoarea diverselor si neprevazutelor pentru executie reprezentand 8,33% din valoarea de executie ofertata fara valoarea organizarii de santier (Valoarea 1 X 8,33%)."

Din cele de mai sus, rezultă faptul că valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute ofertată va fi calculată, prin aplicarea unui procent fix de 8,33%, indicat de proiectant, nu un procent variabil sau maximal.

Examinând Formularul nr. 17 - Formularul de ofertă depus de S.C. ... S.R.L., Consiliul reține că acesta a ofertat astfel:

Valoarea totală: 637.656,51 lei, fără TVA

1. Valoarea execuție fără organizare de șantier: 580.148,67 lei fără TVA

2. Organizare de șantier: 9.355,50 lei fără TVA

3. Diverse și neprevăzute: 48.152,34 lei fără TVA.

Conform fișei de date a achiziției și formulei de calcul, indicată mai sus, valoarea diverselor și neprevăzutelor trebuia să fie calculată astfel: 580.148,67 x 8,33 % = 48.326,38 lei fără TVA. Ori, în cadrul formularului de ofertă este menționată, pentru cheltuieli diverse și neprevăzute, o altă valoare, respectiv 48.152,34 lei, ce îi corespunde un procent de 8,3%, rezultând o diminuare a cheltuielilor diverse și neprevăzute și a valorii totale de 174,04 lei.

Prin urmare, procentul propus de S.C. ... S.R.L. (8,3%) este sub cel precizat în cadrul documentației de atribuire (8,33%).

Ofertanții au obligația, potrivit art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Astfel, prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire.

Oferta reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel elementele consemnate în documentele depuse nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, fără probe concludente, pe simple aprecieri, ci reprezintă elemente esențiale ale propunerii financiare, a căror realitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare în baza art. 72 alin. (2) lit. g) din H.G. nr. 925/2006 și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

Potrivit art. 34 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: *„(2) comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică”.*

În cadrul ședinței de evaluare a ofertelor financiare, comisia de evaluare a constatat acest aspect și a solicitat ofertantului să indice modul în care a ofertat cheltuielile diverse și neprevăzute, raportat la cerințele fișei de date a achiziției referitoare la modul în care s-a indicat modul de calcul al acestora. Astfel, s-a formulat solicitarea de clarificări nr. din 06.03.2015, respectiv:

„Comisia de evaluare a verificat și modul în care ați calculat cheltuielile diverse și neprevăzute. Astfel, prin Fișa de date a achiziției se menționa următorul mod de calcul:

Valoare totală = Valoarea 1 + Valoarea 2 + Valoarea 3

1. Valoarea 1: valoarea ofertată pentru execuția lucrărilor fără valoarea cheltuielilor cu organizarea de șantier (Valoare de execuție ofertată - organizarea de șantier ofertată)

2. Valoarea 2: Valoarea organizării de șantier ofertată

3. Valoarea 3: Valoarea diverselor și neprevăzute pentru execuție reprezentând 8,33% din valoarea de execuție ofertată fără valoarea organizării de șantier (Valoarea 1 X 8,33%)

Vă rugăm să justificați modul în care ați calculat și ofertat cheltuielile diverse și neprevăzute, motivat de faptul că din analiza ofertei financiare prezentate de dumneavoastră au rezultat următoarele:

1. Valoarea execuție fara organizare de șantier: 580.148,67 lei fara TVA

2. Organizare de șantier 9.355,50 lei fara TVA

3. Diverse si neprevăzute 48.152,34 lei fara TVA, ori conform fisei de date a achiziției: Valoarea diverselor si neprevăzute pentru execuție reprezentând 8,33% din valoarea de execuție ofertata fara valoarea organizarii de șantier (Valoarea 1 X 8,33%), in cazul de fata $580.148,67 \times 8,33\% = 48.326,38$ lei fara TVA si nu 48.152,34 lei, asa cum s-a ofertat."

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 202/12.03.2015, în cadrul căreia a precizat:

"Dintr-o eroare de calcul, s-a trecut suma pentru cheltuieli neprevăzute in valoare de 48.152,34 lei in loc de 48.326,38 lei care reprezintă 8,33%. Întrucât suma disponibila pentru cheltuieli diverse si neprevăzute disponibila conform bugetului indicativ al proiectului pentru capitolul de diverse si neprevăzute va fi decontata pe parcursul derulării contractului, daca aceste cheltuieli apar si nu sunt aferente unor modificări substanțiale ale acestuia, acestea nu modifica valoarea ofertei de C+M si suma care iese din eroarea de calcul de 174,04 lei **nu modifica substantial oferta**.
Ne cerem scuze pentru aceasta greșeala"

Față de cele susținute de contestator, comisia de evaluare a reținut faptul că acesta recunoaște că a ofertat eronat cheltuielile diverse și neprevăzute, și că își asumă diferența, mai ales faptul că își modifică oferta financiară cu 174,04 lei, modificare, care conform celor susținute de acesta, nu este substanțială. Acest aspect a condus la încadrarea ofertei sale în categoria celor neconforme, raportat la prevederile art. 79 alin. (3) din H.G. 925/2006: *în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2).*

Ori modificarea ofertei financiare, așa cum o sugerează ofertantul, nu se încadrează în prevederile art. 80 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, respectiv:

Art. 80. - (1) Comisia de evaluare are dreptul de a corecta erorile aritmetice sau viciile de formă numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care ofertantul nu acceptă corecția acestor erori/vicii, oferta sa va fi considerată neconformă.

(2) Erorile aritmetice se corectează după cum urmează:

- dacă există o discrepanță între prețul unitar și prețul total, trebuie luat în considerare prețul unitar, iar prețul total va fi corectat corespunzător;

- *dacă există o discrepanță între litere și cifre, trebuie luată în considerare valoarea exprimată în litere, iar valoarea exprimată în cifre va fi corectată corespunzător.*

Clarificarea transmisă de contestator, în cuprinsul căreia nu se precizează sub nicio formă modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, raportat la conținutul fișei de date a achiziției, este catalogată de comisia de evaluare ca fiind neconcludentă, motiv pentru care s-a impus respingerea ofertei și raportat la prevederile art. 79 alin. (1) din HG 925/2006.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a ofertelor financiare prezentate din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din documentația de atribuire (fișa de date), așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. g) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului, privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, este nefondată, urmând să fie respinsă.

După cum se poate observa, contestatorul transmite autorității contractante o valoare totală diferită (majorată) de cea ofertată inițial, fapt pentru care autoritatea contractantă, în mod corect, a descalificat oferta acestuia.

Prin răspunsul său contestatorul a modificat conținutul ofertei financiare. Ofertantul contestator și-a modificat propunerea financiară, încălcând prevederile art. 79 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, care precizează că în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, față de aceste aspecte, măsura autorității contractante de respingere a ofertei contestatorului fiind corectă.

Așa cum rezultă din textele legale evocate, legiuitorul a prevăzut în mod expres situațiile în care este permisă modificarea propunerii financiare, iar dispozițiile art. 80 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 sunt aplicabile în cazul corectării erorilor aritmetice, permise în cazul propunerii atât financiare, cât și propunerii tehnice.

Dispozițiile art. 80 alin. (2) mai sus menționate, nu sunt aplicabile în acest caz, deoarece în cazul în care în cadrul acestui document (formularul de ofertă) s-au constatat erori sau omisiuni, corectarea/completarea acestora trebuia să fie susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror

corectare/completare să aibă rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. Ori, așa cum a fost mai sus reținut în speță nu este vorba de o corectare/completare a unor erori sau omisiuni din cadrul unui document, ci de modificarea lui.

Art. 79 din H.G. nr. 925/2006 dispune 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, ținând cont de existența în oferta inițială a unei valori totale mai mici, iar modificarea acestui document (formularul de ofertă) nu este inclusă în cadrul acestor excepții, care sunt de strictă interpretare – *„exceptio est strictissimae interpretationis”*, iar unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

În speța de față, modificarea ofertei financiare nu poate fi interpretată ca o completare formală sau de confirmare, în sensul prevederilor art. 78 din H.G. nr. 925/2006.

Prin acceptarea unui ofertant care modifică formularul de ofertă, autoritatea contractantă ar favoriza ofertantul respectiv și ar aduce atingere principiului legal al tratamentului egal, principiu expres reglementat la art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

În considerarea celor antemenționate, critica S.C. ... S.R.L. vizând anularea deciziei de respingere a ofertei acestuia, este neîntemeiată, Consiliul urmând să o respingă.

În cazul în care cerințele prevăzute în documentația de atribuire nu erau justificate sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii sau neclare, S.C. ... S.R.L. putea solicita autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006 sau putea contesta respectivele cerințe în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 256² din același act normativ. Astfel, prin depunerea ofertei, S.C. ... S.R.L. și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în virtutea principiului asumării răspunderii, a respins oferta S.C. ... S.R.L., această decizie a comisiei de evaluare neputând fi înlăturată, fiind respectate prevederile documentației de atribuire.

Raportând activitatea comisiei de evaluare, evocată anterior, la dispozițiile legale amintite, Consiliul reține că aceasta s-a desfășurat

cu respectarea prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

În aceste condiții, critica autoarei contestației este neîntemeiată.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în (.....) exemplare originale, conține