

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35524/07.06.2024, înaintată de ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., iar convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea atelor de procedură în ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 49/AS/604/31.5.2024, precum și a raportului procedurii nr. 49/AS/599/31.05.2024, documente emise de ... SA, cu sediul în București, B-dul Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, prin Sucursala ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Întabulare în cărțile funciare locale a terenurilor în suprafață de circa 1.747.231 mp pe linia CF 408 ..., în proprietatea Statului Român, administrarea Ministerului Transporturilor și Infrastructurii și concesiunea SA*”, cod CPV 71354300-7 Servicii de cadastru (Rev. 2), s-a solicitat:

- *anularea integrală a deciziilor luate de autoritatea contractantă privind declararea drept inacceptabilă și neconformă a ofertei sale financiare, respectiv privind stabilirea rezultatului procedurii, precum și a tuturor și oricăror acte anterioare, concomitente și/sau subsecvente ori conexe care le fundamentează sau se fundamentează pe acestea;*

- *obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare pentru restabilirea legalității procedurii, în sensul constatării caracterului acceptabil și conform al ofertei ... SRL, refacerea clasamentului procedurii și finalizarea procedurii în consecință;*

- *obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.*

Prin cererea de intervenție nr. 110/17.06.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38003/17.06.2024, formulată de ... SRL, cu sediul ..., înmatriculată Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – administrator, iar convențional prin avocat ..., s-a solicitat: *admiterea,*

în principiu, a cererii de intervenție; respingerea contestației, ca neîntemeiată; constatarea caracterului legal și temeinic al raportului procedurii și al actelor subsecvente acestuia, cu consecința menținerii lor; obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă și neconformă, învederând următoarele:

În fapt, propunerea sa tehnică a fost declarată conformă, iar în ceea ce privește propunerea financiară, comisia de evaluare a solicitat o serie de clarificări, după cum urmează:

- clarificări cu privire la prețul ofertat și fundamentarea economică a acestuia, în temeiul art. 222 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, la care a răspuns prin adresa nr. 260/30.04.2024;

- raportat la răspunsul său, autoritatea contractantă a revenit cu solicitarea de clarificări nr. 49/AS/C/134/09.05.2024, prin care la pct. 2 a solicitat: *„Justificați valoarea de 15.375,63 lei (profit) având în vedere că, cota de profit de 8% menționată de dvs. se aplică la total cheltuieli în valoare de 176.819,79 lei”*. La această solicitare, ... SRL a răspuns prin adresa nr. 278/10.05.2024, prin care a arătat că: *„Valoarea de 15.375.63 [lei] reprezintă diferența dintre prețul ofertat de 192.194,41 [lei] și cheltuielile în valoare de 176.819,78 [lei]. Această valoare reprezintă 8% din totalul prețului ofertat, cheltuielile reprezentând 92%.”*

- autoritatea contractantă a revenit cu solicitarea de clarificări nr. 49/AS/C/144/15.05.2024, cu privire la tema profitului, solicitând explicații suplimentare. La această solicitare a răspuns cu adresa din 16.05.2024 arătând că *„(...) cota de profit aferentă valorii de 15375,63 lei este calculată procentual din Venitul total de 192195,41 Lei => $15375,63 / 192195,41 * 100 = 8\%$ (cota de profit).*

... SRL arată că, în ciuda explicațiilor detaliate, comisia de evaluare a respins oferta, ca fiind inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că respectiva cotă de profit se calculează prin raportare la cheltuieli, nu prin raportare la venituri, respectiv că *„(...) informațiile și/sau documentele solicitate (...) nu justifică în mod corespunzător nivelul*

scăzut al prețului sau al costurilor propuse (...)", cu acest argument dispunând respingerea ofertei.

Pentru motivele expuse în continuare, contestatoarea apreciază decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca fiind nelegală și netemeinică.

În opinia sa, autoritatea contractantă a dispus respingerea ofertei pentru că:

- nu a reușit să se lămurească cum a calculat ofertantul cota de profit;

- din perspectiva sa, a considerat cota de profit ca un element de cheltuieli al prețului ofertat.

Mai exact, prin raportul procedurii se reține că:

„1. Cota de profit de 8% nu este aplicată la valoarea totală a cheltuielilor 176.819,78 lei; dacă cota de profit de 8% era aplicată corect la valoarea totală rezulta un profit în valoare de 14.145,58 lei (și nu de 15.375,63 lei), iar valoarea totală a ofertei de preț era de 190.965,36 lei (și nu de 192.195,41 lei);

2. În accepțiunea ofertantului, cota de profit aferentă valorii de 15.375,63 lei este calculată procentual din venitul total (preț ofertat) de 192.195,41 lei => $15.375,63 \text{ lei} / 192.195,41 * 100 = 8\%$ (cota de profit), de unde reiese că valoarea profitului rezultă în urma diferenței dintre preț ofertat (192.195,41 lei) și total cheltuieli (176.819,78 lei)."

Un prim aspect ce se impune subliniat este că deși autoritatea contractantă a solicitat clarificări pentru justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, cu privire la care ... SRL a răspuns detaliat și a prezentat documente doveditoare și explicații cu privire la toate elementele de cost ce constituie prețul, aceasta a dispus respingerea ofertei strict prin raportare la elementul de preț profit, implicit toate celelalte explicații, detalieri și dovezi a prețului aparent neobișnuit de scăzut fiind considerate acceptabile și conforme.

Un al doilea aspect ce se impune a fi subliniat este acela că documentația de atribuire nu a prevăzut nicio cerință ori condiție specială privitoare la calcularea cotei de profit, în speță fiind aplicabilă regula generală că profitul reprezintă diferența dintre venituri și cheltuieli, în contextul contractului acest lucru reprezentând diferența dintre prețul ofertat (venituri) și cheltuielile de execuție avute în vedere de ofertant.

În ceea ce privește motivul efectiv reținut de autoritatea contractantă pentru excluderea ofertei, contestatoarea apreciază că este neîntemeiat. Din motivarea deciziei de excludere rezultă cu evidență că autoritatea contractantă s-a situat într-o eroare cu privire la noțiunea de profit, neînțelegând că profitul reprezintă diferența dintre venituri și cheltuieli, respectiv că profitul este ceea ce rămâne ofertantului după cheltuieli, nefiind el însuși o cheltuială a ofertantului.

Deși subscrisa a arătat acest lucru prin ultimele 2 răspunsuri succesive la clarificări, pentru că autoritatea contractantă nu a înțeles conceptual noțiunea de „profit”, răspunsurile la clarificări au fost considerate fără motiv drept neconcludente, oferta fiind astfel respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Totodată, considerând neconcludente răspunsurile (că profitul este diferența dintre venituri/preț ofertat și cheltuieli), autoritatea contractantă le-a ignorat și a declarat oferta drept neconformă, raportat la prevederile art. 142 alin. (3) din HG nr. 394/2016.

Contestatoarea consideră că ambele soluții sunt greșite, întrucât:

- Contrar poziției autorității contractante, profitul nu este un element de cheltuieli component al prețului ofertat. Conform definiției general acceptate, profitul este diferența rezultată din veniturile unei activități, după scăderea cheltuielilor.

- Răspunsurile la clarificări sunt concludente în acest sens, întrucât:

- prin răspunsul din data de 10.05.2024, a arătat tabelar categoriile principale de cheltuieli aferente serviciilor oferate, ponderea lor individuală în prețul ofertat și ponderea lor totală din prețul ofertat (92%), arătând totodată, separat de cheltuieli, că diferența de 8% rămasă după scăderea din venituri (prețul ofertat) a cheltuielilor, reprezintă profit;

- prin răspunsul din data de 16.05.2024, ... SRL a reiterat faptul că potrivit definiției „Profitul este partea financiară care rămâne din venitul total, adică partea financiară ce revine întreprinzătorului/comerciantului, după ce s-au scăzut toate cheltuielile aferente venitului respectiv, chirii, salarii, taxe și impozite, materii prime, etc”, respectiv că venitul total este format din cheltuieli + profit, în cazul său profitul rezultat după scăderea tuturor cheltuielilor din valoarea prețului ofertat, fiind de 8%, adică 15.375,63 lei.

Contestatoarea presupune că autoritatea contractantă a urmărit să obțină informații privind raportul nominal dintre profit și cheltuieli, care este însă un element de calcul diferit de profit, care nu s-a cerut nici prin documentația de atribuire și nici prin vreuna din solicitările de clarificări primite în procedură, și care nu prezintă nicio relevanță în contextul procedurii.

Profitul, ca diferență dintre venituri și cheltuieli este însă relevant, fiind tocmai elementul ce dă contractului sectorial caracterul oneros, prevăzut de art. 3 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 99/2016, fapt pentru care, conform legii, el trebuie să existe ca o valoare pozitivă, fiind însă indiferent, din perspectiva legii, care este valoarea sa efectivă.

Autoritatea contractantă a depus documentele necesare în soluționarea contestației, însoțite de punctul de vedere nr. 49/AS/643/12.06.2024, înregistrat la Consiliu cu nr. 37052/13.06.2024,

prin care solicită respingerea contestației ca nefondată pentru următoarele motive:

În primul rând, apreciază că se impune invocarea excepției nedepunerii cauțiunii, conform dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 actualizată, în condițiile în care se constată nedepunerea de către contestatoare a cauțiunii în cuantumul și în termenul legal pentru soluționarea contestației.

Totodată, aceasta precizează că își rezervă dreptul de a solicita reținerea cauțiunii depusă de ... SRL, după soluționarea contestației formulată în cauză.

Cu privire la criticile formulate de contestatoare, entitatea contractantă arată că, în etapa de evaluare financiară, în urma decriptării ofertelor financiare, a rezultat că valoarea ofertei criptată de contestatoare este de 192.195,41 lei, valoare menționată și în formularul de oferta - Formular 8, elaborat la data de 09.04.2024.

Deși această valoare s-a încadrat în limita fondurilor care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, a reprezentat 55% din valoarea estimată a contractului ce urma a fi încheiat.

În consecință, cu respectarea și aplicarea prevederilor art. 222 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 actualizată, coroborat cu art. 142 alin. (4) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare a transmis contestatoarei în data de 30.04.2024, următoarea solicitare de clarificări:

„Având în vedere că valoarea financiară a ofertei dvs. (192.195,41 lei) reprezintă 55 % din valoarea estimată a achiziției (349.446,20 lei), vă solicităm clarificări cu privire la prețul propus de dvs. și fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertei, prin raportare la serviciile prestate, în temeiul art. 222 alin. (1) și (2) din Lg nr. 99/2016 coroborat cu art.142 alin. (1), (2) și (4) din HG 394/2016 si în conformitate cu cerința din fisa de date cap. IV.4.2”.

În răspunsul nr. 260/30.04.2024, transmis în data de 30.04.2024, ofertantul a prezentat următorul tabel în care a detaliat prețul ofertat pe elemente de cost, astfel:

Detalierea prețului ofertat pe elemente de cost

Nr. crt	Nominalizare costuri (se vor nominaliza toate costurile, cheltuielile necesare îndeplinirii contractului care justifică prețul ofertat)	Valoare costuri, cheltuieli	Ponderea ce o reprezintă din prețul ofertat %
	Cheltuieli salarizare	98019,66	51,00
	Cheltuieli diurnă	15375,63	8,00
	Cheltuieli cazare	23063,45	12,00
	Cheltuieli indirecte	30751,27	16,00
	Cheltuieli neprevăzute	9609,77	5,00
	Total	176819,78	92,00
	Total - prețul ofertat în formularul de ofertă (în lei):	192195,41	
	Profit	15375,63	
	Cota de profit (%)	8,00	

Astfel, contestatoarea a evidențiat doar următoarele categorii de costuri/cheltuielile: cheltuieli salarizare, cheltuieli diurnă, cheltuieli cazare, cheltuieli indirecte, cheltuieli neprevăzute, total costuri, cheltuieli, total-prețul ofertat în formularul de ofertă (în lei), profit (în lei) și cota de profit (%), nu și costurile aferente pe fiecare dintre activitățile solicitate prin caietul de sarcini și asumate de către contestatoare prin graficul de timp pentru îndeplinirea sarcinilor, depus în cadrul propunerii tehnice.

Având în vedere răspunsul parțial al ofertantului și raportat la cerințele solicitate de entitatea contractantă, comisia de evaluare a considerat că se impune revenirea cu o nouă solicitare de clarificări, prin adresa nr. 49/AS/C/134 /09.05.2024:

1. *Precizați modul de calcul avut în vedere, în urma căruia s-a obținut valoarea de 192.195,41 lei*

2. *Justificați valoare de 15.375,63 lei (profit) având în vedere că, cota de profit de 8% menționată de dvs. se aplică la total cheltuieli în valoare de 176.819,78 lei*

3. *Prezentați un deviz complet în care să Precizați costurile pe fiecare etapă aferentă activităților ținând cont de graficul de timp pentru îndeplinirea sarcinilor prezentat de dvs.*

4. *Defalcați costurile fiecărei etape pe zile și număr de persoane precum și cheltuielile necesare executării contractului (salarizare, diurnă, cazare, cheltuieli indirecte, cheltuieli neprevăzute)*

În răspunsul nr. 278/10.05.2024, transmis în data de 10.05.2024, contestatoarea afirmă că valoarea de 192.195,41 lei este compusă din total chetuieli 176.819,78 lei și profit de 15.375,63 lei.

Totodată, contestatoarea afirmă că „valoarea de 15.375,63 lei reprezintă diferența dintre prețul ofertat 192.195,41 lei și cheltuieli în valoare de 176.819,78 lei. Această valoare reprezintă 8% din totalul prețului ofertat, cheltuielile reprezentând 92%”.

În urma analizării și evaluării răspunsului, comisia de evaluare a concluzionat că, în accepțiunea contestatoarei, valoarea profitului (15.375,63 lei) s-a obținut prin aplicarea unei operații de scădere dintre valoarea prețului ofertat (192.195,41 lei) și valoarea totală a cheltuielilor (176.819,78 lei).

În aceste condiții, comisia de evaluare a revenit cu solicitarea de clarificări prin adresa nr. 49/AS/C/144/15.05.2024, astfel:

Punct de vedere cu privire la justificarea valorilor de 192.195,41 lei, 15.375,63 lei și 176.819,78 lei, ținând cont de următoarele:

- *Suma de 176.819,78 lei reprezintă total cheltuieli conform răspunsului dvs nr. 278/10.05.2024*

- *Cota de profit de 8% care se aplică la total cheltuieli respectiv 176.819,78 lei și nu la total preț ofertat de 192.195,41 lei*

- *Cota de profit de 8% aplicată la 176.819,78 lei este 14.145,58 lei și nu 15.375,63 lei.*

Prin adresa nr. 278 din 10.05.2024, atașat în SEAP în data de 16.05.2024, contestatoarea și-a menținut modul de calcul a cotei de profit aferentă valorii ofertate, respectiv „Cota de profit aferentă valorii de 15.375,63 lei este calculată procentual din venitul total (valoare ofertă financiară) rezultând o cotă de profit de 8 %, astfel: $192.195,41 \text{ lei} = 15.375,63 / 192.195,41 * 100 = 8\%$ ”.

Explicațiile contestatoarei cu privire la justificarea valorii aferente profitului de 15.375,63 lei nu au putut fi luate în considerare de către membrii comisiei de evaluare, în condițiile în care petenta a stăruit în a preciza că valoarea profitului a rezultat ca diferență dintre valoarea prețului ofertat și valoarea totală a cheltuielilor și cota de profit nu a fost aplicată la valoarea totală a cheltuielilor de 176.819,78 lei.

Astfel, în urma calculelor efectuate, comisia de evaluare a constatat că, în condițiile în care cota de 8% era aplicată corect la valoarea totală a cheltuielilor, respectiv 176,819,78 lei, rezulta un profit de 14.145,58 lei (nu de 15.375,63 lei) și o valoare totală de 190.965,36 lei (nu de 192.195,41 lei).

În susținerea acestor considerente ale comisiei de evaluare, entitatea contractantă arată că și din modul de formare/întocmire a propunerile financiare depuse de ceilalți ofertanți, respectiv din detalierea/fundamentarea modului de formare a prețului, a rezultat că prețul ofertat este format din valoarea totală a cheltuielilor și valoarea profitului, cota de profit (%) fiind aplicată la valoarea totală a cheltuielilor.

Ca atare, comisia de evaluare a considerat că răspunsul contestatoarei a fost neconcludent, fiind incidente prevederile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

Ținând cont de întregul proces de evaluare a ofertei financiare și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a considerat că nu este justificat în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului și al costurilor propuse (profit), și ca atare au devenit incidente prevederile art. 142 alin. (3) din HG nr. 394/2014.

De asemenea, entitatea contractantă arată că petenta nu poate ridica pretenții în cadrul contestației, întrucât nu a solicitat clarificări la documentația de atribuire, iar aceasta nu a fost contestată, până la termenul de depunere a ofertelor, astfel că și-a dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în fișa de date, cât și pentru entitatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertei prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele mai sus enunțate, concluzionează că afirmațiile contestatoarei, precum și argumentele invocate în susținerea acestor afirmații nu sunt justificate și consideră că a acționat cu bună-credință și, în virtutea obligațiilor care-i revin, a făcut toate demersurile legale care se impun în cauză, pentru evaluarea corectă și în concordanță cu prevederile legale aplicabile în cauză.

Referitor la cheltuielile de judecată, apreciază că acestea nu trebuie puse în sarcina sa, întrucât contestația formulată este un demers întreprins din propria voință de către contestatoare, fără a face dovada vreunei culpe a entității contractante. De altfel, solicită să se constate că

în sarcina sa nu poate fi reținută vreo culpă cu privire la acest demers al contestatoarei.

Urmare punctului de vedere comunicat de autoritatea contractantă, contestatoarea a formulat concluzii scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 37431/14.06.2024, prin care reiterează argumentele din contestație.

Prin cererea de intervenție, ...SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, a solicitat admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, respingerea contestației, ca neîntemeiată, constatarea caracterului legal și temeinic al raportului procedurii și al actelor subsecvente acestuia, cu consecința menținerii lor și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

În susținerea autorității contractante, aceasta învederează că oferta depusă de contestatoare este neconformă sub aspectul reținut în raportul procedurii, susțineri prezentate atât prin cererea de intervenție cât și pe calea unor concluzii scrise înregistrate la Consiliu sub nr. 39581/25.06.2024.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 210302990/1, în valoare de 6,999 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei, la data de 12.06.2024.

Cauțiunile constituite se vor restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura simplificată prin anunțul simplificat nr. SCN1143437 din data de 27.03.2024 în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Întabulare în cărțile funciare locale a terenurilor în suprafață de circa 1.747.231 mp pe linia CF 408 ..., în proprietatea Statului Român, administrarea Ministerului Transporturilor și Infrastructurii și concesiunea ... SA”. Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 349.446,20 lei, fără TVA. Termen stabilit pentru depunerea ofertelor 10.04.2024, ora 15:00. Criteriul de atribuire „Prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procedurii, potrivit Raportului procedurii de atribuire nr. 49/AS/599 din 31.05.2024, au fost depuse 6 oferte, printre care și contestatoarea din prezenta cauză, respectiv ... SRL.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire a formulat contestație ... SRL prin care critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale și solicită:

- *anularea integrală a deciziilor luate de autoritatea contractantă privind declararea drept inacceptabilă și neconformă a ofertei sale financiare, respectiv privind stabilirea rezultatului procedurii, precum și a*

tuturor și oricăror acte anterioare, concomitente și/sau subsecvente ori conexe care le fundamentează sau se fundamentează pe acestea;

- obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare pentru restabilirea legalității procedurii, în sensul constatării caracterului acceptabil și conform al ofertei ... SRL, refacerea clasamentului procedurii și finalizarea procedurii în consecință.

La dosarul cauzei a fost depusă cerere de intervenție de către ...SRL prin care solicită încuviințarea de principiu a cererii de intervenție, prin care sprijină poziția autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă, și respingerea contestației formulată de ... SRL, respectiv constatarea caracterului legal și temeinic al raportului procedurii nr. 49/AS/599 din 31.05.2024 și al actelor subsecvente acestuia cu consecința menținerii lor.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 07.06.2024 contestația formulată de ... SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție a ...SRL este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Codul de Procedură Civilă dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză ...SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea de intervenție privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție împreună cu contestația formulată de ... SRL.

Analizând, pe fond, contestația formulată de ... SRL, Consiliul constată că oferta depusă de această societate a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă pentru motivele comunicate în adresa nr. 49/AS/604 din 31.05.2024, astfel:

„În baza art. 228 alin. (1) din Legea 99/2016 actualizată, vă facem cunoscut că în urma evaluării ofertei depusă la procedura mai sus menționată, oferta depusă de dvs a fost declarată:

-Inacceptabilă în baza art. 140 alin.(4) din HG 394/2016: În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege,

clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicițării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta s-a va fi considerate inacceptabilă,

și

-Neconformă în baza art. 142 alin. (3) din HG 394/2016: În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau la costurilor propuse, oferta va fi considerate neconformă.

Prezenta decizie este motivată de următoarele considerente:

Comisia de evaluare a constatat că valoarea ofertei financiare în valoare de 192.195,41 lei reprezintă 55% din valoarea estimate a achiziției (349.446,20 lei), motiv pentru care în data de 30.04.2024 s-au solicitat clarificări cu privire la prețul propus de dvs. și fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertei, prin raportare la serviciile prestate, în temeiul art. 222 alin.(1) și (2) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 142 alin. (1), (2) și (4) din HG nr. 394/2016 și în conformitate cu cerința din fișa de date cap. IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare”.

Ca răspuns la solicitarea de clarificări prin adresa nr. 260 din 30.04.2024 ați prezentat o detaliere a prețului ofertat pe elemente de cost în care s-au evidențiat doar următoarele categorii de cheltuieli: salarizare, diurnă, cazare, cheltuieli indirecte, cheltuieli neprevăzute și cota de profit.

Având în vedere faptul că în răspunsul dvs. nu rezultă și costurile aferente pe fiecare activitate solicitată prin caietul de sarcini și declarată de dvs. prin graficul de timp pentru îndeplinirea sarcinilor, comisia de evaluare a considerat că se impune revenirea cu o nouă solicițare de clarificări, motiv pentru care în data de 09.05.2024 a postat în SEAP solicitarea de clarificări nr. 49/AS/C/134/09.05.2024.

Deoarece din răspunsul dat de dvs. în data de 10.05.2024 prin actul nr. 278/10.05.2024 și anexa la acesta, nu reiese în mod clar din ce este format prețul ofertat cu privire la cota de profit, comisia de evaluare revine cu clarificări suplimentare, astfel că în data de 15.05.2024 a postat în SEAP solicitarea de clarificări nr. 49/AS/C/144/15.05.2024.

Prin răspunsul dat de dvs în data de 16.05.2024 prin adresa 278/10.05.2024, susține următoarele:

Cota de profit aferentă valorii de 15.375,63 lei este calculată procentual din venitul total (preț oferta) de 192.195,41 lei=>15.375,63 lei/192.195,41*100=8% (cota de profit), de unde reiese că valoarea profitului rezultă în urma diferenței dintre preț oferta (192.195,41 lei) și total cheltuieli (176.819,78 lei).

În urma analizării răspunsului transmis în data de 16.05.2024 comisia de evaluare a constatat că, cota de profit de 8% nu este aplicată la valoarea totală a cheltuielilor 176.819,78 lei; dacă cota de profit de 8% era aplicată corect la valoarea totală a cheltuielilor rezulta un profit în valoare de 14.145,58 lei (și nu de 15.375,63 lei) iar valoarea totală a ofertei de preț era de 190.965,36 lei (și nu de 192.195,41 lei) și a considerat că răspunsul este neconcludent, în acest caz fiind incidente prevederile art. 140 alin. (4) din HG 394/2016: «În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după ca, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicițării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă».

Ținând cont de întregul proces de evaluare a ofertei financiare și a răspunsurilor la solicițările de clarificări comisia de evaluare a considerat că nu este justificat în mod

corespunzător nivelul scăzut al prețului și al costurilor propuse (profit), și ca atare sunt incidente prevederile art. 142 alin. (3) din HG 394/2016: «În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă».

În concluzie, din documentele prezentate în cadrul propunerii financiare, a răspunsurilor la solicitările de clarificări și a documentelor anexate răspunsurilor, nu reiese în mod clar cota de profit din modul de formare a prețului oferat.

Având în vedere că oferta depusă de dvs. a fost declarată inacceptabilă și neconformă, aceasta a fost respinsă în baza art. 143 alin. 91) din HG 394/2016 actualizată”.

Înainte de a lua o astfel de decizie, comisia de evaluare a solicitat o serie de clarificări, prima dintre acestea fiind transmisă prin intermediul SEAP cu următorul conținut:

„Având în vedere că valoarea financiară a ofertei dvs. (192.195,41 lei) reprezintă 55% din valoarea estimată a achiziției (349.446,20 lei), vă solicităm clarificări cu privire la prețul propus de dvs. și fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertei, prin raportare la serviciile prestate, în temeiul art. 222 alin. (1) și (2) din Lg nr. 99/2016 coroborat cu art. 142 alin. (10), (2) și (4) din HG 394/2016 și în conformitate cu cerința din fișa de date cap. IV.4.2”.

Cu adresa nr. 260/30.04.2024 contestatoarea prezintă, sub formă de tabel, detalierea care a stat la baza fundamentării economice a modului de formare a prețului prin raportare la serviciile ce urmează a fi prestate, relevante fiind:

„Total: (n.n cheltuieli) 176819,78 lei

Total – Preț oferat în formularul de ofertă (în lei) 192195,41 lei

Profit (în lei)

Cota de profit(%)”.

Răspunsul transmis de contestatoare a fost analizat în data de 09.05.2024, conform mențiunilor din procesul – verbal nr. 49/AS/C/131/09.05.2024, comisia de evaluare concluzionând astfel:

„Prin adresa nr. 260/30.04.2024 ofertantul SC ... SRL prezintă o detaliere a prețului oferat pe lamente de cost în care evidențiază doar următoarele categorii de cheltuieli: salarizare, diurnă, cazare, cheltuieli indirecte, cheltuieli neprevăzute și cota de profit.

Având în vedere faptul că din justificarea prețului din oferta financiară, nu rezultă și costurile aferente pe fiecare activitate solicitată prin caietul de sarcini și declarate de ofertant prin graficul de timp pentru îndeplinirea sarcinilor, comisi de evaluare consideră că se impune revenirea cu o nouă solicitare de clarificări, după cum urmează:

Față de răspunsul dat de dvs. cu adresa nr. 260/30.04.2024 prin care ați prezentat detalierea prețului oferat pe elemente de cost, revenim și vă solicităm următoarele:

1.Precizați modul de calcul avut în vedere, în urma căruia s-a obținut valoarea de 192.195,41 lei

2.Justificați valoare de 15.375,63 lei (profit) având în vedere că, cota de profit de 8% menționată de dvs. se aplică la total cheltuieli în valoare de 176.819,79 lei.

3.Prezentați un deviz complet în care să Precizați costurile pe care fiecare etapă aferentă activităților ținând cont de graficul fiecărei etape pe zile și număr de persoane precum și cheltuielile necesare executării contractului (salarizare, diurnă, cazare,

cheltuieli indirecte, cheltuieli neprevăzute)”, solicitare care s-a materializat în adresa nr. 49/AS/C/134/09.05.2024”.

Contestatoarea a răspuns solicitării cu adresa nr.278/„10.05.2024” prin care comunică următoarele:

„1.Valoarea de 192.195,41 lei este compusă din Total cheltuieli 176.819,78 lei și profit de 15.375,63 lei.

2.Valoarea de 15.375,63 reprezintă diferența dintre prețul ofertat de 192.195,41 și cheltuielile în valoare de 176.819,78. Aceasta valoare reprezintă totalul prețului ofertat, cheltuieli reprezentând 92%”, prezentând încă odată tabelul din răspunsul anterior.

După analiza celui de al doilea răspuns comisia de evaluare a hotărât, așa cum rezultă din procesul – verbal nr. 49/AS/C/140/15.05.2024, să solicite noi clarificări, decizie motivată astfel:

„Față de cele prezentate de ofertant prin răspunsul nr. 278/10.05.2024 la solicitarea de clarificări 49/AS/C/134/09.05.2024, comisia de evaluare consideră că sunt necesare solicitări de clarificări suplimentare identificate a fi necesare pe durata procesului de evaluare, după cum urmează:

1.Revenim și vă solicităm punct de vedere cu privire la justificarea valorilor de 192.195,41 lei, 15.375,63 lei și 176.819,78 lei, ținând cont de următoarele:

- Suma de 176.819,78 lei reprezintă total cheltuieli conform răspunsului dvs nr. 278/10.05.2024

- Cota de profit de 8% care se aplică la total cheltuieli respectiv 176.819,78 lei și nu la total preț ofertat de 192.195,41 lei.

- Cota de profit de 8% aplicată la 176.819,78 lei este 14.145,58 lei și nu 15.375,63 lei. (...).”.

Consiliul constată că ofertantul contestator a răspuns solicitării autorității contractante cu adresa „Nr. 278/10.05.2024”, prin care arată:

„1.Conform definiției, «Profit este partea financiară care rămâne din venitul total, adică partea financiară ce revine întreprinzătorului/comerciantului, după ce s-au scăzut toate cheltuielile aferente venitului respectiv, chirii, salarii, taxe și impozite, materii prime, etc».

Astfel, venitul total este format din cheltuieli și profit => Venit total = Cheltuieli + Profit

În situația ofertei noastre:

Venit total 192195,41 Lei = Cheltuieli 176819.78 Lei + Profit 15375,63 Lei

Așadar, cota de profit aferentă valorii de 15375,63 Lei este calculate procentul din Venitul total de 192195,41 Lei => $15375,63/192195,41 \times 100 = 8\%$ (cota de profit)”.

Comisia de evaluare a analizat răspunsul în data de 20.05.2024, conform procesului – verbal nr. 49/AS/C/155/20.05.2024, ocazie cu care a hotărât respingerea ofertei ... SRL pentru motivele comunicate ulterior cu adresa nr. 49/AS/604 din 31.05.2024.

În analiza motivului de respingere a ofertei, Consiliul are în vedere că justificarea prețului ofertat revine ofertantului care are un preț din categoria prețului neobișnuit de scăzut, conform art. 222 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „În cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului sectorial/acordului-cadru care urmează a fi

atribuit/încheiat, entitatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus”.

Ca relevante în soluționarea cauzei sunt și dispozițiile art. 142 din HG nr. 394/2016, care stabilesc astfel:

„(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 222 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, respectiv de documente privind, după caz și fără a se limita, prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

Consiliul are în vedere că prin fișa de date a achiziției, Cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților, printre alte prevederi, și cele potrivit cărora:

„1. Formularul de ofertă (FORMULAR 8 din modele formulare) care reprezintă elementul principal al propunerii financiare. Acesta este actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu entitatea contractantă și va fi însoțit de Anexa 1 la formularul de ofertă (Anexa 1 la Formularul 8)

2. Centralizator de prețuri (Anexa 2 la Formularul 8 din modele formulare)”.

Consiliul constată că propunerea financiară depusă de ofertantul ... SRL a fost elaborată conform prevederilor documentației de atribuire, operatorii economici nefiind ținuti de a indica o cotă de profit.

Faptul că ofertantul a prezentat atât o valoare a profitului (în lei) cât și un anumit procent (8%) nu determină că trebuie luat în considerare cu prioritate procentul de vreme ce ofertantul a adus la cunoștința autorității contractante care este valoarea în lei ce reprezintă profitul societății sale din contractul ce urmărește să îi fie atribuit, indiferent de formula de calcul aleasă.

Consiliul constată că, în fapt, comisia de evaluare avea obligația de a verifica elemente care conduc la prețul neobișnuit de scăzut și nicidecum să facă aprecieri cu privire la modul în care ofertantul a stabilit cota de profit. Modul în care fiecare societate comercială stabilește cota de profit și valoarea sau procentul acestuia din valoarea ofertei este atributul exclusiv al acesteia.

Comisia de evaluare nu are competența de a stabili, în locul ofertantului, care este cota de profit pe care intenționează să o obțină din contractul ce urmează a fi încheiat. Care este profitul urmărit de ofertant ține de strategia de marketing a societății în care autoritatea contractantă nu are dreptul de a interveni. A susține că răspunsurile sunt neconcludente pentru că nu este justificat *„nivelul scăzut al prețului și al*

costurilor propuse (profit)”, modul greșit de calcul, în opinia autorității contractante, al profitului fiind singurul motiv de respingere a ofertei pentru răspuns neconcludent, apare ca o imixtiune în modul de stabilire a profitului societății, orice societate comercială fiind liberă să stabilească orice cotă de profit indiferent cât de mic, scopul urmărit fiind menținerea pe piață. Însă, în prezenta cauză profitul stabilit de către ofertantul contestator este unul considerabil, procentul de 8% din prețul ofertat este un procent îndestulător pentru o societate comercială, în condițiile pieței în domeniu în contextul socio-economic prezent.

Pe lângă acestea, Executivul nici nu ar avea pârghiile necesare pentru a impune întreprinderilor private, fie ele și ofertante, ce cotă de profit să aplice, deoarece art. 135 alin. (1) din Constituție dispune că economia României este economie de piață, bazată pe libera inițiativă și concurență, ceea ce înseamnă că prețurile se stabilesc liber pe piață.

Prin urmare, de vreme ce ofertantul a comunicat care este valoarea profitului, respingerea ofertei acestuia motivat de faptul că ar fi aplicat procentul declarat la valoarea totală a oferte și nu la total cheltuieli apare ca nerelevant, atribuțiile comisiei de evaluarea cu privire la verificarea prețului sub aspectul unui preț neobișnuit de scăzut vizează alte elemente din prețul ofertat și în niciun caz profitul.

Consiliul constată că ofertantul a arătat care este formula de calcul a profitului pe care intenționează să îl obțină, formulă care este potrivit unei definiții simple a profitului, diferența dintre total venituri și total cheltuieli, și fără a face teoria profitului ofertantul contestator urmărește să obțină din derularea acestui contract suma de 15.375,63 lei.

Prin urmare, Consiliul constată că răspunsul ofertantului a fost concludent iar prețul neobișnuit de scăzut a fost justificat, motiv pentru care decizia de respingere a ofertei se dovedește nelegală.

În acest sens, Consiliul are în vedere că principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Față de cele de mai sus, Consiliul constată caracterul nelegal al deciziei autorității contractante de a respinge oferta depusă de ... SRL, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de STRABAG SRL, în contradictoriu cu ... SA și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 49/AS/31.05.2024 cu privire la oferta depusă de ... SRL și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, și la reevaluarea ofertei depusă de aceasta, reevaluare care se

va efectua cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei.

Referitor la capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul constată că nu au fost prezentate documente justificative privind efectuarea acestora, iar potrivit art. 26 alin.(9), teza adoua, din Legea nr. 101/2016 *„Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”*, motiv pentru care va fi respins.

Având în vedere caracterul fondat al contestației, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

Obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 49/AS/599/31.05.2024 cu privire la oferta depusă de ... SRL, a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și la reevaluarea acestei oferte, conform considerentelor de mai sus.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata către contestatoare a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Admite cererea de intervenție formulată de ...SRL.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.