

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 54073/15.10.2021, formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ... – director general, și convențional prin ..., cu sediul în ... sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Studiu de fezabilitate și Proiect tehnic pentru modernizarea liniei de cale ferată Apahida - Suceava, Subsecțiunea 2: Ilva Mică – Pojorâta”*, organizată de ..., cu sediul în ..., s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 1D/2/2063/4.10.2021 emisă de entitatea contractantă prin care oferta sa a fost declarată necâștigătoare;
- anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- anularea deciziei entității contractante prin care oferta depusă de Asocieria ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor actelor entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei depusă de Asocieria ... de la etapa verificării admisibilității/conformității acesteia;
- anularea Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 55778/25.10.2021, ..., în calitate de lider ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal de ... – administrator, s-a solicitat respingerea ca nefondată a contestației ... și menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 1D/2/2055/04.10.2021 și a tuturor actelor subsecvente, prin care oferta sa a fost desemnată câștigătoare a procedurii.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de ... SRL, apreciind

că aceasta ar fi trebuit respinsă pentru prețul neobișnuit de scăzut oferat.

Potrivit contestatoarei, prețul oferat de ... respectiv 49.314.755 lei, reprezintă un procent de 67,51% din valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit și că răspunsul la solicitarea de clarificări ce a vizat acest aspect a fost verificat pur formal, nefiind de natură să justifice respectivul preț.

Contestatoarea arată că prețul oferat de ... cuprinde cheltuieli directe (costuri interne experți/studii, costuri administrative, provizioane pentru executarea contractului), cheltuieli indirecte și profit. Explicațiile date prin răspunsul la clarificări, s-au referit la costurile interne, costurile administrative, provizioane, costurile indirecte și la profit.

... nu a nominalizat niciun subcontractant de specialitate (de exemplu pentru realizare studii geotehnice, studii arheologice, expertize tehnice și alte activități care au fost justificate separat față de costurile interne cu experții), motiv pentru care contestatoarea are îndoieli că valorile prezentate de ... au la baza estimări făcute de specialiști relevanți pentru fiecare tip de studiu, cu luarea în considerare a tuturor riscurilor și a volumului adecvat de investigații.

Din detalierea activităților rezultă cu evidență că ofertantul nu a oferit justificări de preț privind tunelurile, în număr de 11, deși în Caietul de Sarcini se arată în mod explicit faptul că „Tunelurile vor fi expertizate și se va prezenta situația actuală a acestora cu deficiențele existente pentru a se stabili necesarul lucrărilor de reabilitare, pentru a corespunde parametrilor de proiectare impuși de varianta de traseu aprobată”.

Lipsa justificării costurilor cu expertizarea tunelurilor implică lipsa justificării/verificării cotării studiilor geotehnice pentru tuneluri sau luarea în considerare a tuturor riscurilor geotehnice pentru tuneluri și a nivelului de detaliu al investigațiilor solicitate prin Caietul de sarcini.

Caietul de Sarcini prevede în mod explicit „Elaborarea de Studii de teren (Studii Topografice și Studii Geotehnice complete) la un nivel de detaliere crescut. În mod special studiile geotehnice vor fi efectuate la nivel de proiect tehnic”. În plus, Caietul de sarcini prevede realizarea de studii de teren pentru cele 2-3 alternative ce trebuie detaliate în cadrul Studiului de Fezabilitate conform cerințelor aferente Sub-activității 2_2. Analiza detaliată a rutelor alternative selectate cu soluții de investiții.

Un astfel de risc se răsfrânge în implementarea ulterioară a proiectului, respectiv în perioada de execuție, risc care poate conduce la creșterea exagerată a costurilor de execuție, și mai grav, la execuția unor lucrări care să nu țină cont de cerințele de stabilitate și rezistență necesare pentru tipul de sol/teren în care sunt executate.

De asemenea, se poate observa că din explicațiile oferite de lipsesc cele referitoare la evaluarea impactului de mediu (memoriu tehnic, Raport EIA, SEICA, evaluare adecvată, etc.) și la întocmirea

rapoartelor de evaluare a imobilelor proprietate privată de către expert evaluator ANEVAR, la evaluarea taxelor pe care ofertanții trebuie să le includă în Prețul Contractului pentru obținerea diverselor avize și acorduri.

Astfel, lipsa unei verificări riguroase a prețului ofertat de este evidentă, entitatea contractantă ignorând faptul că răspunsul la clarificări transmis de ofertant este lipsit de o fundamentare adecvată și realistă a prețurilor privind investigațiile - în special cele geotehnice pentru tuneluri - necesare realizării unui proiect robust și fezabil.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 54770/19.10.2021, entitatea contractantă a solicitat respingerea contestației ..., ca nefondată, motivat de următoarele aspecte:

- contestatoarea s-a bazat în formularea contestației pe simple supoziții extrase din procesul Verbal nr. 16 (1D/2/1691/25.08.2021), de unde au fost preluate în contestație decizia finală a comisiei și titlurile capitolului în care au fost analizate de comisie documentele justificative, fără conținutul capitolului, acestea conținând informații confidențiale au fost blurate la momentul vizionării de către reprezentanții împuternici ai ...

- oferta depusă de către ... reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețurile consemnate nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezumate a fi valabile și admise, fără probe concludente, pe simple aprecieri, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii financiare a căror realitate a fost verificată de comisia de evaluare, în baza art. 133 alin. (1) lit. h) din HG nr. 394/2016 și confirmate de ofertant prin documentele înaintate;

- în documentația de atribuire nu au fost impuse anumite cerințe în ceea ce privește prețul ce va fi ofertat, modul de formare a prețului solicitat fiind atributul exclusiv al ofertantului, acesta stabilindu-l în funcție de complexitatea serviciilor oferite, propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător fiind parte integrantă a contractului sectorial în conformitate cu prevederile art. 153 alin. (1) lit. b) din HG nr. 394/2016;

- neîndeplinirea angajamentului ofertantului privind executarea contractului în condițiile în care acesta a fost atribuit, atrage răspunderea contractuală a părții în culpă. Entitatea contractantă este abilitată direct prin efectul legii să impună cerințe complexe care, în esență, să îi protejeze interesele și să determine buna gestiune a fondurilor. Atâta timp cât astfel de condiții sunt impuse absolut tuturor ofertanților, opțiunea entității contractante nu are niciun fel de caracter discriminatoriu, în plus, este împotriva logicii, literiei și spiritului întregii legislații a achizițiilor publice să se stabilească criterii de calificare și selecție vizibil permissive pentru potențialii ofertanți, dar dezavantajoase

pentru entitatea contractanta numai în scopul de a face procedura accesibilă pentru diferite categorii de ofertanți;

- în urma analizării documentelor depuse, comisia de evaluare a constatat ca ofertantul ..., îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire de entitatea contractantă;

- comisia de evaluare nu are competențe extinse din punct de vedere financiar-contabil în domeniul verificării modului în care prestatorul și-a format prețul ofertat, oferta prezentată având un caracter obligatoriu, din punct de vedere al conținutului, pentru ofertant, pe toată durata de valabilitate stabilită de entitatea contractantă;

- comisia de evaluare a analizat ofertele depuse din punct de vedere al încadrării în valoarea estimată a contractului și ale prevederilor art. 142 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016, constatând că oferta depusă de are un preț neobișnuit de scăzut, raportat la valoarea estimată a contractului, cu mențiunea că prezenta legislație privind achizițiile sectoriale, în vigoare, lăasă la latitudinea comisiei de evaluare considerarea ofertei ca având un preț neobișnuit de scăzut; în consecință, cu privire la acest aspect au fost solicitate clarificări ofertantului, iar urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări, răspuns analizat detaliat în Procesul Verbal nr. 16 (1D/2/1691/25.08.2021), comisia de evaluare a constatat ca ofertantul a depus documente concludente/relevante în scopul justificării prețului ofertat;

- modul de formare a prețului este atributul exclusiv al ofertanților, aceștia stabilind prețul ofertat, în funcție de complexitatea serviciilor ce urmează a fi prestate, astfel că, în virtutea aplicării principiului asumării răspunderii, principiu ce stă la baza atribuirii contractelor de achiziție sectorială, enunțat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă prin comisia de evaluare a considerat că prețul ofertat de este corect și justificat, stabilind oferta acestuia ca fiind oferta câștigătoare;

- în ce privește criticile contestatoarei față de oferta ... declarată ca fiind câștigătoare prezentei proceduri de achiziție sectorială, prin raportare la obiectul altor proceduri de achiziție derulate de entitatea contractantă, entitatea contractantă consideră că acestea nu sunt relevante, contestatoarea încearcă doar să inducă în eroare Consiliul cu privire la modul de formare a prețului ofertei;

- în plus dacă entitatea contractantă ar fi avut în vedere doar ponderea numerică a obiectivelor ce fac obiectul prezentei proceduri, ar fi stabilit prin documentația de atribuire ca ofertele financiare să fie prezentate pe număr de structuri/lucrări de artă (poduri/pasaje/viaducte), fapt ce ar fi fost nerelevant în raport cu complexitatea activităților ce urmează a fi derulate în cadrul contractului;

- de asemenea, ofertantul ..., a încărcat împreună cu propunerea tehnică Anexa 10.2 Formular 6 - Mediu, SSM - Declarație privind respectarea, la elaborarea ofertei, a reglementărilor obligatorii în

domeniile mediului, social, al relațiilor de muncă și privind respectarea legislației referitoare la condițiile de muncă, protecția muncii, securitatea și sănătatea în muncă, conform prevederilor art. 64 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, astfel: Formular 6 emis de ofertant ...

Prin cererea de intervenție voluntară formulată, ... precizează că a răspuns la solicitarea de clarificări și a justificat detaliat prețul ofertat atât prin documente de referință privind prețurile pieței (oferte) cât și prin preexistența informațiilor (vizita de amplasament și proiectele derulate anterior), făcând dovada posibilității de executare corespunzătoare a contractului sectorial.

Considerentele de fapt și de drept pe care se sprijină contestația sunt pur speculative și se bazează doar pe supoziții și îndoieli neprobate sau argumentate, în sensul că prețul ofertei s-ar afla în ipoteza unui preț neobișnuit de scăzut. Informațiile regăsite în cadrul Capitolului 1.4 din cadrul propunerii tehnice sintetizează o parte din avantajele competitive ale contractantului/Prestatorului care aduc plus valoare etapei de implementare prin selectarea ... și care au permis optimizarea costurilor de realizare ale proiectului.

Pe de o parte, contestatoarea nu a făcut dovada faptului că acest preț este neobișnuit de scăzut prin raportare la prețurile pieței conform art. 142 din HG nr. 394/2016, nedepunând la dosar niciun mijloc de probă prin care să dovedească prețurile pieței deși, conform dispozițiilor art. 249 Codul de procedură civilă îi revine sarcina probei: „Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”.

Pe de altă parte, există o jurisprudență constantă a CJUE potrivit căreia caracterul anormal de scăzut al unei oferte trebuie apreciat în raport cu compoziția ofertei și în raport cu prestația în cauză (Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, par. 47-51 și jurisprudența citată).

Astfel, afirmația contestatoarei în sensul că prețul este deosebit de scăzut este apreciată de intervenientă ca fiind una cu caracter general, care nu permite decelarea unei critici concrete cu privire la vreuna din componentele ofertei financiare.

De asemenea, intervenienta prezintă, pe larg, modul în care și-a formulat oferta și categoriile de cheltuieli din cuprinsul acesteia.

Prin Concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 57930/04.11.2021, contestatoarea face o serie de aprecieri cu privire la susținerile din cuprinsul cererii de intervenție precum și cu privire la modul în care entitatea contractantă a evaluat oferta câștigătoare din perspectiva prețului nejustificat de scăzut.

Astfel, cu privire la cererea de intervenție formulată de ... contestatoarea arată, în esență, următoarele:

- avantajul de a dispune de informații preexistente privind proiectul va permite o evaluare mai rapidă a stării tehnice a căii ferate existente, inclusiv o evaluare preliminară a necesarului de date de colectat pentru o etapă ulterioară, dar acest fapt nu este suficient pentru a justifica lipsa unor componente esențiale de cost din cadrul ofertei precum și lipsa unor activități expres solicitate prin caietul de sarcini, deoarece proiectul nu necesită doar o evaluare tehnică a căii ferate existente pentru a stabili soluția optimă de modernizare, ci trebuie să ia în considerare și cerințele și standardele actuale la nivel european și multe alte aspecte (de mediu, aspecte tehnice, de operare, economice, cererea de transport, alte constrângeri fizice în teren, etc.) precum și alte opțiuni de traseu;

- în ciuda pretinselor avantaje pe care Asocierea TPF le invocă, acestea nu conferă avantajul de a estima în mod corect că nu este nevoie de studii geotehnice în toate etapele de realizare a studiului de fezabilitate sau că este nevoie doar de o completare, odată determinate alternativele de traseu. Doar din afirmația că studiile de teren vor veni ca o completare la datele existente, ceea ce optimizează costurile de proiectare, rezultă în mod clar ca Asocierea TPF nu a prevăzut realizarea de studii de teren detaliate pentru 2-3 opțiuni relevante ci doar pentru o opțiune, cea stabilită deja la momentul ofertei (pe traseul existent);

- volumele de lucrări de teren sunt subestimate sau incorect determinate în oferta ..., fapt confirmat de altfel prin Cererea de Intervenție. Evaluarea volumelor de lucrări de teren este limitată la traseul existent, fapt ce nu îi va permite să analizeze și alte scenarii așa cum se solicită în caietul de sarcini, și nu îi va permite să dezvolte un proiect, în cazul în care, din analizele ulterioare va rezultă că traseul optim nu este cel existent.

Cu privire la modul de evaluare a ofertei ..., contestatoarea reia în parte susținerile din cuprinsul contestației, precizând că:

- ... nu a inclus în cadrul ofertei expertizele tehnice pentru tuneluri;
- prin cererea de intervenție, ... a venit cu o completare la justificarea de preț privind expertizele tehnice prezentând o anexă nouă (Anexa la Oferta nr. ADQ2108A/06.05.2021) la oferta Aventus Design, document ce nu a fost prezentat entității contractante la momentul justificării de preț. Această anexă prezintă defalcarea prețului de 1.200.000 lei pentru "Livrabilul 1" ca incluzând și expertize tehnice pentru tuneluri în valoare de 168.000 lei, fără TVA, pe lângă livrabilele ofertate inițial, respectiv clădiri, poduri, podețe și terasamente;

- deși prin propunerea tehnică, ... își asumă realizarea expertizelor tehnice la tuneluri, este evident că această asumare este pur declarativă, din moment ce la nivelul justificării de preț a omis complet să includă o valoare pentru aceste expertize. Anexa explicativă atașată Cererii de Intervenție este prezentată doar în contextul în care acest lucru a fost sesizat prin contestație, și mai mult, este o modificare a explicației

inițiale, în care oferta pentru expertize tehnice se referea doar la clădiri, poduri, podețe și terasamente;

- abordarea ... de a realiza studii geotehnice exclusiv pentru o variantă de traseu, respectiv cea existentă, rezultă inclusiv din justificarea de preț transmisă entității contractante prin răspunsul privind justificarea de preț;

- din răspunsul rezultă că a avut în vedere oferta firmei Geotesting de 5.528.180 lei fără TVA pentru realizarea studiilor geotehnice la care a adăugat o valoare suplimentară de 279.020,00 lei fără TVA, rezultând suma de 5.807.200 lei (fără TVA). Conform ofertei Geotesting, sunt prezentate costuri pentru o singură etapă a Studiului Geotehnic în varianta cea mai detaliată, deci exclusiv pentru studiul prevăzut la capitolul 3.4.2.3. Activitatea 3: Studii și documentații pentru varianta selectată: Elaborarea expertizelor tehnice, Studiu Hidrologic și Studiu geotehnic din Caietul de Sarcini [unde varianta selectată va fi evident, conform Asocierii TPF, traseul existent]. Diferența de 279.020,00 lei nu poate acoperi realizarea de studii geotehnice pentru etapa prevăzută la capitolul 3.4.2.2. Activitatea 2 Studii și evaluarea soluțiilor de investiții: b.1. Studii și documentații necesare analizei detaliate a rutelor alternative", unde se vor analiza 2-3 opțiuni, și nici analizele preliminare solicitate la capitolul 3.4.2.1. Activitatea 1 Evaluarea situației existente : c.2. Studii, investigații preliminare, sau alte analize cum ar fi analiza riscului seismic; în plus, oferta prezentată pentru Studiul geotehnic nu include verificarea la exigența Af, cerință obligatorie legală iar din oferta Geotesting lipsesc investigațiile și alte activități necesare analizei riscului seismic conform cerințelor caietului de sarcini;

- Prin oferta Geotesting nu sunt acoperite investigații geotehnice relevante amplasamentelor cu risc geotehnic major sau corespunzătoare categoriilor geotehnice 2 sau 3 (investigații de tip seismic, geoelectric, penetrări dinamice, CPTu); de asemenea, nu este prevăzută activitatea de cartare geologică necesară, mai ales pentru zonele de tunel pentru identificarea faliilor, soliațiilor, fisurilor sau a altor elemente geologice care pot influența soluțiile de proiectare sau tehnologia de execuție și nu se regăsesc investigații geotehnice sau teste pe carote necesare evaluării stării structurilor existente;

- referitor la observațiile privind evaluarea riscului de cost, subestimarea de către a importanței volumelor de lucrări reiese inclusiv din abordarea sa privind evaluarea riscului de cost, așa cum este prezentat în propunerea tehnică a asocierii;

- riscurile pot fi evaluate cu un grad de acuratețe mai ridicat, dacă, la selectarea variantei de traseu, sunt evaluate și condițiile subterane ale altor variante. Dacă, la nivel de studiu de fezabilitate, sunt analizate condițiile subterane doar pentru traseul existent, este evident că, în cazul în care ar reieși că soluția optimă este o altă variantă (chiar dacă o

astfel de variantă ar urmări parțial traseul existent), în lipsa informațiilor concrete privind condițiile de teren, riscul de cost nu va putea fi evaluat corect, nu atât din prisma prețurilor unitare pentru proiect, cât din subestimarea/supraestimarea volumelor de lucrări de proiectat;

- această lipsă de considerare a tuturor riscurilor indicate în mod special în Caietul de Sarcini ca fiind în sarcina Prestatorului, nu poate să conducă decât la un transfer al riscurilor către entitatea contractantă în etapa ulterioară de licitare a contractelor de lucrări și evident a implementării proiectului (așa cum au fost expuse în contestație), transformând riscul entității contractante de a avea un proiect neviabil într-un risc de cost. Cu alte cuvinte, costurile reduse cu studiile de teren care generează "optimizarea costurilor" activității de proiectare (nu ale proiectului) se vor transforma în "riscuri de cost" pentru etapa de implementare.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... a formulat cerere de intervenție prin care solicită respingerea contestației.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de licitație deschisă a fost inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Studiu de fezabilitate și Proiect tehnic pentru modernizarea liniei de cale ferată Apahida - Suceava, Subsecțiunea 2: Ilva Mică – Pojorâta*”, prin transmiterea spre publicare în SEAP, a anunțului de participare CN1029801.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit fiind de 73.047.000,43 lei, fără TVA.

Preliminar, Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207584692/1 din data de 19.10.2021, în valoare de 1.460.940 lei.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 1D/2/2063/04.10.2021, potrivit căruia oferta sa a fost clasată pe locul 2, ... formulat prezenta contestație susținând că ofertantul declarat câștigător ar fi trebuit respins, întrucât are un preț aparent neobișnuit de scăzut.

Cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut, de 49.314.755 lei față de valoarea estimată de 73.047.000 lei, Consiliul constată că a făcut obiectul clarificărilor, respectiv, prin adresa nr. 1D/2/1599/17.08.2021, entitatea contractantă i-a solicitat ofertantului declarat câștigător să

transmită „clarificări cu privire la prețul propus, ținând cont de prevederile art. 222 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu dispozițiile art. 142 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016”.

Prin adresa nr. 620(0)-19.08.2021, ofertantul declarat câștigător a transmis următorul răspuns: «(...) cheltuieli directe: costuri interne experți/studii = detaliate în anexa 1 și 2; costuri administrative = detaliate în anexa 1 și 2; provizioane pentru executarea contractului = detaliate în anexa 1; cheltuieli indirecte = 21% din cheltuielile directe; profit = 5% din cheltuieli totale (...) studii geotehnice (...) a rezultat suma de 5.807.200 lei (280 x 5 x 4.148 lei) (...); studii hidraulice (...) am prevăzut suma de 350.000 lei (...); studiul arheologic (...) am prevăzut suma de 390.000 lei (...); studiu topografic, documentație cadastrală și de expropriere (...) pentru studiul topografic am prevăzut suma de 662.858 lei (...) pentru documentațiile cadastrale și de expropriere, la pozițiile 53 și 54 din Anexa 1 am prevăzut suma de 1.987.592 lei (...); verificatori tehnici atestați (...) 404.600 lei (...); expertize tehnice clădiri, poduri, podete, pasaje etc (...) la poziția 62 din anexa 1 am prevăzut suma de 1.204.000 lei fără TVA pentru 430 de zile de lucru alocate experților tehnici atestați la un preț pe zi de 2.800 lei fără TVA. Pentru a avea un element de comparație, vă atașăm și oferta de preț de la Aventus Design SRL, care a estimat un cost de 1.200.000 lei fără TVA pentru serviciile de expertiză tehnică (Anexa 10); audit energetic (...) am prevăzut suma de 60.000 lei (...); studiu de trafic (...) valoare totală 441.100 lei (...) valoare totală de 241.500 lei. 2. Explicații cu privire la Coloana 4 „cheltuieli administrative pe zi”. În prețul ofertei am cuprins o valoare totală de 4.520.750 lei (...); explicații cu privire la coloana 5 „provizioane/zi” (...); explicații cu privire la coloana 11 „profit pe zi” (...)».

Analizând anexa 10-oferta nr. AD02108A/06.05.2021, menționată mai sus, de ofertantul declarat câștigător, în răspunsul la solicitarea de clarificări, Consiliul reține următoare valori: 1.200.000 lei la care se adaugă TVA (rapoarte de expertizare-livrabil 1); 48.000 lei la care se adaugă TVA (auditori energetice-livrabil 2); 355.000 lei la care se adaugă TVA (verificări de proiect-livrabil 3).

Totodată, anexa la oferta nr. AD02108A/06.05.2021 conține informații de confirmare a celor de mai sus: „1. Expertize tehnice: 430 zile x 2.800 lei/zi = 1.200.000 lei compus din: clădiri: 178,57 zile x 2.800 lei/zi = 500.000 lei; poduri: 70 zile x 2.800 lei/zi = 196.000 lei; podete: 65 zile x 2.800 lei/zi = 182.000 lei; terasamente: 55 zile x 2.800 lei/zi = 154.000 lei; tuneluri: 60 zile x 2.800 lei/zi = 168.000 lei; 2. Audit energetic: 40 zile x 1.200 lei/zi = 48.000 lei; 3. Verificatori de proiect: 238 zile x 1.491,60 lei/zi = 355.000 lei”. Prin urmare, criticile contestatoarei în referire la necuprinderea costurilor privind expertizarea tunelurilor sunt nefondate.

Față de aceste aspecte, susținerile contestatoarei nu pot fi reținute ca fiind relevante, în declararea admisibilității și respectiv câștigătoare, atâta vreme cât ofertele reprezintă angajamentul asumat de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului. Astfel, realitatea prețului ofertat a fost verificată de comisia de evaluare, în baza art. 133 alin. (1) lit. h) din HG nr. 394/2016.

În speță, Consiliul reține, ca fiind aplicabile, următoarele prevederi legale:

- art. 64 din Legea nr. 99/2016: „(1) Entitatea contractantă precizează în documentația de atribuire reglementările obligatorii în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile și acordurile internaționale în aceste domenii, care trebuie respectate pe parcursul executării contractului sectorial sau să indice instituțiile competente de la care operatorii economici pot obține informații detaliate privind reglementările respective. (2) În cazul prevăzut la alin. (1), entitatea contractantă are totodată obligația de a solicita operatorilor economici să indice în cadrul ofertei faptul că la elaborarea acesteia au ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă”;

- art. 222 din Legea nr. 99/2016: „(1) 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. (2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la: a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate; b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor; c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant; d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 64 alin. (1); e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 232; f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat”;

- art. 142 din HG nr. 394/2016: „(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. (3) 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”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de către ofertanți, din punct de vedere al încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Legea nr. 99/2016, așa cum este prevăzut la art. 133 alin. (1) lit. h) din HG nr. 394/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, cererea contestatoarei privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare, din acest punct de vedere, este nefondată, urmând a fi respinsă.

Luând în considerare aspectele prezentate, precum și lipsa de argumente/probe a contestatoarei, în ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei aflate înaintea sa în clasament, Consiliul stabilește că aceasta nu fost în măsură să precizeze care sunt acele costuri și quantumul acestora prin raportare la propunerea financiară criticată, care nu au fost respectate.

Or, scopul obligației de motivare, prin raportare la date concrete, este acela de a arăta Consiliului în calitate de organism administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru soluționarea contestației și, totodată, explicațiile pentru care drepturile contestatoarei au fost lezate prin conduita presupus nelegală a entității contractante.

Cu alte cuvinte, nu este totuna a afirma încălcarea dreptului cu a prezenta argumentele pentru care se susține că dreptul a fost încălcat; simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de nicăieri temeinicia criticilor rămase la nivel declarativ.

Indicarea și probarea în concret a elementelor de preț ce nu au fost respectate în constituirea prețului ofertat se impunea, Consiliul neputându-se substitui societății contestatoare în ce privește invocarea motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate.

Prin urmare, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia soluționarea are loc în limitele sesizării; altminteri, soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei

legislații. Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „in integrum” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziții.

Nu este lipsit de relevanță nici faptul că, în susținerea contestației, autoarea acesteia avea obligația pe de-o parte, de a indica în concret atât elementele de preț ce nu au fost respectate în constituirea prețului ofertat și pe de altă parte, de a proba caracterul nesustenabil și real al prețului, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 c.p.civ potrivit cărora: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Astfel, fiecare parte are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat”.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze în cazul ofertei criticate care sunt valorile/elementele de cost ce alcătuiesc prețul care nu pot fi justificate astfel încât să demonstreze caracterul nesustenabil și real al acestora.

Legat de criticile contestatoarei, înregistrate la CNSC cu nr. 57930/04.11.2021, care reprezintă concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, suplimentare celor din contestație, Consiliu are în vedere prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: (...) e) obiectul contestației; f) motivarea în fapt și în drept a contestației (...)”.

Astfel, din conținutul normei expuse, rezultă că persoana vătămată sesizează Consiliul, în termenul prevăzut la art. 8 din același act normativ, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt și drept.

Nicăieri în cuprinsul cap. III și IV din Legea nr. 101/2016 nu se amintește că persoana vătămată poate sesiza Consiliul cu o contestație, iar ulterior, după studierea dosarului la sediul CNSC, să prezinte voluntar alte motive, analize, afirmații, solicitări etc. față de cele conținute de contestația prin care s-a delimitat cadrul soluționării ei, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare.

Prin urmare, criticile suplimentare celor din contestație, formulate prin „concluzii scrise”, vor fi respinse, ca inadmisibile, așa cum dispune art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv: „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de

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

Admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

..

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.