



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. 7356/06.02.2024, depusă de ..., cu sediul la ..., număr de înregistrare ..., reprezentată de ..., în calitate de Lider al Asocierii ... - ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul profesional în ..., având sediul procesual ales la ..., împotriva Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, transmisă de Autoritatea contractantă în etapa de evaluare a propunerii financiare a Asocierii, privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări/proiectare și executare, având ca obiect „Proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov – Târgu Mureș – Cluj – Oradea, Secțiunea 3B: Mihăiești – Suplacu de Barcău, Subsecțiunea 3B3: Poarta Sălajului – Zalău, inclusiv Tunel rutier la profil de autostradă în zona Meseș și Subsecțiunea 3B4: Zalău – Nușfalău”, Cod CPV 45233100-0, de către ..., cu sediul în ..., în calitate de Autoritate contractantă, s-a solicitat:

I. Anularea Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, precum și a tuturor actelor subsecvente sau care au stat la baza emiterii acestuia și, în consecință:

(i) obligarea ... la evaluarea propunerii financiare a Asocierii fără a lua în considerare aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024;

(ii) obligarea ... la continuarea procedurii de evaluare a ofertei Asocierii de la etapa în care aceasta se regăsea la data formulării prezentei contestații.

II. Obligarea ... la plata tuturor cheltuielilor ocazionate cu judecarea prezentei cauze.

Prin adresa nr. 16430/16.02.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 9921/16.02.2024, ..., având sediul în ..., având cod fiscal ... și număr de

înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată legal de ..., reprezentată convențional de ..., având sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură la ..., în ..., a depus „Cerere de intervenție voluntară accesorie” prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie în sprijinul Autorității contractante;
- respingerea contestației;
- admiterea cererii de intervenție voluntară.

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 formulată de ..., prin care se solicită anularea Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, învederând următoarele:

I. Circumstanțierea situației de fapt.

Oferta depusă de Asociera contestatoare a parcurs etapele de evaluare de până acum și conform SICAP a obținut maximul de puncte, respectiv 100 puncte, propunerea tehnică a Asocierii fiind astfel declarată admisibilă și conformă cu documentația de atribuire.

În ceea ce privește propunerea financiară a Asocierii, trebuie precizat faptul că aceasta reprezintă aproape 90% (88,52%) din valoarea estimată de Autoritatea contractantă pentru procedura de achiziție

Prin adresa nr. 9/893/26.01.2024, ... a solicitat Asocierii, în etapa de evaluare a propunerii financiare, justificări concrete asupra prețurilor oferite de Asociere.

Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 a fost întemeiată în drept de ... în baza dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, dar aceasta NU respectă prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care impune ca solicitările de clarificări adresate ofertanților să fie CLARE, EXPLICITE ȘI SUFICIENT DETALIATE:

„(4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”

II. Considerații prealabile.

Pentru a preveni excluderea ofertei sale întemeiată pe refuzul de a răspunde solicitării de clarificări, Asociera a răspuns în data de 05.02.2024 în mod integral și explicit la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, fiind comunicate răspunsurile solicitate, inclusiv susținute cu documentele doveditoare aferente.

Însă, faptul că Asociera a răspuns la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 nu echivalează sub nicio formă cu recunoașterea legalității și temeiniciei acesteia, ci reprezintă o conformare obligatorie la solicitarea Autorității Contractante pentru a înlătura orice dubiu inclusiv cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse asumate și impuse prin documentația de atribuire.

Clarificarea de către Consiliu și/sau Curtea de Apel a legalității și a temeiniciei Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este necesară pentru ca evaluarea propunerii financiare a Asocierii să fie efectuată prin eliminarea oricărui element care permite o apreciere subiectivă și arbitrară.

Prin urmare, se arată că Răspunsul Asocierii din 05.02.2024 nu echivalează sub nicio formă cu recunoașterea legalității și temeiniciei Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

III. Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în tot, deoarece nu respectă exigențele art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Concluzia acestui motiv de nelegalitate este aceea că toate constatările și clarificările Autorității contractante din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 sunt afectate de foarte multe ambiguități și nelegalități, fiind practic imposibil de determinat care sunt elementele obiective la care Asocierea s-ar putea raporta pentru formularea unui răspuns concludent, este incert scopul pentru care sunt solicitate aceste clarificări, iar majoritatea acestora sunt asupra unor aspecte care nu necesită clarificări, astfel încât se impune anularea în integralitate pentru nerespectarea dispozițiilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, coroborate cu celelalte dispoziții legale care reglementează aspectele concrete.

În cadrul evaluării propunerii financiare, Autoritatea Contractantă a considerat ca fiind necesar a fi clarificate 4 (patru) aspecte ce țin de conținutul propunerii financiare, fiind trimisă în acest sens Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

Însă, Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este neclară, nu oferă destinatarului informații relevante, este insuficient detaliată, lipsind în mod cert elementele de raportare obiective, fiind practic o solicitare nelegală în integralitate.

În cauza CJUE c-599/10 la pct. 31, Curtea a reținut că *„efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că revine autorității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentiu a i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor”*.

Conform art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, legiuitorul a statuat faptul că solicitarea de clarificări trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și su ficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei, astfel încât neconcordanțele dintre exprimarea autorității și documentația de atribuire, imprecizia exprimării și lipsa detaliilor relevante, conduc inevitabil la nulitatea integrală a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

A. În ceea ce privește CONSTATAREA NR. 1 ȘI CLARIFICAREA NR. 1, solicitarea de clarificări nu respectă dispozițiile art. 134 alin. (4) din HG 395/2016, deoarece Autoritatea contractantă nu precizează practic:

(i) Care sunt valorile oferite la care Autoritatea face referire;

(ii) Care este cuantumul, respectiv procentul acestor diferențe și care este valoarea luată în considerare de Autoritatea Contractantă în urma aplicării procentelor de subcontractare;

(iii) La care acorduri de subcontractare și procente face în mod expres referire Autoritatea Contractantă;

(iv) Diferențele constatate de Autoritatea Contractantă sunt în sensul diminuării sau majorării acestora față de procentele acordurilor;

(v) De ce consideră Autoritatea Contractantă necesară clarificarea acestei situații în condițiile în care ofertanții pot oferi prețuri majorate Autorității față de cele din acordurile de subcontractare.

Din constatarea nr. 1 rezultă că există diferențe doar la anumiți subcontractanți, pe când prin Clarificare, Autoritatea Contractantă solicită justificarea acestor aspecte față de fiecare subcontractant declarat.

B. În ceea ce privește CONSTATAREA NR. 2 ȘI CLARIFICAREA NR. 2, solicitarea este insuficient detaliată, nejustificată și nu stabilește explicit motivul pentru care sunt solicitate astfel de clarificări:

(i) Lipsesc elementele obiective de raportare care ar putea îndruma și explica Asocierii motivul pentru care Autoritatea a calificat unele elemente de preț ca fiind aparent neobișnuit de scăzute;

(ii) Nu sunt menționate despre care prețuri aplicate pe piață este vorba sau cele care au fost luate în considerare de Autoritate;

(iii) Care este diferența între aceste prețuri luate în considerare de Autoritate și cele oferite de Asocieri;

(iv) Deși este citat art. 136 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, norma juridică nu este citată ca și temei de drept al Solicitării de Clarificare nr. 9/893/26.01.2024;

(v) Nu este prevăzut sau poate suficient de detaliat dacă Autoritatea Contractantă solicită Clarificările nr. 2 pentru a fi explicată de către Asocieri, posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, lipsind practic scopul pentru care se solicită clarificările (art. 136 alin. (1) din HG 395/2016).

C. În ceea ce privește CONSTATAREA NR. 3 ȘI CLARIFICAREA NR. 3, acestea sunt insuficient de detaliate, nejustificate și nu stabilesc explicit motivul pentru care sunt solicitate astfel de clarificări, fiind practic inexistente toate informațiile mai sus arătate cu privire la constatarea nr. 2 și clarificarea nr. 2.

Trebuie remarcat faptul că în ceea ce privește Constatarea nr. 3, Autoritatea Contractantă nu face referire la „prețuri aparent neobișnuit de scăzute”, ci la faptul că prețurile oferite ar putea fi aparent „neobișnuite”.

Or, nicăieri în legislația achizițiilor publice sau în documentația de atribuire nu se definește caracterul de preț „neobișnuit”, fiind practic inexistent un temei de drept pentru o astfel de calificare și în plus, un temei de drept pentru solicitarea unor clarificări în acest sens.

Astfel, Asocierea este într-o imposibilitate obiectivă în a aprecia de ce prețurile oferite sunt „neobișnuite”, fiind incert modalitatea în care ar trebui clarificat acest aspect, scopul clarificărilor, dar și așteptările Autorității Contractante.

D. În ceea ce privește CLARIFICAREA NR. 4, aceasta nu îndeplinește condițiile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 din următoarele motive:

(i) Autoritatea contractantă nu face nicio constatare față de cele solicitate a fi clarificate;

(ii) Autoritatea solicită clarificări asupra unei categorii de lucrări (subcategorie 13.9) din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7, față de care ofertanții au avut instrucțiuni clare asupra imposibilității de modificare, detalieri sau extindere;

(iii) Autoritatea solicită Asocierii să ignore instrucțiunile obligatorii din documentația de atribuire CNota nr. 6 la Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 și Fișa de Date, Cap. IV. 4.2.) și practic să pună Asocierea într-o situație de nerespectare a documentației;

(iv) Autoritatea a solicitat clarificări asupra subcategoriei 13.9 din propunerea financiară și prin Solicitarea de clarificare nr. 2, fiind practic o dublă solicitare asupra aceluiași aspect.

Clarificarea nr. 4 este cea mai ambiguă dintre toate și nu este explicată și detaliată în niciun fel, fiind practic imposibil de verificate raționamentul Autorității, de stabilit așteptările acesteia și modalitatea în care ar trebui să răspundă Asocierea astfel încât să nu fie pusă într-o situație de încălcare a documentației de atribuire (Nota nr. 6 la Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 și Fișa de Date, Cap. IV. 4.2.).

Prin urmare, după cum se poate constata din conținutul clarificărilor solicitate, Autoritatea Contractantă a recurs la solicitări exhaustive cu scopul de a pune Asocierea în dificultate, iar răspunsurile la solicitări putând fi ulterior interpretate subiectiv.

DEZVOLTAREA MOTIVELOR DE ANULARE PE FIECARE SOLICITARE DE CLARIFICARI ÎN PARTE

IV. Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în parte în ceea ce privește Constatarea nr. 1 și Solicitarea de Clarificare nr. 1.

Constatarea nr. 1 și Solicitarea de Clarificare nr. 1 este nelegală și nejustificată din două puncte de vedere diferite și independente.

Astfel, în primul rând, Solicitarea de Clarificare nr. 1 nu este suficient de clară și nu definește în mod explicit și suficient de detaliat care ar fi necesitatea unor astfel de clarificări.

Conform dispozițiilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, Autoritatea Contractantă are o obligație de a întocmi solicitările adresate ofertanților, cât mai clar și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea autorității.

Practic, în privința Constatării nr. 1 și Clarificarea nr. 1, lipsește situația premisă care impune lămurirea aspectelor privind procentele și valorile de subcontractare, în sensul în care Autoritatea Contractantă nu indică în niciun fel existența vreunei obligații a Asocierii sau a unei cerințe referitoare la ceea ce se solicită a fi clarificat.

Or, potrivit dispozițiilor art. 20 alin. (2) coroborate cu art. 123 alin. (1) și art. 127 alin. (1) lit. h), inclusiv art. 134 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare nu poate formula solicitări referitoare la aspecte ce exceda documentației de atribuire, așa cum este cea în

discuție, ci doar solicitări prin care să se asigure că cerințele documentației sunt respectate.

Astfel, nicăieri în documentația de atribuire nu se prevede vreo obligație în sensul celor constatate și solicitate a fi clarificate, respectiv:

- Constatarea nr. 1 și Clarificarea nr. 1 nu se încadrează în niciuna dintre categoriile referitoare la etapa de evaluare a propunerii financiare, nefiind o solicitare necesară pentru verificarea conformității cu propunerea tehnică, ori cu verificarea aritmetică sau în situația propunerilor aparent neobișnuit de scăzute;
- Prin documentația de atribuire nu s-a impus ofertanților să calculeze și precizeze valoarea exactă în oferta de preț a procentelor de subcontractare;
- Autoritatea Contractantă nu învederează care este nevoia concretă în a lămuri aspectele constatate, respectiv care sunt acele cerințe din documentația de atribuire prezumtiv nerespectate astfel încât sunt necesare lămuririle solicitate;
- Din constatarea nr. 1 rezultă că Autoritatea contractantă a constatat diferențe doar la anumiți subcontractanți, pe când prin Clarificare, Autoritatea Contractantă solicită justificarea acestor aspecte față de „fiecare subcontractant declarant”.

Pe lângă acestea, din Constatarea și Clarificarea nr. 1, Asocieria nu poate înțelege contextul exact al solicitării, respectiv situația premisă, clarificările exacte solicitate și motivul solicitării acestora, întrucât **NU REZULTĂ DE NICĂIERI:**

- (i) Care sunt valorile oferite la care Autoritatea face referire;
- (ii) Care este quantumul, respectiv procentul acestor diferențe și care este valoarea luată în considerare de Autoritatea Contractantă;
- (iii) La care acorduri de subcontractare și procente face în mod expres referire Autoritatea Contractantă;
- (iv) Diferențele constatate de Autoritatea Contractantă sunt în sensul diminuării acestora sau de majorare față de procentele acordurilor declarate;
- (v) De ce consideră Autoritatea Contractantă necesară clarificarea acestei situații în condițiile în care ofertanții pot oferi prețuri majorate Autorității față de cele din acordurile de subcontractare.

Așadar, toate cele de mai sus dictează faptul că Autoritatea Contractantă a procedat într-o manieră lipsită de transparență, Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 fiind aptă să producă mai multe neclarități, decât răspunsuri, astfel încât se impune anularea acesteia.

În al doilea rând, Solicitarea de Clarificare nr. 1 este inutilă, deoarece Autorității Contractante nu îi folosește în niciun fel informația valorilor procentelor de subcontractare în oferta de preț din moment ce valorile acordurilor de subcontractare în oferta de preț sunt respectate.

Practic, Autoritatea Contractantă a constatat diferențe între procentele de subcontractare și oferta de preț la categoriile de lucrări subcontractate, însă aceasta nu precizează și faptul că prin propunerea financiară, au fost oferite prețuri MAI MARI decât cele asociate acordurilor de contractare.

Cu alte cuvinte, propunerea financiară a Asocierii respectă acordurile de subcontractare, deoarece oferta de preț pe aceste segmente de lucrări este superioară valorilor stabilite prin acordurile de subcontractare, sens în care Asocierea nu a propus prețuri sub costul de achiziție, nefiind urmărită vinderea în pierdere.

Însă, atâta timp cât Asocierea este în mod legal îndreptățită să oferteze costuri mai mari decât valorile agreeate prin acordurile de subcontractare, Solicitarea de Clarificare este nejustificată și nu îndeplinește niciun scop practic, aspectele clarificate fiind inutile pentru modalitatea în care Asocierea și-a asumat îndeplinirea contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Dreptul Asocierii de a oferi prețuri diferite prin propunerea financiară față de prețurile din acordul de subcontractare, în sensul majorării, este prevăzut de dispozițiile art. 7.1. din Anexa nr. 2 la Hotărârea nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, act normativ ce face parte din Documentația de atribuire fiind indicat chiar de autoritatea contractantă ca și clauza contractuală ce trebuie asumată obligatoriu:

„Pentru evitarea oricărui dubiu, prețurile din subcontract pot fi diferite de prețurile din Contract, în funcție de condițiile de piață, costurile de coordonare, alte costuri indirecte și profitul Antreprenorului...”

Așadar, este deosebit de clar și legal ca elementul de cost „proiectare” poate avea o valoare mai mare decât valoarea ce reiese din aplicarea procentului de subcontractare, întrucât include costurile Asocierii de coordonare, management, asigurări, alte costuri indirecte cât și profitul.

De asemenea, în categoriile de preț 1, 2 și 3 Proiectare (1. Activitate: Proiectare Subsecțiunea 3B3 (fără Tunelul rutier la profil de autostradă în zona Meseș); 2. Activitate: Proiectare Subsecțiunea 3B4; 3. Activitate: Proiectare Tunel rutier la profil de autostradă în zona Meseș) NU este inclus doar procentul Proiectantului MEGA, ci și valorile aferente serviciilor de proiectare ale celorlalți subcontractanți, ale căror procente au fost calculate și prezentate raportat la valoarea ofertată de aceștia pentru categorii CE INCLUD PROIECTARE și execuție.

Prin urmare, Solicitarea de Clarificare nr. 1 se impune a fi anulată, deoarece situația constatată nu se impune a fi lămurită, întrucât valorile ofertate sunt superioare celor care rezultă din aplicarea procentelor de subcontractare, iar Asocierea este îndreptățită să oferteze prețuri mai mari conform art. 7.1. din Anexa nr. 2 la HG nr. 1/2018.

V. Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în parte în ceea ce privește Constatarea nr. 2 și Solicitarea de Clarificare nr. 2.

Solicitarea de Clarificare nr. 2 este nelegală și nejustificată din trei puncte de vedere diferite și independente.

Astfel, în primul rând, prin Constatarea nr. 2 și Solicitarea de Clarificare nr. 2, Autoritatea Contractantă nu învederează motivul pentru

care solicită clarificări asupra „elementelor de preț” oferite la categoriile de lucrări nr. 5 - 12 - 13 - 14 - 15.

Constatare nr. 2: Comisia de Evaluare a constatat că pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuit de scăzute prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.

După cum se poate observa, Autoritatea Contractantă constată în mod prezumtiv că anumite „elemente de preț” ar putea fi aparent neobișnuit de scăzute și procedează la solicitarea de clarificări asupra acestora, fiind inclusiv citate indirect dispozițiile art. 136 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

Prin examinarea ofertei financiare - Anexa 1 la Formularul 7, Autoritatea Contractantă nu a solicitat clarificarea unor elemente de preț, ci a unor întregi CATEGORII DE LUCRĂRI, care conțin sute de elemente de preț:

„coroborat cu cele din Instrucțiuni către Ofertanți de la Secțiunea IV.4.2 "Modul de prezentare al propunerii financiare" Comisia de Evaluare analizând corelarea Propunerii Financiare cu lucrările stabilite de dvs. în Propunerea Tehnică, vă solicită să clarificați prețurile oferite de dumneavoastră pentru următoarele categorii de lucrări:"

Autoritatea Contractantă nu a învederat care este scopul pentru care aceste clarificări sunt solicitate, deoarece legiuitorul a reglementat dreptul de a fi solicitate clarificări asupra unor elemente de preț doar cu condiția de a clarifica dacă operatorul economic ofertant are „posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”.

Interpretarea logică și gramaticală a dispozițiilor art. 136 alin. (1) coroborate cu art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, determină faptul că Autoritatea Contractantă NU este îndreptățită de a solicita clarificări asupra unor categorii de lucrări al căror preț este aparent neobișnuit de scăzut, dreptul său fiind limitat la elemente de preț și la situația când are îndoieli asupra posibilității de executare a contractului, astfel încât solicitarea de clarificări se impune a fi cât mai explicită și suficient detaliată, sens în care este obligatorie menționarea scopului clarificărilor solicitate.

Așadar, din moment ce Constatarea nr. 2 și Solicitarea de Clarificare nr. 2 nu menționează faptul că Autoritatea Contractantă solicită clarificări pentru a determina „posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”, acestea se impun a fi anulate pentru nerespectarea dispozițiilor art. 136 alin. (1) și pe cele ale art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

În al doilea rând, Autoritatea Contractantă nu a definit în mod explicit de ce consideră că prețurile oferite sunt aparent neobișnuit de scăzute, dar nici nu a detaliat în mod suficient elementele de raportare obiective față de care ar trebui apreciată temeinicia solicitării.

Conform dispozițiilor art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, solicitări de clarificare a unor elemente de preț pot fi transmise doar atunci când acestea sunt apreciate ca fiind „aparent neobișnuit de scăzute”, iar o astfel de solicitare trebuie în mod evident să fie întemeiată și suficient de probată.

Astfel, Autoritatea Contractantă trebuie să probeze faptul că a apreciat în mod întemeiat că respectivele prețuri sunt aparent neobișnuit de scăzute, iar în acest sens, aceasta este obligată să aducă la cunoștința operatorului următoarele informații esențiale:

> Care sunt prețurile considerate ca fiind aparent neobișnuit de scăzute și prin raportare la ce elemente obiective s-a apreciat că acestea sunt neobișnuit de scăzute.

Or, în cazul de față, Autoritatea Contractantă nu a oferit nicio astfel de informație în baza căreia s-ar putea aprecia temeinicia calificării prețurilor ca „aparent neobișnuit de scăzute”, dar și temeinicia solicitării de clarificări.

Pentru aprecierea caracterului de prețuri „aparent neobișnuit de scăzute”, Autoritatea Contractantă face o simplă trimitere care nu oferă niciun fel de informație „prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil (utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri) cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta”.

Așadar, se observă cu certitudine nelegalitatea Solicității de Clarificări nr. 2 din faptul că Autoritatea Contractantă nu a învederat:

- Care sunt aceste prețuri aplicate pe piața de profil, cu indicarea exactă a acestora și a piețelor specifice de tranzacționare;
- Care sunt prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă la care contestatorul ar fi trebuit să se raporteze;
- Care este diferența dintre aceste prețuri luate în considerare de Autoritate și prețurile oferite de Asocieri la categoriile de lucrări nr. 5 – 12 – 13 – 14 – 15.

Astfel, din coroborarea dispozițiilor art. 209 și art. 210 din Legea nr. 98/2016 cu cele ale art. 127 alin. (1), art. 134 alin. (1) și (4) și art. 136 din H.G. nr. 395/2016, rezultă că autoritățile contractante îi revine obligația de a explica în mod suficient de detaliat constatările și solicitările, deoarece în noțiunea de „clarificare” sunt circumscrise atât explicațiile, cât și documentele care să probeze explicațiile prezentate.

În Instrucțiunile către Ofertanți de la Secțiunea IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare” din Fișa de date Autoritatea Contractantă a stabilit:

- Un preț neobișnuit de scăzut reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată (Nota 5);
- În cazul în care comisia constată că elemente de preț sunt aparent neobișnuit de scăzute prin raportare la prețurile pieței utilizându-se ca referință:
 - Buletine statistice
 - Cotații ale burselor de mărfuri.

Nici în lege și nici în fișa de date nu sunt prevăzute ca reper „prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.”

„N 5: În sensul prev. art. 210 alin. (1) din L 98/2016 privind achizițiile publice, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul oferat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

N 6: În sit. 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 DA.

N 7: Explicațiile aduse de ofertant vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prev. la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind 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.

N 8: 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.

N 9: AC va aplica factorii de evaluare privind componenta financiară doar pentru ofertele declarate admisibile, respectiv acele oferte care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării potrivit art. 132 și art. 133 din H.G. 395/2016.”

Întrucât acesta este un proiect de tipul Proiectare + Execuție, Asocierea a realizat oferta în baza analizei documentației și a terenului cât și a propriului proiect care a fost prezentat pe larg în oferta tehnică.

Astfel, ofertantul a decis, la fel ca și ceilalți competitori, că se încadrează în valoarea estimată conform propriului proiect și propriei estimări.

„Răspuns 227: Autoritatea Contractantă a publicat în cadrul Documentației de Atribuire toată documentația relevantă de care dispune. Documentația este suficientă pentru elaborarea unor oferte corecte, complete și competitive, care să corespundă cerințelor și necesității Autorității Contractante.

Vă rugăm să aveți în vedere că prezentul contract este unul de tip PROIECTARE ȘI EXECUȚIE, conform anexei nr. 2 din HG nr. 1/2018, cu modificările și completările ulterioare, în care Antreprenorul are și calitatea de Proiectant, lucrările urmând a fi executate în baza Proiectului Tehnic de Execuție realizat de acesta.”

În contractul asumat de Asociere prin oferta depusă se prevede:

„Clauza 20 Corectitudinea Prețului Contractului

20.1 Beneficiarul va pune la dispoziția Antreprenorului, pentru informarea acestuia, cel târziu la Data de Referință, toate datele relevante, care se află în posesia Beneficiarului, referitoare la structura geologică și condițiile hidrologice de pe Șantier, inclusiv aspectele legate de mediu. Antreprenorul are responsabilitatea interpretării acestor date.

20.2 Se consideră că Antreprenorul, în măsura în care este posibil (ținând cont de costuri și timp), a inspectat și examinat Șantierul și împrejurimile sale, a analizat datele menționate la subclauza 20.1 și că s-a edificat, înainte de depunerea Ofertei, asupra tuturor aspectelor relevante, inclusiv natura solului și subsolului, forma și natura Șantierului, întinderea și latura Lucrărilor, Materialele necesare execuției Lucrărilor, căile de acces la Șantier și în general a obținut toate Informațiile cu privire la riscurile, inclusiv în legătură cu probabilitatea de apariție a acestora, și alte circumstanțe ce influențează sau afectează Oferta.

20.3 Se consideră că înainte de depunerea Ofertei, Antreprenorul s-a informat cu privire la corectitudinea și suficiența Ofertei, a Prețului Contractului și a prețurilor indicate în Graficul de Eșalonare a Plăților, care, cu excepția celor prevăzute altfel în Condițiile Contractuale, acoperă toate obligațiile prevăzute în Contract.

20.4 Având în vedere că se consideră că Antreprenorul și-a stabilit Oferta financiară în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări, Antreprenorul, fără plata vreunui cost suplimentar, va respecta orice obligație și va proiecta și executa orice lucrare prevăzute în Contract, chiar dacă pentru obligația sau lucrarea respectivă nu există o sumă sau o valoare în Graficul de Eșalonare a Plăților."

Atât timp cât „se consideră că Antreprenorul, în măsura în care este posibil, a inspectat și examinat Șantierul și împrejurimile sale, a analizat datele menționate la subclauza 20.1 și că s-a edificat, înainte de depunerea Ofertei, asupra tuturor aspectelor relevante, inclusiv natura solului și subsolului, forma și natura Șantierului, întinderea și latura Lucrărilor, Materialele necesare execuției Lucrărilor, căile de acces la Șantier și în general a obținut toate Informațiile cu privire la riscurile, inclusiv în legătură cu probabilitatea de apariție a acestora, și alte circumstanțe ce influențează sau afectează Oferta", ofertantul nu înțelege solicitarea raportării ofertei sale la prețurile (necomunicate) luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.

De asemenea, în Fișa de date a achiziției la Secțiunea IV.4.2 "Modul de prezentare al propunerii financiare" s-au indicat a fi respectate notele 2-6 și procedând la aceasta.

Prin ofertă, contestatorul și-a asumat că:

„Nota 2: Se consideră că prețurile introduse în tabelul de mai sus vor fi penfru activitățile/categoriile de lucrări sau servicii complet finalizate din toate punctele de vedere. La prețurile introduse va fi obligatoriu să fie luate în calcul toate cerințele și obligațiile, fie exprimate sau deduse, care să acopere toate aspectele Contractului și să acopere în întregime activitățile/ categoriile de lucrări sau servicii din prezentul tabel în mod corespunzător. Prețurile trebuie să includă toate cheltuielile și riscurile de

orice fel, necesare pentru proiectarea, execuția, construcția, finalizarea și întreținerea Lucrărilor în conformitate cu prevederile Contractului. Dacă în tabelul de mai sus nu se menționează separat anumite categorii de cheltuieli aferente activităților/categoriilor de lucrări sau servicii, trebuie făcută o alocare completă în sumele specificate pentru toate costurile implicate.

Nota 4: Se consideră că ofertanții și-au stabilit oferta financiară, inclusiv prețurile de mai sus, în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări, iar pe parcursul implementării contractului, chiar dacă pentru anumite obligații sau lucrări sumele alocate mai sus sunt insuficiente, aceste obligații vor fi respectate, iar lucrările prevăzute în contract vor fi proiectate și executate fără plata unor costuri suplimentare.

Nota 5: Ulterior semnării contractului, Antreprenorul nu va fi îndreptățit să solicite o creștere a prețurilor stabilite în tabelul de mai sus invocând motivul că lucrarea sau serviciul a necesitat mai multă muncă sau a costat mai mult decât a anticipat inițial iar Beneficiarul nu va fi îndreptățit să solicite o diminuare a prețurilor stabilite în tabelul de mai sus invocând motive opuse celor anterior menționate.

Nota 6: Ofertanții NU POT EXTINDE Tabelul cu Prețurile activităților/categoriilor de lucrări sau servicii prin includerea de noi sub-activități/sub-categorii de lucrări sau servicii, sau prin detalierea activităților/categoriilor de lucrări sau servicii incluse în acest tabel."

Astfel, atât timp cât în întocmirea ofertei financiare:

- nu există altă obligație a ofertanților în afară de a se încadra în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului;
- s-au angajat că în suma ofertată vor executa lucrări sau servicii complet finalizate din toate punctele de vedere, luând în calcul toate cerințele și obligațiile, fie exprimate sau deduse, care să acopere toate aspectele Contractului și să acopere în întregime activitățile/categoriile de lucrări sau servicii incluzând cheltuielile și riscurile de orice fel, necesare pentru proiectarea, execuția, construcția, finalizarea și întreținerea Lucrărilor în conformitate cu prevederile contractului;
- și-au asumat că au inclus în categoriile de lucrări menționate în Anexa 1 la Oferta financiară toate costurile chiar dacă nu se menționează separat anumite categorii de cheltuieli aferente activităților/categoriilor de lucrări sau servicii;
- în contractul asumat se prevede fără echivoc că Asocierea este responsabilă pentru propriile calcule iar Asocierea, „fără plata vreunui cost suplimentar, va respecta orice obligație și va proiecta și executa orice lucrare prevăzute în Contract, chiar dacă pentru obligația sau lucrarea respectivă nu există o sumă sau o valoare în Graficul de Eșalonare a Plăților”;
- nu a fost informat ce preturi a luat în considerare Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate;
- nu s-a indicat în documentația de atribuire obligativitatea să se încadreze în prețurile luate în considerare de Autoritatea

Contractantă în stabilirea valorii estimate, respectiv nu s-au stabilit plafoane pe „categorii de lucrări”;

- nu s-au indicat buletinele statistice sau cotațiile burselor de mărfuri la care să se raporteze,

nu se susține necesitatea justificării prețurilor și legalitatea unei astfel de solicitări.

„Toate activitățile/categoriile de lucrări sau servicii vor fi pretuite, fără excepție. În cazul în care o activitate/categorie de lucrări sau servicii nu este prețuită (este lăsată fără preț) sau este prețuită cu "zero", poate conduce la respingerea ofertei depuse.”

N 1: Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.”

În plus, prin solicitarea de clarificări NU s-a solicitat ca ofertantul să clarifice elemente de preț, cum ar fi legal (cele care se pot raporta conform HG 395 la buletine statistice și cotații ale bursei de mărfuri), ci „categorii de lucrări”.

Contestatorul nu cunoaște că ar exista, în buletinele statistice și în cotațiile bursei de mărfuri sau chiar în „prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta în preț” un preț de piață CONFORM PROIECTULUI ÎNTOCMIT DE ASOCIERE, în raport cu care comisia de evaluare să poată compara:

„Categorica de lucrări: Amenajarea terenului pentru Subsectiunea 3B3”

„Categorica de lucrări: Lucrări de consolidare pentru Subsectiunea 3B3”

„Categorica de lucrări: Lucrări de consolidare: 5.000 ml zid de sprijin din coloane forate 0i.50m”,

„Categorica de lucrări: Lucrări de consolidare: 1.000 ml ziduri din beton armat fundate pe ranforti din piloți de beton armat Ø1,50m”.

Așadar, pentru ca autoritatea contractantă să își îndeplinească obligația legală de solicitare de clarificări cu privire la prețul sau costul propus, aceasta este ținută să indice în mod clar, explicit și detaliat care sunt clarificările ce se solicită a fi făcute, inclusiv menționarea necesității depunerii de documente care să probeze explicațiile.

Orice decizie a Autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie să fie fundamentată pe o evaluare temeinică, obiectivă a ofertei, sub toate aspectele acesteia, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte, ori pe baza unei decizii subiective sau a unor simple prezumții a membrilor comisiei de evaluare.

Prin urmare, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească în mod neechivoc pe baza probelor administrate, care sunt elementele obiective avute în vedere la calificarea prețurilor ofertate ca fiind aparent neobișnuit de scăzute, nefiind suficientă indicarea pur generală și teoretică

a unor așa-zise prețuri necunoscute de Asociere pe baza cărora s-ar fi putut realiza o verificare efectivă a temeiniciei solicitărilor, astfel încât se impune anularea Constatării nr. 2 și Solicitării de Clarificare nr. 2.

Nu în ultimul rând, Solicitarea de Clarificare nr. 2 este inadmisibilă, deoarece propunerea financiară a Asocierii este de 88,25% din valoarea estimată a contractului, astfel încât Autoritatea nu poate solicita justificări de preț sau costuri care alcătuiesc propunerea financiară, întrucât nu sunt îndeplinite condițiile obligatorii ale art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 136 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

VI. Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în parte în ceea ce privește Constatarea nr. 3 și Solicitarea de Clarificare nr. 3.

Solicitarea de Clarificare nr. 1 este nelegală și nejustificată din trei puncte de vedere diferite și independente.

Astfel, în primul rând, Solicitarea de Clarificare nr. 2 nu este suficient de clară și nu definește în mod explicit și suficient de detaliat motivele pentru care apreciază că prețurile oferite la categoriile de lucrări indicate sunt „APARENT NEOBIȘNUITE” și care este temeiul legal pentru o astfel de încadrare și solicitare de clarificare.

Spre deosebire de Constatarea nr. 2, unde Autoritatea a stabilit prezumtiv că prețurile oferite pot fi „aparent neobișnuit de scăzute”, prin Constatarea nr. 3, Autoritatea învederează că prețurile oferite „POT FI APARENT NEOBIȘNUITE”.

„Constatare nr. 3: Comisia de Evaluare a constatat că pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuite prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.”

Or, nicăieri în legislația achizițiilor publice sau în documentația de atribuite nu este precizată o astfel de categorie de prețuri și costuri, respectiv „aparent neobișnuite”, fiind practic o calificare efectuată de Autoritatea Contractantă în lipsa unui temei legal.

În mod evident, toate constatările și solicitările Autorității Contractante trebuie să fie motivate în fapt și în drept, deoarece Comisia de Evaluare îndeplinește obligații și atribuții în procedura achiziției publice, fiind interzisă libera apreciere arbitrară și subiectivă, mai ales legiferarea indirectă.

Astfel, Solicitării de Clarificări nr. 3 sunt întemeiate pe o situație premisă nelegală, respectiv cea în care prețurile oferite de Asociere au fost calificate ca fiind „aparent neobișnuite”, probabil neobișnuit de mari având în vedere că nu s-a indicat același temei legal ca la Solicitarea 2, iar în raport de această situație se impune în mod evident anularea acestora.

Prin urmare, Constatarea nr. 3 și Clarificarea nr. 3 sunt nelegale și neîntemeiate, astfel încât se impun a fi anulate, deoarece Autoritatea Contractantă și-a depășit atribuțiile existente față de etapa de evaluare a propunerilor financiare, fiind emise solicitări de clarificare asupra unor

aspecte care nu necesită clarificări și care nu pot fi legal calificate ca fiind „APARENT NEOBIȘNUITE”.

În al doilea rând, prin Constatarea nr. 2 și Solicitarea de Clarificare nr. 2, Autoritatea Contractantă nu învederează motivul pentru care solicită clarificări asupra elementelor de preț ofertate.

Așadar, din moment ce Constatarea nr. 3 și Solicitarea de Clarificare nr. 3 nu menționează faptul că Autoritatea Contractantă solicită clarificări pentru a determina „posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”, acestea se impun a fi anulate pentru nerespectarea dispozițiilor art. 136 alin. (1) și pe cele ale art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

În al treilea rând, Autoritatea Contractantă nu a definit în mod explicit de ce consideră că prețurile ofertate sunt „APARENT NEOBIȘNUITE”, dar nici nu a detaliat în mod suficient elementele de raportare obiective față de care ar trebui apreciată temeinicia solicitării.

Conform dispozițiilor art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, orice solicitare trebuie în mod evident să fie întemeiată și suficient de probată.

Astfel, Autoritatea Contractantă trebuie să probeze faptul că a apreciat în mod întemeiat că respectivele prețuri sunt „APARENT NEOBIȘNUITE”, iar în acest sens, aceasta este obligată să aducă la cunoștința operatorului următoarele informații esențiale:

> Care sunt prețurile considerate ca fiind aparent neobișnuite și prin raportare la ce elemente obiective s-a apreciat că acestea sunt neobișnuit de scăzute.

Or, în cazul de față, Autoritatea Contractantă nu a oferit nicio astfel de informație în baza căreia s-ar putea aprecia temeinicia calificării prețurilor ca „aparent neobișnuite”, dar și temeinicia solicitării de clarificări.

Așadar, se observă cu certitudine nelegalitatea Solicitării de Clarificări nr. 3 din faptul că Autoritatea Contractantă nu a învederat:

- Care sunt aceste prețuri aplicate pe piața de profil, cu indicarea exactă a acestora și a piețelor specifice de tranzacționare;

- Care sunt prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă;

- Care este diferența dintre aceste prețuri luate în considerare de Autoritate și prețurile ofertate de Asocieri la categoriile de lucrări învederate.

Astfel, din coroborarea dispozițiilor art. 209 și art. 210 din Legea nr. 98/2016 cu cele ale art. 127 alin. (1), art. 134 alin. (1) și (4) și art. 136 din H.G. nr. 395/2016, rezultă că autorității contractante îi revine obligația de a explica în mod suficient de detaliat constatările și solicitările, deoarece în noțiunea de „clarificare” sunt circumscrise atât explicațiile, cât și documentele care să probeze explicațiile prezentate.

Prin urmare, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească în mod neechivoc pe baza probelor administrate, care sunt elementele obiective avute în vedere la calificarea prețurilor ofertate ca fiind „APARENT NEOBIȘNUITE”, nefiind suficientă indicarea pur generală și teoretică a unor așa-zise prețuri necunoscute de Asocieri în lipsa cărora

nu s-ar putea realiza o verificare efectivă a temeiniciei solicitărilor, astfel încât se impune anularea Constatării nr. 3 și Solicitării de Clarificare nr. 3.

VII. Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în parte în ceea ce privește Solicitarea de Clarificare nr. 4.

În ceea ce privește Solicitarea de Clarificare nr. 4, aceasta se referă în mod expres la o categorie de cost a propunerii financiare care nu poate fi detaliată, fiind indicat în mod expres operatorilor economici ofertanți că nu pot modifica în niciun fel Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7.

Astfel, în primul rând, trebuie observat că Autoritatea Contractantă solicită detalierea categoriilor de lucrări care au fost luate în considerare la categoria de cost 13.9 din Anexa nr. 1 la Formular nr 7, categorie de cost pe care ofertanții nu o puteau modifica prin detalierea la nivelul formularului de ofertă financiară.

Potrivit Notei nr. 6 la Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7, Autoritatea Contractantă a stabilit:

„Ofertanții NU POT EXTINDE Tabelul cu Prețurile activităților/ categoriilor de lucrări sau servicii prin includerea de noi sub-activități/ sub-categorii de lucrări sau servicii, sau prin detalierea activităților/categoriilor de lucrări sau servicii incluse în acest tabel”.

De asemenea, potrivit Documentației de Atribuire, respectiv Fișa de Date, Cap IV. 4.2. „Modul de Prezentare al Propunerii Financiare”:

„Ofertanții nu pot extinde Tabelul cu Preturile activitatilor/ categoriilor de lucrări sau servicii din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 nici prin includerea de noi activități/ categorii de lucrări sau servicii, nici prin detalierea activitatilor/ categoriilor de lucrări sau servicii incluse în acest tabel.

Tabelul cu Preturile activitatilor/ categoriilor de lucrări sau servicii nu va fi modificat de ofertând, ci va respecta întocmai structura din Anexa nr. 1 la Form nr. 7.

Toate activitățile/ categoriile de lucrări sau servicii vor fi pretuite, fara excepție. In cazul in care o activitate/categorie de lucrări sau servicii nu este pretuita (este lasata fara pret) sau este pretuita cu "zero", poate conduce la respingerea ofertei depuse”.

Or, din moment ce documentația de atribuire este definitivă, iar prin Fișa de Date, Cap IV. 4.2. și Nota nr. 6 la Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 s-a stabilit în mod obligatoriu, sub sancțiunea respingerii ofertei, faptul că operatorii economici ofertanți nu pot modifica Tabelul cu Prețurile activităților/categoriilor de lucrări sau servicii, este vădit nelegală Solicitarea de Clarificare nr. 4 privind detalierea lucrărilor incluse în subcategoria 13.9, Autoritatea Contractantă fiind obligată în aceeași măsură ca și operatorii economici la respectarea prevederilor Documentației de atribuire pe care chiar ea a publicat-o.

Prin urmare, Solicitarea de Clarificare nr. 4 se impune a fi anulată ca fiind nelegală, deoarece, în mod evident, documentația de atribuire este obligatorie nu doar pentru Asociere, ci și pentru Autoritatea Contractantă, astfel încât o nerespectare din partea Autorității a documentației de atribuire determină în mod evident o anulare a actelor viciate.

În al doilea rând, Autoritatea Contractantă nu a precizat în niciun fel motivul pentru care solicită clarificări asupra subcategoriei nr. 13.9 din propunerea financiară, nici măcar prin indicarea unei Constatări ca și în cazul celorlalte 3 clarificări solicitate, fiind practic o solicitare nemotivată în fapt și în drept care nu servește niciunui scop, solicitarea încălcând astfel principiul transparenței.

Astfel, din coroborarea dispozițiilor art. 209 și art. 210 din Legea nr. 98/2016 cu cele ale art. 127 alin. (1), art. 134 alin. (1) și (4) și art. 136 din H.G. nr. 395/2016, rezultă că autoritățile contractante îi revine obligația de a explica în mod suficient de detaliat constatările și solicitările, deoarece în noțiunea de „clarificare” sunt circumscrise atât explicațiile, cât și documentele care să probeze explicațiile prezentate.

Bunăoară, Solicitarea de Clarificare nr. 4 nu este motivată în fapt și în drept, nu este probată, nu este prezentată cerința din documentația de atribuire sau dispozițiile legale care impun o astfel de solicitare și nu este prezentat scopul urmărit prin aceste clarificări.

Practic, Autoritatea Contractantă solicită astfel clarificări asupra unei situații de fapt care nu se impune a fi lămurită, deoarece documentația de atribuire este suficient de explicită în privința interdicției de a detalia subcategoria 13.9 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7, fiind astfel o încălcare directă și flagrantă a principiului transparenței.

În jurisprudența CJUE s-a reținut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte de o manieră clară și univocă algoritmul urmat de instituția care a adoptat măsură atacată, astfel încât să li se permită persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor și, de asemenea, să permită curților comunitare competente să efectueze revizuirea actului (Cauza C-367/1995 *Commission of the European Communities v Chambre syndicale nationale des entreprises de transport defonds et valeurs (Sytraval) and Brink's France SARL*).

Prin urmare, Solicitarea de Clarificare nr. 4 nu respectă principiul transparenței și nici exigențele art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, fiind astfel o solicitare nemotivată în fapt și în drept care nu permite Asocierii să deslușească necesitatea unei astfel de clarificări, precum și scopul urmărit de Autoritatea Contractantă, fiind practic imposibil a aprecia asupra temeiniciei acesteia.

Nu în ultimul rând, prin Solicitarea de Clarificare nr. 4, Autoritatea Contractantă solicită aceleași clarificări solicitate inclusiv prin Solicitarea de Clarificare nr. 2, fiind practic o dublă solicitare asupra sub categoriei 13.9.

Este incert motivul pentru care Autoritatea Contractantă a formulat solicitarea de clarificare nr. 4, însă ceea ce este cert este că au fost solicitate clarificări asupra subcategoriei nr. 13.9 și prin Solicitarea de Clarificări nr. 2:

„c) Categorie de lucrări: Lucrări de consolidare - Subscțiunea 3B4 [13.1+13.2+13.3+13.4+13.5+13.6+13.7+13.8+13.91 - punctul 13 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite în cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastră;”.

Solicitarea de două ori de clarificări asupra aceleiași împrejurări este inutilă și nelegală, deoarece destinatarul este pus într-o situație de ambiguitate în care este ce se solicită în concret, modalitatea în care ar trebui formulat răspunsul, dar și finalitatea urmărită de Autoritate.

Prin urmare, din moment ce Autoritatea Contractantă a solicitat clarificări asupra subcategoriei 13.9 „Orice alte lucrări de consolidare necesare realizării Subsecțiunii 3B4”, se impune anularea Solicitării de Clarificări nr. 4 pentru nerespectarea dispozițiilor art. 134 alin. (1) și (4) din H.G. nr. 395/2016 coroborate cu principiul transparenței, întrucât s-ar solicita lămuriri asupra unei situații deja lămurite de Asocierie.

VIII. Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în tot.

Concluzia comună tuturor argumentelor de mai jos este aceea că, Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și inadmisibilă, deoarece Autoritatea Contractantă practic califică propunerea financiară a Asocierii ca fiind una aparent neobișnuit de scăzută, deși oferta Asocierii este de 88,25% din valoarea estimată a contractului, pentru a solicita clarificări și detalieri ce pot fi analizate subiectiv.

În prezenta cauză, cele 4 (patru) constatări și clarificări solicitate de către Autoritatea Contractantă sunt doar cu privire la prețurile din propunerea financiară a Asocierii, respectiv:

> *Constatare nr. 1: „(...) pentru elementele de preț ale ofertei (...) valorile ofertate de dumneavoastră prezintă diferențe față de valorile rezultate din aplicarea procentelor de subcontractare (...).”;*

> *Constatare nr. 2: „(...) pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuit de scăzute”.*

> *Constatare nr. 3: „(...) pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuite (...).”.*

> *Clarificare nr. 4: „Comisia de evaluare vă solicită să prezentați tipurile de lucrări prețuite în cadrul subcategoriei 13.9 (...).”.*

Practic, natura juridică a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este aceea de justificări privind prețurile aparent neobișnuit de scăzute, constatări și clarificări reglementate expres de dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 136 din H.G. nr. 395/2016.

În susținerea calificării acestor solicitări din partea Autorității Contractante ca fiind de natura juridică a celor solicitate în baza dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 136 din H.G. nr. 395/2016, sunt inclusiv Clarificările nr. 2 în care Autoritatea Contractantă citează în mod expres conținutul dispozițiilor art. 136 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016.

Practic, prin Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, Autoritatea Contractantă a încadrat propunerea financiară a Asocierii în categoria celor cu o valoare aparent neobișnuit de scăzută, solicitând astfel justificări asupra elementelor de preț care compun propunerea financiară.

Însă, încadrarea propunerii financiare a Asocierii de către Autoritatea Contractantă în categoria celor cu preț aparent neobișnuit de scăzut este nelegală și neîntemeiată, astfel încât vă rugăm să observați în continuare, motivele pentru care Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 se impune a fi anulată.

> În prezenta cauză, Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și inadmisibilă, deoarece propunerea financiară a Asocierii reprezintă 88,25% din valoarea estimată a contractului, fiind astfel exclusă ipoteza reglementată de art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea Contractantă a calificat propunerea financiară a Asocierii ca fiind una aparent neobișnuit de scăzută și în mod nelegal a solicitat clarificări asupra elementelor de preț ale propunerii financiare, deoarece conform art. 136 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, o propunere financiară este aparent neobișnuit de scăzută dacă prețul oferat reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului, iar oferta Asocierii este 88,25% din valoarea estimată a contractului.

Astfel, din moment ce propunerea financiară a Asocierii este de peste 80% din valoarea estimată, mai exact 88,52%, Autoritatea Contractantă a considerat în mod nelegal că trebuie verificată situația prevăzută de art. 210 din Lege și a procedat în mod nelegal la solicitarea de clarificări în acest sens.

Potrivit art. 127 alin. (1) lit. h) din H.G. nr. 395/2016, Legiuitorul a reglementat în cadrul atribuțiilor stabilite în sarcina Autorității Contractante și verificarea încadrării propunerilor financiare în situația prevăzută la art. 210 din Lege, însă doar dacă este cazul.

Din interpretarea gramaticală a sintagmei „și, dacă este cazul,”, Legiuitorul a reglementat doar cu titlu de excepție verificarea efectuată asupra propunerii financiare din perspectiva art. 210 din Lege, deoarece o astfel de verificare este condiționată de existența unui preț de sub 80% din valoarea estimată a contractului.

Astfel, verificarea stabilită de legiuitor la art. 127 alin. (1) lit. h) ultima teză din H.G. nr. 395/2016, este una excepțională și condiționată de existența unei propunerii financiare de sub 80% din valoarea estimată, aceasta fiind modalitatea de interpretare și aplicare a acestor dispoziții în raport de sintagma de legătură „și, dacă este cazul,”.

Per a contrario, dacă propunerea financiară este de peste 80% din valoarea estimată a contractului, „nu este cazul” de a fi efectuată o verificare a încadrării în situația de reglementată de art. 210 din Lege.

În practica CJUE, în Cauza C 42/13 Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA s-a reținut în sensul următor:

„44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante”.

În jurisprudența CJUE s-a reținut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte de o manieră clară și univocă

algoritmul urmat de instituția care a adoptat măsură atacată, astfel încât să li se permită persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor și, de asemenea, să permită curților comunitare competente să efectueze revizuirea actului (Cauza C-367/1995 Comission of the European Communities v Chambre syndicale naționale des entreprises de transport defonds et valeurs (Syti'aval) and Brink's France SARL).

Astfel, din moment ce propunerea financiară a Asocierii este de 88,52% din valoarea estimată a contractului, nu se poate concluziona decât că „nu este cazul” unei astfel de verificări de încadrare în situația de la art. 210 din Lege, întrucât nu este îndeplinit pragul stabilit ca și condiție obligatorie de 80% prin art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, explicitat de art. 136 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

În concluzie, din expunerea tuturor motivelor de nelegalitate și netemeinicie mai sus prevăzute, rezultă în mod indubitabil faptul că Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 se impune a fi anulată, întrucât aceasta este afectată de nenumărate vicii de temeinicie, motivare și suficientă detaliere, fiind practic imposibil pentru Asociere sau pentru Consiliu și/sau Curtea de Apel să descifreze dacă emiterea unei astfel de solicitări a fost suficient de întemeiată și probată.

Având în vedere toate motivele de fapt și de drept expuse supra, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 coroborate cu cele ale art. 12 din Legea 101/2016, precum și toate celelalte dispoziții menționate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 15079/14.02.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 9209/14.02.2024, Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante din dosarul achiziției publice, în format electronic.

Prin adresa nr. 16430/16.02.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 9921/16.02.2024, ... a depus „Cerere de intervenție voluntară accesorie” prin care solicită:

- admiterea în pricipiu a cererii de intervenție voluntară accesorie în sprijinul Autorității contractante;
- respingerea contestației;
- admiterea cererii de intervenție voluntară,

pentru următoarele motive:

I. SITUAȚIA DE FAPT

1. În data de 03.02.2023, ... a publicat anunțul de participare nr. ... pentru atribuirea contractului de achiziții publice „Proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov - Târgu Mureș - Cluj - Oradea, Secțiunea 3B: Mihăilești - Suplacu de Barcău, Subsecțiunea 3B3: Poarta Sălajului - Zalău, inclusiv Tunel rutier la profil de autostradă în zona Meseș și Subsecțiunea 3B4: Zalău - Nușfalău”, licitație deschisă.

... a depus oferta sa în data de 28.08.2023.

2. În procedura de evaiuare a propunerii financiare, respectiv în data de 26.01.2024, ... a comunicat Contestatoarei ... solicitarea de clarificări nr. 9/893.

Din contestația ... încărcată în SEAP, se deduce conținutul Solicitării de clarificări adresate acesteia, respectiv:

- Solicitarea de clarificări nr. 1 - Lămurirea aspectelor privind procentele și valorile de subcontractare;
- Solicitarea de clarificări nr. 2 - Clarificarea prețurilor aparent neobișnuit de scăzute oferite pentru anumite categorii de lucrări;
- Solicitarea de clarificări nr. 3 - Clarificarea prețurilor aparent neobișnuit de scăzute oferite pentru anumite categorii de lucrări;
- Solicitarea de clarificări nr. 4 - Detalierea unei anumite categorii de lucrări care a fost luată în considerare la o anumită categorie de cost din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7.

3. Solicitarea de clarificări adresată ... a fost întemeiată pe art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

4. În data de 05.02.2024, ... a răspuns cererii, iar în data de 06.02.2024 a fost publicată în SEAP contestația formulată de ..., prin care se solicită atât anularea în tot a Solicitării de clarificări nr. 9/893 din 26.01.2024, pe motiv că ar fi „nelegală și inadmisibilă”, precum și a tuturor actelor subsecvente sau care au stat la baza emiterii acesteia și, drept urmare:

- obligarea ... la evaluarea propunerii financiare formulată de ... fără considerarea aspectelor ce fac obiectul Solicitării de clarificări adresate ... și

- obligarea ... la continuarea procedurii de evaluare a ofertei ... de la etapa în care se afla la momentul Contestației.

II. ADMISIBILITATEA ÎN PRINCIPIU A CERERII DE INTERVENȚIE VOLUNTARĂ

5. Potrivit art. 17 art. (3) din Legea nr. 101/2016, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor din C.proc.civ.

6. Astfel cum rezultă din art. 61 alin. (1) din C.proc.civ.: „Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare”.

7. În data de 26.01.2024, ... a primit, la rândul său, solicitarea de clarificări nr. 9/892 în termeni similari cu cei adresați

8. ... a depus răspunsul său în data de 05.02.2024, însă nu a contestat Solicitarea de clarificări, considerând că aceasta a fost formulată în limitele dispozițiilor legale aplicabile, înțelegând că: (i) scopul acesteia este ca Autoritatea contractantă să determine seriozitatea ofertelor stabilind că respectivele elemente de preț neobișnuit de scăzute nu influențează în mod negativ executarea obligațiilor contractuale asumate, iar ofertantul poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitate și calitativi solicitați prin documentația de atribuire și (ii) solicitarea presupune transmiterea de către ofertant a unor clarificări și documente adecvate ori raportare la perioada de timp limitată pentru pregătirea răspunsului.

9. Interesul ... în formularea prezentei cereri de intervenție este așadar determinat de calitatea sa de participant în procedura de atribuire, competitor al Contestatoarei

10. Astfel, interesul personal, determinat, legitim, născut și actual al ... de a sprijini poziția ... este acela de a menține în sarcina ... obligația de a răspunde la solicitări similare de clarificări ca și intervenienta, ținând cont de cele menționate la par. 8 supra. În plus, admiterea Contestăției ... (prin care se solicită obligarea ... la evaluarea propunerii financiare fără considerarea aspectelor ce fac obiectul Solicitării de clarificări adresată ...) nu ar face altceva decât să pună Autortatea contractantă în situația nerespectării principiului tratamentului egal al tuturor participanților. Solicitarea de clarificări adresată ... este în concordanță cu celelalte solicitări de clarificări formulate de ..., iar contestarea și neluarea în seamă a unora dintre ele ar conduce la situația în care Autoritatea ar realiza aprecieri diferite ale ofertelor participanților la procedura de licitație, fiind astfel încălcat principiul tratamentului egal. Prin urmare, soluția ce urmează a fi pronunțată trebuie să fie una unitară în apreciere, câtă vreme procedura de licitație nu este finalizată.

11. În acest sens, potrivit doctrinei, „Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca oricând pe parcursul procedurii de atribuire să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.”

12. De asemenea, conform Ghidului de bune practici în domeniul achizițiilor publice aferente proiectelor finanțate din instrumente structurale, „Principiul tratamentului egal impune, în interpretarea dată de jurisprudența comunitară, ca situațiile comparabile să nu fie tratate în moduri diferite și ca situațiile diferite să nu fie tratate în același fel, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv. Astfel, în cazul în care decide să solicite clarificări unui ofertant, cu privire la anumite aspecte ale ofertei, autoritatea contractantă are obligația de a solicita aceleași clarificări de la orice alt ofertant care se află în aceeași situație.”

13. Pentru aceste motive, se solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară în sprijinul Autorității contractante.

III. NETEMEINICIA CONTESTĂȚIEI

14. În cadrul Contestăției, contestatorul solicită anularea în tot a Solicitării de clarificări ce i-a fost adresată, susținând în esență, că aceasta încalcă prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care impune ca solicitările de clarificări să fie clare, explicite și suficient detaliate.

15. De asemenea, ... solicită atât obligarea ... la evaluarea propunerii ofertei sale financiare, fără a se lua în considerare aspectele ce fac obiectul Solicitării de clarificări adresate acestea, cât și obligarea ... la continuarea procedurii de evaluare a ofertei sale, de la etapa în care aceasta se regăsea la data formulării Contestăției.

16. Argumentele invocate pe fondul Contestăției nu justifică sancțiunea anulării Solicitării de clarificări adresată ..., fiind simple nemulțumiri ale acesteia, iar nu motive reale de nelegalitate, iar petitele

privind obligarea Autorității contractante la evaluarea propunerii financiare a ... și la continuarea procedurii de evaluare a ofertei sale de la etapa în care aceasta se regăsea la data formulării Contestației sunt inadmisibile.

3.1. Capătul de cerere privind anularea Solicitării de clarificări adresată ...

3.1.1. Solicitarea de clarificări nr. 1

17. Prin Solicitarea de clarificări nr. 1, Autoritatea contractantă a pretins Contestatoarei lămurirea aspectelor privind procentele și valorile de subcontractare.

18. Contestatoarea susține că Solicitarea de clarificări nr. 1 este nelegală pentru următoarele motive:

- nu se indică pentru ce anume sunt necesare aceste clarificări;
- nu este o solicitare necesară pentru etapa propunerii financiare;
- nu se indică existența obligației de lămurire a procentelor și valorii de subcontractare în documentația de atribuire, iar autoritatea nu poate solicita clarificări cu privire la aspecte neindicate în documentație;
- solicitarea de clarificări este inutilă, valoarea procentelor contractuale nefiind de vreo utilitate pentru

19. Contrar susținerilor ..., art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 în temeiul căruia a fost emisă Solicitarea de clarificări adresată acesteia, impune ca aceasta „să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”.

20. Or, se poate observa cu ușurință că niciuna dintre criticile formulate de ... nu se circumscrie, de fapt, dispozițiilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, pe care le indică drept temei al Contestației.

21. Cu referire punctuală la criticile ... (care depășesc obiectul prevederilor art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016), nici acestea nu sunt fondate deoarece, astfel cum rezultă din Contestație, Autoritatea contractantă a indicat motivul pentru care a solicitat clarificări: „lămurirea aspectelor privind procentele și valorile de subcontractare.”

22. Astfel cum rezultă din art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are o obligație legală privind „verificarea propunerile financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul - verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege”. Prin urmare, Solicitarea de clarificări adresată ... putea fi solicitată în etapa de evaluare a propunerii financiare.

23. În continuare, atâta vreme cât în urma verificării propunerii financiare, inclusiv a conformității sale cu propunerea tehnică, pare să fi reieșit o diferență între procentele și valorile de subcontractare pe care comisia de evaluare nu și-o putea explica exclusiv prin raportare la informațiile și documentele din ofertă, aceasta era pe deplin îndreptățită, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, să solicite o astfel de lămurire, nefiind necesar să demonstreze utilitatea lămuririi solicitate (aceasta fiind intrinsecă: lămurirea unei neclarități).

24. Comisia de evaluare nu a solicitat clarificări cu privire la aspecte neindicate în documentație, ci exclusiv a unor chestiuni de calcul pe care nu și le putea explica exclusiv prin raportare la informațiile și documentele din ofertă.

3.1.2. Solicitarea de clarificări nr. 2.

25. Prin Solicitarea de clarificări nr. 2, Autoritatea contractantă a pretins Contestatoarei clarificarea prețurilor aparent neobișnuit de scăzute oferite pentru anumite categorii de lucrări.

26. Contestatoarea susține că Solicitarea de clarificări nr. 2 este nelegală pentru următoarele motive:

- nu se indică motivul/scopul pentru care este necesară clarificarea anumitor elemente de preț;

- nu se indică ce a determinat ... să aprecieze că anumite elemente de preț sunt aparent neobișnuit de scăzute și care sunt aceste elemente, inclusiv prețurile la care s-a raportat ca referință;

- atunci când prețul total oferit este de peste 80% nu pot fi solicitate clarificări cu privire la elemente de cost ale ofertei.

27. Contrar susținerilor ..., art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 în temeiul căruia a fost emisă Solicitarea de clarificări, impune ca aceasta „să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”.

28. Or, se poate observa cu ușurință că niciuna dintre criticile formulate de ... (enunțate pe scurt mai sus) nu se circumscrie, de fapt, dispozițiilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 pe care le indică drept temei al Contestăției.

29. Cu referire punctuală la criticile ... (care depășesc obiectul prevederilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016), nici acestea nu sunt fondate, deoarece Autoritatea contractantă a indicat atât motivul pentru care a solicitat clarificări, cât și reperele față de care a considerat că anumite elemente de cost sunt neobișnuit de scăzute: *„pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuite prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.”*

30. Comisia de evaluare nu ar fi putut, prin intermediul Solicitării de clarificări adresată ..., să comunice acesteia și prețurile luate în considerare în stabilirea valorii estimate sau pe cele avute în vedere în piața de profil, deoarece ar fi furnizat informații suplimentare la care ceilalți participanți nu ar fi avut acces, încălcându-se astfel în mod vădit dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform căruia *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”*

31. De asemenea, contrar susținerilor ..., potrivit art. 136 din HG nr. 395/2016 la care chiar aceasta face trimitere, comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări inclusiv atunci când constată că „elemente

de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute”, respectiv sub 80%, chiar dacă prețul ofertei este de peste 80%.

32. În același sens, în jurisprudența CJUE (C-599/10) se reține că autoritatea are obligația de a solicita clarificări cu privire la elementele de preț care prezintă un caracter neobișnuit de scăzut tuturor ofertanților aflați în această situație:

„28. (...) legiuitorul Uniunii a înțeles să oblige autoritatea contractantă să verifice elementele ofertelor care prezintă un caracter anormal de scăzut impunându-i în același scop obligația de a solicita candidaților să furnizeze dovezile necesare pentru a demonstra că aceste oferte sunt serioase (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini - Mantovani, C-285/99 și C-286/99 Rec., p. 1-9233, punctele 46-49).

41. În cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune astfel autoritatea contractantă, revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferenții candidați în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații care au făcut obiectul acestei solicitări. (...)

43. (...) Această cerere trebuie adresată în mod echivalent tuturor întreprinderilor care se află în aceeași situație, în lipsa unui motiv verificabil în mod obiectiv de natură să justifice un tratament diferențiat al candidaților în această privință, în special atunci când este necesar, în orice caz, în raport cu alte elemente, ca oferta să fie respinsă.”

33. Prin urmare, în măsura în care Solicitarea de clarificări nr. 2 avea în vedere transmiterea de către ofertanți a unei documentații adecvate prin raportare inclusiv la perioada de timp acordată, cu scopul ca Autoritatea contractantă să determine seriozitatea ofertelor și să poată stabili că respectivele elemente de cost neobișnuit de scăzute nu influențează în mod negativ executarea obligațiilor contractuale asumate, iar ofertantul poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin documentația de atribuire, respectiva solicitare de clarificări nu poate fi considerată de plano ilegală, astfel cum greșit susține

34. De altfel, din modalitatea în care ... și-a formulat apărările asupra acestei Solicitări de clarificări nr. 2, reiese că nemulțumirea sa ar fi legată, mai degrabă, de poziția de a justifica elementele de preț neobișnuit de scăzute ale ofertei sale. Deși prin Contestație se impunea precizarea unor motive reale de nelegalitate, Contestatoarea înțelege să aducă apărări în sensul că oferta sa nu ar fi neobișnuit de scăzută, arătând inclusiv modalitatea în care a întocmit propria ofertă respectiv *„în baza analizei documentației și a terenului cât și a propriului proiect care a fost prezentat pe larg în oferta tehnică. Astfel, am decis, la fel ca și ceilalți competitori, că ne încadrăm în valoarea estimată conform propriului proiect.”* Or, aceste argumente nu susțin teza sa pentru care solicită anularea Solicitării de clarificări nr. 2, respectiv că aceasta ar fi neclară.

3.1.3. Solicitarea de clarificări nr. 3

35. Prin Solicitarea de clarificări nr. 3, Autoritatea contractantă a pretins Contestatoarei clarificarea prețurilor aparent neobișnuit de scăzute oferite pentru anumite categorii de lucrări.

36. Contestatoarea susține că Solicitarea de clarificări nr. 3 este nelegală pentru următoarele motive:

- nu se indică ce a determinat ... să aprecieze anumite elemente de preț „aparent neobișnuite”;

- nu se indică motivul/scopul pentru care este necesară clarificarea anumitor elemente de preț;

- nu se indică la ce categorii de prețuri s-a raportat autoritatea și care este diferența între acestea și cele oferite de

37. Susținerile ... sunt, în principiu, identice cu cele din secțiunea precedentă, motiv pentru care și argumentele ... din secțiunea 3.1.2 sunt aplicabile, deopotrivă, și Solicitării de clarificări nr. 3.

38. În plus, ... „se agață” de o aparentă diferență între Solicitarea de clarificări nr. 2 care s-ar referi la prețuri neobișnuit de scăzute și Solicitarea de clarificări nr. 3, care s-ar referi la „prețuri neobișnuite”, arătând în încercarea de a dovedi o nelegalitate a Solicitării de clarificări nr. 3. că „nicăieri în legislația achizițiilor publice sau în documentația de atribuire nu este precizată o astfel de categorie de prețuri și costuri.”

39. Cu toate acestea, în ambele Solicități de clarificări, respectiv 2 și 3, se face referire la „prețuri neobișnuite”, singura diferență fiind faptul că, în Solicitarea de clarificări nr. 2, se indică expres și incidența art. 134 din HG nr. 395/2016 referitor la prețurile neobișnuit de scăzute.

40. Or, prin raportare la dispozițiile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, un astfel de argument nu justifică anularea Solicitării de clarificări nr. 3, cu atât mai mult cu cât ..., deși susține ca prim argument că Solicitarea de clarificări nr. 3 ar fi neclară, prin întreaga sa argumentație subsecventă dovedește contrariul, și anume că a înțeles foarte clar că Solicitarea de clarificări se referea la prețuri „neobișnuit de scăzute”.

3.1.4. Solicitarea de clarificări nr. 4

41. Prin Solicitarea de clarificări nr. 4, Autoritatea contractantă a cerut Contestatoarei detalierea unei anumite categorii de lucrări care a fost luată în considerare la o anumită categorie de cost din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7.

42. Contestatoarea susține că Solicitarea de clarificări nr. 4 este nelegală pentru următoarele motive:

- prin aceasta se solicită detalierea unor categorii de lucrări pe care ofertanții nu le puteau modifica conform documentației de atribuire;

- nu se indică motivul pentru care este necesară această detaliere;

- aceeași solicitare este cuprinsă în clarificarea nr 2.

43. Argumentele ... sunt neîntemeiate și nu susțin anularea Solicitării de clarificări nr. 4 în temeiul legal indicat, respectiv art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

44. Astfel, Autoritatea contractantă nu a solicitat modificarea tabelului din Anexa nr. 1 la Formularul nr 7, ci detalierea tipurilor de lucrări ce vor fi executate în cadrul unei anumite activități din tabel. Acest

argument nu susține teza Contestatoarei în sensul că Solicitarea de clarificări este neclară, motiv pentru care se impune a fi respinsă.

45. Referitor la celelalte două argumente, nici acestea nu sunt în măsură să conducă la concluzia unei neclarități a Solicitării de clarificări. După cum s-a arătat mai sus, art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 în temeiul căruia a fost emisă Solicitarea de clarificări, impune doar ca aceasta „să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”, iar nu să se indice și scopul clarificării.

3.2. Capelele de cerere privind obligarea Autorității contractante la evaluarea propunerii financiare fără considerarea aspectelor ce fac obiectul Solicitării de clarificări adresate ... și la continuarea procedurii de evaluare a ofertei de la etapa în care se afla la momentul Contestației.

46. ... solicită atât obligarea ... la evaluarea propunerii oferte, sale financiare, fără a se lua în considerare aspectele ce fac obiectul Solicitării de clarificări adresate acesteia, cât și obligarea ... la continuarea procedurii de evaluare a ofertei sale de la etapa în care aceasta se regăsea la data formulării Contestației.

47. Astfel de petite au un caracter inadmisibil prin raportare la soluțiile ce pot fi pronunțate de către CNSC, respectiv instanța de judecată.

48. Având în vedere criticile ridicate de către ... cu privire la solicitările ..., respectiv lipsa de claritate a acestora, în cazul în care s-ar admite aceste critici, câtă vreme este evident faptul că ... apreciază necesar a se solicita lămuriri suplimentare privind oferta depusă de către ..., soluția pe care CNSC sau instanța de judecată o poate pronunța este de obligare a Autorității la emiterea unei alte solicitări de clarificări care să îndeplinească cerințele de claritate, iar nu de a nu lua în considerare Solicitarea de clarificări nr. 9/893/26.01.2024 și continuarea procedurii de evaluare.

49. În măsura în care nu se consideră lămurită cu privire la conținutul ofertelor depuse în cadrul procedurii de licitație, Autoritatea contractantă are dreptul conferit de lege prin art. 209 din Legea nr. 98/2016 de a solicita clarificări operatorilor economici, astfel că aceste chestiuni țin de marja de apreciere a ..., nefiind atributul CNSC sau al instanței de judecată.

50. Pentru aceste considerente, intervenienta solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie în sprijinul Autorității contractante;
- respingerea contestației;
- admiterea cererii de intervenție voluntară accesorie.

51. În drept, intervenienta invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu art. 61 și urm. din C.proc.civ., precum și orice alte dispoziții legale menționate în cuprinsul cererii de intervenție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 9922/16.02.2024, ... a formulat „Cerere de acces” la dosarul constituit la Consiliu.

Prin adresa nr. 17090/19.02.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 10345/19.02.2024, Autoritatea contractantă a transmis „Punctul de vedere” cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

A. OBSERVAȚII PRELIMINARE

În conformitate cu Procesul verbal de vizualizare și consemnare a ofertelor nr. 9/12539/28.08.2023, Comisia de Evaluare a luat act de faptul că în Secțiunea "Evaluare" au fost înregistrate în sistem 7 oferte, astfel:

Nr. Crt.	Ofertant
1	Asocierea ...
2	...
3	...
4	Asocierca ...
5	...
6	...
7	Asocierea ...

După finalizarea procesului de evaluare a Propunerilor Tehnice, respectiv după obținerea Avizului conform necondiționat ANAP, în data de 23.01.2024 Comisia de Evaluare a procedat la decriptarea Propunerilor Financiare pentru ofertanții ale căror Propuneri Tehnice au fost declarate conforme.

În data de 26.01.2024, Comisia de Evaluare, ca urmare a inițierii procesului de evaluare al Propunerilor Financiare, sub aspectul identificării și remedierii erorilor aritmetice și corectării acestora în condițiile admise de lege și a încadrării în valoarea estimată a achiziției cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice/sectoriale, precum și sub aspectul asigurării că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, a formulat solicitări clarificări către ofertanți, pentru care a stabilit ca termen de răspuns data de 31.01.2024.

Prezenta procedură de atribuire a fost selectată pentru realizarea controlului ex-ante, conform OUG nr. 98/2017 cu modificările și completările ulterioare, iar prin Decizia de verificare nr. 2206/13.02.2023, a fost dispusă obligația de a pune la dispoziția persoanelor împuternicite de ANAP documentele și informațiile aferente modului de adoptare a deciziilor referitoare la finalizarea fiecăreia dintre fazele procesului de evaluare, astfel că înainte de a le încărca și publica în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, în vederea obținerii Avizului conform necondiționat, Comisia de Evaluare desfășoară un proces mai complex de evaluare și implicit mai mult pentru implementarea recomandărilor și observațiilor verifcatorilor ANAP.

În data de 31.01.2024, urmare primirii a două solicitări din partea a doi dintre ofertanți pentru prelungirea termenului limită de răspuns la solicitările de clarificare transmise în data de 26.01.2024, prin platforma SICAP, respectiv din partea Asocierii ... și din partea Ofertantului ..., Comisia de Evaluare a analizat și a hotărât prelungirea termenului limită de răspuns până la data de 05.02.2024.

Ofertanții au transmis răspunsurile la solicitările de clarificări din data de 26.01.2024, în termenul limită stabilit (31.01.2024) în SEAP, prelungit până la data de 05.02.2024, în format electronic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Totodată, în data de 05.02.2024, împotriva Adresei de solicitări de clarificare nr. 9/893/26.01.2024, Asociera ... a formulat la CNSC o contestație prin care solicită admiterea acesteia, precum și anularea solicitării de clarificări.

PE FONDUL CONTESTAȚIEI:

Referitor la solicitarea Contestatoarei de la punctul III al Contestației:

„Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se impune a fi anulată în tot, deoarece nu respectă exigențele art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.”, Autoritatea Contractantă precizează că solicitarea este caracterizată de aprecieri subiective și generale, care nu pot genera măsuri de remediere punctuale, întrucât Contestatoarea nu propune anumite soluții/revizui, ci îngrădește obligația conferită de legiuitor Comisiei de Evaluare de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte.

Urmare a analizării informațiilor din cuprinsul Propunerilor Financiare, în data de 26.01.2024, Comisia de Evaluare, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice coroborat cu prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, a solicitat justificarea prețurilor anumitor categorii de lucrări în cazul a 3 ofertanți din cei 3 operatori economici ale căror propuneri financiare au fost decriptate în SEAP.

Aceste solicitări de clarificări au fost emise ca urmare a constatării de către Comisia de evaluare a existenței anumitor diferențe de preț în cazul unor componente ale propunerilor financiare depuse de anumiți ofertanți și între valorile acestora și valorile estimate de Autoritatea Contractantă pentru componentele respective, conform Graficului de eșalonare a plăților specificat în Strategia de contractare, care a stat la baza calculării valorii estimate a contractului.

Obiectul contestației nu poate fi decât un act al Autorității Contractante care produce sau poate produce efecte juridice. Or, în contextul în care, prin solicitarea de clarificare nr. 9/893/26.01.2024 se dorea doar obținerea unor explicații cu privire la prețurile anumitor categorii de lucrări ofertate în cadrul Propunerilor Financiare, contestația este prematur formulată, în sensul că solicitarea de clarificare nu a fost de natură a produce vreun efect juridic.

Pe fondul cauzei, Comisia de Evaluare apreciază că prin Contestația formulată se dorește îngrădirea drepturilor și obligațiilor conferite de lege acesteia.

Totodată, Comisia de Evaluare apreciază că Consiliul nu poate fi chemat să evalueze, în locul Comisiei de Evaluare, documentele depuse, răspunsurile formulate, ci doar să verifice dacă solicitările de clarificări

respectă cerințele legale de claritate și dacă din conținutul lor reiese în ce constă solicitarea Comisiei de evaluare, iar acest aspect poate fi lămurit prin simpla citire a acestora.

Comisia de Evaluare consideră că Consiliul nu poate cenzura preventiv această solicitare de clarificări, ci doar rezultatul procedurii după finalizarea evaluării, respectiv concluzia Comisiei de Evaluare după analiza răspunsurilor la clarificări și a documentelor transmise.

De asemenea, Comisia de Evaluare consideră că Consiliul nu se poate pronunța, în acest moment, pe concludența și oportunitatea solicitărilor de clarificări, deoarece acest aspect ar echivala cu o antepronunțare asupra viitoarei evaluări, înainte ca aceasta să se producă. Comisia de Evaluare consideră că numai după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, se poate formula contestație pentru a se vedea în ce măsură au fost respectate prevederile Documentației de Atribuire.

Pe de altă parte, dacă scopul urmărit de Comisia de Evaluare ar fi fost acela de a respinge oferta, așa cum nefundamentat susține Contestatoarea, Consiliul nu poate acționa preventiv, pentru preîntâmpinarea unui astfel de rezultat, ci trebuie să aștepte acel rezultat cât și motivarea lui, iar în funcție de argumentele prezentate, dacă va fi investit cu o nouă contestație, o va admite sau o va respinge, în funcție de argumentele părților.

A lua în considerare solicitarea de obligare a Comisiei de Evaluare la evaluarea Propunerii Financiare a Contestatoarei fără a ține cont de aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificare nr. 9/893/26.01.2024, așa cum solicită Contestatorul, în opinia Comisiei de Evaluare ar echivala cu preluarea sarcinii evaluării de la acesta.

Mai mult decât atât, admiterea de către Consiliu a Contestației, respectiv decizia Consiliului de a dispune evaluarea Propunerii Financiare a Contestatoarei fără a lua în considerare aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificare nr. 9/893/26.01.2024 ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, al efectului util și ar crea un avantaj nejustificat Contestatoarei, având în vedere faptul că, Comisia de Evaluare, cu stricta respectare a principiului tratamentului egal, a solicitat tuturor ofertanților justificări cu privire la modul de formare a prețurilor pe care le-a identificat ca fiind aparent neobișnuit de scăzute și neobișnuit de mari.

Prin urmare, Comisia de Evaluare consideră că Consiliul are calitatea de a analiza întrebările criticate prin prisma prevederilor legale.

Pe fondul cauzei, Comisia de Evaluare apreciază că evaluarea Propunerilor Financiare și a documentelor care le însoțesc se va desfășura sub aspectul:

- i. Corelării/conformității cu propunerea tehnică prezentată;
- ii. identificării și remedierii erorilor aritmetice și corectării acestora în condițiile admise de lege;
- iii. asigurării că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea

contractului la parametrii cantitativi si calitativi solicitați prin caietul de sarcini,

în conformitate cu solicitările Documentației de Atribuire, precum și cu prevederile legale în materia achizițiilor publice.

Astfel că, solicitările de clarificări inițiate de către Comisia de Evaluare în data de 26.01.2024 către cei 3 (trei) ofertanți au fost întemeiate pe prevederile legale în materia achizițiilor publice, cu scopul de a se asigura că prețurile propuse sau componentele ale acestora nu sunt/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin Cerințele Beneficiarului.

În data de 31.01.2024, ca urmare a primirii a două solicitări din partea a doi dintre ofertanți pentru prelungirea termenului limită de răspuns la solicitările de clarificare transmise în data de 26.01.2024, prin platforma SICAP, respectiv din partea Asocierii ... și din partea Ofertantului ..., Comisia de Evaluare a analizat și a hotărât prelungirea termenului limită de răspuns până la data de 05.02.2024.

Prin adresa fără număr din data de 30.01.2024, încărcată în SICAP în data de 30.01.2024, ora 09:31, Asocierea ... a transmis o solicitare de extindere a termenului de răspuns cu minim 7 (șapte) zile justificând aceasta prin complexitatea solicitărilor și volumul mare al documentelor ce trebuie traduse și prezentate în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (2) din Legea 98/2016.

Ofertanții au transmis răspunsurile la solicitările de clarificări din data de 26.01.2024, în termenul limită stabilit (31.01.2024) în SEAP, prelungit până la data de 05.02.2024, în format electronic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Astfel, din comportamentul Contestatoarei se poate desprinde ideea că solicitările de clarificări formulate de către Comisia de Evaluare au fost clare, definind în mod explicit și suficient de detaliat în ce constau acestea, întrucât Contestatoarea a fost capabilă să identifice gradul de complexitate și volumul mare al documentelor ce trebuiau traduse și transmise Comisiei de Evaluare, nu neclare și nelegale așa cum Contestatoarea dorește să inducă Consiliului.

În acest sens, Autoritatea Contractantă arată, cu titlu de exemplu, următorul aspect din Clarificarea nr. 1 aferentă Solicității de clarificare nr. 9/893/26.01.2024, Comisia de evaluare a solicitat „transmiterea valorilor aferente serviciilor de proiectare prestate de fiecare subcontractant declarat în corelare cu procentele de subcontractare din cadrul Acordurilor de subcontractare transmise”, or Ofertantul declară în răspunsul la clarificări că „nu ați indicat clar în solicitarea de clarificări la care procente de subcontractare vă referiți din Acordurile semnate cu subcontractanții noștri care prestează servicii de proiectare;”.

Mai mult, în cadrul răspunsului la clarificări, Contestatorul, ulterior "nemulțumirii" cu privire la neclaritatea solicitării de clarificări, menționează "Vă transmitem în Anexa 1 valorile aferente serviciilor de

proiectare prestate de fiecare subcontractant declarat", în consecință acesta a înțeles pe deplin atât solicitarea de clarificări, cât și obligația sa în raport cu aceasta, susținând doar la nivel declarativ și nesusținut că solicitarea de clarificări a fost neclară.

În acest context, introducerea Contestației scoate în evidență reaua-credință a Asocierii, aceasta denaturând atât scopul clarificărilor, cât și cel al contestației.

Rezumând, Contestatoarea nu a formulat o contestație împotriva solicitărilor de clarificare formulate prin Adresa nr. 9/893/26.01.2024 pentru motivul că acestea ar fi fost neclare, insuficient de detaliate și nejustificate, ci a formulat în mod formal o contestație împotriva acestei adrese de clarificări cu intenția de a obstrucționa accesul Comisiei de Evaluare la elementele de preț care au stat la baza fundamentării Propunerii Financiare ofertate, dând astfel dovadă de lipsă de transparență.

Prin Solicitățile de Clarificare transmise în data de 26.01.2024, Comisia de Evaluare cu bună-credință a solicitat explicații și documente ofertanților cu privire la anumite elemente de preț din Propunerile Financiare ale acestora, în vederea efectuării propriei analize cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului de către fiecare ofertant în condițiile de calitate impuse prin Documentația de Atribuire.

În opinia Comisiei de evaluare, informațiile solicitate nu reprezintă elemente de noutate, având în vedere că acestea sunt elementele care au stat la baza prețului ofertat, inclusiv prin raportare la Oferta tehnică.

Prin solicitarea de prelungire a termenului de răspuns la solicitarea de clarificări nr. 9/893/26.01.2024, Ofertantul ASOCIEREA ... a motivat solicitarea sa ținând cont de „volumul mare al documentelor ce trebuie traduse” - solicitare care a fost acceptată de către Comisia de evaluare, ca într-un final să fie depuse documente tot în altă limbă decât în limba română, dar și o contestație împotriva solicitării de clarificări. Așadar, Ofertantul a încălcat principiul bunei-credințe conform art. 14, alin. (2), C.Civ., acționând în mod vădit în înțelesul art. 526, alin. (2) Cod de Procedură Civilă, potrivit căruia: *„Reaua-credință rezultă din caracterul vădit nefondat al contestației ori al plângerii, precum și din orice alte împrejurări care îndreptățesc constatarea că exercitarea acesteia s-a făcut în alt scop decât acela pentru care legea o recunoaște.”*

În lipsa unei justificări în susținerea prețului ofertat, respectiv în lipsa unui răspuns la solicitarea de clarificări, este atacată în mod direct solicitarea de clarificări și se dorește punerea la îndoială a celor solicitate de Comisia de evaluare, ceea ce reprezintă fără echivoc o eroare de argumentare de tip ad hominem.

Suplimentar, solicitarea de clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este absolut esențială în vederea unei evaluări corecte, Comisia de evaluare susținându-și întru totul cele solicitate. Verificarea unor prețuri nerealiste prezentate de către ofertanți intră în sarcina Comisiei de evaluare, iar documentele în baza cărora a fost format acest preț ar trebui să le dețină fiecare ofertant și nu ar trebui să fie considerată o „ofensă” la adresa lor sau mai mult, să se presupună că se dorește excluderea din procedură pe

acest motiv. De asemenea, Comisia de evaluare cunoaște riscul atribuirii unui contract al cărui preț este incorect nefundamentat, precum și problemele care pot surveni în implementarea acestuia.

Verificarea prețurilor prezentate de către ofertanți intră în sarcina Comisiei de Evaluare, aceasta fiind pe deplin responsabilă de verificarea seriozității și sustenabilității ofertelor, prin intermediul prețurilor oferite și de asemenea prin corelarea ofertelor tehnice cu ofertele financiare.

Totodată, nu poate fi trecut cu vederea că prezentul demers de contestare a Adresei de Solicitări de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 provine în mod exclusiv din partea avocaților Asocierii, care în deplină contradicție cu orice principiu deontologic al profesiei de avocat au înțeles să formuleze și să introducă această Contestație bazată pe rescrierea prin interpretări proprii a prevederilor Documentației de atribuire, precum și a unor prevederi legale cât se poate de clare, deși cunosc sau ar trebui să cunoască faptul că prin acest demers denaturează scopul avut în vedere de Legiuitor cu ocazia stabilirii reglementărilor legale referitoare la introducerea Contestațiilor.

Comisia de Evaluare consideră contestația prematură și neîntemeiată.

Având în vedere cele prezentate, Comisia de Evaluare își menține solicitările de clarificare formulate prin Adresa nr. 9/893/26.01.2024 și consideră contestația Asocierii, ca fiind nefondată.

În concluzie, pentru motivele susmenționate, Autoritatea Contractantă solicită respingerea contestației depusă de Asocieria, considerând neîntemeiate solicitările cuprinse în Contestație, care este, cu precădere, structurată în jurul unor simple aprecieri, prezumții și opinii subiective.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 11091/22.02.2024, contestatorul a transmis „Note scrise” prin care combate argumentele prezentate de intervenientă și de Autoritatea contractantă în susținerea interesului procesual al acestora și reafirmă temeinicia contestației, solicitând admiterea acesteia astfel cum a fost formulată.

Contestatorul învederează următoarele:

I. Prin punctul de vedere al autorității contractante ... nu se formulează argumente în combaterea temeinicie contestației, ci susțineri subiective referitoare la oportunitatea demersului procesual de contestare a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

Autoritatea contractantă face doar considerații generale și subiective, fără a se referi pe fond la criticile formulate prin contestație.

Potrivit punctului de vedere al Autorității Contractante, argumentele principale ale acestora sunt:

„dorim să precizăm în cele ce urmează onoratului Consiliu că solicitarea este caracterizată de aprecieri subiective și generale, care nu pot genera măsuri de remediere punctuale, întrucât Contestatoarea nu propune anumite soluții/revizui, ci îngrădește obligația conferită de legiuitor Comisiei de Evaluare de a stabili care sunt clarificările și

completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte.

Pe această cale, Comisia de Evaluare învederează onoratului Consiliu faptul că obiectul contestației nu poate fi decât un act al Autorității Contractante care produce sau poate produce efecte juridice. Or, în contextul în care, prin solicitarea de clarificare nr. 9/893/26.01.2024 se dorea doar obținerea unor explicații cu privire la prețurile anumitor categorii de lucrări oferite în cadrul Propunerilor Financiare, contestația formulată de Asocieria ... (...) este prematur formulată, în sensul că solicitarea nu a fost de natura a produce vreun efect juridic.

De asemenea, Comisia de Evaluare considera ca onoratul Consiliu nu se poate pronunța, în acest moment, pe concludența și oportunitatea solicitărilor de clarificări, deoarece acest aspect ar echivala cu o antepronunțare asupra viitoarei evaluări, înainte ca aceasta să se producă.

Mai mult decât atât, (...) a solicitat tuturor ofertanților justificări cu privire la modul de formare a prețurilor pe care le-a identificat ca fiind aparent neobișnuit de scăzute și neobișnuit de mari.

Astfel, din comportamentul Contestatoarei se poate desprinde cu ușurință ideea că solicitările de clarificări formulate de către Comisia de Evaluare au fost clare definind în mod explicit și suficient de detaliat în ce constau acestea, întrucât Contestatoarea a fost capabilă să identifice gradul de complexitate și volumul mare al documentelor ce trebuiau traduse și transmise Comisiei de Evaluare, nu neclare și nelegale așa cum Contestatoarea dorește să inducă onoratului Consiliu.

Rezumând, (...), ci a formulat în mod formal o contestație împotriva acestei adrese de clarificări cu intenția de a obstrucționa accesul Comisiei de Evaluare la elementele de preț care au stat la baza fundamentării Propunerii Financiare oferite, dând astfel dovadă de lipsa de transparență.”.

Astfel, motivele pentru care susținerile generale și subiective ale Autorității Contractante sunt nefondate și irelevante:

În primul rând, susținerile Autorității Contractante referitor la prematuritatea contestației din prezenta cauză, întrucât CNSC nu ar putea cenzura în mod preventiv o solicitare de clarificări, ci doar rezultatul evaluării efectuate în baza clarificărilor solicitate, sunt vădit neîntemeiate și se impun a fi respinse ca atare.

În acest sens, Legea nr. 101/2016 reglementează dreptul persoanelor vătămate de a contesta orice act al autorității contractante care a produs în concret o vătămare sau care ar avea aptitudinea de a produce un efect vătămător.

Conform art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016:

„a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de

art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;".

De asemenea, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ:

„f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;
și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.”

Din interpretarea dispozițiilor mai sus citate, rezultă fără echivoc faptul că dreptul prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 poate fi utilizat de către operatorii economici ofertanți și pentru contestarea unor acte sau operațiuni administrative ale autorității contractante care pot produce efecte juridice, iar operatorul economic riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință directă a actului atacat.

În prezenta cauză, situația este exact cea reglementată de legiuitor, respectiv de a preveni și elimina riscul unui prejudiciu suferit de contestator din cauza Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 care nu respectă cerințele art. 134 din H.G. nr. 395/2016.

Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și are aptitudinea de a produce efecte juridice vătămătoare.

Or, Autoritatea Contractantă omite faptul că legiuitorul prin prevederile art. 134 alin. (1) și (4) din H.G. nr. 395/2016, a reglementat expres, în sarcina comisiei de evaluare, modul concret prin care aceasta stabilește, și solicită ca atare, care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, astfel încât și în acest caz, să li se asigure ofertanților o protecție juridică corespunzătoare, de natură să le permită acestora să își apere drepturile în deplină cunoștință de cauză, în așa fel încât să nu fie puși în situația transmiterii unor răspunsuri de natură să conducă, în mod artificial, la respingerea ofertelor depuse, tocmai din cauza unor solicitări de clarificări cu formulări generale, echivoce.

Astfel, protecția juridică conferită de legiuitor contestatorului constă tocmai în dreptul de a contesta astfel de acte care pot produce efecte juridice vătămătoare prin care se urmărește îndrumare artificială a contestatorului de a răspunde la solicitarea de clarificări conform solicitării Autorității, însă scopul urmărit de aceasta din urmă să fi fost diferit și neexprimat expres prin solicitare, astfel încât să existe posibilitatea pentru ... de aplicare a unor interpretări și evaluări superficiale sau cu formalism excesiv.

Confirmarea temeiniciei prezentului demers procesual de contestare a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 vine tocmai din partea ... care confirmă faptul că solicitările sunt formulate în mod general și asupra

unor aspecte care nu se bucură de un cadru juridic reglementat (a se vedea punctul nr. 3 din solicitare cu prețuri „neobișnuite”):

„Mai mult decât atât, (...) a solicitat tuturor ofertanților justificări cu privire la modul de formare a prețurilor pe care le-a identificat ca fiind aparent neobișnuit de scăzute și neobișnuit de mari.”

Or, Legea nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016 reglementează doar noțiunea de „prețuri aparent neobișnuit de scăzute”, fiind inexistentă o calificare în drept legală a unor prețuri „neobișnuit de mari”, aspect care confirmă tocmai faptul că solicitarea de clarificări asupra unor asemenea prețuri „neobișnuit de mari” nu se bucură de un cadru juridic legal reglementat care să confere posibilitatea Comisiei de Evaluare în a solicita clarificări sau în a respinge o ofertă pentru astfel de prețuri „neobișnuit de mari”.

În concluzie, rezultă în mod neechivoc faptul că demersul procesual de contestare a legalității și temeiniciei Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este unul legal conform art. 3 alin. (1) lit. a) și f) coroborate cu cele ale art. 8 din Legea nr. 101/2016, fiind legală contestarea unui act al autorității contractante care poate produce efecte juridice prin care contestatorul riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință directă a solicitărilor de clarificări.

În al doilea rând, susținerile Autorității Contractante referitoare la faptul că prin prezenta contestație se urmărește antepunerea de către Consiliu asupra rezultatului evaluării propunerii financiare și preluarea rolului exercitat de către comisie, sunt vădit neîntemeiate și se impun a fi respinse ca atare.

Susținerile Autorității Contractante referitoare la o prezumtivă antepunere asupra evaluării propunerii financiare și preluarea rolului Comisiei de Evaluare de către Consiliu sunt fundamentate pe o înțelegere eronată asupra unei eventuale soluții de anulare a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 și de continuare a procedurii de evaluare a propunerii financiare.

Practic, printr-o admitere a prezentei Contestații nu se cenzurează posibilitatea Autorității Contractante de a-și exercita atribuțiile prevăzute de art. 127, art. 134 sau art. 136 din H.G. nr. 395/2016, dar acestea trebuie exercitate în mod legal.

Prin urmare, rezultă fără putință de tăgadă faptul că prin prezenta contestație nu se urmărește antepunerea Consiliului asupra admisibilității și conformității propunerii financiare și nici substituirea Consiliului în atribuțiile Comisiei de Evaluare, ci doar în mod simplu cenzurarea unui act care poate produce în concret efecte vătămătoare contestatorului prin interpretări și aprecieri arbitrare, superficiale sau formalist de excesive, Comisia de Evaluare având în continuare posibilitatea de exercitare a atribuțiilor conform art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

În al treilea rând, susținea Autorității Contractante faptul că scopul urmărit este restricționarea accesului Comisiei de Evaluare la „elementele de preț care au stat la baza fundamentării Propunerii Financiare oferite”

este vădit neîntemeiată, deoarece contestatorul a răspuns la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

Contestatorul a răspuns solicitării de clarificări doar pentru a preveni excluderea ofertei sale din procedură, întemeiată pe refuzul de a răspunde, iar faptul că Asociera a răspuns la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 nu echivalează sub nicio formă cu recunoașterea legalității și temeiniciei acesteia, aceasta rămânând nelegală, neclară și insuficient detaliată.

Răspunsul este doar o conformare obligatorie la solicitarea Autorității Contractante pentru a înlătura orice dubiu inclusiv cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse asumate și impuse prin documentația de atribuire.

În al patrulea rând, Autoritatea Contractantă admite în mod expres faptul că prin Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 nu se respectă per se limitele prevăzute de art. 136 din H.G. nr. 395/2016, fiind solicitate inclusiv justificări asupra unor prețuri „neobișnuit de mari”.

În acest sens, conform solicitării de clarificare nr. 3, Autoritatea Contractantă a solicitat justificări asupra unor categorii de lucrări care cuprind în mod prezumtiv prețuri neobișnuite:

Constatare nr. 3: Comisia de Evaluare a constatat că pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuite prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.

Prin contestație s-a argumentat faptul că prin Constatarea nr. 3 și Solicitarea nr. 3, Autoritatea deviază de la scopul urmărit prin Solicitarea nr. 2, nefiind vorba de prețuri „aparent neobișnuit de scăzute”, ci de prețuri „aparent neobișnuite”, calificare inexistentă în legislația achizițiilor publice.

Astfel, prin punctul de vedere al ... transmis la dosarul cauzei, aceasta admite și confirmă susținerile contestatorului referitoare la faptul că ... nu a solicitat clarificări asupra unor prețuri „aparent neobișnuit de scăzute”, ci față de prețuri „aparent neobișnuite”, prezumând a fi neobișnuit de mari:

Mai mult decât atât, (...) a solicitat tuturor ofertanților justificări cu privire la modul de formare a prețurilor pe care le-a identificat ca fiind aparent neobișnuit de scăzute și neobișnuit de mari.

Așadar, temerile contestatorului sunt justificate și dovedite, în sensul în care într-adevăr Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și se urmărește prin aceasta o posibilă respingere artificială a propunerii financiare pentru prezumtive nereguli referitoare la „prețuri aparent neobișnuit de mari” sau alte constatări nelegale și neîntemeiate.

Însă, inexistența în legislația achizițiilor publice a unei calificări a prețurilor ca fiind „aparent neobișnuit de mari” este logică, deoarece operatorii economici ofertanți urmăresc teoretic executarea contractului în bune condiții și obținerea de profit la finalul executării contractului, profit obținut fie prin menținerea prețurilor și costurilor de achiziție/executare și

introducerea unei marje de profit, fie prin majorarea costurilor de achiziție/proiectare/execuție etc.

Practic, existența unor prețuri „aparent neobișnuit de mari” este uzuală și legală, deoarece operatorii economici trebuie să obțină profit și nu să vândă în pierdere.

Bunăoară, inexistența unei calificări, definiții și regim juridic aplicabil unor „prețuri aparent neobișnuit de mari” determină inclusiv imposibilitatea Autorității Contractante de a solicita clarificări asupra acestora și, inclusiv de a respinge o ofertă pentru existența unor astfel de prețuri „aparent neobișnuit de mari”.

În concluzie, contestatorul arată că nu trebuie să justifice modalitatea de formare a unor prețuri „aparent neobișnuit de mari”, deoarece art. 136 din H.G. nr. 395/2016 este o normă juridică specială de strictă aplicare și interpretare doar la cazurile expres reglementate, astfel încât aceasta nu poate fi extinsă de la verificări asupra unor „prețuri aparent neobișnuit de scăzute” și la acele prețuri „aparent neobișnuit de mari”.

În al cincilea rând, demersul procesual de contestare a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 nu este exercitat cu rea-credință, deoarece există suficiente indicii clare asupra nelegalității actului atacat care oferă posibilitatea unei evaluări arbitrare, superficiale sau cu un formalism excesiv din partea Comisiei de Evaluare.

Trebuie precizat faptul că singura posibilitate prin care contestatorul poate invoca protecția juridică oferită de art. 134 din H.G. nr. 395/2016 împotriva unor construcții de clarificări care să favorizeze o eventuală respingere în baza unei evaluări superficiale sau formalist de excesivă este aceea a contestației conform art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Practic, un operator economic ofertant pus în fața unor solicitări de clarificări generale care nu sunt suficient de clare și detaliate este într-o imposibilitate obiectivă de a înlătura astfel de vicii, deoarece:

- Operatorul economic ofertant nu poate solicita autorității contractante să detalieze mai clar constatările și solicitările formulate;
- Operatorul economic ofertant nu poate solicita autorității contractante modificarea solicitărilor de clarificări transmise;
- Operatorul economic ofertant nu poate solicita autorității contractante adoptarea unor măsuri de remediere;
- Operatorul economic ofertant nu poate solicita autorității contractante să explice sau clarifice o solicitare emisă de aceasta.

Astfel, tot ceea ce un operator economic poate face atunci când îi sunt solicitate clarificări insuficient de detaliate sau de clare este contestarea acestui act al autorității care prezintă riscul de a produce prejudicii grave.

Or, dacă ar fi optat pentru a lăsa în voia sorții modalitatea de interpretare și evaluare a răspunsurilor transmise la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, contestatorul și-ar fi asumat în mod direct și nejustificat riscul de respingere a propunerii financiare pentru faptul că răspunsul nu ar fi fost suficient de concludent.

Așadar, contestarea legalității și temeiniciei Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 elimină riscul unei evaluări superficiale și arbitrare prin obligarea Autorității Contractante la reconsiderarea clarificărilor solicitate.

Nu în ultimul rând, este deosebit de important de precizat că:

Autoritatea contractantă susține că solicitarea din cuprinsul contestației este generală și „nu pot genera măsuri de remediere punctuale”. Această susținere este falsă întrucât s-a arătat în concret pentru fiecare punct din solicitarea de clarificări ce se apreciază ca ilegal, ce se apreciază ca lipsit de claritate etc. Autoritatea contractantă poate lua în termen de 3 zile măsuri de remediere asupra acestor aspecte semnalate, prevăzute la art. 9 alin. (1) din Legea 101/2016.

Autoritatea contractantă mai precizează ca a solicitat „justificarea prețurilor anumitor categorii de lucrări”, dar indică drept temei legal în baza căruia a adresat solicitarea art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 și art. 134 alin. (1) din HG 395/2016, care sunt NORMA GENERALĂ pentru solicitarea oricăror clarificări, atât referitoare la oferta tehnică, documentele de calificare sau oferta financiară.

Mai mult, aceasta indică faptul că:

Aceste solicitări de clarificări au fost emise ca urmare a constatării de către Comisia de evaluare a existenței anumitor diferențe de preț în cazul unor componente ale propunerilor financiare depuse de anumiți ofertanți și între valorile acestora și valorile estimate de Autoritatea Contractantă pentru componentele respective, conform Graficului de eșalonare a plăților specificat în Strategia de contractare, care a stat la baza calculării valorii estimate a contractului.

Este clar deci că Autoritatea contractantă se referă la prețuri neobișnuit de scăzute, iar solicitarea sa ar fi trebuit să se fundamenteze pe NORMA SPECIALĂ, respectiv art. 210 din Legea 98/2016, care se referă la cazul particular al verificării prețurilor neobișnuit de scăzute.

Dar oferta contestatorului se situează la aproape 90% din bugetul achiziției (88,52%) așadar, conform prevederilor legale, verificarea prețului NU este necesară. Autoritatea contractantă putea solicita verificarea unor ELEMENTE DE PREȚ, ori aceasta a solicitat verificarea pentru întregi categorii de lucrări conținând mii de prețuri și pentru valori care nu sunt nicidecum neobișnuit de scăzute.

Mai afirmă Autoritatea contractantă și că „admiterea de către Consiliu a Contestației, respectiv decizia Consiliului de a dispune evaluarea Propunerii Financiare a Contestatoarei fără a lua în considerare aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificare nr. 9/893/26.01.2024 ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, al efectului util și ar crea un avantaj nejustificat Contestatoarei”.

Aceste afirmații sunt din nou false întrucât contestatorul nu a solicitat CNSC să evalueze oferta sa, ci să constate nelegalitatea solicitării de clarificări, iar tratamentul egal NU este nicidecum încălcat atâta timp cât fiecărui ofertant i s-au adresat întrebări diferite și atâta timp cât fiecare ofertant a avut la dispoziție calea de atac pe care contestatorul a exercitat-o. Faptul că ceilalți ofertanți au primit solicitări probabil legale și

clare sau nu au ales să uzeze de calea de atac NU reprezintă o încălcare a tratamentului egal în favoarea contestatorului.

Continuă Autoritatea contractantă, analizând „comportamentul” contestatorului și concluzionând că acesta ar fi culpabil deoarece a solicitat o extindere a termenului de răspuns. Aceasta era strict necesară având în vedere că ofertantul a primit solicitarea de clarificări VINERI 26.01.2024 la ora 13.00, iar termenul inițial de răspuns era fixat până cel târziu MIERCURI 31.01.2024, în condițiile în care s-a solicitat justificarea integrală a nu mai puțin de 12 categorii de lucrări. Așadar, în numai 3 zile lucrătoare Autoritatea contractantă dorea să se detalieze miile de prețuri ce au intrat în calculul valorilor pentru cele 12 categorii de lucrări și să se prezinte documente justificative.

Evident că pentru o asemenea detaliere, ofertantul avea nevoie de timp suplimentar, mai ales că solicitarea de clarificări a fost deosebit de neclară. Solicitarea de prelungire a termenului de răspuns s-a fundamentat pe complexitatea solicitărilor primite și numărul mare de documente de prezentat, care includ traduceri.

Contestatorul arată că a prezentat parțial în limba engleză câteva extrase din programul de devize, dar acestea reprezintă aproximativ 36 de pagini din totalul de 374 pagini ale răspunsului și sunt perfect inteligibile.

Contestatorul reiterează faptul că a răspuns solicitării de clarificări doar pentru a preveni excluderea ofertei sale din procedură, întemeiată pe refuzul de a răspunde, iar faptul că Asocierea a răspuns la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 nu echivalează sub nicio formă cu recunoașterea legalității și temeiniciei acesteia, aceasta rămânând nelegală, neclară și insuficient detaliată.

Referitor la „exemplul” prezentat de Autoritatea contractantă referitor la Clarificarea 1 din Solicitarea nr. 9/893/2024, despre care aceasta pretinde ca era foarte clar, s-a detaliat pe larg în contestație că ofertantul apreciază nelegală solicitarea NU prin prisma faptului că i s-au solicitat valorile de subcontractare, ci pentru că Legea, respectiv art. 7.1. din Anexa nr. 2 la Hotărârea nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, act normativ ce face parte din Documentația de atribuire fiind indicat chiar de Autoritatea contractantă ca și clauză contractuală ce trebuie asumată obligatoriu, prevede:

„Pentru evitarea oricărui dubiu, prețurile din subcontract pot fi diferite de prețurile din Contract, în funcție de condițiile de piață, costurile de coordonare, alte costuri indirecte și profitul Antreprenorului.”.

Or, valorile ofertate sunt mai mari decât cele rezultate din procentele de subcontractare, deci este clar că o astfel de clarificare nu este legală.

Mai mult, exprimarea Autorității contractante a fost deosebit de neclară întrucât în ofertă a fost inclus un singur subcontractant pe activitatea de proiectare și alți câțiva subcontractanți pe alte tipuri de lucrări ale căror activități conțineau atât proiectare, cât și execuție și pentru care nu s-a solicitat defalcarea pe procent aferent proiectării și procent aferent execuției, conform documentației de atribuire.

Susține Autoritatea contractantă că ulterior, ofertantul a transmis valorile aferente serviciilor de subcontractare pentru fiecare subcontractant declarat, deci de fapt înțelesese solicitarea. Nimic mai fals. Întrucât solicitarea a fost deosebit de neclară deoarece nu s-a indicat la ce diferențe se referă Autoritatea contractantă de tipul suma X versus suma Y, nu s-a indicat la ce subcontractant se referă Autoritatea contractantă în condițiile în care ofertantul a avut 1 (un) subcontractant pe proiectare și alți subcontractanți pe proiectare + execuție, pentru ca răspunsul să nu fie apreciat ca neconcludent în mod subiectiv, s-a transmis detalierea pentru toți subcontractanții, chiar dacă procentele acestora pentru activitatea de proiectare nu puteau fi identificate.

Solicitarea Autorității contractante de la Clarificarea 1 nu este nici clară, nici suficient detaliată și mai ales, nu este legală, în condițiile în care chiar modelul de contract publicat de aceasta prevede clar că „prețurile din subcontract pot fi diferite de prețurile din Contract, în funcție de condițiile de piață, costurile de coordonare, alte costuri indirecte și profitul Antreprenorului”.

Contestatorul menționează că în punctul de vedere transmis, Autoritatea contractantă nu a combătut deloc motivele de nelegalitate clar detaliate în cuprinsul contestației pentru fiecare punct al solicitării de clarificări:

1. Clarificarea 1 - NU a explicat de ce era legală și utilă verificarea valorilor aferente procentelor de subcontractare în condițiile în care valoarea aferentă activității de proiectare este MAI MARE decât acestea, fapt permis de HG 1/2018;

2. Clarificarea 2 - NU a explicat de ce a solicitat justificarea valorilor pentru întregi Categoriile de lucrări, NU pentru elemente de preț cum era legal prin raportare la prețurile pieței, utilizând ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, mai ales în condițiile în care oferta este mult peste 80% din bugetul estimat. NU a explicat care a fost referința pentru constatarea sa că valori ale unor întregi categorii de lucrări, NU prețuri, ar fi neobișnuit de scăzute, în condițiile în care este un contract de PROIECTARE și execuție, așadar fiecare ofertant realizează lucrarea în baza unui proiect propriu, pentru elaborarea căruia sunt alocate nu mai puțin de 18 luni (1 an și jumătate) și deci valorile prezentate de ofertanți diferiți NU pot fi comparate ca în cazul unei licitații de furnizare, unde specificațiile sunt identice pentru toată lumea, cu atât mai puțin cu prețuri menționate în buletine statistice.

Chiar Autoritatea contractantă explică acest fapt în Clarificarea 1 la Documentația de atribuire:

Răspuns 227: Autoritatea Contractantă a publicat în cadrul Documentației de Atribuire toată documentația relevantă de care dispune. Documentația este suficientă pentru elaborarea unor oferte corecte, complete și competitive, care să corespundă cerințelor și necesităților Autorității Contractante.

Vă rugăm să aveți în vedere că prezentul contract este unul de tip PROIECTARE SI EXECUȚIE, conform anexei nr. 2 din HG nr. 1/2018, cu modificările și completările ulterioare, în care Antreprenorul are și

calitatea de Proiectant, lucrările urmând a fi executate în baza Proiectului Tehnic de Execuție realizat de acesta.

De asemenea, conform modelului de contract publicat:

Clauza 20 Corectitudinea Prețului Contractului

20.1 Beneficiarul va pune la dispoziția Antreprenorului, pentru informarea acestuia, cel târziu la Data de Referință, toate datele relevante, care se află în posesia Beneficiarului, referitoare la structura geologică și condițiile hidrologice de pe Șantier, inclusiv aspectele legate de mediu. Antreprenorul are responsabilitatea interpretării acestor date.

20.2 Se consideră că Antreprenorul, în măsura în care este posibil (ținând cont de costuri și timp), a inspectat și examinat Șantierul și împrejurimile sale, a analizat datele menționate la subclauza 20.1 și că s-a edificat, înainte de depunerea Ofertei, asupra tuturor aspectelor relevante, inclusiv natura solului și subsolului, forma și natura Șantierului, întinderea și latura Lucrărilor, Materialele necesare execuției Lucrărilor, căile de acces la Șantier și în general a obținut toate Informațiile cu privire la riscurile, inclusiv în legătură cu probabilitatea de apariție a acestora, și alte circumstanțe ce influențează sau afectează Oferta.

20.3 Se consideră că înainte de depunerea Ofertei, Antreprenorul s-a informat cu privire la corectitudinea și suficiența Ofertei, a Prețului Contractului și a prețurilor indicate în Graficul de Eșalonare a Plăților, care, cu excepția celor prevăzute altfel în Condițiile Contractuale, acoperă toate obligațiile prevăzute în Contract.

20.4 Având în vedere că se consideră că Antreprenorul și-a stabilit Oferta financiară în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări, Antreprenorul, fără plata vreunui cost suplimentar, va respecta orice obligație și va proiecta și executa orice lucrare prevăzute în Contract, chiar dacă pentru obligația sau lucrarea respectivă nu există o sumă sau o valoare în Graficul de Eșalonare a Plăților.

Clarificarea 3 - NU a explicat care este temeiul LEGAL pentru solicitarea justificării unor valori pe categorii de lucrări care sunt „neobișnuit” de MARI, evident în percepția sa;

Clarificarea 4 - Nu a explicat de ce solicită, suplimentar cerințelor din Documentația de atribuire și fără temei legal indicat sau existent, tipurile de lucrări prețuite în cadrul unei subcategorii de lucrări, mai ales ca a solicitat la Clarificarea 2 justificarea valorii totale a acesteia.

Contestatorul arată ce a transmis Autorității contractante și în cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări, fapt pe care aceasta îl cunoaște foarte bine, și anume că:

Ofertantul și-a asumat prin oferta depusă, prin care și-a însușit în integralitate documentația de atribuire, inclusiv cu clarificările publicate la aceasta, că va executa această lucrare conform prețului din Oferta Financiară, în termenul stabilit, la nivelul de calitate cerut prin Cerințele Beneficiarului și va depune garanțiile solicitate de Autoritatea contractantă.

Conform Fișei de date a achiziției la Secțiunea IV.4.2 „Modul de prezentare al propunerii financiare”, ofertantul și-a asumat că:

„Se consideră că ofertanții și-au stabilit oferta financiară, inclusiv prețurile de mai sus, în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări, iar pe parcursul implementării contractului, chiar dacă pentru anumite obligații sau lucrări sumele alocate mai sus sunt insuficiente, aceste obligații vor fi respectate, iar lucrările prevăzute în contract vor fi proiectate și executate fără plata unor costuri suplimentare.”

De asemenea, ofertantul și-a asumat în mod ferm că, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, se angajează ca *„În termen de 30 de zile de la aprobarea proiectului tehnic, Antreprenorul va transmite o propunere de prețuri unitare pentru fiecare cantitate din proiectul tehnic, precum și o defalcare a acestor prețuri unitare care va identifica costurile incluse pentru manoperă, Materiale, Utilaje, transport, costuri indirecte și profit”* (conform contract asumat, Clauza 18.1), fără creșterea sau diminuarea prețului total al Contractului exprimat ca suma forfetara, cu excepția altor modificări legale.

Oferta contestatorului, situată la 88,52% din valoarea totală estimată, acoperă toate cerințele menționate în documentația de atribuire și Propunerea Tehnică și poate asigura cu succes îndeplinirea prevederile contractuale, în limitele bugetului menționat în Propunerea Financiară din Ofertă.

În concluzie, argumentele prezentate de Autoritatea Contractantă prin punctul de vedere transmis la dosarul cauzei sunt neîntemeiate și se impun a fi respinse ca atare cu luarea în considerare a faptului că aceasta a recunoscut în mod expres nelegalitatea Constatării și Solicitării nr. 3 din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 prin raportare la „prețuri aparent neobișnuit de mari” și, în mod implicit, nelegalitatea întregului act.

II. Cererea de intervenție a ... se impune a fi respinsă.

Intervenienta susține Autoritatea contractantă fără a avea cunoștință despre conținutul solicitării ce i-a fost adresată. La publicarea în SEAP, contestația a fost secretizată de Autoritatea contractantă aproape integral, fiind eliminate inclusiv solicitările sale de clarificare.

Așadar, demersul ... de a interveni în interesul Autorității contractante este motivat doar de speranța ca va avea acces la dosarul achiziției și implicit, la oferta financiară a contestatorului.

Propunerea financiară a fost declarată ca fiind confidențială și accesul unui competitor la aceasta nu este justificat întrucât erijarea acestuia în comisie de evaluare sau copierea informațiilor ce îl pot ajuta în formularea de oferte de succes pe viitor NU reprezintă motive legale de acces la informații confidențiale.

Intervenienta face aprecieri cu caracter general care se impun a fi respinse ca neîntemeiate deoarece:

În primul rând, în privința susținerilor Intervenientei față de legalitatea și temeinicia Solicitării nr. 1 din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, acestea sunt neîntemeiate deoarece verificarea propunerii financiare din perspectiva conformității cu propunerea tehnică nu justifică solicitarea unor clarificări asupra unor aspecte legale, fiind inoportun și inutil un astfel de demers.

Practic, intervenienta susține pe de-o parte faptul că societatea contestatoare a formulat motive care excedă sferei de aplicabilitate a art. 134 din H.G. nr. 395/2016, iar pe de altă parte, faptul că Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări asupra acestor aspecte conform art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

Pe de altă parte, față de oportunitatea și temeinicia solicitării unor clarificări asupra diferențelor de valoare constatate, diferențe necalificate ca fiind în plus sau în minus față de procentele de subcontractare, dar care în realitate sunt diferențe în plus prin costuri și prețuri majorate, contestatorul a învederat faptul că diferențele constatate sunt legale și clarificate expres de legiuitor prin art. 7.1. din Anexa nr. 2 la H.G. nr. 1/2018:

„Pentru evitarea oricărui dubiu, prețurile din subcontract pot fi diferite de prețurile din Contract, în funcție de condițiile de piață, costurile de coordonare, alte costuri indirecte și profitul Antreprenorului..”.

Astfel, scopul unor clarificări conform art. 134 din H.G. nr. 395/2016 nu este acela de a clarifica inclusiv prețurile care sunt majorate față de valorile procentual de clarificare, deoarece majorarea este legală și necesară pentru asigurarea executării contractului conform cerințelor de calitate ale Autorității Contractate.

În concret, solicitările de clarificări asupra unor elemente de cost sau a unor valori pecuniare ale procentelor de subcontractare sunt necesare și se limitează doar în acele situații de prețuri/costuri „aparent neobișnuit de scăzute”, urmărindu-se că operatorul economic nu vinde în pierdere sub costul de achiziție.

Or, obiectivul final urmărit de Autoritatea Contractantă nu poate în niciun fel a fi atins prin calificări solicitate asupra tuturor prețurilor și elementelor de cost care prezintă diferențe de majorare față de prețurile/tarifele de achiziție luate în considerare de Autoritatea Contractantă, deoarece se îngreunează în mod artificial procesul de evaluare și se introduc bariere nejustificate și excesiv de restrictive.

Prin urmare, susținerile intervenientei sunt vădit neîntemeiate, deoarece rezultă fără îndoială că Solicitarea nr. 1 din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 este nelegală și neîntemeiată pentru nerespectarea art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, dar și pentru nerespectarea scopului urmărit de art. 134 coroborat cu art. 136 din H.G. nr. 395/2016 și art. 7.1. din Anexa nr. 2 la H.G. nr. 1/2018, obiectiv clarificat prin Îndrumările ANAP din 25.05.2023.

În al doilea rând, susținerile intervenientei asupra legalității și temeiniciei Solicității nr. 2 din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 sunt neîntemeiate, deoarece nu sunt respectate exigențele art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, dar și ipoteza obligatorie prevăzută de art. 136 din H.G. nr. 395/2016 care permite solicitarea unor clarificări.

După cum se poate observa, intervenienta susține pe de-o parte faptul că societatea contestatoare a formulat motive care excedă sferei de aplicabilitate a art. 134 din H.G. nr. 395/2016, iar pe de altă parte, faptul

că Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări asupra elementelor de cost aparent neobișnuit de scăzute chiar dacă propunerea financiară este de peste 80% din valoarea estimată a contractului.

De altfel, trebuie observat că Autoritatea contractantă nu se limitează conform art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 la clarificări asupra unor elemente de preț ale ofertei, ci solicită clarificări asupra tuturor prețurilor cuprinse în multiple categorii de lucrări, fiind extinsă sfera de aplicabilitate a art. 136 din H.G. nr. 395/2016.

Practic, Autoritatea contractantă ar fi avut obligația să indice care prețuri exprese din categoriile de lucrări identificate sunt aparent neobișnuit de scăzute și să fie solicitate clarificări doar asupra acestora.

Așadar, susținerile intervenientei referitoare la prezumtiva respectare a art. 134 din H.G. nr. 395/2016 sunt vădit neîntemeiate și se impun a fi respinse ca atare.

Astfel, din moment ce propunerea financiară a Asocierii este de 88,52% din valoarea estimată a contractului, nu se poate concluziona decât că „nu este cazul” unei astfel de verificări de încadrare în situația de la art. 210 din Lege, întrucât nu este îndeplinit pragul stabilit ca și condiție obligatorie de 80% prin art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, explicitat de art. 136 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016.

Inclusiv jurisprudența citată de intervenientă evidențiată că interpretarea contestatorului este legală și conformă cu scopul și litera dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și a celor ale art. 136 din H.G. nr. 395/2016, respectiv:

„În același sens, în jurisprudența CJUE (C-599/10) se reține că autoritatea are obligația de a solicita clarificări cu privire la elementele de preț care prezintă un caracter neobișnuit de scăzut tuturor ofertanților aflați în această situație:

„28. (...) legiuitorul Uniunii a înțeles să oblige autoritatea contractantă să verifice elementele ofertelor care prezintă un caracter anormal de scăzut impunându-i în acest scop obligația de a solicita candidaților să furnizeze dovezile necesare pentru a demonstra că aceste oferte sunt serioase (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini și Mantovani, C-285/99 și C-286/99, Rec., p. 1-9233, punctele 46-49).”

Așadar, prin cauza CJUE (C-599/10), Curtea a statuat în mod expres faptul că verificarea elementelor de preț care alcătuiesc ofertele este obligatorie doar atunci când „ofertele prezintă un caracter anormal de scăzut”.

Prin urmare, susținerile intervenientei sunt neîntemeiate și se impun a fi respinse ca atare, motivele arătate prin contestație fiind întemeiate asupra nerespectării dispozițiilor art. 134 din H.G. nr. 395/2016 și a celor ale art. 210 din Legea nr. 98/2016.

În al treilea rând, susținerile intervenientei referitoare la Solicitarea nr. 3 din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 sunt neîntemeiate și nici măcar nu mai trebuie combătute din moment ce Autoritatea Contractantă a confirmat expres caracterul nelegal al solicitării de clarificări față de prețuri „aparent neobișnuit de mari”.

Nu în ultimul rând, față de susținerile intervenientei referitoare la Solicitarea nr. 4 din Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 sunt neîntemeiate și confirmă în mod expres demersul nelegal al Autorității Contractante de a solicita Subscrisei detalierea Anexei nr. 1 la Formularul nr. 7.

Potrivit susținerilor intervenientei:

„Astfel, Autoritatea contractantă nu a solicitat modificarea tabelului din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7, ci detalierea tipurilor de lucrări ce vor fi executate în cadrul unei anumite activități din tabel. Acest argument nu susține teza Contestatoarei în sensul că Solicitarea de clarificări este neclară, motiv pentru care se impune a fi respinsă.”.

Or, din moment ce detalierea a fost solicitată și la Clarificarea 2, Clarificarea 4 este o dublare a unei cerințe.

Prin urmare, susținerile intervenientei sunt evident neîntemeiate și confirmă în același timp interpretarea corectă a Subscrisei asupra faptului că Autoritatea Contractantă a solicitat detalierea tipurilor de lucrări din categoria nr. 13.9 contrar interdicției din documentația de atribuire.

În concluzie, cererea de intervenție a operatorului economic ofertant ... se impune a fi respinsă ca neîntemeiată, deoarece argumentele invocate de aceasta în susținerea prezumtivei legalități și temeinicii a Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 sunt neîntemeiată și reprezintă rezultatul unor interpretări eronate a dispozițiilor legale aplicabile.

Având în vedere toate motivele de fapt și de drept expuse supra, contestatorul solicită admiterea contestației precum și:

I. Anularea Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, precum și a tuturor actelor subsecvente sau care au stat la baza emiterii acestuia și, în consecință:

(i) obligarea ... la evaluarea propunerii financiare a Asocierii fără a lua în considerare aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024;

(ii) obligarea ... la continuarea procedurii de evaluare a ofertei Asocierii de la etapa în care aceasta se regăsea la data formulării prezentei contestații.

II. obligarea ... la plata tuturor cheltuielilor ocazionate cu judecarea prezentei cauze.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 10449/20.02.2024, contestatorul ... a subliniat confidențialitatea propunerii tehnice și propunerii financiare ale sale, inclusiv răspunsurile la clarificări și documentele atașate acestora, solicitând să nu fie permisă studierea acestor documente.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 12705/29.02.2024, intervenienta ... a transmis „Concluzii scrise” în care precizează următoarele:

1. Înainte de analizarea motivelor pentru care se justifică admiterea Cererii de intervenție și respingerea Contestației, intervenienta solicită

Consiliului să pună în vedere ... să depună la dosarul cauzei inclusiv solicitarea de clarificări adresată celui de-al treilea participant la procedură care a primit solicitări de clarificări similare subscrisei și

2. Verificarea de către Consiliu și a acestei solicitări de clarificări este esențială prin raportare la susținerile Contestatoarei de la pag. 10 din Răspunsul său din 21.02.2024, conform cărora: „atâta timp cât fiecărui ofertant i s-au adresat întrebări diferite - bănuim că nu am avut cu toții aceleași prețuri nejustificat de mici (...) Faptul că ceilalți ofertanți au primit solicitări probabil legale și clare care nu au ales să uzeze de calea de atac NU reprezintă o încălcare a tratamentului egal în favoarea noastră.”

3. În acest context, aprecierea temeiniciei susținerii Contestatoarei se poate face doar prin verificarea inclusiv a solicitării de clarificări adresate Asocierii ...

4. Se solicită respingerea Contestației pentru toate motivele arătate în cuprinsul Cererii de Intervenție precum și pentru considerentele din prezentele Concluzii scrise.

5. În primul rând, față de Punctul de vedere ... din 19.02.2024 și de Răspunsul ... din 21.02.2024, intervenienta se raliază opiniei exprimate de ... în sensul că:

„(...) a lua în considerare solicitarea de obligare a Comisiei de Evaluare la evaluarea Propunerii Financiare a Contestatoarei fără a ține cont de aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificare nr. 9/893/26.01.2024, așa cum solicită Contestatorul, în opinia Comisiei de Evaluare ar echivala cu preluarea sarcinii evaluării de la acesta.”

6. Deși ... susține la pag. 6 din Răspunsul din 21.02.2024 că „printr-o admitere a prezentei Contestații nu se cenzurează posibilitatea Autorității contractante de a-si exercita atribuțiile prevăzute de art. 127, art. 134 sau art. 136 din H.G. nr. 395/2016”, prin Contestație a solicitat tocmai contrariul, respectiv „obligarea ... la evaluare propunerii financiare a Asocierii fără a lua în considerare aspectele care fac obiectul Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024” și „obligarea ... la continuarea procedurii de evaluare a ofertei Asocierii de la etapa în care aceasta se regăsea la data formulării contestației”.

7. Or, astfel cum s-a arătat pe larg în cadrul Cererii de intervenție (par. 46-49) și după cum admite și ... în Punctul de vedere din 19.02.2024, aceste solicitări sunt inadmisibile și presupun imixtiunea Consiliului în atribuțiile

8. Astfel, aceste pretinse măsuri de remediere solicitate de către Contestatoare nu pot fi implementate deoarece ar fi îngrădită „obligația conferită de legiuitor Comisiei de Evaluare de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte.”

9. Cel mult, Consiliul sau, după caz, instanța de judecată, poate aprecia legalitatea solicitării de clarificări, dar nu poate interveni în atribuțiile pe care legiuitorul le-a trasat în sarcina autorității, transformând rolul sancționator pe care legea îl conferă contestațiilor din procedura de atribuire, într-un rol complinitor.

10. Astfel cum Consiliul nu poate reevalua ofertele, ci doar obliga autoritatea contractantă la reevaluare, în același mod, Consiliul nu poate aprecia dacă sunt necesare sau nu clarificări din partea operatorilor economici, ci doar poate obliga autoritatea contractantă să emită solicitări de clarificări în conformitate cu dispozițiile legale, dacă acestea sunt considerate ca fiind necesare de Comisia de Evaluare din cadrul autorității contractante.

11. În al doilea rând, față de Punctul de vedere ... din 19.02.2024 și de Răspunsul ... din 21.02.2024, intervenienta se raliază opiniei exprimate de ... în sensul că CNSC:

- nu poate fi chemat decât să „verifice dacă solicitările de clarificări respectă cerințele legale de claritate și dacă din conținutul acestora reiese în ce constă solicitarea Comisiei de evaluare, iar acest aspect poate fi lămurit prin simpla citire a acestora.”

- „nu poate cenzura preventiv această solicitare de clarificări (...).”

- „nu se poate pronunța în acest moment pe concludența și oportunitatea solicitărilor de clarificări, deoarece acest aspect ar echivala cu o antepronunțare asupra viitoarei evaluări, înainte ca aceasta să se producă (...).”

12. Astfel, investit fiind cu o contestație împotriva unei solicitări de clarificări, CNSC va verifica în ce măsură respectiva solicitare respectă prevederile art. 134 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016 care impun ca solicitările de clarificări să fie clare, explicite și suficient detaliate, indicându-se în cuprinsul acestora „în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”.

13. Cu toate acestea, deși își întemeiază formal Contestația pe prevederile indicate mai sus, ... nu a adus vreun argument care să susțină faptul că Solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată ar fi fost neclară, neînțelegând deci în ce constă solicitarea.

14. Astfel, la pag. 12-13 din Răspunsul ... din 21.02.2024 sunt rezumate succint criticile sale cu privire la solicitările de clarificări. Toate acestea sunt neîntemeiate.

- Clarificarea nr. 1 - ... susține că ... nu ar fi explicat de ce era legală și utilă verificarea valorilor aferente procentelor de subcontractare, în condițiile în care valoarea aferentă activității de proiectare este mai mare decât acestea, fapt permis de H.G. nr. 1/2018. De asemenea, a arătat că ... nu ar fi indicat în concret pentru care subcontractanți sunt necesare clarificările.

În primul rând, ... a explicat în cadrul Constatării nr.1 de ce solicită clarificarea, respectiv: „pentru elementele de preț ale ofertei (...) valorile ofertate de dumneavoastră prezintă diferențe față de valorile rezultate din aplicarea procentelor de subcontractare, declarate în cadrul Acordurilor de subcontractare, la valoarea totală ofertată.”

În al doilea rând, critica formulată nu se încadrează în premisa art. 134 din H.G. nr. 395/2016, nefiind un argument în sensul că această solicitare de clarificări ar fi neclară.

În fine, prin această solicitare de clarificări nu se solicitau justificări pentru prețul mai mare practicat cu subcontractanți, ci strict lămurirea

aspectelor privind procentele și valorile de subcontractare. De asemenea, ... a indicat expres că se referă la subcontractanții pentru proiectarea subsecțiunilor 3B3 și 3B4, nefiind necesar ca ... să indice și numele subcontractanților.

- Clarificarea nr. 2 - ... susține că ... (i) nu ar fi explicat de ce a solicitat justificarea valorilor pentru categorii întregi de lucrări și NU pentru elemente de preț, (ii) nu ar fi explicat care a fost referința pentru constatarea sa că valori ale unor întregi categorii de lucrări ar fi neobișnuit de scăzute în condițiile în care suntem în prezența unui contract de proiectare și execuție iar fiecare ofertant realizează lucrarea în baza unui proiect propriu, deci valorile prezentate de ofertanți diferiți nu pot fi comparate ca în cazul unei licitații de furnizare unde specificațiile sunt identice pentru toată lumea, cu atât mai puțin cu prețuri menționate în buletine statistice.

În primul rând, ... a explicat în cadrul Constatării nr. 2 de ce solicită clarificarea cu privire la prețurile din categorii de lucrări, respectiv pentru că „ar putea fi aparent neobișnuit de scăzute prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta”, prețurile categoriilor de lucrări fiind element de preț ale întregii oferte.

În al doilea rând, criticile formulate nu se încadrează în premisa art. 134 din H.G. nr. 395/2016, nefiind argumente în sensul că această solicitare de clarificări ar fi neclară.

În fine, sunt eronate afirmațiile Contestatoarei în sensul nu ar putea fi comparate prețurile din oferta sa cu prețurile ofertate de alți ofertanți sau cu prețuri menționate în buletine statistice, deoarece toți ofertanții sunt obligați la ofertă să respecte soluția din Studiul de Fezabilitate și să completeze același Tabel cu prețurile activităților / categoriilor de lucrări sau servicii din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7. Contrariul afirmațiilor Contestatoarei rezultă pct. IV.4.2. din Fișa de date mai jos citat:

„Prețul ofertei se va determina prin însumarea valorii totale înscrise în Anexa nr. 1 - Prețurile activităților / categoriilor de lucrări sau servicii cu valoarea totală înscrisă în Anexa nr. 2 - Sume provizionate reprezentând rezerve de implementare.

Ofertantul va declara în mod obligatoriu în Form. nr. 7 "Formular de Propunere Financiară" cota de profit aplicabilă în mod unitar pentru toate lucrările executate și serviciile prestate în cadrul Contractului.

Ofertanții nu pot extinde Tabelul cu Prețurile activităților / categoriilor de lucrări sau servicii din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 nici prin includerea de noi activități / categorii de lucrări sau servicii, nici prin detalierea activităților / categoriilor de lucrări sau servicii incluse în acest tabel. Tabelul cu Prețurile activităților / categoriilor de lucrări sau servicii nu va fi modificat de ofertanți, ci va respecta întocmai structura din Anexa nr. 1 la Form. nr. 7."

- Clarificarea nr. 3 - ... susține că ... nu ar fi explicat care este temeiul legal pentru solicitarea justificării unor valori pe categorii de lucrări care sunt neobișnuit de mari.

În primul rând, ... a indicat ca temei al cererii sale de clarificare art. 209 din Legea nr. 98/2016. În măsura în care comisia de evaluare s-a considerat nelămurită cu privire la anumite elemente de preț, avea dreptul, în temeiul dispozițiilor anterior menționate, să solicite clarificări.

În al doilea rând, critica formulată nu se încadrează în premisa art. 134 din H.G. nr. 395/2016, nefiind un argumentul în sensul că această solicitare de clarificări ar fi neclară.

În al treilea rând, nu rezultă din Punctul de vedere al ... ori din Solicitarea de clarificări adresată ... faptul că la clarificarea nr. 3 s-ar fi solicitat justificări a unor prețuri neobișnuit de mari, ci ... se referă în general la faptul că ar fi identificat prețuri neobișnuit de mici și de mari. Contestatoarea scoate din context această mențiune a ... cu scopul de a obține anularea Solicitării de clarificări, însă pentru dispunerea anulării Solicitării de clarificări, Consiliul trebuie să aibă în vedere strict cele prevăzute în Solicitarea de clarificări, anularea putând interveni doar pentru motive existente la momentul emiterii actului atacat.

În al patrulea rând, printr-o astfel de solicitare, nu este prejudiciată în vreun fel Contestatoarea, deoarece chiar și în cazul în care comisia ar considera elemente de preț ca fiind neobișnuit de mari, nu ar putea să respingă oferta ... pe acest temei, iar prețul ofertei reprezintă oricum principalul factor de evaluare pentru care fiecare ofertă primește un punctaj.

- Clarificarea nr. 4 - ... susține că ... nu ar fi explicat de ce solicită, suplimentar cerințelor din Documentația de atribuire și fără temei legal indicat sau existent, tipurile de lucrări prețuite în cadrul unei subcategorii de lucrări, mai ales că a solicitat la Clarificarea nr. 2 justificarea valorii totale a acesteia.

În primul rând, rezultă din Solicitarea de clarificări nr. 4 de ce anume este solicită, respectiv pentru a verifica „tipurile de lucrări prețuite în cadrul subcategoriei 13.9”, ... indicând ca temei al cererii sale de clarificare art. 209 din Legea nr. 98/2016. Or, potrivit acestei prevederi, ... era îndreptățită să solicite lămuriri cu privire la oferta financiară, nefiind necesar să demonstreze utilitatea lămuririi solicitate (aceasta fiind intrinsecă: lămurirea unei neclarități) ori alte aspecte sesizate în mod neîntemeiat de

În al doilea rând, critica formulată nu se încadrează în premisa art. 134 din H.G. nr. 395/2016, nefiind un argumentul în sensul că această solicitare de clarificări ar fi neclară.

15. Prin urmare, prin Răspunsul ... din 21.02.2024 aceasta formulează simple apărări în sensul admisibilității ofertei sale, încercând să devieze de la singura chestiune relevantă pentru soluționarea prezentei cauzei, respectiv dacă Solicitarea de clarificări a fost neclară, respectiv modalitatea concretă în care aceasta a încălcat art.134 din HG 395/2016.

16. Având în vedere considerentele expuse pe larg în cadrul cererii de intervenție și reluate pe scurt în prezentele concluzii scrise, intervenienta solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie în sprijinul ...,

- respingerea contestației formulate de ... înșaat Sanayi Turizm ve Ticaret A.Ş și

- admiterea cererii de intervenție voluntară și

17. Cheltuielile de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze vor fi solicitate pe cale separată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 8492/12.02.2024, ... a transmis recipisa de consemnare nr. 209949201/1 din 09.02.2024, eliberată de CEC BANK – Sucursala Victoria, în valoare de 2.000.000 lei, reprezentând cauțiune pentru contestație.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de Autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de lucrări/proiectare și executare, având ca obiect *„Proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov – Târgu Mureș – Cluj – Oradea, Secțiunea 3B: Mihăiești – Suplacu de Barcău, Subsecțiunea 3B3: Poarta Sălajului – Zalău, inclusiv Tunel rutier la profil de autostradă în zona Meseș și Subsecțiunea 3B4: Zalău – Nușfalău”*, Cod CPV 45233100-0.

În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind *„cel mai bun raport calitate-preț”*.

În cadrul procesului de evaluare a propunerilor financiare, Autoritatea contractantă i-a solicitat ofertantului ... clarificări cu privire la prețurile oferite, prin adresa nr. 9/893/26.01.2024.

Nemulțumită de conținutul adresei nr. 9/893/26.01.2024, ... a depus la Consiliu contestația în analiză, ce face obiectul dosarului nr. 309/2024.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ...; aceasta are interes să intervină în cauză, deoarece este participant la procedură, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Contestatorul sustine ca, prin continutul sau, Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, transmisă de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a propunerii financiare nu respecta prevederile legale si prevederile din documentatia de atribuire, solicitand anularea acesteia.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, textul solicitarii de clarificari criticată de contestator este urmatorul:

„Urmare verificării si analizarii informațiilor din cuprinsul Propunerii Financiare, Comisia de Evaluare, in conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările si completările ulterioare coroborate cu prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările si completările ulterioare, constata si formuleaza urmatoarele solicitări de clarificari:

Constatare nr. 1: Comisia de Evaluare a constatat ca pentru elementele de pret ale ofertei "7. Activitate: Proiectare Subsecțiunea 3B3 (fara Tunelul rutier la profil de autostrada in zona Meseș); 2. Activitate: Proiectare Subsecțiunea 3B4; 3.Activitate: Proiectare Tunel rutier la profil

de autostrada in zona Meses", valorile ofertate de dumneavoastra prezintă diferite fata de valorile rezultate din aplicarea procentelor de subcontractare, declarate in cadrul Acordurilor de subcontractare, la valoarea total ofertata.

Solicitare de Clarificare nr. 1:

Având in vedere aspectele constatate mai sus, Comisia de evaluare va solicita sa clarificați preturile ofertate de dumneavoastra pentru categoriile de pret ale ofertei: "1. Activitate: Proiectare Subsecțiunea 3B3 (fara Tunelul rutier la profil de autostrada in zona Meses); 2. Activitate: Proiectare Subsecțiunea 3B4; 3. Activitate: Proiectare Tunel rutier la profil de autostrada in zona Meses" prin transmiterea valorilor aferente serviciilor de proiectare prestate de fiecare subcontractant declarat, in corelare cu procentele de subcontractare din cadrul Acordurilor de subcontractare transmise.

Constatare nr. 2: Comisia de Evaluare a constatat ca pentru anumite elemente de pret ale ofertei, preturile prezentate de dumneavoastra ar putea fi aparent neobișnuit de scăzute prin raportare atat la preturile aplicate pe piața de profil cat si raportat la preturile luate in considerare de Autoritatea Contractanta in stabilirea valorii estimate si a elementelor de cost incluse in aceasta.

Solicitare de Clarificare nr. 2:

Având in vedere prevederile legale in materia achizițiilor publice din HG nr. 395/2016 cu modificările si completările ulterioare:

(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 referința 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 posibilitate 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. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind 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,

coroborat cu cele din Instrucțiuni către Ofertanți de la Secțiunea IV.4.2 "Modul de prezentare al propunerii financiare" Comisia de Evaluare analizand corelarea Propunerii Financiare cu lucrările stabilite de dvs. in Propunerea Tehnica, va solicita sa clarificați preturile ofertate de dumneavoastra pentru urmatoarele categorii de lucrări:

a) Categorie de lucrări: Amenajarea terenului - Subsecțiunea 3B3 (fara Tunelul rutier la profil de autostrada in zona Meses) [5.1+5.2+5.3+5.41 - punctul 5 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite in cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastra;

b) Categorie de lucrări: Lucrări de consolidare - Subsecțiunea 3B3 [12.1+12.2+12.3+12.4+12.5+12.6+12.7+12.8+12.9+12.10+12.11] - punctul 12 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite în cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastră;

c) Categorie de lucrări: Lucrări de consolidare - Subsecțiunea 3B4 [13.1+13.2+13.3+13.4+13.5+13.6+13.7+13.8+13.9] - punctul 13 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite în cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastră;

d) Categorie de lucrări: Lucrări de consolidare: 5.000 ml zid de sprijin din coloane forate 01.50m (H pilot 30 m) inclusiv pentru zona de la km 26+500 - km 26+900 - Subsecțiunea 3B3 (fără Tunelul rutier la profil de autostradă în zona Meses) și Subsecțiunea 3B4 - punctul 14 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite în cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastră;

e) Categorie de lucrări: Lucrări de consolidare: 1.000 ml ziduri din beton armat fundate pe ranforti din piloți de beton armat 01.50m (H pilot 30 m) așezați pe două rânduri - Subsecțiunea 3B3 (fără Tunelul rutier la profil de autostradă în zona Meses) și Subsecțiunea 3B4 - punctul 15 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite în cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastră.

și totodată să prezentați informații relevante / antemasuratori / documente justificative / dovezi concludente în susținerea acestor preturi / costuri prezentate de dumneavoastră.

Constatare nr. 3: Comisia de Evaluare a constatat că pentru anumite elemente de pret ale ofertei, preturile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuite prin raportare atât la preturile aplicate pe piața de profil cât și raportat la preturile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate și a elementelor de cost incluse în aceasta.

Solicitare de Clarificare nr. 3: Având în vedere aspectele constatate mai sus, coroborat cu cele din Instrucțiuni către Ofertanți de la Secțiunea IV.4.2 "Modul de prezentare al propunerii financiare" Comisia de Evaluare analizând corelarea Propunerii Financiare cu lucrările stabilite de dvs. în Propunerea Tehnică, vă solicită să clarificați preturile oferite de dumneavoastră pentru următoarele categorii de lucrări:

a) Categorie de lucrări: Preconstrucție, Mediu [4.1+4.2+4.3+4.4] - punctul 4 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite în cadrul Propunerii financiare depuse de dumneavoastră;

b) Categorie de lucrări: Amenajarea terenului - Subsecțiunea 3B4 [6.1+6.2+6.3+6.4] - punctul 6 - Subcategoria 6.1.5 Devieri/mutări/relocări/protejări rețele ANIF (îmbunătățiri funciare) din

Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii" document denumit Anexa 7 - Formulare revizuite in cadrul Propunerii financiare depuse de dvs.;

c) Categorie de lucrări: Subcategoriile 20.3 Excavatie pentru Galeria 1 si 20.4 Excavatie pentru Galeria 2 - punctele 20.3 si 20.4 din Categoria de lucrări: Tunel Rutier la profil de autostrada in zona Meses [20.1+20.2+ ... +20.43+20.441 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii";

d) Categorie de lucrări: Subcategoriile 20.13 Galerie legătură pietonala 1 km 34+765.50 ; 20.14 Galerie legătură pietonala 2 km 35+255; 20.15 Galerie legătură pietonala 3 km 36+195; 20.16 - punctele 20.13,20.14, 20.15 si 20.16 Galerie legătură pietonala 4 km 36+665 din

Categoria de lucrări: Tunel Rutier la profil de autostrada in zona Meses [20.1+20.2+

+20.43+20.441 din Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7 "Preturile activitatilor/categoriilor de lucrări sau servicii";

si totodata sa prezentati informatii relevante / antemasuratori / documente justificative / dovezi concludente in susținerea acestor preturi / costuri prezentate de dumneavoastra.

Solicitare de Clarificare nr. 4:

Comisia de evaluare va solicita sa prezentati tipurile de lucrări pretuite in cadrul subcategoriei 13.9 Orice alte lucrări de consolidare necesare realizarii Subsectiunii 3B4."

Consiliul retine ca relevanta in solutionarea contestatiei este si raportarea solicitarii de clarificari criticata la anumite prevederi din fisa de date a achizitiei capitolul IV.4.2 Modul de prezentare a ofertei financiare:

„N 4: In cazul unei propuneri financiare aparent neobisnuit de scazute in raport cu lucrarile care constituie obiectul contractului de achiziție publica care urmeaza a fi atribuit, AC are obligatia de a solicita Ofertantului care a depus o astfel de oferta clarificari cu privire la pretul sau costurile propuse in respectiva oferta.

N 5: În sensul prev art. 210 alin. (1) din L 98/2016 privind achizițiile publice, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

N 6: In situatia in care comisia de evaluare constata ca elemente de pret ale unei oferte sunt aparent neobisnuit de scazute, prin raportare la preturile pietei, utilizându-se ca referinta in acest sens informatii cum ar fi buletine statistice, sau cotationi ale burselor de marfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta in cauza explicatii cu privire la posibilitatea indeplinirii contractului in conditiile de calitate impuse prin DA.

N 7: Explicatiile aduse de ofertant vor fi insotite de dovezi concludente privind elementele prev la art. 210 alin. (2) din Lege, precum si, dupa caz, documente privind preturile ce pot fi obtinute de la furnizori, situatia stocurilor de materii prime si materiale, modul de organizare si metodele utilizate in cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al

personalului ofertantului, performantele si costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.”

In ceea ce priveste textul notelor N 4 si N 5, Consiliul retine ca oferta financiara a asocierii ... - ... reprezinta procentual 88,25% din valoarea estimată, fiind astfel exclusă ipoteza reglementată de art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Oferta asocierii ... - ... nu prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, situatie in care autoritatea contractanta nu avea obligatia solicitarii justificarilor de pret.

Consiliul admite faptul ca si in situatia unei (unor) oferte care nu prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, autoritatea contractanta are dreptul de a solicita ofertantilor justificari ale unor elemente concrete de pret (cost) dar, asa cum se precizeaza in nota N 6, prin raportare la preturile pietei, utilizându-se ca referinta in acest sens informatii cum ar fi buletine statistice sau cotationi ale burselor de marfuri, si in niciun caz in mod arbitrar, adica fara valori de referinta verificabile in mod transparent.

Consiliul va analiza punctual cele 4 intrebari care compun Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, transmisă de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a propunerii financiare.

1. Solicitarea de clarificari nr. 1 se refera, in aprecierea Consiliului, la un aspect care nu intra in sfera justificarilor de pret aferente analizei unei propuneri financiare.

Astfel, cum pertinent sustine contestatorul, Constatara nr. 1 și Clarificarea nr. 1 nu se încadrează în niciuna dintre categoriile referitoare la etapa de evaluare a propunerii financiare, nefiind o solicitare necesară pentru verificarea conformității cu propunerea tehnică, ori cu verificarea unei potentiale situații de propuneri aparent neobișnuit de scăzute, in conditiile in care prin documentația de atribuire nu s-a impus ofertanților să calculeze și precizeze valoarea exactă în oferta de preț a procentelor de subcontractare.

Autoritatea Contractantă sustine ca a constatat diferențe între procentele de subcontractare și oferta de preț la categoriile de lucrări subcontractate, dar trebuie precizat faptul că prin propunerea financiară, la aceste categorii de lucrari (cele subcontractate) au fost ofertate prețuri mai mari decât cele asociate acordurilor de contractare, ceea ce este perfect legal si intrutotul justificabil.

Dreptul oricarui ofertant de a oferta prețuri diferite prin propunerea financiară față de prețurile din acordul de subcontractare, în sensul majorării, este prevăzut de dispozițiile art. 7.1. din Anexa nr. 2 la Hotărârea nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, act normativ ce face parte din Documentația de atribuire fiind indicat chiar de autoritatea contractanta ca si clauza contractuală ce trebuie asumata obligatoriu:

„Pentru evitarea oricărui dubiu, prețurile din subcontract pot fi diferite de prețurile din Contract, în funcție de condițiile de piață, costurile de coordonare, alte costuri indirecte și profitul Antreprenorului...”

În concluzie, elementul de cost „proiectare” poate avea o valoare mai mare decât valoarea ce reiese din aplicarea procentului de subcontractare, întrucât include costurile asocierii de coordonare, management, asigurari, alte costuri indirecte și profitul, Clarificarea nr. 1 fiind astfel lipsita de temei în contextul analizei ofertei financiare.

2. Procedura în cauză este o procedură de atribuire a unui contract de PROIECTARE SI EXECUTIE, nu doar de executie, astfel încât situația reală privind costurile fiecărei activități va depinde de proiectul pe care îl va realiza ofertantul declarat castigator.

Ofertantul contestator s-a angajat ferm că, în suma ofertată, va executa lucrări sau servicii complet finalizate din toate punctele de vedere, luând în calcul toate cerințele și obligațiile, fie exprimate sau deduse, care să acopere toate aspectele Contractului și să acopere în întregime activitățile/ categoriile de lucrări sau servicii incluzând cheltuielile și riscurile de orice fel, necesare pentru proiectarea, execuția, construcția, finalizarea și întreținerea lucrărilor în conformitate cu prevederile contractului.

În Clarificarea nr. 2, autoritatea contractantă susține că pleacă de la constatarea că *„pentru anumite elemente de preț ale ofertei, prețurile prezentate de dumneavoastră ar putea fi aparent neobișnuit de scăzute prin raportare atât la prețurile aplicate pe piața de profil cât și raportat la prețurile luate în considerare de Autoritatea Contractantă în stabilirea valorii estimate”*, dar nu solicită justificarea unor prețuri pentru elemente concrete potrivit prevederilor din nota N 6 (prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de marfuri), ci prețuri totale ale unor activități față de care nu este cunoscut niciun reper în piața de profil și nici de la ce a plecat autoritatea în stabilirea valorii estimate.

Consiliul constată că prin această solicitare, autoritatea contractantă nu a cerut clarificarea unor elemente de preț, ci a unor întregi categorii de lucrări, care conțin sute de elemente de preț.

În condițiile în care niciun ofertant nu a fost informat ce prețuri a luat în considerare autoritatea contractantă în stabilirea valorii estimate (cu atât mai puțin pe categorii de lucrări), nu s-a indicat în documentația de atribuire obligativitatea să se încadreze în prețurile luate în considerare de autoritatea contractantă în stabilirea valorii estimate, respectiv nu s-au stabilit plafoane pe „categorii de lucrări”, Consiliul apreciază că nu se susține necesitatea justificării prețurilor și legalitatea unei astfel de solicitări.

În mod evident, nu numai că nu a fost comunicat dar nici nu poate exista un preț de piață în raport cu care comisia de evaluare să compare prețurile/costurile pentru: „Categorii de lucrări: Amenajarea terenului pentru Subsecțiunea 3B3”, „Categorii de lucrări: Lucrări de consolidare pentru Subsecțiunea 3B3”, „Categorii de lucrări: Lucrări de consolidare: 5.000 ml zid de sprijin din coloane forate 0.50m”, „Categorii de lucrări:

Lucrări de consolidare: 1.000 ml ziduri din beton armat fundate pe ranforti din piloți de beton armat Ø1,50m”.

Ceea ce se putea solicita in mod legal erau justificari de pret pentru elemente concrete cu valori semnificative din cadrul acestor lucrari cum ar fi pretul materialului din care este realizat zidul de sprijin din coloane forate sau pretul betonului armat care urmeaza a fi utilizat in lucrarile de consolidare sau eventual costurile cu manopera avute in vedere la respectivele lucrari. Pentru astfel de elemente de pret exista informatii de piata care pot fi comparate cu oferte de la furnizori pe care ofertantii pot fi solicitati sa le prezinte, sau reglementari imperative in ceea ce priveste salarizarea personalului dar pentru categoriile de lucrari indicate de autoritatea contractanta, in ansamblu, nu pot fi luate in considerare repere la care sa se raporteze costurile prezentate de ofertanti.

Procedura in cauza este o procedura de atribuire a unui contract de PROIECTARE SI EXECUTIE, nu doar de executie, astfel incat situatia reala privind costurile fiecărei activitati va fi dependenta de proiectul pe care il va realiza ofertantul declarat castigator.

Relevanta in acest sens este si clauza 18.1 din draftul de contract publicat de autoritatea contractanta ca parte a documentatiei de atribuire:

18.1. *„In termen de 30 de zile de la aprobarea proiectului tehnic, Antreprenorul va transmite o propunere de preturi unitare pentru fiecare cantitate din proiectul tehnic, precum si o defalcare a acestor preturi unitare care va identifica costurile incluse pentru manopera, materiale, utilaje, transport, costuri indirecte si profit.”*

Cum primele 18 luni din termenul de proiectare si executie sunt dedicate elaborarii proiectului tehnic, apare ca evident ca preturile unitare si toate costurile reale vor fi cunoscute doar dupa realizarea acestuia (proiectului tehnic).

Ofertantul contestator s-a angajat ferm că în suma ofertată va executa lucrări sau servicii complet finalizate din toate punctele de vedere, luând în calcul toate cerințele și obligațiile, fie exprimate sau deduse, care să acopere toate aspectele Contractului și să acopere în întregime activitățile/ categoriile de lucrări sau servicii incluzând cheltuielile și riscurile de orice fel, necesare pentru proiectarea, execuția, construcția, finalizarea și întreținerea lucrărilor în conformitate cu prevederile contractului.

În concluzie, Consiliul retine ca autoritatea contractanta nu a prezentat nicio justificare concreta pentru Constatarea nr. 2 si plecand de la aceasta presupusa constatare a solicitat nelegal, in aprecierea Consiliului, justificari de pret contrare regulilor prevazute de lege si de propria documentatie, solicitarile permise fiind cele la care raspunsul poate fi apreciat in mod transparent prin raportare la preturile pietei, utilizându-se ca referinta in acest sens informatii cum ar fi buletine statistice, sau cotationi ale burselor de marfuri.

3. Din punctul de vedere al claritatii, conditie obligatorie potrivit prevederilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, Solicitarea de clarificare nr. 3 incalca si mai flagrant prevederile legale intrucat invoca

presupuse "preturi neobisnuite" (sintagma care nu se regaseste nicăieri în legislația achizițiilor publice sau în documentația de atribuire).

Consiliul constata si in cazul acestei solicitari aceleasi nereguli fundamentale subliniate si in analiza Clarificarii nr. 2.

Autoritatea Contractantă nu a oferit nicio informație în baza căreia s-ar putea aprecia temeinicia calificării prețurilor ca „aparent neobișnuite”, care sunt prețurile considerate ca fiind aparent neobișnuite și prin raportare la ce elemente obiective s-a apreciat că acestea sunt neobișnuite, care sunt aceste prețuri aplicate pe piața de profil, care sunt prețurile luate în considerare de autoritatea contractantă, care este diferența dintre aceste prețuri luate în considerare de autoritate și prețurile ofertate de ofertant la categoriile de lucrări învederate.

Consiliul apreciaza, in consecinta, ca autoritatea contractanta nu a prezentat nicio justificare concreta pentru Constatarea nr. 3 si plecand de la aceasta presupusa constatare a solicitat nelegal, in aprecierea Consiliului, justificari de pret contrare regulilor prevazute de lege si de propria documentatie, prin Clarificarea nr. 3 pe care urmeaza de asemenea sa o anuleze.

4. Autoritatea Contractantă nu a precizat vreun motiv pentru care solicită clarificări asupra subcategoriei nr. 13.9 din propunerea financiară, nici măcar prin indicarea unei Constatări ca si in cazul celorlalte 3 clarificări solicitate.

Pe langa faptul ca nici aceasta solicitare de justificare de pret nu se refera la elemente concrete ale caror valori din piata pot fi comparate si verificate in mod transparent, aceasta vizează în mod expres o categorie de cost a propunerii financiare care nu poate fi detaliată, fiind indicat în mod expres operatorilor economici ofertanți că nu pot modifica în niciun fel Anexa nr. 1 la Formularul nr. 7.

In plus, si pentru acest motiv, intrucat autoritatea contractanta este obligata sa-si respecte propria documentatie (nu numai ofertantii) si aceasta solicitare este apreciata de Consiliu ca fiind nelegală.

In punctul de vedere transmis Consiliului, autoritatea contractanta a omis, in mare masura, sa argumenteze pe fondul contestatiei formulate, limitandu-se la a aprecia in ansamblu demersul sau ca fiind legal si indicand, dupa propriile opinii, ce anume are dreptul sau nu sa analizeze Consiliul.

Fata de consideratiile autoritatii contractante, se impun urmatoarele precizari:

Consiliul a constatat ca autoritatea contractanta a transmis solicitari privind justificarea unor preturi mai multor operatori economici care nu au prezentat oferte financiare cu pret neobisnuit de scazut, nefiind susceptibila de incalcarea principului tratamentului egal.

Consiliul nu a contestat dreptul autoritatii contractante de a solicita justificari ale elementelor de pret ale oricarei oferte daca constata ca acestea sunt aparent neobisnuit de scazute prin raportare la preturile pietei, dar precizeaza ca elementele de pret respective trebuie sa poata fi verificate in mod transparent dupa repere prevazute in lege sau

documentatie (de exemplu cataloage, buletine statistice sau cotate ale burselor de marfuri).

În caz contrar, ceea ce Consiliul a constatat în mod constant referitor la Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024, aprecierea comisiei de evaluare asupra situației în care răspunsurile formulate sunt concludente sau nu sunt concludente ar fi pur arbitrara, ceea ce ar putea conduce la o decizie de admitere/respingere a oricărei oferte pe considerente neverificabile și netransparente.

Sustinerile autorității contractante vizând o presupusă prematuritate a contestației sunt neîntemeiate întrucât aceasta a vizat atât critici privind legalitatea cât și privind claritatea clarificărilor solicitate.

Este total eronată susținerea autorității contractante potrivit căreia Consiliul nu poate cenzura preventiv solicitarea de clarificări, ci doar rezultatul procedurii după finalizarea evaluării, sau că nu se poate pronunța, în acest moment, pe concludența și oportunitatea solicitărilor de clarificări, deoarece acest aspect ar echivala cu o antepronunțare asupra viitoarei evaluări.

Declarativ, solicitările de clarificări inițiate de către comisia de evaluare (cea analizată fiind Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024) „au fost întemeiate pe prevederile legale în materia achizițiilor publice, cu scopul de a se asigura că prețurile propuse sau componentele ale acestora nu sunt/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin Cerințele Beneficiarului” dar, așa cum am argumentat în detaliu, formularea solicitării de clarificări împiedică verificarea obiectivă și transparentă a concludenței răspunsurilor, lipsind cu desăvârșire reperele cu care prețurile solicitate să poată fi comparate.

Concluzionând, Consiliul apreciază că, în ansamblu, Solicitarea de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024 nu respecta cerințele de legalitate și claritate impuse atât de prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, de precizările cuprinse în art. 136 alin (1) din același act normativ cât și de prevederile din fișa de date a achiziției capitolul IV.4.2 Modul de prezentare a ofertei financiare (respectiv nota N 6) și va dispune anularea în tot a acesteia.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și va dispune anularea Solicitării de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin finalizarea evaluării financiare a ofertelor cu respectarea celor cuprinse în motivarea prezentei, în termen de 20 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

Dispune anularea Solicitarii de Clarificări nr. 9/893/26.01.2024.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin finalizarea evaluării financiare a ofertelor cu respectarea celor cuprinse în motivarea prezentei, în termen de 20 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.