



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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 nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC SA, cu sediul în, județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin dl. și convențional prin Cabinet de, cu sediul profesional în, str. ... împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 48/AP/1149/11.12.2019 de către, cu sediul în Municipiul, județul, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Înlocuirea aparatelor de cale 17, 41, 26 și consolidarea liniilor II și III directe din stația", cod CPV 45234100-7, s-au solicitat următoarele:

(a) anularea Adresei nr. 48/AP/1149/11.12.2019 privind comunicarea respingerii ofertei depuse de ca inacceptabilă („Comunicare de respingere a ofertei”), precum și a oricăror acte interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe acestuia, emise de către entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei depuse de contestatoare;

(b) obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și acceptabilității și admisibilității ofertei

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC cu nr./....., SC SRL, cu sediul în, str., având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin dnii și convențional de, cu sediul procesual în, .., .., a depus „Cerere de intervenție” în dosarul nr. ..., în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, solicitând Consiliului respingerea contestației formulată de SC SA ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 48/AP/1149/11.12.2019, potrivit căruia oferta sa a fost considerată inacceptabilă.

Societatea contestatoare susține că la data de 16.10.2019, entitatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. pentru organizarea procedurii de atribuire, prin procedura simplificată, având ca obiect „înlocuirea aparatelor de cale 17,41, 26 și consolidarea liniilor II și III din stația”; potrivit documentației de atribuire valoarea estimată a contractului este de 2.700.000 lei, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut.

Contestatoarea afirmă că relevante pentru soluționarea prezentei cauze sunt următoarele cerințe din Caietul de sarcini:

- *Pct. 6.1.2 din Caietul de Sarcini:*

„Prestatorul are deplină libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în Caietul de sarcini și în alte acte normative care reglementează execuția lucrărilor.

În cazul în care la elaborarea listelor de cantități pe articole de lucrări nu se utilizează articolele concrete din indicatoarele de norme de deviz, prestatorul trebuie să facă o descriere cât mai clară a articolelor din listă, în așa fel încât să dea posibilitatea achizitorului să aprecieze în concret toate operațiilor tehnologice necesare a se executa în cadrul acelei descrieri și respectiv să evalueze costurile aferente. (...). (subl. ns.).

Societatea contestatoare menționează că în cadrul procedurii de atribuire, ... a solicitat multiple clarificări, iar a răspuns în mod concludent, clar și concis la fiecare dintre acestea.

În acest sens, petenta arată că:

(a) în etapa de evaluare propunerilor tehnice, ... a transmis (a) Adresa nr. 48/AP/C/559/11.11.2019 prin care a solicitat clarificarea unor aspecte tehnice, iar a răspuns în mod clar și concis la fiecare din solicitările prin Adresa nr. 1315/13.11.2019; (b) o solicitare de clarificare privind diferența dintre numărul de suduri prevăzute în deviz și numărul de suduri din extrasul de materiale, iar a răspuns prin adresa

nr. 1333/15.11.2019 prin care a indicat faptul că la elaborarea propunerii tehnice s-au utilizat (și) norme proprii, fiind respectate în totalitate cerințele impuse prin Caietul de sarcini; (c) Adresa nr. 48/AP/C/573/19.11.2019 prin care a solicitat prezentarea disponibilității furnizorului de a onora comanda și de a respecta termenul de livrare, precum și termenul de livrare al comenzii, dacă este cazul; în răspuns, ... a transmis Adresa nr. 1347/20.11.2019 prin care a clarificat faptul că furnizorul se angajează să livreze în termen de 35 de zile, astfel încât termenul de execuție pentru întreaga lucrare să nu depășească cele 45 de zile stabilite prin Caietul de sarcini.

Din succesiunea transiterii solicitărilor de clarificări privind propunerea tehnică a, contestatoarea semnalează faptul că, la momentul debutului solicitărilor de clarificări privind propunerea financiară, etapa de evaluarea a propunerilor tehnice s-a încheiat, iar entitatea contractantă a constatat că oferta sa respectă toate cerințele documentației de atribuire; aspectul este relevant în opinia petentei întrucât, ulterior, clarificările din etapa de evaluare a propunerii financiare au reluat unele aspecte deja clarificate și găsite conforme cu prilejul evaluării tehnice.

(b) în etapa de evaluare a propunerilor financiare:

- în data de 25.11.2019, ... a solicitat (1) clarificarea următoarelor articolele din liste de cantități de lucrări - înlocuire aparate de cale: art. 1, art. 5, art. 7, art. 10, art. 12, art. 13, art. 17; (2) explicarea rețetei cu detalierea procesului tehnologic și corespondența între numărul de forme declarate în listele de resurse materiale C6 și numărul de suduri declarate în F3 - înlocuire aparate de cale, la art. 21 și art. 24; și (3) depunerea documentelor justificative pentru prețul ofertat raportat la art. 17- set de bare și suport electromec;

- în răspuns la solicitarea de clarificare, ... a trimis Adresa nr. 1360/26.11.2019 prin care (1) a depus anexat rețeta din listele de cantități de lucrări - înlocuire aparate de cale pentru articolele art. 1, art. 5, art. 6, art. 7, art. 10, art. 12, art. 13, art. 17; (2) a detaliat procesului tehnologic pentru realizarea sudurilor aferent art. 21 și art. 24; și (3) a depus oferta de preț a furnizorului pentru a justifica prețul ofertat la art. 17.

Astfel, contestatoarea precizează faptul că din solicitarea de clarificare și răspunsul rezultă că ofertantul a furnizat toate informațiile necesare și a depus toate documente solicitate de către, formulând un răspuns concludent.

- în data de 29.11.2019, ... a transmis adresa nr. 48/AP/C/627/29.11.2019 prin care a solicitat: (1) clarificări privind o pretinsă modificare a tarifului orar pentru execuție; (2) descrierea execuției demontărilor aparate de cale (cod articol $L_1C_{47}A_1$); (3) referitor la art. 21 (cod articol $L_1C_{47}A_1$), corespondența dintre cantitatea articolelor și a formelor de sudură; specificarea în clar a numărului de suduri; explicarea rețetei tehnologice prin raportare la timpul alocat pentru execuția sudurilor și explicarea unei diferențe în timpul de execuție a sudurilor; și (4) clarificarea personalului care se ocupă de executarea sudurilor.

- În răspuns la solicitarea de clarificare, ... a transmis Adresa nr. 1368/02.12.2019 prin care (1) a arătat că tariful orar nu a fost modificat, ci diferența rezultă din adăugarea procentului de 2.25% aferent contribuției asiguratorie pentru muncă (CAM) ce se regăsește la capitolul recapitulație; (2) pentru execuția demontărilor aparate de cale (cod articol L₁C₄₇A₁) s-au utilizat norme proprii, fiind respectate, în totalitate, consumurile de resurse materiale, consumurile de mână de lucru, consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții și consumurile privind transporturile, conform cerințelor impuse prin caietul de sarcini; (3) referitor la art. 21 (cod articol L₁C₄₇A₁), a arătat că acest articol are rețetă proprie care respectă cerințele Caietului de sarcini prin asumarea clară a cantităților totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor; și (4) execuția sudurilor urmează a fi realizată cu sudori atestați, categorie asimilată constructorilor de cale ferată, aspect ce reiese atât din Indicator norme de deviz pentru lucrări de linii ferate normale, cât și din Caietul de sarcini în secțiunea aferentă consumurile de mână de lucru în cadrul căreia nu a fost inclusă categoria de sudori.

Prin urmare, ... consideră că a răspuns în mod detaliat la fiecare solicitare de clarificare, iar entitatea contractantă a analizat în mod superficial răspunsurile sale coroborate cu propunerea financiară și toate celelalte documente de ofertă depusă.

Se arată că în data de 11.12.2019, entitatea contractantă a emis comunicarea de respingere a ofertei, prin care a declarat ca inacceptabilă oferta apreciind că răspunsurile la solicitările de clarificări din etapa de evaluare a propunerii financiare ar fi neconcludente sau inexistente.

Contestatoare opinează că entitatea contractantă a evaluat și analizat în mod superficial și incomplet răspunsurile la solicitările de clarificări, concluzionând în mod eronat că acestea ar fi neconcludente sau inexistente, cu consecința declarării ca inacceptabilă și a respingerii ofertei depuse de; petenta susține că documentele depuse se impunea a fi analizate coroborat cu răspunsurile la clarificări, ceea ce entitatea contractantă nu a respectat.

Pe fondul cauzei, contestatoarea afirmă că adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nu este motivată, pretinsa lipsă de concludență a răspunsurilor petentei fiind greșit reținută și sancționată de către entitatea contractantă.

Societatea contestatoare face precizarea că entitatea contractantă a ales să nu motiveze în mod clar și concis decizia sa, ci doar sumar prin indicarea răspunsurilor la întrebări pe care le consideră inacceptabile sau inexistente; astfel, comunicarea respingerii ofertei nu conține vreun raționament propriu al comisiei de evaluare, vreo centralizare a aspectelor verificate sau o verificare a documentelor integral prezentate de, entitatea contractantă limitându-se la a menționa că răspunsul este neconcludent sau că nu s-ar fi răspuns la o anumită întrebare, după caz, simpla mențiune nu echivalează cu analiza răspunsului și/sau a propunerii financiare și, cu atât mai puțin, cu motivarea.

Se reține că potrivit art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă este obligată să „comuneze fiecarei ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.”

Motivarea respingerii ofertei pe motiv că nu ar fi indicat informațiile financiare relevante, se impunea în opinia ofertantului cu atât mai mult cu cât entitatea contractantă a creat impresia că această chestiune, asupra căreia a solicitat clarificări este totuși lămurită, cât timp nu a mai revenit cu o nouă solicitare de clarificare, iar documentele se aflau în integralitatea lor la dispoziția sa; mai mult, petenta susține că odată depășită etapa evaluării tehnice (prilej cu care entitatea contractantă a verificat exact aceleași chestiuni și, de altfel, multe altele), este inexplicabil cum a apreciat că, deși oferta este conformă din punct de vedere tehnic, ea nu răspunde cerințelor financiare; se arată că propunerea tehnică a face trimitere la exact devizele și normele proprii cărora, în partea financiară, li s-au asociat anumite valori, situație față de care s-ar fi impus ca, prin motivarea deciziei de respingere, Entitatea să explice cum poate lua în considerare și găsi conforme aspectele tehnice, dar eșuează în a înțelege (apreciind răspunsul ca fiind neconcludent) în partea financiară; contestatoarea apreciază că această perspectivă față de care este invocată lipsa de motivare trebuie văzută în contextul în care rigoarea motivării este corect abordată.

Se arată că nemotivarea actului administrativ contestat este de natură să producă o vătămare suplimentară celei produse de efectul propriu-zis al acestuia; situația este de natură a obstrucționa posibilitatea Asocierii de a contesta în mod eficient decizia entității contractante în lipsa prezentării rațiunilor care au fundamentat-o, iar în lipsa motivării, principiile transparenței și al asumării răspunderii, care ar trebui să guverneze orice procedură de atribuire, sunt în mod grav afectate, atât timp cât destinatarul actului nu este informat cu privire la motivele de fapt și de drept concrete care au stat la baza emiterii lui.

Totodată, petenta menționează că motivarea reprezintă o cerință esențială de validitate a oricărui act administrativ, este o condiție de legalitate actului extrinsecă, făcând obiectul unei aprecieri în concret, după natura acestuia și contextul adoptării sale; obiectivul său este prezentarea într-un mod clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului. Motivarea îndeplinește o funcție de transparență a procedurilor administrative în profitul cetățenilor, care vor putea astfel să verifice dacă actul este sau nu întemeiat; în al doilea rând, aceasta permite instanței să exercite controlul de legalitate asupra actelor contestate; motivarea este, așadar, o formalitate substanțială a cărei absență sau insuficiență antrenează anularea actului și care, în cazul nostru concret, nu este nici măcar lacunară, ci complet inexistentă, în acest sens s-a pronunțat o jurisprudență constantă a instanțelor judecătorești:

„[...] instanța va anula actul supus controlului său constatând că acesta nu este motivat, în condițiile în care motivarea reprezintă o obligație generală, aplicabilă oricărui act administrativ. Obligația de

motivare joacă un rol deosebit de important, în special în cadrul controlului puterii discreționare. Exigența motivării permite reconstituirea raționamentului efectuat de autorul actului pentru a ajunge la adoptarea acestuia. Ea trebuie să figureze chiar în cuprinsul actului și să fie realizată de autorul său. A motiva implică a face cunoscute cu claritate elementele de fapt și de drept care permit înțelegerea deciziei și aprecierea legalității sale, [subl. ns.]" (Tribunalul Brașov, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, Sentința nr. 453/CA/29.05.2008, rămasă irevocabilă).

- "Pentru a-și putea exercita atribuția de control al legalității actelor administrative potrivit art. 18 din Legea nr. 554/2004, instanța de judecată trebuie să cunoască rațiunile pentru care emitentul actului, în îndeplinirea puterii sale discreționare, a ales soluția criticată de cel vătămat, iar această motivare trebuie să fie intrinsecă actului administrativ. Obligația autorității emitente de a motiva actul administrativ constituie o garanție contra arbitrariului administrației publice și se impune mai ales în cazul actelor prin care se suprimă drepturi sau situații juridice individuale, cum este cazul în speță. [subl. ns.]" (Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2732/27.06.2008).

- „Înalta Curte a reținut că orice decizie de natură a produce efecte privind drepturile și libertățile fundamentale trebuie motivată nu doar din perspectiva competenței de a emite acel act administrativ, ci și din perspectiva posibilității persoanei și a societății de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitraru. [...] O detaliere a motivelor este necesară și atunci când instituția emitentă dispune de o largă putere de apreciere, căci motivarea conferă actului transparență, particularii putând verifica dacă actul este corect fundamentat și, în același timp, permite exercitarea de către curte a controlului jurisdicțional) [subl. ns.]" (Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1580/11.04.2008).

Totodată, în sensul că o serie de justificări generice echivalează cu o nemotivare a actului emis s-a pronunțat și Curtea Europeană de Justiție. Spre exemplu, în cauza Comisia Comunităților Europene c/a (Sytraval) și Brink's France SARL (C-367/1995), Curtea a arătat că:

„este stabilit deja în practică 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 măsura atacată, astfel încât să li se permită persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor și, de asemenea, să permită curților comunitare competența să efectueze revizuirea actului".

Se învederează că și jurisprudență CEJ (Hotărârea Curții din 22.03.2001, Franța/Comisia C-17/99, Rec-/ pl-2481, punctul 35 și Hotărârea Tribunalului din 12.11.2008, Evropaïki Dynamiki/ Comisia, R-406/06,pct.47) impune obligația motivării, sens în care s-a reținut că „atunci când (...) o instituție a Comunității dispune de o largă putere de

apreciere, respectarea garanțiilor conferite de ordinea juridică comunitară în cadrul procedurilor administrative are o importanță fundamentală. Printre aceste garanții se înscrie în special obligația instituției competente de a motiva în mod suficient propriile decizii. Numai astfel instanța comunitară poate să verifice dacă au fost întrunite elementele de fapt și de drept de care depinde exercitarea puterii de apreciere" (Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță - camera a șasea - din data de 20 mai 2009 pronunțată în cauza T-89/07); petenta susține că motivarea actului administrativ devine un element al legalității acestuia, prin evitarea excesului de putere, CEJ reținând că „*obligația de motivare constituie o normă fundamentală de procedură, care trebuie distinsă de problema temeiniciei motivării, aceasta din urmă fiind o componentă a legalității pe fond a actului în litigiu*" (Hotărârea Curții din 22.03.2001, Franța/Comisia 017/99, Rec., p.I-2481, punctul 35 și Hotărârea Tribunalului din 12.11.2008, Evropaïki Dynamiki/ Comisia, R-406/06,pct.47).

Societatea contestatoare apreciază că actul administrativ contestat încalcă următoarele prevederi legale, dată fiind lipsa unei motivări (care nu numai că trebuie să existe, ci trebuie să fie și clară și precisă):

- Dispozițiile art. 31 din Constituție, care reglementează dreptul la informație al persoanelor, motivarea devenind un principiu al procedurii de emitere a actelor administrative;

- Principiul motivării actelor administrative, consacrat și la nivel european, condiția fiind prevăzută la art. 296 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (ex-art. 253 din Tratatul Comunităților Europene) precum și la art. 162 EURATOM care stabilește prezentarea într-un mod „clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului”;

- Recomandarea (2007) a Comitetului de Miniștri (art. 17 pct. 2) și Rezoluția (77) a Comitetului de Miniștri (principiul IV), preluate în Codul European al Bunei Conduite Administrative care prevede că „fiecare decizie adoptată de Instituție, care poate afecta în mod negativ drepturile sau interesele unei persoane particulare, va menționa temeiurile pe care se bazează, indicând în mod clar faptele relevante și baza legală a deciziei.”

În speță, petenta consideră că entitatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de motivare, o astfel de conduită atragând sancțiuni, în deplin acord cu aspectele reglementate, expuse în continuare:

- Dispozițiile legale impun obligația motivării - în conformitate cu prevederile 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are obligația de a informa fiecare ofertant cu privire la motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, respectiv cu privire la interpretarea întregii sale documentații de ofertă atunci când, deși aspectele pretins eronate au trecut filtrul evaluării tehnice, dar pică testul evaluării financiare; nu există niciun dubiu cu privire la existența unei astfel de obligații;

- Practica este constantă în a sancționa conduita contrară a entității contractante, respectiv sancțiunea anulării actelor administrative

emise fără motivare; exemplificativ, contestatoarea indică câteva repere jurisprudențiale care confirmă necesitatea motivării:

„[...] instanța Uniunii trebuie să poată verifica, în temeiul caietului de sarcini și a motivării deciziei de atribuire, ponderile respective ale diferitelor criterii și subcriterii de atribuire tehnice în evaluare, cu alte cuvinte în calculul scorului total, precum și numărul minim și maxim de puncte pentru fiecare dintre aceste criterii sau subcriterii. Pe de altă parte, atunci când autoritatea contractantă anexează evaluări specifice privind modul în care oferta în cauză îndeplinește sau nu îndeplinește aceste criterii și subcriterii diferite, care sunt vădit relevante pentru punctarea globală a ofertei menționate, obligația de motivare include în mod necesar cerința de a explica modul în care, în particular, evaluările negative au determinat deducerea punctelor.” (subl. ns.).

Curtea de Justiție a sancționat constant un comportament evaziv și necorespunzător al autorităților contractante în îndeplinirea obligației de a comunica rezultatul procedurii de atribuire de o manieră care să respecte principiul transparenței și tratamentului egal, statuând că:

„[...] tribunalul a constatat că, atât pentru European Dynamics și alții, cât și pentru Tribunal, era imposibil de înțeles calculul sau defalcarea precisă a punctelor deduse pentru fiecare subcriteriu sau chiar pentru fiecare dintre subpuncte și că, astfel, nu era posibil nici să se verifice dacă și în ce măsură aceste deduceri corespundeau efectiv aprecierilor negative exprimate în raportul de evaluare și, prin urmare, dacă acestea erau sau nu erau justificate sau, cel puțin, suficient de plauzibile.”

- Decizia nr. 59/01.02.2011, pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție, reține că:

„Motivarea actului administrativ, justificarea rațiunilor de fapt și de drept care au stat la baza emiterii acestuia, reprezintă o garanție a respectării legii și a ocrotirii drepturilor individuale, o formă de protejare a cetățeanului împotriva arbitrariului puterii publice, care în aceste condiții devine evident și poate fi cenzurat pe cale jurisdicțională.”

- Decizia nr. 2973/10.09.2012, pronunțată de Curtea de Apel, în care instanța a statuat că:

„motivarea unei decizii administrative nu poate fi limitată la considerente legate de competența emitentului ori la temeiul de drept al acesteia, ci trebuie să conțină și elementele de fapt care să permită, pe de o parte, destinatarilor să cunoască și să evalueze temeiurile deciziei, iar pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate. În acest sens, nemotivarea deciziei de eliberare din funcția publică reprezintă o cauză de nulitate a acesteia, întrucât obligația motivării actului administrativ reprezintă o cerință de legalitate, acceptată atât pe plan intern, cât și la nivel comunitar, constituind o garanție împotriva arbitrariului.”

- Decizia civilă nr. 71 din 18 ianuarie 2011 prin care Curtea de Apel Timișoara a reținut că:

„așa fiind, cum este de esență dreptului administrativ cerința motivării actului administrativ, pentru că acestea reprezintă o punere în

executare a legii, Curtea constată că decizia de impunere atacată este nelegală și creează un prejudiciu reclamantei, pentru că în lipsa motivării este împiedicată să-și exercite dreptul la apărare recunoscut de Constituție și de CEDO [...]." (subl. ns.).

- *Inclusiv în doctrină s-a reținut că:*

„[...] includem în sfera acestor condiții de «formă exterioară» și motivarea; orice act administrativ, fie normativ, fie individual, potrivit exigențelor Constituției, trebuie să fie motivat." (subl. ns.). Se reține că „motivarea trebuie să conțină elementele de fapt și de drept care să permită verificarea temeiurilor și efectelor deciziei administrative, precum și a proporționalității măsurii cu împrejurările în care a fost dispusă [...]."

Societatea contestatoare reține că i s-a creat speranța legitimă că aspectele menționate în cuprinsul propunerii sale tehnice, vizate și de clarificările pe financiar, sunt corecte, mai ales că clarificările oferite în zona tehnică au fost lipsite de echivoc și neurmă de vreo altă solicitare de clarificare; în condițiile în care, printr-o multitudine de răspunsuri și documente, ... a răspuns detaliind modalitatea de executare și, respectiv, formulele de execuție proprii, nu s-ar fi așteptat că lipsește ceva la acestea atunci când, deși conforme tehnic, din punct de vedere financiar nu a făcut altceva decât să adauge valori financiare acestora; totodată, petenta nu înțelege ce anume lipsește din explicație, respectiv ce a condus Entitatea la imposibilitatea de a înțelege faptul că oferta este acceptabilă.

Contestatoarea notifică faptul că a răspuns concludent întrebărilor adresate, „greșind” doar prin speranța că acestea vor fi interpretate coroborat cu toate celelalte informații și documente deja puse la dispoziția entității contractante.

Cu privire la concludența răspunsurilor la solicitările de clarificări, petenta afirmă că în practica judiciară s-a statuat că: „interpretând gramatical dispoziția art. 79 alin. 1, pornind de la sensul comun al termenului <concludent>, indicat în dicționarul explicativ al limbii române, instanța a constatat că, pentru a fi concludent, un răspuns la solicitarea de clarificări trebuie să conțină datele necesare pentru stabilirea de către autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a unei stări de fapt, relevantă din punct de vedere al documentației de atribuire. Un răspuns concludent este acela pe baza căruia se poate trage o concluzie asupra unei probleme indicate [...] - Decizia civilă nr. 751 din 22 martie 2012 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara; or, petenta subliniază că răspunsurile respectă exigențele impuse de practica judiciară, deoarece s-au referit strict la chestiunile necesare a fi clarificate potrivit solicitării comisiei de evaluare, fiind concludent în raport de solicitarea concretă entității contractante și totodată pe deplin clarificator în privința aspectelor supuse analizei.

Petenta apreciază că în situația în care entitatea contractantă se simțea nelămurită, această chestiune putea fi cu ușurință clarificată prin adresarea unei întrebări corecte și lipsite de echivoc, întrebarea care reia aspectele deja verificate și găsite conforme cu prilejul evaluării tehnice, fără să indice în ce măsură noile informații solicitate ar reprezenta o

eventuală revenire asupra acestora, neputând fi considerată elocventă; contestatoarea susține că a răspuns în limitele întrebărilor adresate, sensul întrebării adresate fiind înțeles în contextul documentației de atribuire; nu putea deduce faptul că documentația deja prezentată anterior nu a fost găsită conformă odată ce etapa fusese depășită și nu putea nici intui faptul că, în contra dispozițiilor caietului de sarcini, Entitatea va avea o interpretare diferită când ajunge la etapa de evaluare a propunerii financiare.

Se precizează că atât jurisprudența CNSC cât și cea a instanțelor naționale confirmă obligația entității contractante de a exercita un anumit grad de diligență atunci când analizează conținutul fiecărei oferte iar, în cazul în care există o chestiune care ar putea fi lămurită prin solicitarea de clarificări, aceasta nu poate să respingă în mod abuziv o ofertă fără clarificări elocvente, în acest sens, relevante fiind următoarele repere jurisprudențiale:

- Curtea de Justiție a Uniunii Europene a evidențiat că „în conformitate cu principiul dreptului comunitar al bunei administrări”, vocația conferită autorității contractante cu privire la solicitarea de clarificări este „însoțită de o obligație de a fi exercitată în împrejurări în care clarificarea ofertei este, practic, posibilă, cât și necesară” - Hotărârea Tribunalului din 27.09.2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p.II-3781.

- „Deși prevederile legale redată fac mențiune doar despre dreptul autorității contractante de a solicita clarificări, acest drept nu trebuie exercitat în mod discreționar, cu exces de putere, respectiv numai în cazul în care comisia dorește și cu privire la clarificări/completări pe care aceasta dorește să le solicite, ci trebuie exercitat în limitele și potrivit scopului pentru care a fost instituit, adică pentru a se asigura că se dețin toate datele necesare pentru evaluarea adecvată și corectă a ofertelor. în spatele dreptului autorității contractante de a solicita clarificări stă obligația de a obține toate informațiile necesare evaluării ofertelor care ar conține neclarități sau exprimări ambigue, astfel încât să se asigure că este pe deplin edificată cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea de către oferte a cerințelor de calificare și/sau a specificațiilor tehnice” - Decizia civilă nr. 3870/06.07.2016 pronunțată de Curtea de Apel, Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal.

Mai mult, contestatoarea învederează faptul că principiul proporționalității, care guvernează întreaga procedură de atribuire, impune cu necesitate ca actele entității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar măsurile luate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite; or, în speță, entitatea a respins oferta sub pretextul unei preținse neconcludențe a răspunsului la o clarificare care relua aspecte deja clarificate conform, fără măcar să se edifice în privința documentelor aflate la dispoziția sa, fără să manifeste o consecvență obligatorie în

evaluarea propunerilor tehnice și financiare, fără să formuleze măcar corect întrebarea de clarificare și, practic, a demonstrat astfel o ineficientă utilizare a fondurilor publice.

Se arată că această conduită a fost observată și sancționată în practica instanțelor care confirmă obligația entității contractante de a solicita clarificări elocvente anterior respingerii unei oferte ca inacceptabile, sens în care menționează exemplificativ:

- „În mod corect Consiliul a apreciat că admiterea sau respingerea unei oferte trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele, bazată pe probe concludente, pe care autoritatea contractantă trebuia să le obțină în vederea unei evaluări obiective a ofertei. [...] Neprocedând în acest fel, autoritatea contractantă a întocmit raportul privind evaluarea ofertelor cu încălcarea prevederilor legale citate, situație în care Consiliul a admis contestația, a anulat raportul și a obligat autoritatea la reevaluarea ofertelor.” - Decizia civilă nr. 279 din data de 01.02.2010 pronunțată de Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal

- „Apreciind că există un risc privind oferta contestatoarei, întrucât anumite date și documente îi erau în continuare neclare sau insuficiente, nimic nu oprește autoritatea contractantă să adreseze o nouă solicitare de clarificare ofertantului, știut fiind că orice hotărâre a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele ei și pe probe concludente, iar nu pe documente insuficiente. Cu alte cuvinte, nimic nu împiedică autoritatea să reîntrebe ofertantul despre formarea prețului global al ofertei sau componente care o interesau, pentru a nu mai avea suspiciuni ori neclarități. Evident, accentul trebuie pus nu pe respingerea ofertei cu orice preț, pentru a exclude din competiție ofertantul cu propunerea cea mai avantajoasă, ci pe clarificarea ei în sensul dorit și necesar evaluării corespunzătoare a ofertei. Față de ansamblul considerentelor expuse se constată că evaluarea ofertei SC... S.R.L. s-a realizat cu nerespectarea condițiilor legale în vigoare și, pe cale de consecință, critica contestatoarei privind nelegalitatea respingerii ofertei sale, este fondată.” - Decizia CNSC poate fi consultată accesând link-ul: http://www.cnscl.ro/wpcontent/uploads/bo/2014/BO2014_0995.pdf.

- „Este adevărat că, potrivit art. 201 din ordonanță, autoritatea are dreptul de a solicita clarificări sau completări ale cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru a demonstra conformitatea ofertei cu cerințele solicitate, însă așa cum a reținut și Consiliul, acest articol nu îi dă dreptul să solicite participanților la procedură prezentarea unor documente care exced documentației de atribuire, în măsură să le creeze acestora o situație dezavantajoasă în raport cu ceilalți participanți. Or, procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament.” - Decizia nr. 668 din data de 13 februarie 2012 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția Contencios administrativ și fiscal.

Față de lipsa de motivare a deciziei de respinge a ofertei, contestatoarea înțelege să prezinte în continuare fiecare cerință din documentația de atribuire considerată, în mod greșit, de către entitatea contractantă ca fiind neîndeplinit.

În primul rând, petenta subliniază că entitatea contractantă a considerat neconcludent răspunsul privind justificarea orelor aferente demontărilor de cale (cod articol L₁C₄₇A₁) urmare a unei pretinse neprecizări a numărului de ore și modului de lucru mecanizat sau manual, însă toate aceste informații se aflau la dispoziția Entității căreia, prin răspunsul la clarificare, i-au fost explicit indicate.

Față de lipsa de diligență a entității contractante de a verifica și analiza atât propunerea financiară, propunerea tehnică și răspunsurile la solicitările de clarificări arătăm că:

- Prin Adresa nr. 1368/02.12.201928, petenta a indicat expres faptul că s-au folosit norme proprii, astfel cum este permis prin Caietul de sarcini, precum și faptul că operațiunile se realizează atât manual, cât și mecanic.

- Anexat Adresei nr. 1360/26.11.2019, ... a depus defalcarea prețului unitar pentru articolele din lista de cantități (cod articol L₁C₄₇A₁), din care rezultă, în mod clar și evident: (a) numărul de ore pentru fiecare dintre constructorii de căi ferate (categoria I, categoria a II-a și categoria a IV- a); (b) numărul de ore pentru utilajul folosit, respectiv excavatorul cu două căi de rulare. Aceasta este, de altfel, și descrierea efectivă a metodei de lucru.

Se arată că entitatea contractantă a considerat că răspunsul ar fi neconcludent, deși oferrantul susține că a indicat toate informațiile solicitate, respectiv numărul de ore și modul de lucru, fiind depusă la dosarul achiziției și defalcarea prețului unitar pentru codul de articol L₁C₄₇A₁.

Concret, petenta subliniază că entitatea contractantă a avut la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata că a indicat atât numărul de ore, cât și modul de lucru pentru execuția lucrării de demontare aparate de cale.

Lipsa de diligență a entității contractante de a verifica și analiza documentele aflate la dispoziția sa nu poate conduce în accepțiunea contestatoarei, în mod legal și temeinic, la constatarea unui răspuns ca fiind neconcludent și, în consecință, la respingerea ofertei; astfel, entitatea contractantă avea posibilitatea reală de a verifica și analiza aspectele pentru care a fost respinsă din procedura de atribuire, acestea fiind indicate prin răspunsurile la clarificare și regăsindu-se detaliate în documentația de ofertă.

Or, contestatoarea opinează că în situația în care, ulterior depunerii a două rânduri de răspunsuri privind acest aspect, entitatea contractantă (din nou) nu s-ar fi considerat lămurită, avea posibilitatea de a solicita o clarificare prin care să arate expres ce aspecte consideră că trebuie lămurite, iar nu respingerea ofertei.

Prin urmare, raportat la faptul că entitatea contractantă avea la dispoziția sa toate documentele necesare (inclusiv răspunsul), precum și diligență de a răspunde în mod clar și detaliat la solicitarea de clarificare privind numărul de ore și modul de lucru aferent lucrării de demontări aparate de cale, se constată de către petentă că, în mod greșit, s-a reținut neconcludența răspunsului

În al doilea rând, contestatoarea este de părere că entitatea contractantă a considerat, în mod greșit, că nu ar fi răspuns la întrebările privind articolele cu poziția în ofertă 21 și 24 având codul articol $L_1C_{28}A_1$; or, din simpla mențiune a faptului că nu ar fi răspuns la aceste întrebări rezultă în opinia contestatoarei că entitatea contractantă nu a verificat răspunsul din Adresa nr. 1368/02.12.2019.

Concret, societatea contestatoare arată că a răspuns solicitării de clarificare, fapt ce reiese chiar din conținutul adresei sale; a menționat în mod expres în conținutul adresei faptul că la pozițiile indicate, cod articol $L_1C_{28}A_1$, este un articol care are o rețetă proprie, dar care respectă cantitățile totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor, conform cerințelor Caietului de sarcini.

Contestatoarea învederează că prevederea din Caietul de sarcini - pct. 6.1.2 din Caietul de Sarcini: *„Prestatorul are deplină libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în Caietul de sarcini și în alte acte normative care reglementează execuția lucrărilor.*

În cazul în care la elaborarea listelor de cantități pe articole de lucrări nu se utilizează articolele concrete din indicatoarele de norme de deviz, prestatorul trebuie să facă o descriere cât mai clară a articolelor din listă, în așa fel încât să dea posibilitatea achizitorului să aprecieze în concret toate operațiilor tehnologice necesare a se executa în cadrul acelei descrieri și respectiv să evalueze costurile aferente (...)”, este clară și neechivocă.

Astfel, petenta afirmă că prin documentația de atribuire s-a stabilit că ofertantul are posibilitatea de a prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii (rețetă proprie) iar în cazul în care respectă cerințele calitative și cantitative, nu are obligația de a detalia suplimentar articolele din listă; prin urmare, ... a utilizat o rețetă proprie în ceea ce privește articolul având codul $L_1C_{28}A_1$, însă urmare a asumării faptului că sunt respectate cantitățile totale de materiale și utilaje necesare nu mai este necesară o altă detaliere a articolelor, această concluzie regăsindu-se în adresa de răspuns la solicitarea de clarificări transmisă către

Contestatoarea este de părere că răspunsul trebuia să fie corelat de către entitatea contractantă cu dispozițiile Caietului de sarcini și oferta depusă; ofertantul menționează că articolul $L_1C_{28}A_1$ având poziția 21 în cadrul devizului de ofertă are o rețetă proprie, dar respectă cantitățile totale de materiale și utilaje necesare pentru executarea tuturor sudurilor, astfel cum s-a prevăzut în Caietul de sarcini; în acest sens, petenta subliniază faptul că formele de sudură ce se utilizează pentru realizarea unei suduri au fost indicate la în răspunsul la clarificarea nr. 5, în care se

arată defalcarea prețului unitar pentru fiecare articol solicitat; (b) numărul de suduri a fost indicat la pag. 48 din propunerea tehnică / respectiv pag. 7 din cadrul propunerii financiare, fiind o normă asimilată, cu respectarea cantităților de materiale necesare pentru realizarea acestora; (c) timpul alocat pentru execuția sudurilor este, de asemenea, indicat detaliat prin răspunsurile la clarificări (clarificarea nr. 5); (d) aceeași fiind și situația numărului de ore pentru execuția sudurilor.

Se arată că entitatea contractantă avea posibilitatea de a formula o nouă solicitare de clarificare, în cazul în care nu se consideră lămurită, dar aceasta a ales să respingă oferta deși anterior a răspuns în mod prompt, clar și concis la toate solicitările; or, prin respingerea ofertei, deși toate documentele necesare se aflau la dispoziția sa, entitatea contractantă a încălcat principiul proporționalității care impune ca măsurile luate față de operatorii economici să nu depășească ceea ce este necesar și adecvat realizării obiectivelor urmărite.

Concret, referitor la articolul de la poziția nr. 21 (cod articol L₁C₂₈A₁), ... a prevăzut în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție și au fost respectate cerințele cantitative și calitative impuse prin Caietul de sarcini; or, cerința expresă din Caietul de sarcini nu impunea ca, în această situație, să fie descrise articolele de listă, astfel că entitatea contractantă, în mod greșit, a considerat că nu a răspuns solicitărilor de clarificare atât timp cât și-a asumat obligația de a respecta cantitățile impuse prin Caietul de sarcini și a evidențiat cu claritate aceste aspect prin răspunsul la clarificări.

Mai mult, contestatoarea apreciază că la o simplă analiză a documentelor aflate la dispoziția entității contractante, respectiv propunerea tehnică, propunerea financiară, precum și defalcarea prețului unitar, se putea concluziona respectarea de către a tuturor cerințelor prevăzute de Caietul de sarcini; or, deși existau anumite incertitudini și neclarități privind documentele prezentate, entitatea contractantă nu a procedat la solicitarea unei clarificări, ci la respingerea ofertei, fără a motiva în concret raționamentul său, practic, oferta a fost respinsă ca inacceptabilă urmare a lipsei de diligență a entității contractante.

În susținerea argumentelor sale, ... arată că, în jurisprudență, s-au reținut următoarele:

- *"Potrivit art. 11 alin. 3 din HG nr. 925/2006 în cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauza cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. Se retine ca autoritatea contractanta a procedat corect în temeiul acestor prevederi la verificarea veridicității ofertei dar nu a finalizat verificarea pentru a se clarifica cu certitudine care dintre cele două documente contradictorii reflectă situația reală." - Decizia civilă nr. 2012 din 14 martie 2014, pronunțată de Curtea de Apel*

- *„orice decizie a autorității contractante privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare*

temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a acesteia. (...) Mai mult, principiul proportionalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite înțelegându-se că în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționale în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții c-157/96, pct 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat mai degrabă decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43/").

- "(...) Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri". - Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37.

Pentru toate considerentele anterior descrise, contestatoarea solicită Consiliului să admită prezenta contestație, astfel cum a fost formulată, apreciind că decizia de respingere a ofertei este abuzivă, reprezintă un pretext și reflectă o incorectă și inefficientă utilizare a fondurilor publice (entitatea contractantă preferând să desemneze câștigătoare o ofertă cu peste 20% mai scumpă), fiind rezultatul unui proces de evaluare superficial și rapid, în care petentei i s-au adresat o multitudine de întrebări de clarificare cu timpul de răspuns extrem de scurt, căutându-i, parcă, cu orice preț, motive pentru ca oferta să fie respinsă.

În aceste condiții, ... consideră că odalitatea incorectă de evaluare, superficialitatea și lipsa de imparțialitate manifestate de către membrii comisiei de evaluare se impun a fi sancționate prin admiterea prezentei contestații.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr., ... "....." SA formulează punct de vedere la contestația depusă de SC SA, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Entitatea contractantă menționează că în cadrul acestei proceduri, au fost depuse oferte de către 3 operatori economici, printre care și contestatoarea SA

Se arată că în urma finalizării procedurii de atribuire, în data de 11.12.2019 s-a întocmit Raportul procedurii nr. 48/AP/1146/11.12.2019, comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire făcându-se tuturor ofertanților, inclusiv contestatoarei.

Pe fondul contestației, entitatea contractantă semnalează faptul că prin comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 48/AP/1149/11.12.2019 i-a adus la cunoștință contestatoarei că oferta sa a fost respinsă fiind considerată inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016.

Concluzia comisiei de evaluare în sensul respingerii ofertei depusă de contestatoare a fost motivată de următoarele considerente:

În etapa de evaluare a ofertelor, respectiv în etapa de evaluare a propunerilor financiare depuse, în urma analizării și evaluării propunerii financiare și pe baza informațiilor prezentate de către contestatoare, comisia de evaluare a considerat că se impune formularea unor solicitări de clarificări.

Astfel, prin solicitarea de clarificări postată în SEAP (fără document atașat) în data de 25.11.2019, comisia de evaluare a precizat: *„Se solicită rețeta următoarelor articole din liste cantități de lucrări - înlocuire aparate de cale: art. 1, art. 5, art. 6, art. 7, art. 10, art. 12, art. 13, art. 17.*

La art. 21 și 24 se solicită să se explice rețeta cu detalierea procesului tehnologic și corespondența între numărul de forme declarate în liste resurse materiale C6 și numărul de suduri declarate în F3 - înlocuire aparate de cale.

La art. 17 - set de bare și suport electromec - se solicită documente justificative pentru prețul ofertat”.

Entitatea contractantă precizează că prin răspunsul la clarificări formulat prin actul nr. 1360/26.11.2019, contestatoarea a menționat că *”la elaborarea art. 21, respectiv art. 24 din prezenta ofertă, s-au folosit norme proprii, respectându-se în totalitate, conform caietului de sarcini, consumurile de resurse materiale, consumurile de mână de lucru, consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții, respectiv consumurile privind transporturile, nemenționându-se faptul că articolul este un articol asimilat.*

Atașat vă transmitem rețeta din listele de cantități de lucrări - înlocuire aparate de cale pentru art. 1, art. 5, art. 6, art. 7, art. 10, art. 12, art. 13, art. 17, art. 21, art. 24, împreună cu detalierea procesului tehnologic pentru realizarea sudurilor. Pentru justificarea prețului ofertat corespunzător art. 17 - set bare și suport electromec., vă înaintăm oferta de preț a furnizorului S.C.”.

În urma analizării și evaluării acestui prim răspuns, comisia de evaluare a constatat următoarele, solicitând clarificări față de cele constatate, conform adresei nr. 48/AP/C/627/29.11.2019, atașată în SEAP, astfel:

1. *Tariful orar pentru execuție este modificat față de oferta inițială, de la 19 lei/oră la 19,43 lei pe oră, la toate articolele la care a fost*

prezentată rețeta tehnologică. Se solicită clarificări referitoare la acest aspect.

2. În rețeta tehnologică prezentată pentru poziția din deviz oferta 1, cod articol L1C47A1 — demontări aparate de cale, timpul alocat pentru execuție este de 12 ore execuție mecanizată (excavator) și 150 ore execuție manuală (constructor căi ferate..).

Având în vedere ca în normele de deviz, pentru această operație este alocat un număr de 141 ore - manual, se solicită ofertantului să descrie în mod clar execuția acestei operații, pentru a se da posibilitatea stabilirii exacte a tehnologiei mecanizate de lucru.

3. Referitor la articolele cu poziție în deviz oferta 21 și 24 — cod articol L1C28A1 -sudarea cap la cap...a șinelor prin procedeu aluminotermic:

Poziție deviz 21:

- cantitate articol — 12 buc.
- rețeta tehnologică desfășurată — 42 buc. forme prefabricate pentru sudat sine
- număr ore manopera alocat execuției acestei operații 360 ore

Poziție deviz 24

- cantitate articol — 4 buc.
- rețeta tehnologica desfasurata — 4 buc. forme prefabricate pentru sudat șine
- număr ore manoperă alocat execuției acestei operații 120 ore

Se solicită să se clarifice următoarele aspecte referitor la poziția de deviz 21:

a) - cum se poate face corespondența între cantitate articol — 12 buc, din deviz ofertă și 42 buc, forme de sudură din rețeta tehnologică desfășurată pe care ați prezentat-o. Câte forme de sudură se utilizează pentru realizarea unei suduri?

b)- specificarea în clar a numărului de suduri care se va executa și a faptului că nu apare corespondența între numărul de forme de sudură din rețeta tehnologică (42) și numărul de suduri din devizul ofertă (12).

c)- din rețeta tehnologică prezentată se constată că timpul alocat la art. 21 (360 ore) este pentru execuția a 12 suduri, în nici un caz a 42 suduri cât este solicitat prin caietul de sarcini. Se solicită explicarea acestui aspect.

d) - în norme de deviz — numărul de ore pentru execuția a 42 de suduri este 1018 ore. Se solicită explicarea acestei diferențe în execuție - 360 ore în devizul ofertă față de 1018 în norme deviz.

4. Din detalierea articolelor 21 și 24, cheltuiala cu forța de muncă se face pentru „constructor căi ferate”, așa cum apare și în formularul C7 lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru. Se solicită ofertantului să clarifice care este personalul care execută sudurile, deoarece operațiile de sudură trebuie să fie executate de sudori atestați.

În urma evaluării celui de al doilea răspuns formulat de către contestatoare prin adresa nr. 1368/02.12.2019, comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

1. Tariful orar la altă valoare este explicat ca și valoare manoperă cu aplicarea procentului CAM 2,25%. Răspunsul este acceptat parțial, cu rezerva că nu este respectată legislația în domeniul întocmirii unui deviz de lucrări.

2. Se solicită justificarea orelor la art. L1C47A1 - demontări aparate de cale, iar ofertantul răspunde prin a detalia tehnologia de lucru, fără a se specifica numărul de ore și modul de lucru - mecanizat sau manual. Comisia de evaluare consideră răspunsul neconcludent.

3. Referitor la articolele cu poziție în deviz oferta 21 și 24 - cod articol L1C28A1 - sudarea cap la cap... a șinelor prin procedeu aluminotermic comisia întreaba:

- cum se poate face corespondența între cantitate articol - 12 buc din deviz ofertă și 42 buc. forme de sudură din rețeta tehnologică desfășurată pe care a prezentat-o. Câte forme de sudură se utilizează pentru realizarea unei suduri?- ofertantul nu răspunde la această întrebare.

- specificarea în clar a numărului de suduri care se vor executa și a faptului că nu apare corespondență între numărul de forme de sudură din rețeta tehnologică și numărul de suduri din devizul ofertă - ofertantul nu răspunde la această întrebare.

- din rețeta tehnologică prezentată se constată că timpul alocat la art. 21 (360 ore) este pentru execuția a 12 suduri, în niciun caz a 42 suduri cât este solicitat prin caietul de sarcini - ofertantul nu răspunde la această întrebare.

- în norme de deviz - numărul de ore pentru execuția a 42 de suduri este 1018 ore. Se solicita explicarea acestei diferențe în execuție - 360 ore în devizul ofertă față de 1018 ore în norme deviz. Ofertantul nu răspunde relevant, deoarece el acceptă formal cerințele caietului de sarcini, dar nu apare detalierea exactă a prețului pentru întreaga operațiune de sudare. Comisia de evaluare consideră răspunsul neconcludent.

În urma acestor concluzii, comisia de evaluare a declarat oferta depusă de ofertantul SA ca fiind inacceptabilă conform art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Referitor la motivele, respectiv „temeinicia” contestației entitatea contractantă apreciază că și-a îndeplinit obligațiile legale ce-i revin în temeiul art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, respectiv în adresa nr. 48/AP/1149/11.12.2019 de comunicare a rezultatului procedurii, entitatea contractantă a menționat ofertantului respins-contestatoarei motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.

Se arată că la o simplă lecturare a acestei comunicări se poate constata că îndeplinește toate cerințele legale, fiind detaliate atât motivele

în drept cât și motivele în fapt care au condus la respingerea ofertei SC SA.

Mai mult, Entitatea notifică faptul că analiza răspunsului s-a făcut în cadrul procesului de evaluare și comunicarea respingerii nu trebuie să conțină decât motivele concrete în drept și în fapt.

Astfel, entitatea contractantă semnalează faptul că este motivat punctual atât fiecare răspuns dat de contestatoare - „comisia de evaluare considera răspunsul neconcludentcat”, cât și lipsa unor răspunsuri din partea acesteia - „D-voastră nu răspundeți la această întrebare”.

În acest context, Entitatea consideră că motivarea respingerii ofertei este temeinică, clară și precisă, și mai ales motivele invocate sunt legale, întrucât chiar legislația în materia achizițiilor publice, mai exact art. 140 alin. (4) din H.G. 394/2016 prevede în mod expres motivele invocate de comisia de evaluare: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/ completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*

Referitor la susținerile contestatorului asupra faptului că oferta tehnică a fost acceptată, entitatea contractantă face precizarea că a tratat în mod echitabil ofertele, considerând a fi oportun corelarea ofertei financiare cu oferta tehnică în vederea unei evaluări cât mai exacte a respectării procesului tehnologic al lucrării pe care ofertantul urmează să o execute.

Astfel, se reține că solicitarea entității contractante a fost ca în cadrul lucrării să se execute un număr de 42 suduri aluminotermice, câte 14 pentru fiecare aparat de cale (3).

Din propunerea tehnică a contestatorului și din răspunsurile la clarificările adresate, entitatea constată că nu s-a evidențiat faptul că acesta ar executa numărul de suduri, astfel că s-a trecut la evaluarea financiară cu scopul de a constata și corela numărul de suduri pe care ofertantul îl ia în calcul la întocmirea ofertei financiare.

Din oferta financiară depusă, din Formularul F3, Entitatea a constatat că ofertantul va executa 12 suduri în loc de 42 suduri cât se cere prin documentele achiziției.

Se menționează că acest aspect rezultă din toate documentele depuse de ofertant adică liste cantități de lucrări (Formularul F3), liste cantități de resurse materiale (Formularul C6); referitor la acest aspect, Entitatea susține că au fost solicitate repetate clarificări ofertantului, care în încercarea de a-și justifica greșeala ocolește un răspuns clar, susținând „că își asumă clar cantitățile totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor”.

Față de acest aspect, entitatea contractantă învederează că ofertantul, conform ofertei depuse nu este în măsură să execute lucrarea de sudură aluminotermică în cantitatea solicitată de beneficiar.

Orice alte motive invocate de contestator sunt în opinia Entității de natură a induce în eroare Consiliul și de a pune entitatea contractantă în imposibilitatea încheierii contractului, cu întârzierea efectuării lucrării care are un grad de urgență ridicat deoarece privește siguranța circulației feroviare.

Totodată, entitatea contractantă afirmă că la formularea solicitărilor de clarificări comisia de evaluare a avut în vedere prevederile art. 140 alin. (3) din H.G. nr. 394/2016, sens în care comunicările transmise contestatoarei au fost clare și au definit în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

Analizând răspunsurile contestatoarei din actul nr. 368/02.12.2019, comisia de evaluare a observat că acestea nu sunt concludente:

- La pct.2 contestatoarea a dat un răspuns generic, nu a justificat orele la art. L1C47A1 - demontări aparate de cale, a detaliat tehnologia de lucru, fără a specifica numărul de ore și modul de lucru - mecanizat sau manual, cu toate că comisia de evaluare a constatat, conform adresei nr. 48/AP/C/627/29.11.2019, că timpul alocat pentru execuție este de 12 ore execuție mecanizată (excavator) și 150 ore execuție manuală (constructor căi ferate..), iar în normele de deviz, pentru această operație este alocat un număr de 141 ore - manual: RĂSPUNS NECONCLUDENT.

Sușinerile contestatoarei potrivit carora "Acele operațiuni se realizează atât manual cât și mecanizat" nu poate constitui în accepțiunea entității contractante un răspuns relevant pentru respectarea cerințelor din documentația de atribuire.

- La pct. 3, contestatoarea a menționat doar că Poziția 21 - L1C28A1 — reprezintă un articol asimilat de deviz, CU REȚETĂ PROPRIE, care respectă cerințele caietului de sarcini prin asumarea clară a cantităților totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor. Beneficiarul acordă posibilitatea ofertantului să își creeze singur normele de consum. Articolele folosite se regăsesc în indicatoare de norme de deviz.

Prin urmare, contestatoarea:

- nu a răspuns clar câte forme de sudură se utilizează pentru realizarea unei suduri, având în vedere cantitate articol - 12 buc din deviz ofertă și 42 buc. forme de sudură din rețeta tehnologică desfășurată pe care a prezentat-o: LIPSĂ RĂSPUNS;

- nu a specificat în clar numărul de suduri care se va executa având în vedere numărul de forme de sudură din rețeta tehnologică (42) și numărul de suduri din devizul ofertă (12): LIPSĂ RĂSPUNS;

- nu a oferit o explicație privind timpul alocat la art. 21 (360 ore) din rețeta tehnologică prezentată care este pentru execuția a 12 suduri, în niciun caz a 42 suduri cât este solicitat prin caietul de sarcini: LIPSĂ RĂSPUNS;

- nu a oferit o explicație privind diferența de ore dintre cele 360 ore în devizul ofertă față de 1018 ore în norme deviz, necesare pentru execuția a 42 de suduri: RĂSPUNS NECONCLUDENT.

Sușinerile contestatoarei potrivit cărora acest articolul „respectă cerințele caietului de sarcini prin asumarea clară a cantităților totale de

materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor. Beneficiarul acordă posibilitatea ofertantului să își creeze singur normele de consum” nu pot fi reținute ca o motivare în fapt și în drept de către comisia de evaluare.

Cu alte cuvinte, comisia de evaluare a solicitat descrierea detaliată a tehnologiei de execuție a sudurilor aluminotermice având în vedere că în Formularul de deviz ofertă cantitatea de suduri este 12 bucăți însă în extrasul de resurse materiale sunt 42 forme prefabricate pentru sudat șine (în formularul C6 se regăsesc 46 forme, comisia apreciind că ofertantul a înțeles să le cumuleze cele 42 eventuale suduri de la art. 21 cu cele 4 forme de sudură de la art. 24 din formularul F3).

Se arată că în practică, în tehnologia de execuție pentru o sudură aluminotermică se utilizează o singură formă prefabricată, rezultând că pentru 42 de forme de sudură oferite ar trebui să rezulte 42 suduri; prin oferta depusă, contestatorul și-a asumat să ofere 12 suduri cu 42 forme de sudură.

Comisia de evaluare a insistat în corelarea acestor aspecte, ofertantul înțelegând să nu răspundă la descrierea tehnologiei de sudură aluminotermică a aparatelor de cale și evitând să facă corelarea solicitată; Entitatea susține că s-a insistat pe explicarea tehnologiei de sudură (descriere cât mai clară a articolelor, și nu formarea prețului la acest articol de deviz), contestatorul rezumându-se prin răspunsurile la clarificări să detalieze modul de formare al prețului.

Entitatea contractantă precizează că formularul (F3) reprezintă lista cu cantități de lucrări, pe categorii de lucrări iar cantitățile din extrasul de resurse materiale (formular C6) se determină pe baza cantităților din articolele de lucrări prevăzute în Formularul F3; rezulta că, dacă în Formularul F3 sunt prevăzute 12 suduri (așa cum a ofertat contestatorul) atunci și în extrasul de materiale ar fi trebuit să se regăsească tot 12 forme prefabricate, cantitățile din formularul C6 determinându-se pe baza cantităților din articolele de lucrări prevăzute în Formularul F3.

Se consideră că entitatea contractantă prin comisia de evaluare a acționat cu bună-credință și, în virtutea obligațiilor care-i revin, a făcut toate demersurile legale care se impun în cauză, pentru a lămuri situația și a avea o ofertă clară și precisă din partea contestatoarei.

Argumentele invocate de către contestatoare, respectiv „lipsa de diligență a entității contractante de a verifica și analiza propunerea financiară” nu pot fi reținute de Entitate întrucât aceasta a dat dovadă că a verificat și analizat propunerea financiară, formulând două solicitări de clarificări, întrucât din oferta depusă rezulta, fara echivoc, ca aceasta va executa 12 suduri în loc de 42 suduri cât se cere prin documentele achiziției, fapt care justifică valoarea scăzută a ofertei financiare în raport cu valoarea estimată a achiziției.

Se arată că rațiunea pentru care comisia de evaluare a insistat în a solicita clarificări contestatoarei cu privire la acest aspect este că aceasta nu a răspuns la descrierea tehnologiei de sudură aluminotermică a aparatelor de cale, evitând să facă corelarea solicitată, având în vedere cantitatea din articol - 12 buc din deviz ofertă și 42 buc, forme de sudură

din rețeta tehnologică desfășurată pe care a prezentat-o; ba mai mult, s-a insistat pe explicarea tehnologiei de sudură (descriere cât mai clară a articolelor, și nu formarea prețului la acest articol de deviz), întrucât contestatoarea a înțeles, prin răspunsurile la clarificări, să detalieze modul de formare al prețului.

Concluzionând, entitatea contractantă afirmă că prin răspunsurile oferite contestatoarea nu și-a justificat răspunsurile cu argumente convingătoare, cu toate că i-au fost adresate 2 solicitări de clarificări.

Comisia de evaluare a apreciat că „informațiile și documentele” transmise de către contestatoare, prin cele 2 adrese de răspuns la clarificările solicitate, nu sunt de natură a edifica entitatea contractantă într-o modalitate explicită, cu privire la îndeplinirea cerințelor prevăzute în documentația de atribuire.

De asemenea, Entitatea apreciază că nici susținerea contestatoarei în sensul că „Entitatea contractantă avea posibilitatea de a formula o nouă solicitare de clarificare” nu poate fi reținută în soluționarea contestației, întrucât a treia solicitare de clarificări ar fi echivalat cu favorizarea sa, ceea ce ar fi adus atingere principiului tratamentului egal reglementat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, având în vedere că la prezenta procedură au participat 3 operatori economici.

Luând în considerare aspectele mai sus enunțate, entitatea contractantă consideră criticile invocate de contestatoare nejustificate și ca atare, solicită Consiliului, ca în baza prevederilor art. 26 alin. 6 din Legea nr. 101/2016, să respingă contestația formulată în cauză de SA ca nefondată.

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC cu nr. /, SC SRL a depus „Cerere de intervenție” în dosarul nr., în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, solicitând Consiliului respingerea contestației formulată de SC SA ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii.

Intervenientul susține că la procedura de atribuire în dezbatere au depus oferte trei operatori economici:; ... și cu subcontractant ...

Se arată că procesul de evaluare a ofertelor a cuprins trei faze:

(i) Calificarea ofertanților - etapă ce a urmărit îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, în urma acestei etape toți cei trei ofertanți îndeplinind condițiile de participare, nicio ofertă nefiind declarată inacceptabilă/neconformă/neadecvată de comisia de evaluare.

(ii) Evaluarea propunerilor tehnice - în această etapă propunerile tehnice au fost evaluate în raport de cerințele minime din Caietul de Sarcini, pe baza informațiilor din propunerea tehnică și unor clarificări, în urma acestei etape toți cei trei ofertanți îndeplinind condițiile de participare, nicio ofertă nefiind declarată inacceptabilă/neconformă/neadecvată de comisia de evaluare.

(iii) Evaluarea propunerilor financiare.

Intervenientul afirmă că Comisia de evaluare a evaluat propunerile financiare sub aspectul:

- Corelării propunerilor financiare cu cele tehnice
- Identificării remedierii erorilor aritmetice și corectării acestora în condițiile legii
- Încadrării în valoarea estimată a achiziției, inclusiv sub aspectul analizării posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, cu respectarea normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice sectoriale
- Asigurării că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi executat astfel încât să poată asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, inclusiv erori aritmetice.

Se menționează că pentru această etapă, în urma răspunsurilor la clarificări adresate ofertanților au fost întocmite 3 [trei] procese verbale, iar în urma acestei etape au fost declarate admisibile ofertele și, în timp ce oferta cu subcontractant a fost declarată inacceptabilă.

Ca urmare a aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” asupra celor două oferte declarate admisibile, clasamentul procedurii a fost următorul:

-, cu o ofertă financiară de 2.679.341,27 lei;
-, cu o ofertă financiară de 2.698.802,8 lei.

Având în vedere că intervenientul s-a clasat pe primul loc în cadrul procedurii, Entitatea contractantă comunicându-i prin adresa nr. 48/AP/I 147/11.12.2019 faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Intervenientul precizează că în data de 19.12.2019, Entitatea contractantă a publicat în SEAP contestația ("Contestația"), prin care aceasta solicită anularea Adresei nr. 48/AP/1149/11.12.2019 privind comunicarea respingerii ofertei depuse de ca inacceptabilă precum și anularea oricăror acte conexe emise de Entitatea contractantă și obligarea Entității la continuarea procedurii, cu consecința stabilirii conformității, acceptabilității și admisibilității ofertei

Având în vedere că în conținutul contestației se invocă acte din dosarul achiziției la care ofertantul câștigător nu a avut acces, acesta susține că a formulat cerere de acces la dosarul achiziției, în conformitate cu prevederile art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 iar, în data de 23.12.2019, Entitatea contractantă i-a acordat acces doar la acele documente care nu conțineau informații declarate confidențiale de către Contestatoare prin oferta sa; în concret nu i-a fost acordat accesul la solicitările de clarificare și răspunsurile formulate de contestatoare care au fost invocate în contestația ce face obiectul prezentului dosar.

Apreciind că, din conținutul contestației coroborat cu acte la care intervenientul a avut acces, rezultă netemeinicia cererilor contestatoarei și având în vedere că, prin contestația sa, ... urmărește să anuleze rezultatul procedurii prin obligarea entității contractante la continuarea acesteia precum și interesul ofertantului declarat câștigător în a menține rezultatul procedurii, ... a formulat prezenta cerere de intervenție.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție, ... solicită Consiliului să rețină că aceasta este admisibilă în principiu, fiind întemeiată pe art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care recunoaște legitimitate procesuală oricărui operator economic interesat de participarea la procedură sau care este participant la procedura de atribuire.

Se arată că singurele condiții pe care art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 le reglementează cu privire la cererea de intervenție sunt îndeplinite în cauză, respectiv:

(i) intervenientul să fi fost interesat de participarea sau să fi participat la procedura de atribuire; or, intervenientul, în calitate de ofertant declarat câștigător, are calitatea de participant la procedura de atribuire;

(ii) cererea să fi fost formulată în termen; raportat la data publicării contestației în SEAP, ofertantul notează că termenul de formulare a cererii de intervenție se împlinește în data de 30 decembrie 2019, astfel încât cererea sa a fost depusă în termen;

(iii) cererea să fi fost comunicată părților cauzei; intervenientul notifică faptul că urmează să comunice prezenta cerere atât contestatoarei, cât și entității contractante, depunând dovezile de comunicare la Consiliu.

De asemenea, intervenientul subliniază că solicită admiterea cererii sale voluntare formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, pe care o calificăm, în principal, ca cerere de intervenție voluntară sui- generis.

Se afirmă că această calificare respectă atât prevederile Codului de procedură civilă, cât și dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016; mai mult, această calificare a fost acceptată de judecătorii din cadrul secțiilor de contencios administrativ organizate la nivelul Curții de Apel și Tribunalului, precum și de consilierii de soluționare a contestațiilor din cadrul CNSC, între concluziile Seminarului "Probleme jurisprudențiale în materia achizițiilor publice", organizat în perioada 22-23 noiembrie 2016 consemnându-se și aceea că o cerere care respectă condițiile art. 17 alin. (3) este o cerere de intervenție sui generis, specifică procedurii administrativ jurisdicționale.

În măsura în care Consiliul va aprecia că prezenta cerere nu poate fi calificată ca o cerere de intervenție sui generis, intervenientul solicită, în subsidiar, calificarea acesteia ca fiind cerere de intervenție principală, în sensul art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă, dreptul dedus judecății de către contestatoare fiind în strânsă legătură cu dreptul deținut la acest moment de intervenient de a încheia contractul de achiziție publică, în calitate de câștigător al procedurii, și într-un al doilea subsidiar, ca fiind cerere de intervenție accesorie în interesul entității contractante.

Ofertantul câștigător arată că prin contestația formulată, ... consideră în mod neîntemeiat că oferta sa financiară este conformă, susținând, în esență:

> o presupusă lipsă de motivare a adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire,

> încălcarea de entitatea contractantă a unei așa-zise speranțe legitime creată contestatoarei că, o dată considerată conformă oferta tehnică, oferta financiară ar trebui automat să fie conformă, justificat de faptul că *„din punct de vedere financiar nu am făcut decât să adăugăm valori financiare [formulelor de execuție proprie]”* - punctul 13, ultimul paragraf;

> răspunsurile de clarificare formulate de contestatoare ar fi concludente;

> entitatea contractantă nu ar fi interpretat răspunsurile contestatoarei corelat cu toate celelalte informații și documente puse la dispoziția entității (oferta financiară) dând astfel dovadă de o lipsă de diligență;

> entitatea contractantă nu a revenit cu clarificări față de răspunsul contestatoarei ceea ce, în opinia contestatoarei, ar reprezenta o atitudine abuzivă și ar conduce la încălcarea principiului proporționalității.

În realitate, intervenientul apreciază că prin contestația formulată, contestatoarea, fără a aduce argumente veritabile în sprijinul prezumtivei conformității a ofertei sale financiare încearcă să justifice lipsa răspunsurilor solicitate de entitatea contractantă și lipsa de concludență a acestora ascunzându-se sub umbrela principiilor achizițiilor publice și unei așa-zise protecții absolute de care trebuie să se bucure ofertanții, extinzând în mod nepermis sfera de aplicare a principiilor care guvernează procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice/sectoriale.

Astfel, ofertantul contestator opinează că nici una din criticile contestatoarei nu poate fi primită, adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire fiind motivată iar răspunsurile la clarificările solicitate de entitatea contractantă fiind neconcludente.

Se reține că criticile contestatoarei privind o pretinsă reevaluare a ofertei sale tehnice care i-ar fi încălcat o "speranță legitimă" sunt neîntemeiate, contestatoarea susținând eronat că odată epuizată etapa evaluării ofertei tehnice, contestatoarei i s-ar fi "creat speranța legitimă" a "corectitudinii" aspectelor menționate în cuprinsul propunerii sale tehnice, vizate și de clarificările ofertei financiare.

Această susținere este netemeinică în accepțiunea intervenientului, atât prin raportare la prevederile legale care reglementează procedura de evaluare a ofertelor, cât și prin raportare la conținutul principiului încrederii legitime - care, deși nu a fost expres invocat de contestatoare, reprezintă unicul temei de drept față de care s-ar putea aprecia "speranța legitimă" susținută de aceasta.

Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, ofertantul câștigător face precizarea că procesul de evaluare a ofertelor în cadrul unei proceduri de atribuire simplificate, este unul unitar al cărui scop este:

(i) de a stabili admisibilitatea ofertelor, respectiv a ofertelor care sunt și conforme și acceptabile; stabilirea admisibilității ofertelor presupune o evaluare completă a ofertelor tehnice și financiare, inclusiv prin corelarea elementelor acestora; contrar susținerilor contestatoarei, intervenientul subliniază că din niciun text de lege care reglementează

acest proces nu rezultă o etapizare a evaluării care ar presupune efectuarea de comunicări către ofertanți de natură să reprezinte "asigurări clare" care ar putea determina ofertanții să aibă "speranțe întemeiate".

În acest sens, ofertantul câștigător notează că dreptul de a solicita protecția încrederii legitime a fost analizat și clarificat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene care, într-o jurisprudență constantă, a definit acele acțiuni ale administrației Statelor membre care ar putea determina "speranțe întemeiate", statuând că:

"86. Potrivit unei jurisprudențe constante, dreptul de a solicita protecția încrederii legitime, care reprezintă unul dintre principiile fundamentale ale Comunității, aparține oricărui particular care se află într-o situație din care rezultă că administrația comunitară, oferindu-i asigurări clare, l-a determinat să aibă speranțe întemeiate. Reprezintă astfel de asigurări, oricare ar fi forma în care acestea sunt comunicate, informațiile precise, necondiționate și concordante și care provin de la surse autorizate și de încredere (Hotărârea Tribunalului din 21 iulie 1998, Mellett/Curtea de Justiție, T-66/96 și T-221/97, RecFP, p. I-A- 449 și 11-1305, punctele 104 și 107).

87. În speță, reclamanta se limitează să invoce poziția care ar fi fost adoptată de către Comisie în cadrul altor proceduri de cerere de ofertă, fără să probeze însă afirmațiile în acest sens. Astfel de împrejurări, presupunând că sunt reale, nu sunt de natură să constituie asigurări precise date de către instituție și, prin urmare, nu ar putea să reprezinte temeiul unei încrederi legitime în privința acceptării, de către Comisie, a mecanismului propus de Euphet în cadrul contractului în cauză." (Hotărârea Tribunalului din cauza T- 195/05, para. 86, 87. N.N. Subl.N.)

Or, în cauză trecerea la etapa de analiză a ofertei financiare, după solicitarea de clarificări privind oferta tehnică, fără efectuarea niciunei comunicări precise, necondiționate și concordante către ofertanți privind concluziile acestei evaluări și anterior finalizării etapei de evaluare a admisibilității ofertei nu constituie în opinia intervenientului „temeiul unei încrederi legitime în privința acceptării".

(ii) și, prin aplicarea criteriului de atribuire, clasamentul acestora.

Interpretarea mai sus redată de ofertantul câștigător a fost confirmată, sub forma unei dezlegări având caracter obligatoriu, în condițiile art. 521 alin. (3) din Codul de procedură civilă, de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 66/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal, în Dosarul nr. 156/39/2018, privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, în care Înalta Curte a statuat că:

"72. Evaluarea ofertelor presupune, așa cum rezultă din norma menționată, precum și din ansamblul reglementării, verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, realizarea selecției candidaților, dacă este cazul, verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este

cazul, verificarea propunerilor 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 Legea nr. 98/2016, elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor, stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, stabilirea ofertelor admisibile, iar, în final, aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

73. Prin urmare, acest proces presupune două mari etape, verificarea admisibilității ofertelor și stabilirea clasamentului acestora, ca urmare a aplicării factorilor de evaluare, în ultima etapă fiind evaluate numai ofertele declarate admisibile; atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

74. Evaluarea admisibilității ofertelor este, la rândul ei, o operațiune în etape, fără ca legiuitorul să stabilească o ierarhizare sau o ordonare a acestora, modalitatea de lucru a comisiei de evaluare fiind stabilită ad hoc de membrii acesteia, în fiecare caz în parte, în raport cu calendarul estimativ de aplicare a procedurii de atribuire și perioada solicitată pentru valabilitatea ofertelor, membrii comisiei de evaluare având dreptul de a analiza și evalua documentele depuse de ofertanți/candidați individual și/sau în ședințe comune (art. 131 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016}." (Subl n. ns.)

Rezultă din cele de mai sus că entitatea contractantă nu este obligată să închidă definitiv procesul de evaluare a ofertei tehnice anterior finalizării procesului de analizare a admisibilității întregii oferte (care include și oferta financiară), fiind astfel neîntemeiate susținerile contestatoarei privind pretinsa "încredere legitimă" care i-ar fi fost creată față de un pretins rezultat implicit al evaluării ofertei sale tehnice.

Chiar dacă ar fi înlăturate - în scop pur argumentativ - prevederile legale și interpretările având caracter obligatoriu mai sus expuse, oricum susținerea contestatoarei privind o presupusă revenire asupra ofertei tehnice prin declararea ca neconformă a ofertei financiare este eronată în opinia câștigătorului deoarece, în cauză, entitatea contractantă a analizat oferta financiară strict din perspectiva criteriilor de evaluare a acesteia și nu a revenit asupra aspectelor tehnice.

Astfel, în cazul de față, după cum rezultă din raportul procedurii:

a) toate ofertele tehnice depuse în procedură, inclusiv oferta intervenientului și a contestatoarei, au fost analizate din perspectiva îndeplinirii cerințelor minime din Caietul de sarcini

b) în timp ce ofertele financiare au fost analizate din perspectiva:

- Corelării propunerilor financiare cu cele tehnice
- Identificării remedierii erorilor aritmetice și corectării acestora în condițiile legii
- Încadrării în valoarea estimată a achiziției, inclusiv sub aspectul analizării posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, cu respectarea normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice sectoriale
- Asigurării că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi executat astfel încât să poată asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, inclusiv erori aritmetice.

Astfel, intervenientul semnalează faptul că evaluarea corelării ofertei financiare cu cea tehnică în niciun caz nu are semnificația unei reevaluări a ofertei tehnice, analiza ofertei financiare din această perspectivă fiind reglementată ca etapă esențială și distinctă în evaluarea ofertelor pentru garantarea satisfacerii necesităților și cerințelor Entității și asigurarea unei utilizări eficiente a fondurilor publice.

În acest sens, ofertantul câștigător notează că, potrivit art. 143 alin. (3) lit. d) din H.G. nr. 394/2016, oferta este considerată neconformă dacă *"propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice."*

Pentru considerentele mai sus expuse, intervenientul solicită Consiliului să respingă ca neîntemeiate criticile contestatoarei referitoare la o pretinsă încălcare a "speranței legitime" a acesteia cu privire la un pretins rezultat al evaluării ofertei sale tehnice asupra căruia s-ar fi revenit prin evaluarea ofertei financiare, având în vedere că în realitate, entitatea contractantă a făcut stricta aplicare a prevederilor legale aplicabile procesului de evaluare, dintre care ofertantul indică ca fiind relevante prevederile art. 143 alin. (3) lit d) din H.G. nr. 394/2016.

În ceea ce privește nemotivarea Adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, intervenientul observă că nici aceste susțineri nu sunt întemeiate.

Contrar susținerilor contestatoarei, intervenientul constată că entitatea contractantă, prin Adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, și-a îndeplinit obligația de a informa acest ofertant cu privire la rezultatul evaluării ofertei sale, prezentând motivele pentru care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, după cum rezultă din tabelul comparativ de mai jos:

Nr. crt	Solicitarea Entității	Motivarea Entității față de răspunsul contestatoarei
1	Se solicită justificarea orelor la art. L1C47A1 - demontări aparate de cale	Detaliază tehnologia de lucru, fără a specifica numărul de ore și modul de lucru - mecanizat sau manual
	Referitor la articolele cu nr. de poziție în deviz ofertă 21 și 24 - cod articol L1C28A1 - sudarea cap la cap...a șinelor prin procedeu aluminotermic	

2	2.1	Cum se poate face corespondența între cantitatea articol - 12 buc. din deviz oferta și 42 buc. forme de sudură din rețeta tehnologică desfășurată pe care a prezentat-o	Ofertantul nu răspunde
	2.2	Câte forme de sudură se utilizează pentru realizarea unei suduri	Ofertantul nu răspunde
3	Se solicită specificarea în clar a numărului de suduri care se vor executa și a faptului că nu apare corespondența între numărul de forme de sudură din rețeta tehnologică și numărul de suduri din devizul ofertă		Ofertantul nu răspunde
4	Se solicită să se explice următorul aspect - din rețeta tehnologică prezentată se constată că din timpul alocat la art 21 (360 ore] este pentru execuția al2 suduri în niciun caz a 42 de suduri cât este solicitat prin caietul de sarcini		Ofertantul nu răspunde
5	Se solicită să se explice următoarea neconcordanță - în normele de deviz - numărul de ore pentru execuția a 42 de suduri este 1081 ore. Se solicită explicarea acestei diferențe în execuție - 360 de ore în devizul ofertă față de 1081 poreîn norma deviz.		Ofertantul nu răspunde relevant deoarece el acceptă formal cerințele caietului de sarcini, dar nu apare detalierea exactă a prețului pentru întreaga operațiune de sudare.

Rezultă din prezentarea comparativă de mai sus că entitatea contractantă a identificat clar fiecare motiv pe care s-a întemeiat decizia sa de respingere a ofertei contestatoarei, arătând, în concret, care au fost aspectele de neconformitate constatate de aceasta.

Or, intervenientul susține că art 228 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 99/2016 instituie o obligație de a informa ofertantul respins cu privire la motivele pe care se întemeiază decizia de respingere, motive care, după cum rezultă din întreaga contestație, au fost înțelese pe deplin de contestatoare care a fost în măsură să formuleze apărări și critici, cu privire la fiecare dintre acestea.

Se reține că această interpretare este susținută de o bogată și constantă practică judiciară națională și a Curții de Justiție a Uniunii Europene , dar și de interpretarea coroborată a art 228 alin. (2] lit a) din Legea nr. 99/2016 cu celelalte prevederi ale legislației în materia achizițiilor publice, respectiv art 231 alin. (5) din același act normativ, care dă dreptul participanților la procedură de a avea acces, după comunicarea rezultatului procedurii, la raportul procedurii și documentele depuse de ceilalți ofertanți, care nu sunt protejate de confidențialitate.

Ofertantul câștigător notifică faptul că legea reglementează astfel expres dreptul ofertantului respins de a avea acces imediat și neîngrădit la documentele care consemnează rezultatul detaliat al evaluării ofertei sale, ... având astfel posibilitatea să se lămurească în privința oricăror informații care ar fi fost omise din comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire.

Din întreaga contestație a, intervenientul reține că aceasta a luat la cunoștință și a înțeles pe deplin care sunt motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, formulând ample apărări cu privire la răspunsurile furnizate (imediat după ce a criticat pretinsa lipsă a informațiilor necesare formulării aceluiași apărări); demersul contestatoarei în acest sens este astfel pur formal și infirmat de propria conduită din care reiese că a înțeles pe deplin care sunt motivele de respingere a ofertei sale.

Sintetizând cele mai sus expuse, intervenientul solicită Consiliului să rețină că entitatea contractantă a motivat decizia sa de respingere a ofertei financiare a

- ofertantul câștigător arată că motivarea nu presupune, așa cum sugerează contestatoarea ca entitatea contractantă să „sape” prin toate informațiile de orice natură (deși se referă doar la cele tehnice) furnizate de contestatoare și să încerce să tragă de acolo concluzii (cu privire la oferta financiară) astfel încât să ajungă la o soluție favorabilă, în caz contrar, în opinia acesteia, încălcându-se principiile transparenței, proporționalității etc.

- în realitate, intervenientul precizează că tocmai o atare abordare sugerată de contestatoare ar duce la încălcarea de entitatea contractantă a principiilor transparenței, proporționalității și tratamentului egal; astfel, întreprinderea de către entitatea contractantă a unor demersuri suplimentare de a clarifica aspecte pe care ofertantul nu înțelege să le clarifice ar conduce la grava încălcare a principiului tratamentului egal al celorlalți ofertanți care au depus oferte clare și au răspuns concludent solicitărilor de clarificare.

- astfel cum a statuat ICCJ în numeroase decizii de speță exigența motivării nu presupune că trebuie să se răspundă la fiecare nuanță dată de părți textelor de lege iar faptul că entitatea contractantă interpretează elementele bazei factuale într-o altă manieră decât cea agreată de parte, nu echivalează cu o nemotivare.

De altfel, intervenientul constată că în cazul de față, la cele 6 clarificări punctuale, contestatoarea nu a oferit niciun răspuns la 4 dintre ele, iar la 2 clarificări cu privire la oferta tehnică a răspuns strict din perspectivă tehnică.

Pentru toate argumentele mai sus expuse, ofertantul câștigător solicită respingerea ca neîntemeiate a criticilor contestatoarei cu privire la pretinsa nemotivare a adresei privind comunicarea rezultatului procedurii.

Totodată, intervenientul menționează că criticile contestatoarei privind o pretinsă concludență a răspunsurilor furnizate de aceasta la solicitările de clarificare ale entității contractante sunt neîntemeiate.

Cu titlu preliminar, ofertantul reiterează că entitatea contractantă nu i-a acordat acces la acele documente din dosarul achiziției care conțineau informații declarate confidențiale de către contestatoare, printre aceste documente restricționate numărându-se și adresele prin care s-a solicitat și s-au transmis clarificările ofertei financiare ale

Chiar dacă intervenientul nu a vizualizat răspunsurile contestatoarei, indiferent de cum ar fi interpretate acestea prin raportare la întreaga

documentație și ansamblul de informații tehnice existente în ofertă, din chiar contestația depusă reiese în mod clar că nu a arătat tocmai corelația dintre oferta tehnică și cea financiară (aspectul analizat de entitatea contractantă în faza ofertei financiare și a cărei clarificare s-a solicitat) ci s-a limitat la a relua aspecte strict tehnice considerând în mod eronat că acestea ar trebui să fie suficiente pentru clarificarea Entității.

Or, în realitate, intervenientul subliniază că entitatea contractantă nu a mai făcut o reanalizarea ofertei tehnice ci a urmărit, cum era și firesc, să clarifice corelația între această ofertă tehnică și cea financiară.

Se menționează faptul că indiferent de cum ar fi interpretată sintagma „concludența răspunsurilor” chiar și în cel mai extins sens al termenului este evident că lipsa unui răspuns nu poate fi calificat ca un răspuns concludent.

De altfel, ofertantul câștigător reține că din conținutul contestației reiese că solicitările Entității au rămas fără răspuns, răspunsurile nefiind așa cum susține aceasta „concludent[e], clar[e], concis[e]” ci INEXISTENTE, după cum rezultă din tabelul prezentat în continuare (intervenientul nu se va referi în cele ce urmează la acele răspunsuri din conținutul contestației care nu au legătură cu motivele pentru care a fost respinsă oferta financiară a):

Nr . crt	Solicitarea Entității	Motivarea Entității față de răspunsul contestatoarei	Argumentația din contestație
1	Se solicită justificarea orelor la art. L1C47A1 - demontări aparate de cale	Detaliază tehnologia de lucru, fără a specifica numărul de ore și a se folosi lucrul - mecanizat sau manual	Informațiile se aflau în propunerea tehnică și răspunsurile la solicitări. S-au folosit norme proprii astfel cum este permis în Caietul de sarcini iar operațiunile se realizează atât manual cât și mecanic Ar fi arătat numărul de ore pentru fiecare dintre constructorii de căi ferate, numărul de ore pentru utilajul folosit - excavator cu două căi de rulare - aceasta fiind tehnologia de lucru
2	Referitor la articolele cu nr. de poziție în deviz ofertă 21 și 24 - cod articol L1C28A1 - sudarea cap la cap...a șinelor prin procedeu aluminotermic		
	2.1	Cum se poate face corespondența între cantitatea articol - 12 buc. din deviz oferta și 42 buc. forme de sudură din rețeta tehnologică desfășurată pe care a prezentat-o	Ofertantul nu răspunde
	2.2	Câte forme de sudură se utilizează pentru realizarea unei suduri	Ofertantul nu răspunde
3	Se solicită specificarea în clar a numărului de suduri		La pozițiile indicate cod L1C28A1 este un articol care are o rețetă proprie dar care respectă cantitățile totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor, conform cerințelor caietului de Sarcini. Au fost arătate formele de sudură

	care se vor executa și a faptului că nu apare corespondența între numărul de forme de sudură din rețeta tehnologică și numărul de suduri din devizul ofertă	Ofertantul nu răspunde	Numărul de suduri a fost indicat în propunerea tehnică
4	Se solicită să se explice următorul aspect - din rețeta tehnologică prezentată se constată că din timpul alocat la art 21 (360 ore] este pentru execuția a 12 suduri în niciun caz a 42 de suduri cât este solicitat prin caietul de sarcini	Ofertantul nu răspunde	Este indicat timpul alocat pentru executarea sudurilor
5	Se solicită să se explice următoarea neconcordanță - în normele de deviz - numărul de ore pentru execuția a 42 de suduri este 1081 ore. Se solicită explicarea acestei diferențe în execuție - 360 de ore în devizul ofertă față de 1081 ore în norma deviz.	Ofertantul nu răspunde relevant deoarece el acceptă formal cerințele caietului de sarcini, dar nu apare detalierea exactă a prețului pentru întreaga operațiune de sudare.	Este indicat numărul de ore alocat pentru execuția sudurilor

Așadar, ofertantul câștigător observă că evită să răspundă, inclusiv în etapa contestației, chiar cu privire la solicitarea adresată de entitatea contractantă privind acel element specific etapei de evaluare a ofertei financiare, respectiv corelația între datele declarate în cadrul propunerii tehnice și cele din cadrul propunerii financiare; simplele trimiteri repetitive la propunerile tehnice, la tehnologia proprie de lucru, la rețete proprii nu fac altceva decât să întărească cele de mai sus - respectiv că nu a răspuns concludent la solicitările entității contractante adresate pentru evaluarea propunerii financiare.

În ceea ce privește pretinsa obligație a entității contractante de a fi solicitat clarificări suplimentare contestației, intervenientul subliniază că nu există nicio normă de drept național sau comunitar care să impună Entității obligația de a reveni la nesfârșit cu întrebări/clarificări la clarificări până când răspunsul ofertantului să poată fi considerat concludent; dimpotrivă, intervenientul consideră că este obligația ofertantului de a depune o ofertă clară și completă și de a răspunde concludent solicitărilor de clarificări adresate de comisia de evaluare, iar legiuitorul a sancționat expres furnizarea de răspunsuri neconcludente cu respingerea ofertei ca

inacceptabile, fără a condiționa o asemenea sancțiune de constatarea efectivă a unei cauze de neconformitate/inacceptabilitate.

În opinia intervenientului practica invocată de contestatoare nu este aplicabilă în cauză deoarece, cu respectarea principiului proporționalității și în acord chiar cu jurisprudența CJUE și a instanțelor naționale invocată de contestatoare, entitatea contractantă nu a respins oferta imediat ce a constatat ambiguitatea acesteia ci a solicitat ofertantului clarificări pe care acesta le-a înțeles pe deplin.

Se arată faptul că, după cum în mod expres contestatoarea declară, nu au fost furnizate clarificările solicitate, a condus la constatarea neconcludenței răspunsurilor furnizate și respingerea ofertei, conform prevederilor legale aplicabile.

Ofertantul câștigător notează în acest context că principiul proporționalității invocat de contestatoare trebuie interpretat coroborat cu celelalte principii ale atribuirii contractului sectorial, printre care principiul tratamentului egal; de altfel, chiar art. 221 din Legea nr. 99/2016 prevede expres că solicitările de clarificare a ofertei se transmit "cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței".

Astfel, conduita pretinsă entității contractante de către contestatoare, respectiv revenirea cu solicitarea de a transmite răspunsuri, ar fi condus în accepțiunea intervenientului la o gravă încălcare a principiului tratamentului egal deoarece solicitarea de clarificări repetate acestui ofertant i-ar fi creat acestuia un avantaj nejustificat față de ceilalți ofertanți care au depus o oferta clară și neambiguă și care au răspuns concludent solicitărilor de clarificare a acesteia.

Or, scopul final al unei proceduri de achiziție publică este realizarea obiectului contractului în condiții de eficientizare a fondurilor publice și într-un termen rezonabil astfel încât să fie satisfăcute cerințele interesului public în realizarea respectivului obiectiv; ofertantul câștigător este de părere că acceptarea unei oferte a cărei conformitate nu poate fi verificată în concret nu se încadrează în acest scop și nu este compatibilă cu principiile atribuirii contractului de achiziție publică.

Pentru toate argumentele mai sus expuse, intervenientul solicită respingerea ca neîntemeiate a criticilor contestatoarei cu privire la pretinsa concludență a răspunsurilor sale precum și cu privire la pretinsa obligație a entității contractante de a solicita clarificări suplimentare acestuia.

Prin adresa nr., SC SA formulează Note scrise în replică la punctul de vedere al și la cererea de intervenție înaintată de SRL.

Se arată că finalitatea notelor scrise, subsumată demersului de contestare, constă în demonstrarea caracterului abuziv al deciziei de respingere a ofertei, ... apreciind în mod eronat răspunsurile la solicitările de clarificări transmise în etapa de evaluare a propunerii financiare drept neconcludente sau inexistente, cu consecința declarării ofertei ca inacceptabilă.

Sintetizând argumentele invocate prin contestație, petenta face următoarele afirmații:

..... a solicitat:

(a) anularea Adresei nr. 48/AP/1149/11.12.2019 privind comunicarea respingerii ofertei depuse de ca inacceptabilă, precum și a oricăror acte interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe acestuia, emise de către entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei depuse de

(b) obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și acceptabilității și admisibilității ofertei

În considerarea următoarelor argumente:

- Entitatea contractantă nu a motivat comunicarea de respingere a ofertei, ... indicând sumar răspunsurile la întrebări, apreciate drept neconcludente sau inexistente, după caz; contestatoarea subliniază că indicarea motivelor care stau la baza emiterii unui act administrativ este cerință de legalitate extrinsecă; neîndeplinirea cerinței trebuie sancționată cu anularea actului administrativ;

- Clarificările oferite pe componenta tehnică nu au fost urmate de alte solicitări de clarificări; s-a creat astfel speranța legitimă că aspectele menționate în propunerea tehnică, vizate ulterior și de clarificările solicitate de în zona financiară, ar fi corecte;

- a răspuns punctual, complet, concludent și cu promptitudine la clarificările solicitate de, în cazul în care nu se considera lămurită de răspunsul la solicitări, soluția corectă și legală era formularea unei noi solicitări de clarificări, iar nu respingerea ofertei; petenta apreciază că este flagrant încălcat principiul proporționalității;

- demonstrează o evidentă lipsă de diligență în analiza propunerii financiare, a propunerii tehnice precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări ale, contestatoarea apreciază că trebuia să coreleze răspunsurile la clarificări ale cu dispozițiile documentației de atribuire și documentele de ofertă;

- Oferta este conformă cerințelor cuprinse în documentația de atribuire iar răspunsurile la solicitările de clarificări sunt concludente; astfel, petenta consideră că entitatea contractantă avea la dispoziție toate informațiile și documentele necesare pentru evaluarea ofertei și constatarea caracterului conform al acesteia.

Sinteza argumentelor

Contestatoarea reține că prin punctul de vedere depus, ... solicită respingerea contestației, invocând în esență următoarele:

- Comunicarea deciziei de respingere a ofertei ar fi motivată în fapt și în drept; cu toate acestea, petenta susține că din lecturarea formală a punctului de vedere reiese că eșuează în a argumenta soluția de respingere; se limitează la a menționa că răspunsurile la solicitările de clarificări sunt fie inexistente, fie neconcludente, ceea ce nu poate echivala cu o motivare a soluției de respingere a ofertei sau măcar cu o analiză a răspunsurilor sau a propunerii financiare comunicate de

- Analiza corelată a ofertei financiare și a ofertei tehnice este oportună pentru evaluarea îndeplinirii procesului tehnologic presupus de lucrarea care formează obiectul contractului de achiziție publică; petenta învederează că nu arată cum ar fi procedat la această analiză corelată, niciunul dintre documentele comunicate subscrisei necontinând vreo astfel de analiză.

Sinteza argumentelor invocate de către intervenientul

Contestatoarea arată că prin cererea de intervenție, ... solicită respingerea contestației, intervenientul pretinzând că ar fi neîntemeiate:

- Criticile privind succesiunea etapelor de evaluare a propunerilor tehnice și financiare, respectiv speranța legitimă că aspectele menționate în propunerea tehnică sunt corecte; susține că entitatea contractantă nu era, de fapt, obligată să finalizeze analiza ofertei tehnice înainte de a începe analiza ofertei financiare;

- Criticile privind lipsa motivării rezultatului evaluării ofertei; intervenientul se rezumă la a indica concluziile în sensul neconcludenței sau inexistenței răspunsurilor care sunt asimilate, în mod artificial, unor motivări ale soluției de respingere;

- Criticile cu privire la neconcludența răspunsurilor la solicitările de clarificări ale

Temeinicia contestației

Societatea contestatoare semnalează că motivarea soluției de respingere a ofertei este inexistentă, astfel că se impune anularea actului administrativ emis cu nerespectarea cerinței de validitate a motivării

Fără a relua argumentele expuse la larg în cuprinsul contestației, contestatoarea punctează următoarele aspecte pe care le consideră relevante:

a. nu a indicat într-o manieră clară și concisă motivele care au stat la baza emiterii Comunicării deciziei de respingere a ofertei, ceea ce echivalează cu o lipsă de motivare a soluției pronunțate cu prilejul evaluării ofertei; o astfel de practică este evident contrară dispozițiilor legale în vigoare dar și jurisprudenței constante a instanțelor naționale și comunitare, astfel cum am prezentat argumentat în cuprinsul contestației.

b. Indicarea motivelor care stau la baza emiterii actului administrativ este o cerință ad validitatem a oricărui act administrativ. Motivarea soluției de respingere a ofertei este o formalitate care, în cazul nostru, este complet inexistentă, situație care nu poate fi remediată efectiv decât prin anularea Comunicării de respingere a ofertei, astfel cum am solicitat prin contestație.

Afirmațiile din cuprinsul punctului de vedere al antității contractante, în sensul că și-ar fi îndeplinit obligațiile legale privind motivarea soluției de respingere a ofertei, sunt profund eronate în opinia petentei; aceasta reține că analiza punctului de vedere al relevă că entitatea contractantă s-a rezumat la a indica faptul că răspunsurile la

solicitările de clarificări sunt fie inexistente, fie neconcludente, fără a expune considerentele care au stat la baza acestor concluzii, astfel cum a procedat și la emiterea Comunicării deciziei de respingere a ofertei.

Se menționează că clarificările oferite de la solicitările pe componenta tehnică a ofertei au fost lipsite de echivoc, neurmărite de vreo altă solicitare de clarificare, entitatea contractantă procedând apoi la verificarea componentei financiare a ofertei; în acest context, în mod inevitabil și firesc, s-a creat speranța legitimă că aspectele menționate în cuprinsul propunerii tehnice, vizate ulterior și de clarificările solicitate de în zona financiară, sunt corecte.

Petenta este de părere că în situația în care entitatea contractantă se simțea nelămurită, această chestiune putea fi cu ușurință clarificată prin adresarea unei întrebări corecte și lipsite de echivoc, în considerarea obligației de a analiza conținutul fiecărei oferte cu un anumit grad de diligență.

Se reține de către contestatoare faptul că, în loc să formuleze corect solicitarea de clarificare, ... a preferat să aprecieze drept neconcludente sau inexistente răspunsurile primite din partea și să pronunțe, în mod abuziv și cu încălcarea principiului proporționalității, soluția de respingere a ofertei contestatoarei.

Contrar afirmațiilor cuprinse în punctul de vedere, petenta opinează că entitatea contractantă nu a efectuat o analiză a ofertei financiare prin corelare cu cea tehnică ci, în realitate, a revenit asupra evaluării ofertei tehnice efectuate anterior; nu putea deduce faptul că documentația deja prezentată anterior nu a fost găsită conformă odată ce etapa evaluării tehnice fusese depășită; societatea contestatoare nu putea intui nici faptul că, în contra dispozițiilor caietului de sarcini, ... va avea o interpretare diferită când va ajunge la etapa de evaluare a propunerii financiare.

Se menționează că a oferit răspunsuri concludente, drept urmare sunt neîntemeiate susținerile entității contractante în sensul că nu ar fi îndeplinite cerințe din cuprinsul documentației de atribuire.

În legătură cu pretinsa neîndeplinire din partea contestatoarei a unor cerințe din cuprinsul documentației de atribuire, în punctul de vedere de mai sus, ... susține, în mod neîntemeiat, următoarele:

"La pct. 2. Contestatoarea a dat un răspuns generic, nu a justificat orele la art. L1C47A1 - demontări aparate de cale, a detaliat tehnologia de lucru, fără a specifica numărul de ore și modul de lucru - mecanizat sau manual, cu toate că comisia de evaluare a constatat, conform adresei nr. 48/AP/C/627/29.11.2019 că timpul alocat pentru execuție este de 12 ore mecanizată (excavator), și 150 ore execuție manuală (constructor căi ferate..), iar în normele de deviz, pentru aceasta operație este alocat un număr de 141 ore - manual (...)"

"Susținerile contestatoarei potrivit cărora "Acele operațiuni se realizează atât manual cât și mecanizat" nu poate constitui un răspuns relevant pentru respectarea cerințelor din documentația de atribuire."

În realitate, contestatoarea învederează că concluziile sunt eronate în sensul că nu ar fi precizat numărul de ore și modul de lucru

mecanizat sau manual; entitatea contractantă se afla în posesia tuturor acestor informații, putând constata că a indicat atât numărul de ore cât și modul de lucru pentru execuția lucrării de demontare aparate de cale; mai mult, prin răspunsul la clarificări, aceste informații au fost în mod explicit indicate de către

În acest context, petenta consideră oportun să reitereze punctual următoarele aspecte indicate în contestație:

- Prin Adresa nr. 1368/02.12.2019, ... a indicat expres faptul că s-au folosit norme proprii, astfel cum este permis prin Caietul de sarcini, precum și faptul că operațiunile se realizează atât manual, cât și mecanic.
- Anexat Adresei nr. 1360/26.11.2019, ... a depus Defalcarea prețului unitar pentru articolele din lista de cantități (cod articol L1C47A1), din care rezultă, în mod clar și evident: (a) numărul de ore pentru fiecare dintre constructorii de căi ferate (categoria I, categoria a 11-3 și categoria a IV-a) ; (b) numărul de ore pentru utilajul folosit, respectiv excavatorul cu două căi de rulare, aceasta fiind, de altfel, și descrierea efectivă a metodei de lucru utilizate.

Societatea contestatoare afirmă că sunt vădit neîntemeiate și susținerile, cuprinse în punctul de vedere al, în sensul că nu ar fi răspuns sau ar fi răspuns neconcludent la întrebările privind articolele cu poziția în ofertă 21 și 24, având codul articol L1C28A1.

"(...) Prin urmare, contestatoarea:

- *nu a răspuns clar câte forme de sudură se utilizează pentru realizarea unei suduri, având în vedere cantitate articol - 12 buc din deviz ofertă și 42 buc. forme de sudură din rețeta tehnologică desfășurată pe care a prezentat-o: lipsă răspuns;*
- *nu a specificat în clar numărul de suduri care se va executa având în vedere numărul de forme de sudură din rețeta tehnologică (42) și numărul de suduri din devizul ofertă (12): lipsă răspuns;*
- *nu a oferit o explicație privind timpul alocat la art. 21 (360 ore) din rețeta tehnologică prezentată care este necesară pentru execuția a 12 suduri, în niciun caz a 42 suduri cât este solicitat prin caietul de sarcini: lipsă răspuns;*
- *nu a oferit o explicație privind diferența de ore dintre cele 360 de ore în devizul ofertă față de 1018 ore în norme deviz, necesare pentru execuția a 42 de suduri: răspuns neconcludent."*

În realitate, ... a răspuns solicitării de clarificare prin Adresa nr. 1368/02.12.2019, menționând în mod expres în conținutul adresei faptul că la pozițiile 21 și 24, cod articol L1C28A1, este un articol care are o rețetă proprie, dar care respectă cantitățile totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor, conform cerințelor Caietului de sarcini.

În plus, petenta afirmă că răspunsul la clarificări trebuia analizat prin corelare cu dispozițiile Caietului de sarcini și a ofertei depuse de; în ceea ce privește Articolul L1C28A1 având poziția 21 în cadrul devizului de ofertă, articol având rețetă proprie, ofertantul subliniază faptul că (a) formele de sudură ce se utilizează pentru realizarea unei suduri au fost

indicate în răspunsul la clarificarea nr. 5; (b) numărul de suduri a fost indicat la pag. 48 din propunerea tehnică/respectiv pag. 7 din cadrul propunerii financiare, fiind o normă asimilată, cu respectarea cantităților de materiale necesare pentru realizarea acestora; (c) timpul alocat pentru execuția sudurilor este, de asemenea, indicat detaliat prin răspunsurile la clarificări (clarificarea nr. 5); (d) aceeași fiind și situația numărului de ore pentru execuția sudurilor.

Concluzionând, ... susține că simpla analiză a documentelor aflate la dispoziția demonstrează că oferta sa respectă integral cerințele prevăzute în documentația de atribuire, respingerea ca inacceptabilă a ofertei fiind rezultatul unei lipse de diligență a în analizarea ofertei dar și a unei interpretări profund greșite a dispozițiilor legale incidente.

Se menționează că argumentele invocate de intervenientul sunt neîntemeiate; afirmațiile intervenientului sunt criticabile în sensul că: *„în mod eronat susține contestatoarea că odată epuizată etapa evaluării ofertei tehnice, contestatoarei i s-ar fi "creat speranța legitimă" a "corectitudinii" aspectelor menționate în cuprinsul propunerii sale tehnice, vizate și de clarificările ofertei financiare."*

Astfel, contestatoarea notifică faptul că clarificările oferite de cu privire la propunerea tehnică au fost clare și neurmă de vreo altă solicitare de clarificare, ... intrând ulterior în etapa evaluării componentei financiare a ofertei și confirmând, astfel, propunerea tehnică.

În considerarea argumentelor expuse anterior precum și a faptului că a răspuns tuturor solicitărilor de clarificare ale entității contractante detaliind modalitatea de executare și formulele de execuție proprii, nu se poate concluziona decât în sensul că revenirea la evaluarea tehnică, făcută odată cu evaluarea componentei financiare, a încălcat speranța legitimă că informațiile tehnice livrate anterior sunt corecte și conforme.

Se afirmă că este inexplicabil cum a apreciat că, deși oferta este conformă din punct de vedere tehnic, ea nu ar răspunde cerințelor financiare; propunerea tehnică face trimitere la devizele și normele proprii cărora, în partea financiară, li s-au asociat anumite valori, astfel că în această situație era necesar ca decizia de respingere a ofertei să argumenteze cum au putut fi considerate conforme aspectele tehnice, în cadrul evaluării inițiale, pentru ca la o dată ulterioară, revenindu-se asupra acestora în etapa evaluării propunerii financiare, ele să fie considerate neconforme, iar răspunsurile la solicitările de clarificări, neconcludente.

Contestatoarea observă că argumentele indicate de intervenient în susținerea afirmațiilor redată mai sus sunt contradictorii, astfel:

- în cuprinsul paragrafului 23 intervenientul susține că, la momentul evaluării ofertei financiare, evaluarea ofertei tehnice nu era finalizată:

"(...) Entitatea contractantă nu este obligată să închidă definitiv procesul de evaluare a ofertei tehnice anterior finalizării procesului de analizare a admisibilității întregii oferte (care include și oferta financiară), fiind astfel neîntemeiate susținerile Contestatoarei privind pretinsa

"încredere legitimă" care i-ar fi fost creată față de un pretins rezultat implicit al evaluării ofertei sale tehnice."

- iar ulterior, în cuprinsul paragrafului 40, intervenientul face afirmații în antiteză cu cele citate mai sus și care acreditează ideea că evaluarea tehnică ar fi fost finalizată anterior evaluării financiare și că, în realitate, entitatea contractantă nu ar fi efectuat decât o corelație între cele două componente, aspecte care, astfel cum am demonstrat anterior sunt neadevărate și nu pot fi reținute la soluționarea contestației.

"În realitate, Entitatea contractantă nu a mai făcut o reanalizare a ofertei tehnice ci a urmărit, cum era firesc, să clarifice corelația între această ofertă tehnică și cea financiară."

În ceea ce privește criticile aduse cu privire la nemotivarea soluției de respingere a ofertei, petenta remarcă faptul că punctul de vedere al intervenientului nu face decât să reitereze concluziile, de altfel nemotivate, din cuprinsul Comunicării de respingere a ofertei, prezentându-le ca atare în cuprinsul unor "tabele comparative".

În esență, contestatoarea apreciază că aceste "critici" nu aduc un element de noutate față de punctul de vedere al entității contractante, după cum nu conțin un raționament care să susțină alegațiile din cererea de intervenție, în sensul că actul administrativ contestat ar include, totuși, motivele pentru care oferta a fost declarată inacceptabilă.

Argumentele invocate de intervenient cu privire la pretinsa neconcludență a răspunsurilor sunt neîntemeiate pentru următoarele considerente:

- a răspuns într-o manieră completă, clară și concludentă solicitărilor de clarificări transmise de, contrar afirmațiilor intervenientului. Această concluzie reiese din simpla analiză a răspunsurilor la solicitările de clarificări dar și din analiza informațiilor și a documentelor comunicate entității contractante.

- Transmiterea unei noi solicitări de informații pentru clarificarea aspectelor în privința cărora nu era lămurită nu echivala cu încălcarea principiului tratamentului egal care trebuie să guverneze procedura de achiziție publică ci doar ar fi asigurat respectarea principiului proporționalității, astfel cum am argumentat detaliat în cuprinsul contestației. Cu toate că entitatea contractantă avea posibilitatea reală de a solicita clarificări, a ales să respingă oferta, deși anterior petenta a răspuns în mod prompt, clar și concis la toate solicitările Or, prin respingerea ofertei, deși toate documentele necesare se aflau la dispoziția sa, entitatea contractantă a încălcat principiul proporționalității care impune ca măsurile luate față de operatorii economici să nu depășească ceea ce este necesar și adecvat realizării obiectivelor urmărite.

În considerarea argumentelor expuse supra și a celor detaliate în cuprinsul contestației, ... apreciază că se impune admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL formulează Concluzii scrise urmare a studierii dosarului achiziției publice,

față de punctul de vedere al entității contractante, precum și față de Notele scrise depuse de contestatoare.

Ofertantul câștigător solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii pentru argumentele arătate prin Cererea de intervenție precum și prin prezentele Concluzii scrise.

I. Intervenientul susține că actul atacat este motivat în fapt și în drept

Se reține că contestatoarea își menține, inclusiv pe calea notelor scrise, criticile neîntemeiate referitoare la pretinsa nemotivare a comunicării privind rezultatul evaluării ofertei sale, fără a indica însă care sunt aspectele nemotivate/neclare din decizia de respingere a ofertei sale și nici care ar fi vătămarea produsă acesteia prin pretinsa nemotivare a acestei decizii.

În realitate, intervenienta afirmă că din simpla lectură a Adresei nr. 48/AP/I 149/11.12.2019, se observă că entitatea contractantă a identificat clar fiecare motiv pe care s-a întemeiat decizia sa de respingere a ofertei contestatoarei, arătând, în concret, care au fost întrebările de clarificare adresate față de care contestatoarea nu a formulat un răspuns concludent, precum și motivul pentru care comisia de evaluare nu a considerat răspunsul a fi concludent.

Astfel, câștigătorul apreciază că entitatea contractantă a respectat prevederile art 228 alin. [2] lit a) din Legea nr. 99/2016, informând contestatoarea cu privire la motivele pe care se întemeiază decizia de respingere a ofertei, prin raportare la acest text de lege impunându-se a fi evaluată cerința de motivare a actului atacat de contestatoare și nu față de repere abstracte, invocate generic dar neidentificate în fapt și în drept de contestatare.

Se arată că atât din contestație, cât și din Notele scrise formulate de contestatoare reiese că aceasta a luat la cunoștință și a înțeles pe deplin care sunt motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, formulând ample apărări cu privire la răspunsurile furnizate (de fiecare dată, imediat după ce a criticat pretinsa lipsă a informațiilor necesare formulării aceluiași apărări).

Totodată, intervenienta precizează că din punctul de vedere formulat de entitatea contractantă rezultă că motivele de respingere a ofertei reținute de sunt aceleași motive deja criticate prin contestație, fapt ce atestă că a înțeles pe deplin conținutul actului atacat, părțile având doar interpretări diferite asupra caracterului concludent al răspunsurilor furnizate de contestatoare.

Or, faptul că entitatea contractantă are altă interpretare asupra răspunsurilor furnizate de decât interpretarea susținută de acest ofertant pe calea contestației nu face decât să susțină existența unei motivări a actului atacat.

Ofertantul câștigător opinează că entitatea contractantă a evaluat în mod complet oferta contestatoarei, potrivit prevederilor legale aplicabile, cu respectarea principiului proporționalității și fără a aduce atingere principiului încrederii legitime.

După cum a arătat și în Cererea de intervenție, câștigătorul semnalează faptul că entitatea contractantă nu este obligată să închidă definitiv procesul de evaluare a ofertei tehnice anterior finalizării procesului de analizare a admisibilității întregii oferte (care include și oferta financiară), fiind astfel neîntemeiate susținerile contestatoarei privind pretinsa "încredere legitimă" care i-ar fi fost creată față de un pretins rezultat implicit al evaluării ofertei sale tehnice.; se notează faptul că interpretarea ante-menționată a fost statuată de Înalta Curte de Casație și Justiție, prin Decizia nr. 66/2018 cu efect obligatoriu privind dezlegarea unor chestiuni de drept.

Intervenienta consideră că susținerea contestatoarei privind o presupusă revenire asupra ofertei tehnice prin declararea ca neconformă a ofertei financiare este eronată deoarece, în cauză, entitatea contractantă a analizat oferta financiară strict din perspectiva criteriilor de evaluare a acestora și nu a revenit asupra aspectelor tehnice; se arată că dintr-o simplă lectură a întrebărilor de clarificare, rezultă că acestea vizau corelarea ofertei financiare cu oferta tehnică, având drept obiect tocmai lămurirea neconcordanțelor între acestea.

Ofertantul câștigător notifică faptul că în mod neîntemeiat susține contestatoarea că entitatea contractantă ar fi evaluat oferta cu încălcarea principiului proporționalității deoarece nu ar fi întreprins suficiente diligente pentru clarificarea ofertei acesteia.

Dimpotrivă, câștigătorul solicită Consiliului să rețină că entitatea contractantă a adresat solicitări repetate de clarificare a aceluiași aspecte, acordând acestui ofertant nu una, ci multiple șanse de a-și clarifica oferta:

(i) Adresa nr. 48/AP/C/559/11.11.2019

(ii) solicitarea transmisă în SEAP și prezentată în Anexa nr. 4 la Contestație

(iii) solicitarea transmisă în SEAP și prezentată în Anexa nr. 8 la Contestație

(iv) Adresa nr. 48/AP/C/627/29.11.2019

Se observă astfel că entitatea contractantă a întreprins toate diligențele necesare clarificării ofertei, solicitând în mod clar și repetat clarificarea ofertei și răspunsurilor acestuia și nu declarând direct răspunsurile ca fiind neconcludente, cum încearcă să inducă în eroare contestatoarea; intervenienta apreciază că adresarea unei solicitări de clarificare suplimentare (a cincea! pentru aceleași aspecte) ar fi condus la grava încălcare a principiului tratamentului egal, favorizând în mod nejustificat ofertantul față de ceilalți participanți la procedură care au răspuns concludent întrebărilor adresate de entitatea contractantă și și-au clarificat pe deplin ofertele.

Ofertantul câștigător învederează că oferta contestatoarei este inacceptabilă deoarece oferta financiară nu este corelată cu oferta tehnică.

Cu titlu preliminar, ofertantul reiterează că accesul său la documentele din dosarul achiziției a fost limitat doar la acele documente care nu au fost declarate confidențiale de către contestatoare, documente printre care se numără și oferta contestatoarei; cu toate acestea, numai

din analiza punctului de vedere formulat de entitatea contractantă precum și a anexelor la contestație depuse de contestatoare la Consiliu, reiese în mod clar că oferta financiară a nu este corelată cu oferta sa tehnică, impunându-se menținerea inacceptabilității acesteia.

Cu privire la articolele cu poziție în deviz oferat 21 și 24 - Cod articol L1C28A1, respectiv punctele 2, 3, 4 și 5 din Adresa nr. 48/AP/1149/11.12.2019, ofertantul câștigător semnalează că din documentele aflate la dosarul achiziției, ... a oferat 42 buc. forme de sudură în rețeta tehnologică prezentată în oferta sa tehnică, însă, în oferta financiară, cantitatea oferată a fost de 12 buc; aceeași neconcordanță este prezentă în oferta și față de timpul alocat la art. 21, respectiv 360 de ore în oferta financiară, față de 1018 față de oferta tehnică depusă.

Deși, în opinia câștigătorului, neconcordanța este clară și nu necesită lămuriri suplimentare din partea ofertantului pentru a fi constatată, entitatea contractantă a adresat întrebări de clarificare repetate, prin adresele indicate mai sus, oferind acestui ofertant posibilitatea să clarifice în ce mod poate fi corelată oferta financiară cu oferta tehnică, sub acest aspect.

Intervenienta reține din răspunsurile că aceasta a înțeles să invoce utilizarea unor rețete proprii care i-ar permite să își asume "cantitățile totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor"; acest răspuns a fost menținut de și prin contestația sa, prin care aceasta încearcă să distragă atenția de la inacceptabilitatea evidentă a ofertei sale, invocând, din nou neîntemeiat, utilizarea rețetelor proprii ca justificare pentru ofertarea unor cantități inferioare celor solicitate prin caietul de sarcini al procedurii.

În realitate, ofertantul câștigător afirmă că, potrivit listelor de cantități din documentația de atribuire, entitatea contractantă a solicitat realizarea a unui număr de 42 bucăți suduri prin procedeul aluminotermic:

1.1.21	L1C28A1 (1)	Sudarea cap la cap a șinelor prin procedeul aluminotermic	buc	42.0000		
				Material:		
				Manopera:		

(Formularul F3, pag. 2, anexat Caietului de sarcini)

Ofertantul câștigător face precizarea că cantitatea de 42 de suduri prin procedeul aluminotermic solicitată prin caietul de sarcini nu a fost contestată de, aceasta fiind astfel cerința minimă la care trebuie raportată evaluarea ofertei sale; în acest context, intervenienta solicită Consiliului să rețină că, potrivit documentelor depuse de în clarificarea ofertei sale, acesta a oferat financiar, doar 12 buc. la acest articol, la un preț unitar de 7.749,16 lei, rezultând un preț total oferat de 92.989,89 Lei:

			Pag. 20
DEFALCAREA PREȚULUI UNITAR pentru articolele din listele de cantități: Înlocuirea aparatelor de cale 17,41,26 și consolidarea liniilor II și III directe din stația			

Cod articol: L1C28A1	Cantitate articol:12.00	UM: buc	Poziție în deviz 21
Denumire articol: Sudarea cap la cap...a șinelor prin procedeul aluminotermic			
5. TOTAL 1+2+3+4	80.510,73		
6. Cheltuieli indirecte	8.051,07		
7. Profit	4.428,09		
8. TOTAL GENERAL (5+6+7)	92.989,89	7.749,16	

(Adresa nr. 1360/26.11.2019, prezentată în Anexa nr. 9 la Contestație)

Intervenienta subliniază că rețetele proprii care au fost admise prin caietul de sarcini permit ofertanților să utilizeze propriile consumuri de resurse și materiale pentru realizarea unor articole de lucrări, acestea fiind însă aplicabile unei unități de măsură din respectivul articol; rețetele proprii nu pot fi însă extinse astfel încât să permită ofertanților asumarea unei cantități neidentificabile de lucrări - respectiv 42 sau 12 unități dintr-un anumit articol, pentru a acoperi o necorelare a ofertei tehnice cu cea financiară; dimpotrivă, cantitățile oferite prin oferta financiară trebuie să corespundă cantităților solicitate prin caietul de sarcini, indiferent de rețetele utilizate de ofertant pentru a determina consumurile aferente respectivelor cantități.

Or, în condițiile în care prin oferta financiară au fost incluse în preț, în mod clar doar 12 bucăți din cele 42 solicitate prin caietul de sarcini al procedurii, rezultă că oferta financiară a este parțială și nu acoperă toate cantitățile solicitate prin caietul de sarcini al procedurii, impunându-se respingerea acesteia ca inacceptabilă.

Mai notează intervenientul în acest context că împrejurarea că în oferta tehnică pare să fi fost inclusă realizarea a 42 de bucăți de sudură nu poate acoperi caracterul incomplet al ofertei financiare; în concret, deși în oferta tehnică s-au inclus 42 de bucăți de asemenea suduri, prin faptul că ofertantul a oferit financiar doar 12 bucăți, rezultă că fie restul de 30 de operațiuni de sudare în acest procedeu ar trebui suportat de entitatea contractantă, nefiind inclus în prețul contractului, fie prețul oferit intră în categoria prețurilor neobișnuit de scăzute, nefiind fundamentat din punct de vedere economic.

Se arată că acceptarea unei asemenea oferte parțiale ar conduce la grava încălcare a tratamentului egal, ofertele fiind practic evaluate după criterii diferite; spre exemplu, dacă oferta intervenientei conține atât tehnic și financiar 42 de bucăți de sudură, este evident că aceasta nu va putea fi comparată cu oferta care financiar și-a asumat doar 12 bucăți de sudură.

Același raționament se impune și în ceea ce privește timpul alocat la art 21, respectiv 360 de ore în oferta financiară, față de 1018 față de oferta tehnică depusă, necorelarea fiind evident datorată depunerii unei oferte financiare incomplete.

Nu în ultimul rând, câștigătorul subliniază că neconcordanța evidentă mai sus descrisă NU poate fi asimilată nici unei erori materiale/abateri

tehnice minore din moment ce aceasta NU întrunește condițiile stabilite de art 140 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016.

În concret intervenienta reiterează că a inclus în prețul ofertat 12 buc. la acest articol, la un preț unitar de 7.749,16 lei, rezultând un preț total ofertat de 92.989,89 lei; dacă s-ar admite că dintr-o eroare (oricum neinvocată de contestatoare) s-ar fi menționat 12 buc, în loc de 42 buc. sudură în oferta financiară, aceasta ar trebui corectată cu inserarea celor 30 de bucăți omise; raportând cantitatea lipsă la prețul unitar ofertat rezultă: $30 \text{ buc} \times 7749.16 = 232.474,80 \text{ lei}$, respectiv mai mult de 10% din prețul ofertat de, o asemenea corecție depășind flagrant pragul de maxim 1% prevăzut de art 140 alin. (8) lit a) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, fiind inacceptabilă.

Pentru toate considerentele mai sus expuse, ofertantul câștigător solicită Consiliului să constate temeinicia rezultatului procedurii în ceea ce privește respingerea ofertei, doar constatarea evidentului caracter incomplet al ofertei financiare și necorelarea acesteia cu oferta tehnică fiind suficiente pentru a menține rezultatul procedurii în privința acestei oferte.

Cu privire la articolul L1C47A1, respectiv punctul 1 din Adresa nr. 48/AP/1149/11.12.2019, intervenienta notifică faptul că, deși și această neconcordanță a ofertei era evidentă, entitatea contractantă a întreprins demersuri repetate de clarificare a acesteia; răspunsul ofertantului a fost de fiecare dată neclar, deși solicitările entității contractante au fost neechivoce (și, din nou, repetate, pentru eliminarea oricărui dubiu cu privire la buna credință și diligența manifestată în evaluarea ofertelor).

Cu toate acestea, deși Entitatea contractantă a arătat clar care este neconcordanța pe care o solicită a fi clarificată - descrierea clară a execuției operațiilor aferente articolului L1C47A1, pentru a se putea stabili exact metodologia mecanizată de lucru, având în vedere că numărul orelor alocate pentru execuție manuală și mecanizată nu corespund - câștigătorul remarcă faptul că ofertantul a transmis doar răspunsuri generice, invocând din nou rețetele proprii și omițând repetat să răspundă solicitării de clarificare adresate.

Contrar susținerilor contestatoarei, intervenienta precizează că nu este obligația entității contractante să coreleze toate informațiile contradictorii dintr-o ofertă - în cazul de față neconcordanțele fiind evidente - mai ales în condițiile în care ofertantul refuză să realizeze aceste corelații la cererea autorității contractante.

Se reține că misiunea ofertantului de a clarifica propria ofertă este reglementat în mod expres ca reprezentând un caz de inacceptabilitate a ofertei, potrivit art 140 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, necondiționat de constatarea efectivă a neconformității sau inacceptabilității ofertei.

Această sancțiune reprezintă o consecință firească a principiilor tratamentului egal și al transparenței care impun entităților contractante, pe de o parte, să includă în documentația de atribuire toate elementele

necesare întocmirii unei oferte, iar, pe de altă parte, să evalueze ofertele după aceleași criterii și utilizând aceleași metode; prin urmare, din moment ce claritatea documentației de atribuire nu a fost contestată, ofertantul câștigător apreciază că toți ofertanții au avut la dispoziție același informații pentru a depune o ofertă clară și completă.

În acest context, intervenienta susține că potrivit prevederilor art. 221 din Legea nr. 99/2016, solicitările de clarificare ale ofertelor au putut fi transmise de entitatea contractantă atât cu respectarea principiului proporționalității, dar și "cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței"; or, din moment ce, nici după cinci clarificări repetate, ofertantul nu a înțeles să clarifice oferta sa, câștigătorul apreciază că în mod temeinic și legal entitatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 140 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, declarând oferta inacceptabilă.

IV. Aspecte suplimentare de neconformitate a ofertei

Deși motivele de respingere a ofertei reținute de Entitatea contractantă sunt suficiente pentru a menține rezultatul evaluării acestei oferte, în eventualitatea improbabilă în care s-ar dispune totuși reevaluarea acestei oferte, intervenienta solicită Consiliului să rețină că sunt prezente și alte elemente de neconformitate a acestei oferte care se impun a fi analizate, dacă sunt înlăturate cele deja reținute.

Astfel, conform caietului de sarcini al procedurii, s-a solicitat execuția burajelor tehnologice pentru aparatele de cale noi introduse.

Față de această cerință minimă obligatorie, intervenienta reține că în formularul C8, ofertantul declară un consum de resurse pentru mașina de burat de 1,776 ore pentru execuția a trei buraje tehnologice pe fiecare aparat de cale inclusiv trei buraje tehnologice pentru panourile de protecție în lungime totală de 0,111 km; se apreciază de către ofertantul câștigător că timpul alocat burajelor este insuficient prin raportare la toate normele de bună practică existente în industrie.

Se menționează că după burare, poziția aparatului de cale și a instalațiilor căii vor fi verificate din nou, toate componentele de rulare și instalațiile vor fi examinate privind eventualele avarii cauzate de burare, iar în cazul că acestea există, vor fi remediate, zonele care nu pot fi burate mecanizat, se vor bura manual.

Mai mult, analizând intervenienta rețeta normei L1A17A1, remarcă faptul că consumul pentru mașina de burat este de 16 ore/km; înmulțind acest consum cu lungimea din formularul F3 (0,111 km] rezulta un consum de $16 \times 0,111 = 1,776$ ore, identic cu cel declarant de în Formularul C8.

Devine evident pentru câștigător faptul că nu a alocat consum pentru mașina de burat în scopul efectuării burajelor pe aparatele de cale, buraje care conform instrucțiilor în vigoare se execută doar mecanizat - aspect confirmat și de prevederile clare ale caietului de sarcini, pag. 15/36:

După burare, poziția aparatului de cale și a instalațiilor căii vor fi verificate din nou. Toate componentele de rulare și instalațiile vor fi

examine privind eventualele avarii cauzate de burare, iar în cazul că acestea există, vor fi remediate. Zonele care nu pot fi burate mecanizat, se vor bura manual.

Astfel, pentru ofertantul câștigător este evident că nu a prevăzut în ofertă burajele tehnologice mecanizate cu mașina de burat pentru aparatele de cale.

Mai mult, intervenienta constată că declară, în Procedurile Tehnice de execuție a lucrărilor (pag 395) că va executa doar UN buraj mecanizat:

Îndoparea traverselor și barajul I mecanizat;

Or, câștigătorul subliniază că doar un singur buraj nu respectă Instrucțiunile și CS pag. 15/36, potrivit cărora:

Eliminarea joantelor interioare ale unui aparat de cale sau a tuturor joantelor pentru a obține capete de stație sudate se execută numai dacă prisma căii este stabilizată.

Prisma căii aferentă unui aparat de cale situat pe linie directă se consideră stabilizată atunci când, după efectuarea ultimului buraj destinat realizării poziției definitive în plan și la nivel a aparatului de cale respectiv, pe direcția principală s-a scurs un tonaj de cel puțin 300.000 tone brute sau s-a efectuat stabilizarea dinamică.

Totodată, intervenienta susține că burajul mecanizat nu este posibil în contextul ofertei depuse de deoarece acest ofertant NU a prevăzut consum ore mașină de burat.

Având în vedere cele mai sus expuse, ofertantul câștigător opinează că nu va putea efectua nici sudurile aparatelor de cale, suduri care se pot efectua doar după execuția celor trei buraje tehnologice mecanizate.

Față de cele mai sus menționate, intervenienta solicită Consiliul ca, în eventualitatea în care va dispune reevaluarea ofertei cu privire la aspectele de inacceptabilitate deja reținute de entitatea contractantă să dispună reevaluarea ofertei sale inclusiv sub aspectul celor mai sus expuse.

Pentru toate argumentele expuse mai sus, ofertantul câștigător solicită Consiliului să dispună respingerea contestației și menținerea rezultatului procedurii.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr., SC SA formulează Concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, precum și în considerarea poziției exprimate de către prin concluziile scrise depuse la dosar.

..... susține că actul administrativ atacat este nemotivat.

Petenta subliniază faptul că Comunicarea deciziei de respingere a ofertei nu cuprinde în mod clar și concis motivele care au stat la baza emiterii sale, o astfel de practică fiind contrară dispozițiilor legale în vigoare, dar și jurisprudenței constante a instanțelor naționale și comunitare, aspecte evidențiate și demonstrate de către atât prin contestație, cât și prin notele scrise formulate în replică față de punctul de vedere al entității contractante și cererea de intervenție formulată de către

Se afirmă că a indicat în mod clar și detaliat motivele pentru care a concluzionat că actul administrativ atacat este nemotivat, contrar afirmațiilor profund neîntemeiate ale intervenientei, formulate în cadrul concluziilor scrise depuse la dosar în data de 13.01.2020, în sensul că nu ar fi indicat în contestație aspectele nemotivate din actul atacat; fără a relua expunerea considerentelor prezentate pe larg în contestație, ... subliniază că susținerile sale sunt întemeiate deoarece presupusele "motive" care au stat la baza emiterii Comunicării deciziei de respingere a ofertei sunt, în realitate, simple mențiuni ale în sensul că răspunsurile la solicitările de clarificări sunt fie inexistente, fie neconcludente, ceea ce nu poate echivala cu o motivare a soluției de respingere a ofertei; această concluzie se desprinde din simpla lectură a actului administrativ atacat.

Totodată, petenta învederează că modalitatea de evaluare a ofertei încalcă principiul proporționalității.

Ofertantul apreciază că răspunsurile la solicitările de clarificări au oferit entității contractante toate informațiile necesare pentru finalizarea evaluării componentei tehnice, au fost lipsite de echivoc și neurmăte de alte solicitări de clarificări, aspect confirmat în mod expres de către aceasta. Imediat după transmiterea răspunsului la ultima solicitare de clarificări cu privire la componenta tehnică a ofertei, ... a încheiat Procesul verbal de evaluare 5 înregistrat sub nr. 48/AP/C/594/25.11.2019, din cuprinsul căruia reiese în mod expres faptul că a apreciat răspunsul la clarificări al ca fiind concludent și a încheiat evaluarea tehnică.

Se reține faptul că entitatea contractantă nu a efectuat o analiză a ofertei financiare prin corelare cu cea tehnică ci, în realitate, a revenit asupra evaluării ofertei tehnice efectuate și confirmate anterior în condițiile în care oferta tehnică depusă de fusese deja declarată conformă, aspect ce rezultă în mod expres și neechivoc din analiza următoarelor documente aflate la dosarul cauzei:

(a) Raportul procedurii înregistrat sub nr. 48/AP/1146/11.12.2019, întocmit de către comisia de evaluare constituită la nivelul entității contractante, document în cuprinsul căruia, la art. 3.2. subpunctul 3.2.2. se prevăd următoarele:

"3.2.2. Evaluarea propunerilor tehnice

Propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport cu cerințele minime din Caietul de Sarcini pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică, pe baza solicitărilor de clarificări adresate ofertanților și a răspunsurilor acestora, iar rezultatele evaluării se regăsesc în procesele verbale nr. 48/AP/C/558 din 11.11.2019, 48/AP/C/566 din 14.11.2019, 48/AP/C/570 din 18.11.2019, 48/AP/C/572 din 19.11.2019, 48/AP/C/594 din 25.11.2019 care sunt parte a dosarului achiziției.

În urma desfășurării procesului de evaluare, au îndeplinit cerințele minime din caietul de sarcini propunerile tehnice prezentate de următorii ofertanți:

S.C. S.R.L.

S.C. S.R.L.

S.C. S.A. cu subcontractant S.C.

În urma evaluării propunerilor tehnice, nicio ofertă nu a fost declarată inacceptabilă/ neconformă/neadecvată de către comisia de evaluare”.

(b) Procesul verbal evaluare tehnică 5 înregistrat sub nr. 48/AP/C/594/25.11.2019, întocmit de către comisia de evaluare constituită la nivelul entității contractante, document în cuprinsul căruia se prevăd următoarele:

”Încheiat astăzi, 25.11.2019, cu ocazia întrunirii comisiei de evaluare, pentru evaluarea răspunsurilor la solicitările de clarificări adresate ofertanților SC SA și SRL, în vederea atribuirii contractului de lucrări (...)

Comisia de evaluare consideră că prin răspunsurile primite ofertanții dovedesc posibilitatea, din punct de vedere tehnic, al execuției lucrării, drept pentru care se finalizează evaluarea tehnică a ofertelor depuse în procedură.”

Totuși, contestatoarea precizează că entitatea contractantă a respins oferta sub pretextul unei pretinse neconcludențe a răspunsului la o solicitare de clarificări pe componenta financiară care a reluat aspecte deja clarificate pe parcursul evaluării tehnice, fără ca să se edifice în privința documentelor aflate la dispoziția sa, fără să manifeste o consecvență obligatorie în evaluarea propunerilor tehnice și financiare și fără să țină cont de propriile aprecieri (obligatorii și imediat anterioare) cu privire la componenta tehnică.

Prin raportare la argumentele redată anterior, petenta apreciază că sunt neîntemeiate susținerile intervenientei în sensul că nu ar fi revenit asupra evaluării ofertei tehnice, ci ar fi procedat doar la o analiză corelată a celor două componente ale ofertei; afirmă că odată ce oferta tehnică a fost declarată conformă, aspectele conținute (care au fost luate în considerare și la evaluarea clarificărilor în etapa de analiză a propunerii financiare) nu se mai puteau ajusta.

Se arată că Intervenienta indică în mod speculativ considerente ale Deciziei ICCJ nr. 66/20188 în încercarea de a demonstra temeinicia susținerii sale că decizia în discuție ar fi statuat că entitatea contractantă nu este obligată să încheie definitiv procesul de evaluare a ofertei tehnice anterior finalizării procesului de analizare a admisibilității întregii oferte.

În realitate, contestatoarea afirmă că este important de reținut din lectura deciziei ICCJ nr. 66/2018, următorul considerent invocat de instanța supremă în argumentarea soluției sale interpretative obligatorii:

„76. Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de CNSC sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui

proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect. Cu atât mai mult, în situația dată, nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate ca admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, fiind contrar principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice."

Prin urmare, în considerentele Deciziei ICCJ nr. 66/2018 se menționează expres faptul că aspectele reținute în rapoartele de evaluare întocmite în procedură, în privința cărora nu au fost formulate contestații sau solicitări de remediere, devin definitive și executorii. Concluzia se impune cu atât mai mult aceleiași autorități care efectuează evaluarea.

Or, petenta consideră că soluția de respingere a ofertei, pronunțată de în speța este contrară prevederile deciziei ICCJ, mai sus citată, având în vedere că entitatea contractantă, analizând componenta financiară a ofertei, a revenit în mod evident asupra unor aspecte de ordin tehnic ce fuseseră confirmate anterior prin Procesul verbal evaluare tehnică 5.

Având în vedere considerentele expuse supra, societatea contestatoare opinează că încălcarea principiului proporționalității este flagrantă, inconsecvența și conduita înșelătoare a entității contractante impunându-se a fi sancționată prin admiterea prezentei contestații.

În egală măsură, ... susține că a transmis răspunsuri concludente cu privire la articolele având codurile L1C47A1 și L1C28A1 (pozițiile 21 și 24)

Fără a relua argumentația amplă prezentată în contestație și notele scrise deja depuse, ... punctează următoarele aspecte:

- în ceea ce privește justificarea orelor aferente demontărilor de cale (cod articol L1C47A1), petenta susține că a demonstrat că, în mod eronat, entitatea contractantă a considerat neconcludent răspunsul comunicat de către Prin răspunsurile la solicitările de clarificări, ... a indicat expres atât faptul că s-au folosit norme proprii, astfel cum este în mod expres permis prin Caietul de sarcini, precum și faptul că operațiunile se realizează atât manual, cât și mecanic.

- de asemenea, ... afirmă că a depus Defalcarea prețului unitar pentru articolele din lista de cantități (cod articol L1C47A1), din care rezultă, în mod clar și evident: (a) numărul de ore pentru fiecare dintre constructorii de căi ferate (categoria I, categoria a II-a și categoria a IV-a); (b) numărul de ore pentru utilajul folosit, respectiv excavatorul cu două căi de rulare. Aceasta este, de altfel, și descrierea efectivă a metodei de lucru.

În ceea ce privește articolul având codul L1C28A1, petenta învederează că a indicat că acesta are o rețetă proprie, dar care respectă cantitățile totale de materiale și utilaje necesare executării tuturor sudurilor, conform cerințelor Caietului de sarcini, inclusiv cantitatea de 42 de forme de sudură indicate în cuprinsul formularului F3, pagina 2 a Caietului de sarcini.

Având în vedere aceste considerente, contestatoarea apreciază că sunt neîntemeiate susținerile intervenientei cu privire la preținsele neconcordanțe dintre oferta și cerințele Caietului de sarcini.

Se menționează că petenta nu invocă "utilizarea unor rețete proprii" în încercarea de a "distrage atenția de la inacceptabilitatea evidentă a ofertei sale" și nici "ca justificare pentru ofertarea unor cantități inferioare celor solicitate prin caietul de sarcini" , astfel cum pretinde în mod neîntemeiat intervenienta.

În realitate, ... afirmă că doar s-a prevalat de o dispoziție din Caietul de sarcini care stabilea, în mod clar și neechivoc, faptul că ofertantul are posibilitatea de a prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii (rețetă proprie), iar, în cazul în care respectă cerințele calitative și cantitative, nu are obligația de a detalia suplimentar articolele din listă.

Prin urmare, ... notează că a utilizat o rețetă proprie în ceea ce privește articolul având codul L1C28A1, însă urmare a asumării faptului că sunt respectate cantitățile totale de materiale și utilaje necesare nu mai este necesară o altă detaliere a articolelor, această concluzie regăsindu-se în adresa de răspuns la solicitarea de clarificări transmisă către

De altfel, petenta reține că însăși intervenienta, prin Adresa de răspuns înregistrată sub nr. 338/26.11.201915, privind solicitarea de clarificări a rețetei articolelor din lista de cantități de lucrări - înlocuire aparate de cale: art. 15 și art. 24, se prevalează cu succes de dispoziția Caietului de sarcini la care a făcut referire anterior, indicând entității contractante că produsul vizat de solicitarea de clarificări ar avea la bază o rețetă proprie; așadar contestatoarea susține că este cel puțin bizară critica formulată de cu privire la răspunsul de clarificare a situației articolelor cu rețetă proprie, având în vedere că intervenienta a valorificat în procedură aceeași prevedere din Caietul de sarcini. Mai mult, petenta subliniază că prin abordarea diferită a exact aceleiași conduite de ofertare, entitatea contractantă încalcă și principiul tratamentului egal, sancționând exclusiv pe pentru o situație integral validată, în mod identic abordată, de ofertantul desemnat câștigător care, de altfel, are și un preț mult superior celui ofertat de către, și din perspectiva eficienței utilizării fondurilor publice este inexplicabilă preferința entității contractante de a atribui contractul unui ofertant mai scump, eliminând oferta mai ieftină pentru un pretext pe de-a întregul regăsit și în oferta

Societatea contestatoare arată că sunt inadmisibile criticile noi, formulate de către intervenientă cu privire la preținse aspecte suplimentare de neconformitate a ofertei, opinând că în această etapă nu pot fi invocate nici măcar formal noi preținse neconformități de către intervenient.

Se menționează că în cuprinsul Secțiunii IV a concluziilor scrise, intervenienta formulează multiple critici cu privire la preținse aspecte de neconformitate a ofertei care nu au fost, însă, avute în vedere de către comisia de evaluare; în concret, intervenientă solicită Consiliului următoarele:

"(...) în eventualitatea improbabilă în care s-ar dispune totuși reevaluarea acestei oferte, solicităm Consiliului să rețină că sunt prezente și alte elemente de neconformitate a acestei oferte care se impun a fi analizate, dacă sunt înlăturate cele deja reținute."

..... semnaleză faptul că criticile formulate de către intervenienta prin intermediul concluziilor scrise sunt inadmisibile și nu pot fi reținute de către Consiliu la soluționarea prezentei cauze pentru următoarele considerente:

..... are calitatea de intervenient în cauză, iar poziția sa procesuală este subsumată atât punctului de vedere formulat de către entitatea contractantă față de criticile cuprinse în contestația, cât și aspectelor sesizate prin actele contestate.

Limitele investiției Consiliului sunt stabilite prin contestația formulată de, fiind necesară respectarea principiului disponibilității; nu a investit Consiliul cu analiza integrală a ofertei sale, ci doar a chestiunilor care au fundamentat respingerea ofertei sale, aspecte pe care le-a criticat; acestea nu pot fi extinse prin demersul intervenientului.

Legea interzice extinderea cadrului procesual instituit inițial prin contestație, prin intermediul unui critici noi de natură să suplimenteze aspectele deja dezbătute prin contestație. Deși textele legale vizează, în principal, persoana contestatorului, pentru identitate de rațiune considerăm că obligațiile pe care le instituie în sarcina contestatorului incumbă, în egală măsură, și intervenientului, acesta având și mai puține prerogative de a extinde limitele investiției Consiliului. Se indică în acest sens:

Articolul 29 din Legea nr. 101/2016:

"Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămăte".

Articolul 30 din Legea nr. 101/2016

"(1) Plângerea se formulează în scris, dispozițiile privind conținutul contestației prevăzute la art.10 aplicându-se în mod corespunzător.

(2) În plângere, contestatorul nu poate invoca alte motive împotriva actelor autorității contractante decât cele cuprinse în contestația adresată Consiliului.

(3) Plângerea se depune la instanța judecătorească competentă.

(4) Pentru transmiterea cu celeritate către instanța competentă a dosarului care a stat la baza pronunțării deciziei Consiliului, persoana care

a formulat plângere în fața instanței transmite o copie a plângerii respective și Consiliului.

(5) Pentru soluționarea plângerii, Consiliul transmite instanței de judecată dosarul care a stat la baza pronunțării deciziei, în cel mult 3 zile de la primirea plângerii în original sau în copie, conform alin. (3), respectiv (4)."

Contestatoarea precizează că aspectele subliniate anterior sunt confirmate de jurisprudența Consiliului:

"În ceea ce privește notele scrise depuse de contestatoare nr. 351/16.03.2017, înregistrate la Consiliu cu nr. 3211/16.03.2017, Consiliul observă că aceasta a formulat concluzii scrise în care motivează în clar cele expuse în contestație, dar formulează și noi critici ce vizează neconformitatea ofertei tehnice, fiind extins cadrul procesual inițial. Văzând dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 citat mai sus, Consiliul va respinge ca inadmisibile criticile din concluziile scrise depuse de contestatoare referitoare la neconformitatea instalațiilor ofertate, urmând a analiza doar criticile referitoare la prețul manoperei, considerate ca o argumentație suplimentară a celor expuse în contestație, respectiv o exemplificare din partea contestatoarei referitoare la solicitarea unor clarificări formale în legătură cu prețul aparent neobișnuit de scăzut. Cu toate acestea, în măsura în care Consiliul va găsi întemeiate criticile contestatoarei, nicio dispoziție legală nu o împiedică pe autoritatea contractantă să verifice conformitatea ofertei depusă de SC... SA, respectiv elementele de neconformitate invocate de contestatoare".

„Contradictorialitatea, transparența și dreptul la apărare în procedură se manifestă prin transmiterea contestației de către reclamantă către autoritatea contractantă, care la rândul ei o transmite celorlalți ofertanți din procedură (pentru a se putea asocia la ea sau o combate) și depune la Consiliu punctul său de vedere asupra ei. Concluziile scrise sau o completare a contestației nu pot schimba cadrul procesului, prin suplimentarea motivelor de contestație, pentru că ele nu sunt supuse regulilor de comunicare de mai sus, pe de o parte, iar pe de altă parte, pentru că s-ar compromite principalul avantaj al procedurii de soluționare a contestației, adică celeritatea ei".

Petenta notează faptul că în situația admiterii contestației și a anulării rezultatului procedurii de atribuire, limitele reevaluării ofertei vor fi stabilite exclusiv de către Consiliu, prin decizia pronunțată, fără a putea ține cont de criticile suplimentare formulate de către intervenientă; totodată contestatoarea menționează că limitele reevaluării sunt, însă, subsumate aspectelor efectiv contestate, o soluție diferită fiind contrară dispozițiilor imperative ale art. 26 alin. 10¹ din Legea nr. 101/2016:

"(10¹) în situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării."

În considerarea argumentelor expuse supra și a celor detaliate în cuprinsul contestației și a notelor scrise anterior depuse, ... consideră că se impune admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... "....." S.A. –, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Înlocuirea aparatelor de cale 17, 41, 26 și consolidarea liniilor II și III directe din stația", cod CPV 45234100-7. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 3 oferte, astfel cum s-a consemnat în Procesul-verbal nr. 48/AP/C/550/05.11.2019 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc.

În Raportului procedurii nr. 48/AP/1146/11.12.2019, s-a consemnat respingerea ofertei contestatorului, admisibilitatea celorlalte două oferte, precum și desemnarea ofertei depuse de SC SRL câștigătoare a procedurii, aceasta fiind clasată pe primul loc în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire, cu o propunere financiară de 2.679.341,27 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 48/ AP/ 1149/11.12.2019, SC SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

În cauză se reține că SC SRL, a formulat cerere de intervenție în interesul autorității contractante, înregistrată la CNSC sub nr. /, în referire la contestația depusă de SC SA ce formează obiectul dosarului nr.

Preliminar analizării criticilor din cuprinsul contestației, Consiliul urmează să analizeze admisibilitatea de principiu a cererii de intervenție formulată de SC SRL.

Conform art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, **operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire**, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. (...)”.

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispozițiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest din urmă act normativ, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un

drept strâns legat de acesta. Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. La art. 64 din cod se menționează că instanța trebuie să se pronunțe asupra admisibilității în principiu a intervenției.

Totodată același act normativ mai dispune că:

„Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;
- d) justifică un interes.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.”

În analiza cererii de intervenție este necesară identificarea existenței interesului determinat, legitim, personal, născut și actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenție.

Astfel, în soluționare, Consiliul constată că SC SRL își justifică interesul invocând calitatea sa de ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire în discuție.

Analizând susținerile din cuprinsul cererii de intervenție formulată de SC SRL prin prisma documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, prin raportul procedurii nr. 48/AP/1146/11.12.2019 oferta SRL a fost declarată câștigătoare a procedurii.

Astfel, Consiliul constată că interesul SC SRL în formularea cererii de intervenție este născut și actual, având în vedere că acesta, la momentul de față, este ofertant admisibil și câștigător al procedurii urmând, pe cale de consecință, ca cererea să fie încuviințată în principiu.

Se reține că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 48/AP/1149/11.12.2019, entitatea contractantă i-a adus la cunoștință SC SA faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și art. 221 din Legea nr. 99/2016, deoarece a răspuns neconcludent la clarificările ce i-au fost transmise de entitatea contractantă.

Ca un prim aspect, Consiliul va analiza critica contestatorului privind nemotivarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de către entitatea contractantă:

Potrivit art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă este obligată să „comune fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.”

Se reține că în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 48/AP/C/627/29.11.2019, entitatea contractantă a precizat că motivele de respingere a ofertei depusă de SC SA sunt răspunsurile neconcludente ale acestuia la solicitările de clarificare, având în vedere că nu a transmis detalierile solicitate; de asemenea, se reține că în partea

finală a comunicării, entitatea contractantă a indicat dispozițiile legale aplicabile, respectiv:

-art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.*

Având în vedere aspectele sus menționate, Consiliul va respinge ca nefondată această critică, apreciind că adresa de comunicare a rezultatului procedurii respectă dispozițiile art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, întrucât i-au fost comunicate ofertantului SC SA motivele concrete, de fapt și de drept, care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.

Unul dintre motivele de inacceptabilitate în ceea ce privește oferta contestatorului, a fost faptul că acesta a răspuns neconcludent la întrebarea privind justificarea orelor la art. L1C47A1 – demontări aparate de cale.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține că în ceea ce privește acest articol, aflat la poziția 1 în deviz, s-au cerut clarificări repetate, (în 25.11.2019 și 29.11.2019) de către entitatea contractantă.

Prin acestea, i s-a solicitat să explice detaliat cum a prevăzut în deviz de 12 ore mecanizat (excavator) și 150 ore de execuție manuală (construcții căi ferate), în timp ce normele de deviz prevăd 141 ore manual.

SC SA a dat răspunsuri generice, prin adresele nr. 1360/26.11.2019 și nr. 1368/02.12.2019, în cadrul cărora a menționat tehnologia de lucru și a specificat că „aceste operațiuni se realizează atât manual cât și mecanizat”, dar fără a specifica numărul de ore alocate, fără a prezenta vreun calcul sau alte explicații; în opinia Consiliului, un astfel de răspuns nu poate fi considerat concludent și relevant prin raportare la întrebarea ce i-a fost adresată și deci nu demonstrează respectarea cerințelor din documentația de atribuire.

Deși entitatea contractantă a efectuat demersuri repetate de clarificare a acestei neconcordanțe iar întrebările sale au fost lipsite de echivoc, răspunsul ofertantului a fost de fiecare dată neclar. Prin urmare, Consiliul apreciază că acest motiv de respingere este întemeiat.

Însă, cauza principală pentru care oferta SC SA a fost respinsă ca inacceptabilă, au fost răspunsurile neconcludente pe care acesta le-a formulat la solicitările de clarificare transmise de entitatea contractantă cu privire la cod L1C28A1 – sudarea cap la cap a șinelor.

Se reține că în cadrul documentației de atribuire au fost solicitate 42 de suduri la art. 21 aferent cod L1C28A1.

SC SA a oferat următoarele:

- în formularul F3, un număr de 12 suduri (în loc de 42);
- în formularul C6 – extrasul de materiale, apar 42 de suduri.

Formularul F3 reprezintă lista cu cantități de lucrări, pe categorii de lucrări, iar cantitățile din extrasul de resurse materiale (Formular C6) se determină pe baza cantităților din articolele de lucrări prevăzute în Formularul F3, fiind evident obligatorie corelarea acestora.

Cu privire la acest aspect, entitatea contractantă i-a solicitat ofertantului contestator prin două clarificări consecutive, din 25.11.2019 și 29.11.2019, să explice rețeta cu detalierea procesului tehnologic și corespondența între formularul C6 – lista de resurse materiale și formularul F3 în ceea ce privește numărul de suduri; corespondența dintre cantitatea articolelor și a formelor de sudură; specificarea în clar a numărului de suduri; explicarea rețetei tehnologice prin raportare la timpul alocat pentru execuția sudurilor și explicarea unei diferențe în timpul de execuție a sudurilor.

Prin răspunsurile din adresele nr. 1360/26.11.2019 și nr. 1368/02.12.2019, SC SA s-a rezumat să precizeze că a folosit norme proprii, rețetă proprie și că a respectat cerințele documentației de atribuire, dar fără a răspunde clar și concret la solicitările de clarificare menționate; la răspunsuri a anexat ca documente doveditoare aceleași formulare depuse inițial în ofertă.

Analizând cerințele din documentația de atribuire prin raportare la formularele F3 și C6 depuse de SC SA în ceea ce privește cod L1C28A1 – sudarea cap la cap a șinelor, se reține că în formularul F3 - poziția 21, lipsesc de 30 de suduri, ceea ce din punct de vedere valoric înseamnă 200.890,5 lei. Această sumă reprezintă aproximativ 10% din valoarea totală ofertată de SC SA (2.233.257,7 lei fără TVA). Lipsa celor 30 de elemente a dus așadar la o diminuare evidentă a valorii propunerii financiare a ofertantului contestator.

Potrivit prevederilor legale, ofertantului îi revine obligația de a depune o ofertă clară și completă, și de a răspunde concludent solicitărilor de clarificări adresate de comisia de evaluare, iar legiuitorul a sancționat expres furnizarea de răspunsuri neconcludente cu respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Prin urmare, în mod întemeiat entitatea contractantă a apreciat că ofertantul nu este în măsură să execute lucrarea de sudură aluminotermică în cantitatea solicitată prin documentația de atribuire, iar o eventuală nouă solicitare de clarificare în acest sens ar conduce la favorizarea sa și ar aduce atingere principiului tratamentului egal reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, având în vedere că la procedura în cauză au participat 3 operatori economici.

SC SA a invocat în răspunsurile sale utilizarea rețetelor proprii ca justificare pentru ofertarea unor cantități inferioare celor solicitate prin caietul de sarcini.

Potrivit pct. 6.1.2 din caietul de sarcini, prestatorul are deplină libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, însă cu condiția respectării cerințelor cantitative și calitative prevăzute în caietul de sarcini; cantitățile ofertate trebuind să corespundă cerințelor indiferent de rețetele utilizate de ofertant.

Ori, în condițiile în care în oferta financiară au fost incluse doar 12 bucăți din cele 42 solicitate prin caietul de sarcini al procedurii, rezultă că oferta financiară a SC SA nu acoperă cantitățile solicitate prin caietul de sarcini, în mod corect fiind respinsă ca inacceptabilă.

Prin urmare, Consiliul nu va reține nici critica contestatorului vizând faptul că entitatea contractantă, prin clarificările solicitate ulterior finalizării etapei de evaluare tehnică, ar fi procedat în fapt la o reevaluare a ofertei tehnice.

După cum s-a văzut din cele expuse anterior, solicitările de clarificare privind corelarea ofertei financiare cu cea tehnică în niciun caz nu au semnificația unei reevaluări a ofertei tehnice, necorelarea fiind chiar motiv de neconformitate a ofertei (a se vedea art. 143 alin. (3) lit.d) din HG nr. 394/2016).

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod corect ”.....” S.A. – a respins ca inacceptabilă oferta depusă de SC SA, criticile contestatorului fiind neîntemeiate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu ”.....” S.A. –

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SA în contradictoriu cu ”.....” S.A. –

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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 lucrătoare de la comunicare.