# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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


**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE

**Nr. ...**
**Data: ...**

Prin contestaţia nr. 1667/11.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 14483/11.04.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare...reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; **Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord**»”, organizată de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea deciziei de respingere a ofertei depuse pentru lotul 3, a adresei nr. 12B/3593/21.03.2018 a părţii relevante din raportul procedurii, precum şi a oricăror acte/decizii incidente, anterioare şi/sau subsecvente ori conexe în ceea ce priveşte respingerea ca neconformă a ofertei SC ... SRL, precum şi a tuturor efectelor juridice cauzate de aceasta,
- obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei SC ...SRL cu consecinţa declarării caracterului conform şi acceptabil al acesteia.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 15565/18.04.2018, depusă de către SC ... SA, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SA reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ..., formulată

împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; **Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord**»”, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 12B/3592/21.03.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea raportului procedurii de atribuire, precum şi a tuturor actelor subsecvente, emise de autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr. 12B/3592/21.03.2018 pentru motive de netemeinicie şi nelegalitate,
- reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a motivelor prezentate în contestaţie, cu declararea acestei oferte ca fiind conformă şi acceptabilă şi stabilirea ofertei câştigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achiziţiilor publice.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 15592/18.04.2018, depusă de către SC ... SA, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SA reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; **Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud**; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»”, organizată de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 12B/3586/21.03.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea raportului procedurii de atribuire, precum şi a tuturor actelor subsecvente, emise de autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr. 12B/3586/21.03.2018 pentru motive de netemeinicie şi nelegalitate,
- reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a motivelor prezentate în contestaţie, cu declararea acestei oferte ca fiind conformă şi acceptabilă şi stabilirea ofertei câştigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achiziţiilor publice.

Prin contestaţia nr. 525/16.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 15175/16.04.2018, depusă de către SC ... SA cu sediul în ..., având număr de înregistrare la

Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ... în calitate de lider al Asocierii ... AS, împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud»”, organizată de către ... SA, cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă şi de către ...cu sediul în ..., înregistrată la Camera de comerţ Istambul sub nr. ..., în calitate de lider al asocierii ..., împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - **Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud**»”, reprezentate convenţional prin SCA ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ...s-a solicitat:

- anularea deciziilor autorităţii contractante prin care oferta Asocierii SC ... pentru lotul 1, respectiv oferta Asocierii ... pentru lotul 2, au fost declarate neconforme,
- anularea actelor care au stat la baza emiterii deciziilor de respingere a ofertelor precum şi a celor subsecvente acestora, inclusiv a adreselor de informare finalizare etapă evaluare propunere financiară nr. 12B/3579/21.03.2018, pentru lotul 1 şi nr. 12B/3587/21.03.2018, pentru lotul 2,
- obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor comune depuse de Asocierea ... pentru lotul 1, respectiv oferta Asocierii ... pentru lotul 2, de la etapa verificării admisibilităţii acestora.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 16057/20.04.2018, depusă de către ... cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerţului din cadrul Camerei de Comerţ, ..., reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ... formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; **Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord**»”, organizată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea deciziilor de declarare ca neconforme a ofertelor ..., comunicate prin adresa nr. 12B/3583/21.03.2018 (Lotul 1), prin adresa nr. 12B/3589/21.03.2018 (Lotul 2) şi adresa nr. 12B/3595 /21.03.2018 (Lotul 3).
- să se constate caracterul admisibil al celor trei oferte ale contestatoarei în cadrul etapei de analiză a propunerii financiare,

- obligarea autorităţii contractante să procedeze la analiza ofertelor contestatoarei în cadrul etapei de analiză a propunerii financiare, pentru fiecare din loturile 1,2 şi 3.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19572/15.05.2018, depusă de către ... cu sediul în ..., având număr de înregistrare 233658, prin ... cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii ..., reprezentată convenţional de SCA ... .., cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; **Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord**»", organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 92/30010/26.04.2018 privind comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 3, precum şi a deciziilor autorităţii contractante prin care au fost declarate admisibile ofertele clasate pe locurile 1 şi 2,
- anularea raportului procedurii de atribuire precum şi a tuturor actelor anterioare şi subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acesta,
- obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertelor, cu respectarea dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice, de la etapa verificării admisibilităţii acestora, cu consecinţa stabilirii ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile, conform criteriilor de atribuire stabilite prin documentaţia de atribuire.

Prin contestaţia nr. 2399/17.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19948/18.05.2018, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ... formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; **Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord**»", organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 92/30014/26.04.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,

- anularea părţii relevante din raportul procedurii în ceea ce priveşte respingerea ofertei contestatoarei, declararea ofertei Asocierii ... ca admisibilă sub aspectul propunerii tehnice, declararea ofertei Asocierii ... SRL câştigătoare, precum şi a tuturor deciziilor şi actelor incidente, anterioare şi subsecvente (inclusiv a oricăror precese - verbale de evaluare şi comunicări adresate în acest sens, inclusiv celorlalţi participanţi în procedură,
- reluarea evaluării propunerii financiare a contestatoarei cu consecinţa constatării caracterului conform şi acceptabil al acesteia,
- reluarea evaluării propunerii tehnice a Asocierii ...SA cu constatarea caracterului neconform şi inacceptabil al acesteia,
- continuarea procedurii prin aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile după efectuarea reevaluărilor solicitate mai sus.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20571/23.05.2018, depusă de către SC ...cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ...reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ... formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; **Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord**»”, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 92/30013/26.04.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 12B/5247/25.04.2018 cât priveşte oferta contestatoarei şi oferta depusă de către ofertantul câştigător Asocierea SC ... SRL precum şi a tuturor actelor subsecvente emise de către autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr. 92/30013/26.04.2018 pentru motive de netemeinicie şi nelegalitate,
- reevaluarea ofertei SC ... SA cu declarraea acestei oferte ca fiind conformă şi acceptabilă, şi stabilirea ofertei câştigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achiziţiilor publice.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20574/23.05.2018, depusă de către SC ... SA, cu sediul în ...având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SA reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 –

Km 69+000 aferent Centura Sud; **Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud**; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»", organizată de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 92/32153/08.05.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea raportului procedurii de atribuire atât în ceea ce priveşte oferta contestatoarei cât şi a ofertantului câştigător Asocierea SC ... precum şi a tuturor actelor subsecvente emise de către autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr. 92/32153/08.05.2018 pentru motive de netemeinicie şi nelegalitate,
- reevaluarea ofertei SC ...SA cu declarea acestei oferte ca fiind conformă şi acceptabilă, şi stabilirea ofertei câştigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achiziţiilor publice.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20580/23.05.2018, depusă de către SC ... SA, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ...şi Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ... SA reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ..., formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" - **Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud;** Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»", organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 92/30885/04.05.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea raportului procedurii de atribuire atât în ceea ce priveşte oferta contestatoarei cât şi a ofertantului câştigător Asocierea SC ... AS precum şi a tuturor actelor subsecvente emise de către autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr. 92/30885/04.05.2018 pentru motive de netemeinicie şi nelegalitate,
- reevaluarea ofertei SC ...SA cu declarea acestei oferte ca fiind conformă şi acceptabilă, şi stabilirea ofertei câştigătoare cu respectarea prevederilor legale în materia achiziţiilor publice.

Prin contestaţia nr. 737/24.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20989/25.05.2018, depusă de către ... AS cu sediul în ..., înregistrată la Camera de Comerţ ...în calitate de lider al asocierii ..., reprezentată convenţional prin SCA ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ...împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de

Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; **Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud**; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»”, organizată de către ... SA, cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- obligarea autorităţii contractante la anularea deciziei prin care oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă pentru lotul 2, decizie comunicată prin adresa nr. 32155/08.05.2018,
- obligarea autorităţii contractante la anularea deciziei prin care oferta depusă de ... AS a fost declarată admisibilă şi câştigătoare pentru lotul 2,
- obligarea autorităţii contractante la anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestor decizii, inclusiv a raportului procedurii de atribuire şi a proceselor - verbale de evaluare,
- obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei comune depuse de Asocierea ... în cadrul procedurii pentru lotul 2 precum şi a ofertei depuse de ... de la etapa verificării admisibilităţii acestora.

Prin contestaţia nr. 736/24.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 21003/25.05.2018, depusă de către SC ... SA cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare ..., în calitate de lider al Asocierii ... AS, reprezentată convenţional prin SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ... împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900” - **Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud**; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»”, organizată de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- obligarea autorităţii contractante la anularea deciziei prin care oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă pentru lotul 1, decizie comunicată prin adresa nr. 30888/04.05.2018,
- obligarea autorităţii contractante la anularea actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, inclusiv a raportului procedurii de atribuire şi a proceselor – verbale de evaluare vizând propunerea financiară a contestatoarei,
- obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatoarei, de la etapa verificării admisibilităţii acesteia.

Prin adresele nr. 2092/30.04.2018 şi nr. 2093/30.04.2018, înregistrate la Consiliu sub nr. 17320/02.05.2018, SC ... SRL reprezentată convenţional de SCA ..., cu sediul în ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 3, în care solicită:
- respingerea contestaţiei ... ca tardiv formulată,
- respingerea capătului de cerere nr. 2 ca inadmisibil,
- pe fond, respingerea contestaţiei ca neîntemeiată/nefondată şi admiterea cererii de intervenţie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19667/16.05.2018, .. ...AS cu sediul în ..., reprezentată convenţional de SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ..., formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:
- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,
- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către SC ... SA.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19662/16.05.2018, ... cu sediul în ..., reprezentată convenţional de SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ..., formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:
- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,
- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către Asocierea ...

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19657/16.05.2018, ...cu sediul în ..., reprezentată convenţional de SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ..., formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:
- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,
- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către ...

Prin adresa nr. 72/23.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 20854/24.05.2018, Asocierea ... SRL cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ...şi Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convenţional de Cabinet de ..., cu sediul în ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 3, în contradictoriu cu ... în care solicită admiterea cererii de intervenţie şi respingerea contestaţiei ...

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23700/13.06.2018, ...cu sediul în ..., reprezentată convenţional de SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ..., formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:
- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,

- suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei,
- respingerea ca tardivă a contestaţiei formulată de către SC ...
- în subsidiar respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 22150/05.06.2018, ... AS cu sediul în ..., reprezentată convenţional de SCA ... cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:
- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,
- suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei,
- respingerea ca tardive a capetelor de cerere 1 şi 4 din contestaţie,
- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către Asocierea ...

Contestaţiile şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 1667/11.04.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 14483/11.04.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, pentru lotul 3, critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale, deoarece aceasta a considerat că a existat o modificare de preţuri în cadrul propunerii financiare *"realizate prin diminuarea/ mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând, astfel, conţinutul propunerii financiare"*.

Contestatoarea menţionează că prin adresa nr. 12B/1570/07.02.2018 ("Solicitare Clarificări 1"), autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la valoarea zero a articolului "împrejmuire gard 1,80 m" din cadrul Graficului de plăţi pentru Sectorul 2 al lotului.

Prin adresa nr. 71/12.02.2017 ("Clarificări ... 1"), contestatoarea a răspuns solicitării de clarificare, specificând, cu privire la articolul menţionat:

*"Antreprenorul a luat în considerare lungimile necesare "împrejurimilor cu gard de 1,80 m" conform prevederilor Avizului de Mediu. Dintr-o regretabilă eroare de tehnoredactare, toată lungimea gardului cu înălţimea de 1,80 m aferentă lotului 3 a fost cuprinsă în Sectorul 1".*

Astfel, contestatoarea a arătat comisiei de evaluare că:

❖ a inclus în ofertă toate cantităţile de gard de 1,80 m astfel cum rezultau ca fiind necesare pentru Sectorul 1 şi pentru Sectorul 2 al lucrării, potrivit Avizului de Mediu inclus în documentaţia de atribuire:

❖ a inclus în oferta financiară preţul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m necesară atât pentru Sectorul 1, cât şi pentru Sectorul 2;

❖ însă, dintr-o eroare pur formală, la nivelul graficului de preţuri/plăţi, preţul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m a fost cuprins în graficul de preţuri/plăţi aferent Sectorului 1.

Faţă de răspunsul oferit, autoritatea a formulat o nouă solicitare de clarificare ("Solicitare Clarificări 2"), solicitând *"detalierea preţului pentru 2.3.4. - împrejmuire gard 1,80 m lucrare inclusă în alte categorii /sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost formulat/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost solicitate prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul 8".*

Prin al doilea răspuns la solicitarea de clarificare (adresa nr. 93/01.03.2018, "Clarificări ... 2"), contestatoarea a transmis, în conformitate cu cele solicitate de autoritatea contractantă, detalierea preţului pentru articolul împrejmuire gard 1,80 m, arătând că preţul total inclus în ofertă pentru împrejmuire gard de 1,80 m (de 72.516,24 lei) rămâne nemodificat, fiind împărţit astfel:

- un preţ de 61.274,91 lei pentru Sectorul 1 (km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud) şi, respectiv,

- un preţ de 11.241,33 lei pentru Sectorul 2 (km 0+000 - km 2+500 aferent Centura Nord).

De asemenea, în vederea detalierii acestuia, contestatoarea a transmis tabele exemplificative în care a defalcat, în mod corespunzător, valorile specifice pe fiecare articol în parte, tocmai pentru a putea verifica comisia de evaluare că prin corectarea erorii apărute la nivelul graficului Sectorului 2 nu are loc niciun fel de modificare a conţinutului ofertei financiare.

În acelaşi sens, pentru a arăta corectitudinea/ sustenabilitatea preţul pentru împrejmuire gard 1,80 m aplicabil pentru întreg Lotul 3 (ambele Sectoare) a ataşat Clarificărilor ... şi oferta de preţ nr. 254/27.09.2017 primită de la furnizorul ... SRL și în baza căreia a fost fundamentat costul inclus în propunerea financiară pentru unitatea de gard 1.80 m.

În oferta furnizorului ataşată Clarificărilor ... se menţionează, fără echivoc, că preţul asumat este de 19.40 lei/ml (plus TVA) tocmai în considerarea unei lungimi totale a gardului de 1850 m.

În completarea acestui preţ, astfel cum este prezentat în mod detaliat în Anexa nr. 1 la Clarificările ..., au fost incluse celelalte costuri aplicabile (aferente echipamentelor, personalului, costuri indirecte, profit etc.) rezultând costul de 38,63 lei/ml (fărăTVA).

Acesta este costul pe ml de împrejmuire gard care înmulţit cu lungimea aferentă Sectorului 1 (conform prevederilor Avizului de Mediu) conduce la valoarea de 61.274,91 lei, iar pentru Sectorul 2 la valoarea de 11.241,33 lei.

Cumulate cele două valori dau valoarea de 72,516,24 lei, adică fix costul total indicat în conţinutul propunerii financiare pentru articolul de lucrări gard 1.80 m, însă referit, din greşeală, în integralitate, doar în graficul de preţuri/plăţi pentru Sectorul 1.

Faţa de caracterul vădit concludent al răspunsului de clarificări, faţă de justificarea evidentă a fundamentării costului ofertat pentru împrejmuire gard 1,80 m şi, mai ales, faţă de absenţa oricărei modificări a preţului total ofertat (oferta financiară), contestatoarea apreciază că aplicarea unei conduite legale ar fi presupus constatarea de care comisia de evaluare a erorii aritmetice/ viciului de formă strecurat în oferta sa şi corectarea acestuia, cu luarea în considerare atât a prevederilor art. 134 alin. (10) - (11) şi 135 din HG nr. 395/2016, precum şi a prevederilor Secţiunii IV.4.2) Nota 4 din fişa de date.

Însă, în mod contrar, abordând o atitudine superficială şi nefundamentată, prin adresa nr. 12B/3593/21.03.2018, comunicare respingere, autoritatea a considerat că a existat o modificare de preţuri în cadrul propunerii financiare.

Pe lângă caracterul profund neîntemeiat, comunicarea respingerii a fost transmisă fără arătarea vreunui argument pentru care autoritatea să fi considerat că remedierea erorii/ omisiunii strecurate la nivelul graficului de preţuri/plăţi nu este permisă de lege.

Este cât se poate de evident că art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, are în vedere modificări reale (concrete) ale propunerii financiare, şi nu doar corectarea/ remedierea unor erori formale reprezentate de o omisiune din cadrul unui document prezentat şi care este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul celorlalte informaţii şi documente existente în cadrul ofertei.

Eliminarea din competiţie pentru astfel de motive pur formale este atât una nelegală, cât şi abuzivă, făcută cu încălcarea drepturilor legitime ale ofertanţilor respinşi şi cu crearea unui avantaj incorect celorlalţi ofertanţi, fiind cenzurată atât în practica instanţelor naţionale cât şi în jurisprudenţa unională ca drept o măsură disproporţionată şi nejustificată.

Decizia luată de autoritate nu doar că viciază obligaţia acesteia de a asigura un caracter legal al procedurii şi al deciziilor luate în evaluarea ofertelor, dar aduce atingere principiilor tratamentului egal şi nediscriminatoriu între ofertanţi, al utilizării eficiente a fondurilor publice şi, bineînţeles, al proporţionalităţii deciziilor sancţionatorii prin raportare la natura juridică şi gravitatea situaţiilor de fapt constatate.

De altfel, atât principiul bunei administrări a responsabilităţilor administrative, tot mai des reţinut în jurisprudenţa instanţelor unionale în cenzurarea derapajelor de la legalitate comise de comisiile de evaluare constituite la nivelul autorităţilor contractante, cât şi principiul proporţionalităţii sancţionează disproporţionalitatea vădită între eventualele abateri/ erori ale ofertanţilor şi măsurile luate de autorităţi.

Faţă de caracterul nelegal al comunicării respingerii, cu respectarea prevederilor legale, a formulat notificarea prealabilă nr. 1500/30.03.2018 (ataşată în Anexa nr. 9).

Din comunicarea respingerii rezultă că autoritatea nu a întreprins analiza impusă de art. 135 din HG nr. 395/2016 (referitoarea la constatarea şi corectarea viciilor de formă) şi nici cea impusă de art. 134 alin. (10) şi următoarele din HG nr. 395/2016 (constatarea şi corectarea erorilor aritmetice).

Dimpotrivă, decizia a fost luată doar în baza aplicării formale şi excesive a art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, fiind evident că nu orice modificare a propunerii financiare impune eliminarea ofertantului din competiţie, ci doar cele care au la bază schimbări nepermise ale preţului ofertat, nu şi modificările impuse de necesitatea corectării unor vicii de formă/ erori aritmetice.

Autoritatea nu a respectat prevederile art. 135 din HG nr. 365/2016, fiind evident că eroarea/ omisiunea din conţinutul graficului de preţuri/ plăţi se circumstanţia noţiunii de viciu de formă.

În acelaşi sens, în secţiunea IV.4.2) Nota 4 din fişa de date se menţionează expres:

*"Erorile aritmetice/ viciile de formă vor fi corectate de către Beneficiar conform prevederilor legale, numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care Ofertantul nu acceptă corecţia acestor erori/vicii, oferta sa va fi declarată neconformă".*

Or, potrivit celor arătate mai sus, este evidentă în situaţia dată îndeplinirea condiţiilor legale atât (i) în privinţa existenţei doar a unui viciu de formă cât şi (ii) în privinţa remedierii acestuia cu respectarea cerinţelor legale.

Contestatoarea susţine că dintr-o simplă eroare/ omisiune, a inclus întregul preţ pentru "împrejmuire gard 1,80 m" doar într-una dintre cele două secţiuni ale Graficului corespunzător (cum, de altfel, a clarificat în mod concludent încă de la momentul primei clarificări).

Având în vedere complexitatea procedurii, numărul foarte mare de articole, precum şi sumele implicate în detalierea acestora, astfel de erori sunt aproape inevitabile pentru orice ofertant, folosirea lor ca prilej de respingere a ofertelor reprezentând o măsură excesivă şi injustă din partea oricărei autorităţi contractante, cu atât mai mult cu cât corectarea lor are un impact zero asupra ofertei finale.

În acest sens, de o deosebită relevanţă, este considerentul că prin corectarea viciului formal (infim, de altfel) nu s-a determinat absolut nicio modificare asupra niciunuia dintre costurile incluse în ofertă, asupra elementelor sau cantităţilor indicate în graficul de preţuri/plăţi şi, în definitiv, corectarea nu a avut nici cel mai mic impact asupra propunerii financiare a contestatoarei.

Aceste aspecte au fost în mod neechivoc demonstrate de documentaţia depusă în detalierea valorii pentru articolul "împrejmuire gard 1,80 m" (oferta din partea furnizorului, explicitarea preţului pe

elemente şi preţuri unitare etc.), acceptarea corectării fiind nesusceptibilă de a produce un avantaj incorect.

De asemenea, contestatoarea învederează că eroarea are natura legală a unei erori aritmetice remediabile potrivit prevederilor legale. Ignorarea obligaţiei autorităţii de a permite corectarea acesteia încalcă în mod flagrant drepturile şi interesele legitime ale ofertantului.

Comisia de evaluare nu a ţinut cont de aceste prevederi atât timp cât, indicarea preţului aferent articolului "împrejmuire gard 1,80 m" în graficului de preţuri/ plăţi pentru Sectorul 1 cuprinde, din eroare, şi preţul aferent aceluiaşi articol pentru Sectorul 2.

Or, în cazul de faţă, condiţiile legale ale corectării erorii aritmetice sunt îndeplinite. Corectarea calculului nu încalcă principiile guvernatoare în materie, fiind susţinută, totodată, de toate celelalte documente depuse de aceasta (detalierea de preţ, oferta din partea ... SRL).

Cum corectarea erorii nu determină nicio modificare cu privire la valoarea propunerii financiare, nici nu poate fi luat în calcul vreun avantaj nepermis.

Într-o astfel de situaţie, chiar legea obligă autoritatea şi ofertantul în cauză să acţioneze în consecinţă, *"elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de preţul total al ofertei prin refacerea calculelor aferente"*.

Prin urmare, respingerea ofertei pentru un aspect infim, pur formal, respectiv, redistribuirea valorii pentru articolul "împrejmuire gard 1,80 m" pe două sectoare, fără a se schimba în vreun mod preţul, cantitatea, lucrările şi utilajele implicate în furnizarea unui astfel de articol, ar reprezenta o măsură inexplicabil de excesivă şi disproporţionată, astfel de inechităţi fiind infirmate de instanţele de judecată:

Decizia nr. 1075 din 26 februarie 2018, Curtea de Apel Suceava:

*"În speţă, diferenţa din ofertă nu este nici măcar de 1% ci de sub 0,1%, de zece ori mai mic decât pragul permis de lege.*

*Curtea apreciază aşadar că rectificarea sumei din oferta financiară reprezintă un viciu de formă, de redactare. Viciu care a produs o simplă eroare aritmetică ce putea fi corectată. Această aserţiune e susţinută şi de caracterul vast, complex şi detaliat al ofertei sub aspectul justificării preţului, oferta de preţ cuprinzând numeroase cifre, sume, valori şi calcule aritmetice; împrejurări ce pot duce la erori de redactare sau erori materiale. De altfel trebuie reţinut că sumele de „0,28" şi „1,1" apar menţionate în ofertă în mai multe locuri şi cu privire şi la alte cheltuieli, împrejurare ce susţine încă o dată existenţa unei greşeli de redactare."*

Totodată, contestatoarea apreciază că decizia autorităţii încalcă şi principiile guvernatoare în materie, aducând atingere tratamentului egal şi nediscriminatoriu, asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice şi asigurării proporţionalităţii astfel:

a) principiului tratamentului egal şi nediscriminatoriu, decizia luată de autoritate fiind una injustă şi care a creat un avantaj nedrept

celorlalţi ofertanţi, în detrimentul intereselor şi drepturilor legitime ale contestatoarei,

b) principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, fiind de obligaţia autorităţii să se asigure că în urma aplicării procedurii, nu va fi eliminat niciun ofertant în mod incorect şi nelegal, iar încheierea contractului cu ofertantul a cărui ofertă demonstrează cel mai bun raport calitate-preţ este rezultatul unei competiţii reale şi corecte şi nu a uneia în care există ofertanţi eliminaţi în mod superficial.

c) principiului proporţionalităţii, decizia fiind abuzivă şi disproporţionată prin raportare la natura erorii aritmetice corectate, cu atât mai mult cu cât aceasta nu a avut niciun fel de impact asupra preţului din propunerea financiară.

Or, aşa cum a fost stabilit şi pe cale jurisprudenţială, proporţionalitatea în astfel de situaţii reprezintă un criteriu important în evaluarea legalităţii actelor autorităţilor contractante:

Decizia nr. 303 din 26 februarie 2016- Curtea de Apel Alba Iulia:

*"Curtea îmbrăţişează opinia jurisprudenţială potrivit căreia nu este legală, şi nici oportună, respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesar a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sanctionatorie aplicată pentru deficienţe minore încalcă principiul proporţionalităţii, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului."*

De asemenea, importanţa dreptului ofertanţilor de a-şi corecta viciile de formă/ erorile aritmetice din ofertă, cu respectarea principiului tratamentului egal a fost statuată şi la nivelul jurisprudenţei supranaţională:

C131/16 Archus & Gama

*"Principiul egalităţii de tratament al operatorilor economici, enunţat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii în sectoarele apei, energiei, transporturilor şi serviciilor poştale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziţii publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declaraţiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini şi care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. în schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conţine-o aceasta, cu condiţia însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeaşi situaţie, ca toţi ofertanţii să fie trataţi în mod egal şi loial şi ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competenţa instanţei de trimitere."*

Astfel, este cât se poate de disproporţionată luarea unei decizii de declarare ca neconformă a unei oferte pentru simplul motiv că preţul total al unui articol a fost prevăzut într-o singură secţiune din cele două ale graficului de preţuri/plăţi, iar corectarea acestor aspecte nu doar că deriva din prevederile legale ale HG 395/2016, dar este susţinută în mod temeinic de toate celelalte documente depuse de ofertant.

Prin adresa nr. 2147/04.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 17770/04.05.2018, SC ... SRL formulează următoarea precizare cu privire la actele autorităţii contractante vizate de contestaţia formulată:

Contestaţia a fost formulată prin raportare la adresa ... nr. 12B/3593/21.03.2018 emisă ca urmare a finalizării evaluării propunerilor financiare, prin care contestatoarea a fost informată că oferta sa a fost declarată neconformă şi pe cale de consecinţă respinsă.

Ulterior, autoritatea contractantă a continuat procedura de atribuire iar prin adresa nr. 92/30014/26.04.2018 i-a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii, informând-o în legătură cu:

- respingerea ofertei depusă ca neconformă, motivele reţinute şi invocate fiind identice cu cele prezentate în comunicarea respingerii,

- ofertantul desemnat câştigător şi punctajele obţinute de acesta în aplicarea criteriului de atribuire.

În acest sens, faţă de capătul de cerere din contestaţie respectiv *anularea deciziei de respingere a ofertei depuse pentru lotul 3, a adresei nr. 12B/3593/21.03.2018 a părţii relevante din raportul proceudrii, precum şi a oricăror acte/decizii incidente, anterioare şi/sau subsecvente ori conexe în ceea ce priveşte respingerea ca neconformă a ofertei SC ... SRL, precum şi a tuturor efectelor juridice cauzate de aceasta*, contestatoarea solicită Consiliului ca prin decizia pe care o va pronunţa să aibă în vedere şi actele / deciziile autorităţii contractante relevante faţă de contestaţie şi referite prin comunicarea rezultatului procedurii şi raportul procedurii, aceste acte/decizii reprezentând elemente subsecvente deciziei de respingere a ofertei transmise prin comunicarea respingerii şi vizate de contestaţie.

Prin adresa nr. 92/62133/08.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 18332/08.05.2018, ... SA formulează punct de vedere cu privire la contestaţia formulată de către SC ... SRL, în care menţionează că urmare a finalizării procesului de evaluare a propunerii financiare a contestatoarei, raportat la prevederile documentaţiei de atribuire, cu aplicarea corespunzătoare a legislaţiei în materia achiziţiilor publice şi ţinând cont de răspunsurile oferite la solicitările de clarificare ale comisiei de evaluare, oferta acesteia a fost declarată neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, fiind, totodată, respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, întrucât prin răspunsurile la clarificări, acesta a modificat conţinutul propunerii financiare.

Astfel, analizând propunerea financiară a ofertantului SC ... SRL, comisia de evaluare a constatat faptul că în cadrul Anexei 2 la Formularul 8, următoarele referinţe au fost cotate cu preț „0”:

A. Graficul de Plăţi – Grafic de plăţi Sector 1. Km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud

2.2.5 – Alte activităţi

9.2 – Iluminat Noduri

B. Grafic Plăţi Sector 2. Km 0 +000 – km 2+500 aferent Centura Nord

2.2.4 – Alte activităţi

2.3.4 – Împrejmuire gard 1,80 m, sens în care i-au fost solicitate clarificări ofetantului prin adresa nr. 12B/1570/07.02.2018.

Prin răspunsul la solicitarea comisiei de evaluare, ofertantul a transmis următoarele justificări:

A. Graficul de Plăţi - Grafic de plăţi Sector 1. Km 85+300-Km 100+765 aferent Centura Sud

22.5 - Alte activităţi

A precizat că potrivit cerinţelor Beneficiarului şi documentaţiei aferente, în Capitolul 2.2 sunt cuprinse activităţi de Preconstrucţie şi Mediu, iar ... SRL a luat în considerare toate elementele cuprinse în cerinţele Beneficiarului referitoare la activităţile de Preconstrucţie şi Mediu şi le-a cuantificat în Graficul de Plăţi- capitolul 2.2. Totodată, a menţionat că nu a identificat alte activităţi de preconstrucţie şi mediu, necesar a fi precizate şi cotate.

9.2 - Iluminat Noduri :

A precizat că potrivit documentaţiei de atribuire şi graficului de plăţi, singurul nod de pe Lotul 3 se află în Sectorul 2 Km 0+000 - Km 2+500, aferent Centura Nord (capitolul 3.2.1), iar ... a considerat că toate elementele aferente nodului, inclusiv iluminatul trebuie cuprinse în sectorul aferent acestuia (Sectorul 2 Km 0+000 - Km 2+500). Prin urmare, în Graficul de Plăţi aferent Sectorului 1, articolul 9.2 Iluminat Noduri este cotat cu 0 lei, având în vedere că activitatea de Iluminare Noduri a fost cotată în sectorul 2B. Graficul de Plăţi - Grafic de plăţi Sector 2. Km 0+000 - km 2+500 aferent Centura Nord.

B. Grafic de Plăţi Sector 2, Km0+000-Km 2+500 aferent Centura Nord

2.2.4 - Alte activităţi

A precizat că potrivit Cerinţelor Beneficiarului şi documentaţiei aferente în capitolul 2.2 sunt cuprinse activităţi de Preconstrucţie şi Mediu, iar ...SRL a luat în considerare toate elementele cuprinse în Cerinţele Beneficiarului referitoare la activităţile de Preconstrucţie şi Mediu şi le-a cuantificat în Graficul de Plăţi - capitolul 2.2. Totodată, a menţionat că nu a identificat alte activităţi de preconstrucţie şi mediu, necesar a fi precizate şi cotate.

2.3.4 - Împrejmuire gard 1,80 m

A menţionat că dintr-o regretabilă eroare de tehnoredactare, toată lungimea gardului cu înălţimea de 1,80 m aferentă Lotului 3 a fost cuprinsă în Sectorul 1.

Raportat la explicaţiile furnizate de ofertant în cadrul răspunsului la clarificare cu privire la modalitatea de completare a Graficului de Plăţi în relaţie cu articolele sus menţionate, comisia de evaluare a considerat că acesta este incomplet, având în vedere că graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele identificate şi trebuia completat conform instrucţiunilor respectiv: "Acest grafic de plăți este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări".

Prin urmare, comisia de evaluare i-a solicitat ofertantului o nouă clarificare privind detalierea preţului pentru 2.3.4 – Împrejmuire gard 1,80 m, lucrare inclusă în alte categorii/ sectorare, astfel încât acesta să justifice cum a fost format/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost acestea solicitate prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul nr. 8.

Prin răspunsul la această nouă solicitare de clarificare, ofertantul contestator a transmis detalierea preţului pentru B Grafic de Plăţi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord, ref. 2.3.4 - Împrejmuire gard 1,80 m, modificând valoarea alocată din 0.00 în 11.241,33 lei, prin diminuarea valorii aferente categoriei 2.3.4 - Împrejmuire gard 1.80 m din A. Graficul de Plăţi - Grafic de plăţi Sector 1. Km 85+300-Km 100+765 aferent Centura Sud.

Aşadar, modificările operate de ofertant au fost realizate prin diminuarea/ mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând, astfel, conţinutul propunerii financiare.

În concluzie, oferta ... SRL a fost în mod întemeiat respinsă ca neconformă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, întrucât prin răspunsul său la clarificări, ofertantul a modificat conţinutul propunerii sale financiare.

Astfel cum rezultă şi din procesele verbale nr 7/lot 3, 8/lot 3, 9/lot 3, 10/lot 3 şi 11/lot 3 (însoţite de grilele de evaluare - ANEXA 3), comisia de evaluare a evaluat propunerile financiare ale ofertanţilor aplicând aceleaşi principii pentru toate ofertele analizate, în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016.

În ceea ce priveşte afirmaţia potrivit căreia eroarea este "pur formală" autoritatea contractantă precizează că aceasta nu se încadrează în prevederile fişei de date, IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, Nota 4: "(..) Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/ completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinietul altor informaţii existente iniţial în alte documente vrezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire".

Prin remedierea presupusului viciu de formă, comisia de evaluare a considerat că s-ar produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire, în conformitate cu cerinţele documentaţiei de atribuire, FORMULARUL 8, deoarece Graficul de plăţi are categorii distincţi de lucrări/ activităţi pentru sectoarele 1, respectiv 2 aferente Lotului 3, iar acestea trebuiau completate conform instrucţiunilor: *"Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări".*

Prin modificările de preţ ale categoriilor din propunerea financiară, ofertantul a încercat să mascheze/previna solicitarea comisiei de evaluare de justificare a preţului neobişnuit de scăzut pentru categoriile de lucrări preţuite cu 0,00 lei, fiind evident faptul că nu se poate justifica îndeplinirea/construcţia categoriei de lucrări ref. 2.3.4. împrejmuire gard 1.80 m aferenta B. Grafic de Plăţi Sector 2 Km 0+000-Rm 2+500 aferent Centura Nord cu preţul de 0.00 lei.

Comisia de evaluare a considerat că modificarea de către ofertant a preţurilor aferente diferitelor categorii de lucrări din Graficul de plăţi pentru Sector 1, respectiv Sector 2, se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) lit. e) din HG nr. 395/2016.

Astfel, nu putea fi viciu al unei forme, când încă de la început acesta nu a existat, respectiv ref. 2.3.4. – Împrejmuire gard 1,80 m din B. Grafic de Plăţi Sector 2. Km 0+000-km 2+ 500 aferent Centura Nord nu a fost preţuit, ci precum a afirmat chiar ofertantul în răspunsul său la solicitarea de clarificare, valoarea a fost cuprinsă în Sectorul 1.

Referitor la afirmaţia contestatoarei conform căreia modificarea operată se încadrează în eroare aritmetică, autoritatea contractantă susţine că în conformitate cu fişa de date a achiziţiei, secţiunea IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, Nota 4 „Erorile aritmetice reprezintă aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corelate, implicit alături de preţul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informaţiilor care sunt cunoscute de către toţi participanţii, deoarece sunt prevăzute în legislaţia aplicabilă, documentaţia de atribuire, şi/sau în alte documente prezentate de ofertant".

Comisia de evaluare nu a încadrat modificarea preţurilor categoriilor de lucrări cuprinse în graficul de plăţi în categoria erorilor aritmetice, deoarece această posibilitate nu a fost comunicată către toţi participanţii la procedura de atribuire, eroarea aritmetică fiind o eroare de calcul şi nu „o regretabilă eroare de tehnoredactare", aşa cum afirmă ofertantul în răspunsul său la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca fiind nefondată şi neîntemeiată.

Prin adresa nr. 2324/14.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 19422/15.05.2018, SC ... SRL formulează note scrise ca urmare a

punctului de vedere emis de către autoritatea contractactantă în care menţionează că în raportul procedurii, procesele verbale de evaluare, grila de verificare a propunerii financiare, nu sunt indicate raţiunile pentru care comisia de evaluare a stabilit că a avut loc o modificare nepermisă a propunerii financiare.

❖ Contestatoarea reiterează faptul că a inclus în ofertă toate cantităţile de gard de 1,80 m astfel cum rezultau ca fiind necesare pentru sectorul 1 şi pentru sectorul 2, potrivit avizului de mediu inclus în documentaţia de atribuire;

Cu alte cuvinte, există elemente obiective la nivelul documentaţiei de atribuire (i.e. Avizul de Mediu) de unde rezultă cantităţile de gard necesare.

❖ Contestatoarea a inclus în oferta financiară costul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m necesară, atât pentru sectorul 1, cât şi pentru sectorul 2;

Ca atare, atât timp cât poate fi verificat pe baza documentelor depuse de ofertant, nu poate fi reţinut că acesta nu a inclus în ofertă costul aferent întregii cantităţi de gard necesar. De altfel, Autoritatea nici nu contestă acest fapt.

❖ Costul întregii cantităţi de gard necesar şi modul de justificare a acestuia este unul corect şi poate fi verificat, contestatoarea prezentând chiar şi oferta furnizorului folosită în stabilirea costului;

Preţul total inclus pentru împrejmuire gard de 1,80 m (de 72,516,24 lei) a fost împărţit astfel:

- un preţ de 61.274,91 lei pentru Sectorul 1 (km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud) şi, respectiv,

- un preţ de 11.241,33 lei pentru Sectorul 2 (km 0+000 - km 2+500 aferent Centura Nord).

❖ Comisia de evaluare nu a considerat preţul nejustificat;

Cum rezultă din procesele verbale de evaluare, comisia de evaluare în niciun moment nu a considerat că preţul pentru componenta împrejmuire gard nu este unul complet sau este nejustificat. Nici prin punctul de vedere transmis CNSC nu este afirmată o astfel de critică.

❖ Eroarea prin care întreg costul a fost trecut în graficul de preţuri/plăţi pentru sectorul 1 este una pur formală, perfect explicabilă şi care poate fi remediată printr-o corecţie permisă de lege.

Autoritatea insistă, cu scopul inducerii în eroare a Consiliului, cu afirmaţia că *„modificările operate de ofertant au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii tehnice [...]*", şi omite să precizeze că nu este vorba de alte categorii de preţuri, ci exclusiv de costul gardului care a fost inclus într-un singur loc în graficul de preţuri/plăţi.

În ceea ce priveşte afirmaţia autorităţii care susţine că eroarea nu poate fi corectată pentru că s-ar fi produs un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi, deoarece graficele de plăţi au categorii distincte

pentru cele 2 sectoare şi acestea erau considerate minime obligatorii, contestatoarea menţionează că toate cerinţele documentaţiei de atribuire sunt minime obligatorii, iar, astfel, în interpretarea autorităţii nu ar putea fi posibile sub nicio formă remedierea abaterilor tehnice minore, viciilor de formă sau erorilor aritmetice. Fapt evident contrar legii, atât timp cât aceasta reglementează expres corectarea acestora.

Ca atare, menţiunea „Acest grafic este minim obligatoriu" nu poate împiedica aplicarea prevederilor legale care permit corectarea abaterilor tehnice minore, viciilor de formă şi erorilor aritmetice, aceste prevederi fiind aplicabile în cazul tuturor documentelor ofertei.

Pe de altă parte, susţinerea autorităţii că acceptarea corectării erorii pur formale ar determina un avantaj în detrimentul celorlalţi ofertanţi, nu poate fi primită atât timp cât comisia de evaluare a acceptat corectări ale altor erori şi chiar completări ale documentaţiei depuse de ofertanţi (în lipsa cărora ofertele respective ar fi trebuit respinse).

Potrivit procesului-verbal nr. 7/07.02.2018, comisia de evaluare a constatat erori în privinţa aspectelor financiare prezentate în cazul mai multor oferte şi a permis ofertanţilor să corecteze cifrele şi să retransmită documentele revizuite, chiar dacă acestea impuneau chiar modificări ale preţului ofertat.

Or, în toate aceste cazuri nu a considerat că are loc o avantajare nepermisă a ofertanţilor în discuţie, cum a considerat în cazul ofertei contestatoarei, cu toate că în cazul acesteia nu a avut loc nici cea mai mică modificare a preţului ofertat (preţul fiind justificat în mod corespunzător).

Art. 134 alin. (7) lit. e) din HG 395/2016 invocat de autoritatea contractantă nu este aplicabil în cazul de faţă deoarece priveşte modificări ale propunerii tehnice şi nu ale propunerii financiare. Astfel că invocarea lui în susţinerea punctului de vedere este complet greşită, iar luarea acestuia în considerare de către comisia de evaluare, cum aparent susţine autoritatea, reprezintă o gravă încălcare a prevederilor legale.

La fel, motivaţia pentru care autoritatea justifică decizia comisiei de evaluare de a nu considera eroarea drept o eroare aritmetică remediabilă şi anume că „această posibilitate nu a fost comunicată către toţi participanţii" este nelegală şi nu poate fi imputată contestatoarei, fiind o culpă a comisiei de evaluare.

Faptul că o anumită posibilitate de remediere a unei erori nu a fost comunicată tuturor ofertanţilor nu poate reprezenta un temei valabil pentru care contestatoarei să i se refuze un drept prevăzut de lege.

Condiţiile de remediere a erorii aritmetice sunt vădit îndeplinite. Nu doar erorile de calcul sunt erori aritmetice (aşa cum adaugă nepermis la lege autoritatea), ci orice *„aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de preţul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informaţiilor care sunt cunoscute de către toţi participanţii, deoarece sunt prevăzute în*

*legislaţia aplicabilă, documentaţia de atribuire şi/sau alte documente prezentate de ofertant*".

Este cât se poate de evident că art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 are în vedere chiar mai mult decât corectarea/ remedierea unor erori formale reprezentate de o omisiune din cadrul unui document prezentat şi care este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul celorlalte informaţii şi documente existente în cadrul ofertei, respectiv chiar şi modificări reale (concrete) ale propunerii financiare. Cu atât mai mult, corectarea/remediere unor erori formale care nu modifică propunerea financiară este, în mod cert, permisă de lege.

Eliminarea din competiţie pentru astfel de motive pur formale este atât una nelegală, cât şi abuzivă, făcută cu încălcarea drepturilor legitime ale ofertanţilor respinşi şi cu crearea unui avantaj incorect celorlalţi ofertanţi, fiind cenzurată atât în practica instanţelor naţionale, cât şi în jurisprudenţa unională ca drept o măsură disproporţionată şi nejustificată.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 15565/18.04.2018, SC ... AS – ... SA, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză lotul 3, critică decizia autorităţii contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă, în conformitate cu art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 şi, pe cale de consecinţă, a fost respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din acelaşi act normativ.

În cadrul adresei nr. 12B/3592/21.03.2018, i se comunică contestatoarei că:

1. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări şi retransmiterea graficului de plăţi şi Graficul de preţ, s-a modificat conţinutul propunerii financiare, astfel:

B. Grafic de Plăţi Sector 2km 0+000-KM 2+500 aferent Centura Nord

- 6.1. ITS AUTOSTRADA, iniţial 0,00 lei, retransmis 150.185,01 lei (diminuat din categoria 8.2. ITS AUTOSTRADA -A. Grafic de plăţi sector 1 km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud
- 7.1. ILUMINAT NODURI, iniţial 0,00 lei, retransmis 68.080,19 lei (diminuat din categoria 9.2. ILUMINAT NODURI - A. Grafic de plăţi sector 1 km 85+300 - km 100 +765 aferent Centura Sud.

2. Modificările de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând, astfel, conţinutul propunerii financiare.

Contestatoarea apreciază că decizia autorităţii contractante este nelegală şi abuzivă, întrucât oferta sa a fost declarată în mod greşit neconformă, nefiind în situaţia dată de premisele art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea învederează că propunerea sa financiară respectă întrutotul cerinţele impuse de autoritatea contractantă, motiv pentru

care în mod absolut eronat, urmare a unei evaluări subiective şi superficiale autoritatea contractantă a declarat oferta sa ca neconformă.

În acest sens, contestatoarea arată că:

Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/1569/07.02.2018, autoritatea contractantă îi solicită în mod expres *„clarificarea existenţei articolelor preţuite cu valorea 0, 00 (zero) în cadrul propunerii financiare depuse".* Urmare a solicitării, contestatoarea a depus răspunsul nr. 344/12.02.2018 în cadrul căruia a indicat în mod clar că *„articolele mai sus enumerate au fost preţuite cu valoare 0,00 (zero) din următoarele considerente, pe care le detaliem pentru fiecare articol în parte,*

*A ...*

*B. B. Grafic de Plăţi Sector 2 km 0+000-KM2+5000 aferent Centura Nord*

- *6.1. AUTOSTRADA, întreaga valoare pentru lucrările de ITS a fost prinsă în categoria 8.2. de la sectorul 1 km 85+300-KM100+ 765 aferent Centura Sud, deoarece pe sectorul 2 aferent acestor lucrări este nevoie doar de tuburi pentru racordul cu fibra şi nu puteau fi cuantificate independent de echipamentele în sine;*
- *7.1. ILUMINAT NODURI, întreaga valoare pentru iluminat noduri a fost prinsă în categoria 9.2. de la sectorul 1 km 85+300-KM100+765 aferent Centura Sud, deoarece din acest sector se va face racordul pentru iluminat".*

Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/2203/20.02.2018//12B/ 2311/22.02.2018, autoritatea contractantă solicită *„... detalierea preţului pentru lucrările 6.1. AUTORSTRADA şi 7.1.ILUMINAT NODURI, incluse în alte categorii/sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categori de lucrări, aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire - anexa 2 la Formularul 8"*. Faţă de această solicitare, contestatoarea a formulat răspunsul nr. 573/01.03.2018 în cadrul căruia a menţionat că sunt *„... ataşate listele de cantităţi pentru activităţile de la pct. 6.1. Autostradă şi 7.1 Iluminat, precum şi modul de formare al preţului ofertat şi oferte de preţ de la furnizori — ataşat Anexa 1 si Anexa 2".*

Urmare a celor menţionate mai sus, la data de 21.03.2018 i-a fost comunicat rezultatul procedurii, prin care autoritatea contractantă i-a adus la cunoştinţă că oferta sa a fost declarată neconformă.

Contestatoarea apreciază că decizia de respingere a ofertei sale ca neconformă este abuzivă şi de natură să încalce principiile de drept care guvernează legea achiziţiilor publice, o decizie luată ca urmare a unei evaluări pur formale a autorităţii, cu ignorarea elementelor ofertei financiare menţionate în cuprinsul propunerii financiare depuse la dosarul achiziţiei publice, valori menţinute şi ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări, respectiv faptul că nu „s-a modificat conţinutul propunerii financiare”.

Din succesiunea documentelor, rezultă cu claritate că societatea contestatoare nu a procedat, prin răspunsurile la solicitările de clarificări

la modificarea ofertei financiare, ci doar a dat curs cerinţelor autorităţii contractante, în sensul lămuririi, justificării modalităţii în care a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări, lămurire care a condus la îndreptarea viciului de formă:

- Suma de 150.185,01 lei aferentă categoriei 6.1. AUTOSTRADA, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 8.2. AUTOSTRADA - ANEXA 2 LIT. A. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.
- Suma de 68.080,19 lei aferentă categoriei 7.1. ILUMINAT NODURI, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 9.2. ILUMINAT NODURI - ANEXA 2 LIT. A. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.

Valoarea totală a ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată, în condiţiile în care nicio sumă nu a fost adăugată/eliminată cât priveşte preţul total al categoriilor de lucrări, respectiv preţul total prevăzut în Formularul nr. 8 (775.226.528,05 lei, fără TVA).

În graficul de plăţi depus iniţial (în faza de licitaţie), se regăsesc următoarele valori pe categorii de lucrări, respectiv:

- 8.2 ITS AUTOSTRADA (sector 1 km 85+300-km100+765 aferent Centura Sud) : 7.622.015,31 lei;
- 9.2 Iluminat noduri (sector 1 km 85+300-km100+765 aferent Centura Sud): 3.605.520,75 lei;
- 6.1 ITS AUTOSTRADA (sector 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord): 0 lei;
- 7.1 Iluminat noduri (sector 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord): 0 lei;

Categoriile 6.1 ITS AUTOSTRADA (sector 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord) şi 7.1 Iluminat noduri (sector 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord) au fost cotate cu zero deoarece aşa cum s-a specificat şi în răspunsul la clarificarea nr. 12B/1569/07.02.2018, pentru:

*6.1 -AUTOSTRADA - întreaga valoare pentru lucrările de ITS a fost ofertată în categoria 8.2 de la sectorul 1 km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud:- Lucrările de ITS echipamente de gestiune şi control aparţin sectorului 1 km 85+300-km100+ 765 aferent Centura Sud şi vor fi poziţionate maxim în sensurile giratorii, pe secţiunea de Nord sector 2 km 0+000-km 2+500, existând posibilitatea de a fi necesar de montat doar tuburi pentru racordul cu fibră optică, dar acest lucru putând fi edificat numai după realizarea şi avizarea proiectului*

*7.1. -ILUMINAT NODURI - întreaga valoare pentru iluminat noduri a fost prinsă în categoria 9.2 de la sectorul 1 km 85+300-km100+765*

*aferent Centura Sud: -Conform reţelelor existente în teren la întocmirea ofertei a fost ofertată alimentarea branşamentului pentru iluminatul din nodul rutier de la km 100+765 că se va realiza din reţeaua de Medie Tensiune aeriană existentă la km 100+200. Din reţeaua de Medie Tensiune aeriană existentă se va face trecerea în reţea electrică subterană Medie Tensiune care va alimenta un post de transformare aerian care va realiza trecerea la reţeaua de Joasă Tensiune. Pentru iluminatul nodului rutier se va realiza alimentarea printr-un branşament realizat din reţeaua de Joasă Tensiune nou realizată. Distribuţia Instalaţiei de iluminat stradal aferentă nodului rutier va fi realizată prin Puncte de Aprindere care vor fi poziţionate în perimetrul nodului rutier de la km 100+765. Deoarece circuitele de iluminat care alimentează stâlpii amplasaţi în sectorul 2 km 0+000- 2+500 sunt racordate la Punctul de Aprindere amplasat în sectorul 1 km 85+300 - 100+765, instalaţia de iluminat aferentă sectorului 2 nu va putea fi pusă în funcţiune. La întocmirea ofertei a considerat că din punct de vedere funcţional toată instalaţia de iluminat stradal nu poate fi împărţită tehnic în 2 părţi distincte şi din acest considerent a fost cotat ca făcând parte integral din sectorul 1.*

Urmare a răspunsului dat de către Asociere la solicitarea de clarificare nr. 12B/1569/07.02.2018, autoritatea contractantă a revenit asupra aceluiaşi subiect, prin solicitarea de clarificare nr. 12B/2203/20.02.2018, considerând *„răspunsul incomplet pentru: 6.1 - Autostrada și 7.1 - Iluminat noduri, deoarece graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele identificate şi trebuia completat conform instrucţiunilor (Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanții pot aduce doar completări)"*. Astfel în această solicitare de clarificare (12B/2203/20.02.2018) s-a cerut în mod expres *„DETALIEREA preţului pentru lucrările: 6.1 — Autostrada şi 7.1 — Iluminat noduri, incluse în alte categorii/sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire — Anexa 2 la Formularul 8".*

Din formularea acestei solicitări de clarificare se observă că autoritatea contractantă a înţeles faptul că Asociere nu a omis nicio categorie de lucrări şi că a inclus valoarea financiară a unor lucrări în alte categorii/sectoare, fără ca acest lucru sa modifice oferta, dar solicita detalierea preţului, astfel ca prin răspunsul la clarificarea nr. 12B/2203/20.02.2018, a detaliat valoarea ofertată.

Referitor la lucrările de ITS (categoriile 8.2, respectiv 6.1), valoarea iniţială ofertată a fost de 7.622.015,31 lei. În urma clarificării nr. 12B/2203/20.02.2018, Asocierea a defalcat preţul pentru această categorie de lucrări, la solicitarea expresă a autorității contractante, chiar dacă argumentase în răspunsul la clarificarea nr. 12B/1569/07.02.2018 că pentru sectorul 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord, ponderea acestora este foarte mică şi direct dependent de lucrările din

sectorul 1 km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud, unde au fost şi cotate, în întregime, iniţial. Astfel, au rezultat următoarele valori împărţite conform cerinţei autorităţii contractante, pe ambele sectoare:

- 8.2 ITS AUTOSTRADA (sector 1 km 85+300-km100+765 aferent Centura Sud): 7.471.830,30 lei;
- 6.1 ITS AUTOSTRADA (sector 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord): 150.185,01 lei.

Valoarea totală a celor două sectoare este identică cu valoarea iniţial ofertată, dar prinsă într-un singur sector (sector 1 km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud).

Din analiza şi compararea cantităţilor defalcate în Anexa 1 ca răspuns la solicitarea autorităţii contractante nr. 12B/1569/07.02.2018, se poate constata ponderea neînsemnată a lucrărilor de pe sectorul 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord şi anume: instalarea unui cablu şi a unei cutii de joncţiune, fără ca acestea să poată fi funcţionale separate în mod logic de lucrările consistente şi principale de pe sectorul 1 km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud.

De altfel, în Anexa 1 (8.2 - ITS Autostradă) din răspunsul la solicitarea autorităţii contractante nr. 12B/2203/20.02.2018 se poate observa că toate subsistemele principale şi consistente şi anume: subsistem de măsurare trafic, subsistem de măsurare condiţii METEO, subsistem de monitorizare video - CCTV şi clasificare, subsistem de recunoaştere a nr. de înmatriculare, subsistem de panouri fotovoltaice şi acumulatori tampon, subsistem panouri cu mesaje variabile, subsistem de detecție a incidentelor şi congestiilor AID inclusiv VEH, subsistem de cântărire dinamică/sens, subsistem detecţie a vitezei autovehiculelor/sens, precum şi săpătură tubulaturii pentru cabluri şi stâlpi aferenţi şi tot echipamentul IT - Hardware-ul de date (servere, sisteme de stocare, dulap de comunicaţii, UPC-uri, Switch-uri, precum şi partea de Software aferentă acestora ) sunt cotate şi fac parte din sectorul 1 km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud.

Din considerentele mai sus expuse, contestatoarea reiterează faptul că din motivul integrării echipamentului aferent sectorului 1 km 85+300-km 100+765 în valoare de 7.471.830,30 lei, cu posibila branşare de fibră optică în valoare de 150.185,01 lei (branşare a cărei poziţie nu va putea fi clarificată decât după avizarea proiectului), a cotat fără a omite niciuna dintre poziţii în integralitatea lucrărilor în listele iniţiale în valoare totală de 7.622.015,31 lei.

Referitor la lucrările de Iluminat noduri (categoriile 9.2, respectiv 7.1), valoarea iniţială ofertată a fost de 3.605.520,75 lei. În urma clarificării nr. 12B/2203/20.02.2018, contestatoarea a defalcat preţul pentru această categorie de lucrări, la solicitarea expresă a autorităţii contractante, chiar dacă argumentase în răspunsul la clarificarea nr. 12B /1569 / 07.02.2018 că pentru sectorul 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord ponderea acestora este foarte mică şi direct dependent de lucrările din sectorul 1 km 85+300-kml 00+765 aferent Centura Sud,

unde au fost şi cotate în întregime iniţial. Astfel au rezultat următoarele valori împărţite după cerinţa autorităţii contractante, pe ambele sectoare:

- 9.2 Iluminat noduri (sector 1 km 85+300-km100+765 aferent Centura Sud): 3.537.440,56 lei;
- 7.1 Iluminat noduri (sector 1 km 85+300-km100+765 aferent Centura Sud): 68.080,19 lei.

Valoarea totală a celor două sectoare este identică cu valoarea iniţial ofertată, dar prinsă într-un singur sector (sector 1 km 85+300-km 100+765 aferent Centura Sud).

Din analiza şi compararea cantităţilor defalcate în Anexa 1 ca răspuns la solicitarea autorităţii contractante nr. 12B /1569/07.02.2018, se poate constata ponderea neînsemnată a lucrărilor de pe sectorul 2 km 0+000-km 2+500 aferent Centura Nord şi anume: instalarea unui cablu ( aprox. 185 ml în sectorul 2 faţă de cantitatea de 8900 ml din sectorul 1) şi a trei (3) stâlpi pentru iluminat pe sectorul 2 (faţă de cantitatea de 204 buc. din sectorul 1), fără ca acestea să poată fi funcţionale separate în mod logic de lucrările consistente şi principale de pe sectorul 1 km 85+300-kml00+765 aferent Centura Sud. Din analiza anexelor aferente răspunsului la clarificarea 12B/2203/20.02.2018, se poate constata că branşamentul ENEL este poziţionat pe sectorul 1 km 85+300-km 100+765, astfel că lucrările aferente sect. 2 km 0+000-km 2+500 nu ar consta decât în montarea câtorva stâlpi şi corpuri de iluminat fără ca acestea să poată fi alimentate (nu au curent) fără execuţia branşamentului poziţionat în sectorul 1 km 85+300-km 100+7655.

Lucrarea este una unitară ca execuţie tehnologic şi funcţional, după cum s-a menţionat şi în răspunsul la această solicitarea de clarificare dintr-o simplă analiză a cantităţilor defalcate pe sectoare.

Aşadar, având în vedere că a respectat condiţiile impuse şi solicitate de autoritatea contractantă, oferta financiară a contestatoarei nefiind modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, în mod greşit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta depusă de Asociere a fost declarată neconformă.

Oferta depusă de un participant în cadrul procedurii de atribuire trebuie să îndeplinească aceleaşi cerinţe juridice ca orice ofertă în dreptul comun, respectiv ea trebuie să fie fermă şi neechivocă, precisă şi completă, şi, desigur, să îndeplinească cerinţele documentaţiei de atribuire. Or, este dincolo de orice dubiu faptul că Asociere a depus o ofertă conformă, precisă, completă, aspecte ignorate de autoritatea contractantă fiind declarată neconformă în mod netemeinic, printr-o interpretare eronată a răspunsului la solicitarea de clarificări.

În cauză sunt întrunite condiţiile impuse de art. 135, alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, viciile de formă reprezintă acele erori sau

omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire.

Prin urmare, contestatoarea în mod corect a precizat care este valoarea lucrărilor de la 6.1, respectiv 7.2 din Graficul de plăţi, aflându-se sub incidenţa tezei a doua a prevederilor art. 135 alin. (3), însăşi solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă fiind în sensul de a lămuri detalierea preţului, modalitatea de formare a acestuia.

Or, contestatoarea nu poate fi sancţionată pentru că a înţeles să dea curs solicitării autorităţii contractante, respectiv că a efectuat această corectare a erorii constatate în cadrul ofertei, ce nu a condus la modificarea ofertei totale sau preţului unitar. Pentru a fi incidente dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 ar fi trebuit ca într-adevar sumele de 150.185,01 lei şi 68.080,19 lei să nu fi fost prevăzute în cadrul ofertei financiare iniţiale, ceea ce nu este cazul, în condiţiile în care aceste sume se regăseau în oferta sa şi mai mult, oferta financiară a contestatoarei nu s-a diminuat cu aceste sume, respectiv nu a avut loc nici majorarea şi nici diminuarea ofertei financiare, ci doar o detaliere a modalităţii de formare a preţului, o justificare a faptului că unele sume din Graficul B se regăseau în Graficul A depus iniţial. De asemenea, ambele grafice (Grafic A si Grafic B) compun în sine o singură ofertă financiară iar modalitatea de alocare a acestor sume pe categoriile de lucrări nu impactează asupra preţului total ofertat.

Din modalitatea în care este formulată comunicarea rezultatului procedurii s-ar înţelege că societatea contestatoare şi-a diminuat în mod nelegal valoarea ofertei financiare, cu anumite valori, astfel încât ar fi avut loc o modificare a ofertei financiare. Însă, autoritatea contractantă nu este în măsură să demonstreze că ar fi avut loc o modificare a ofertei, aceasta limitându-se doar să enumere anumite sume, ignorând în mod voit sau nu faptul că valoarea totală a ofertei rămâne neschimbată, sumele menţionate în comunicarea rezultatului se regăseau în oferta financiară, iar modalitatea de detaliere ulterioară a ofertei financiare a fost prezentată ca urmare a solicitării autorității contractante, care s-a referit explicit la categoriile de lucrări 6.1. si 7.1.

În mod nelegal şi netemeinic se consideră că în cauză nu sunt aplicabile dispoziţiile anterior menționate, iar în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu se face nicio menţiune cu privire la motivația ce a stat la baza acestui raționament, de natură a interpreta în mod vădit eronat dispoziţia legală și, pe cale de consecinţă, de a respinge oferta sa. În mod eronat s-a apreciat de către comisia de evaluare ca in cauza sunt incidente prevederile art. 134, alin. 6 din HG 395/2016, corectarea viciului de forma nu a condus la modificarea ofertei financiare

si crearea unui avantaj nejustificat în detrimentul celorlalţi participanţi în cadrul procedurii:

Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/2203/20.02.2018, 12B/2311/ 22.02.2018 autoritatea contractantă a solicitat „... detalierea preţului pentru lucrările 6.1. AUTORSTRADA și 7.1.ILUMINAT NODURI, incluse în alte categorii /sectoare, conferind astfel contestatoarei lămurirea modalităţii de întocmire a ofertei.

Autoritatea contractantă, în cadrul adresei nr. 12B/3592/21.03.2018 a menţionat care este cuantumul preţurilor unitare rezultate în urma îndreptării viciului de formă pentru categoriile 6.1 şi 7.1 din graficul de plăţi. Prin urmare, autoritatea contractantă, chiar prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, a procedat la îndreptarea vicului de formă, putându-se, astfel, determina cu uşurinţă că valoarea ofertei contestatoarei în urma îndreptării a rămas neschimbată, însă în mod neîntemeiat a trecut la declararea ofertei ca neconformă.

Interpretarea dată de comisia de evaluare este una excesivă, întrucât sensul prevederilor art. 135 alin. (3) este acela de a nu crea un avantaj nejustificat unui ofertant în detrimentul celorlalţi. În condiţiile în care modificarea preţului unitar determinată de corectarea unui viciu de formă nu produce *eo ipso* niciun efect, nu prejudiciază cu nimic ceilalţi ofertanţi participanţi la procedură şi ca atare nu poate determina neconformitatea ofertei.

Mai mult, valorile în cauză, respectiv de 150.185,01 lei şi 68.080,19 lei, reprezintă valori nesemnificativ de reduse faţă de valoarea întregii ofertei financiare, 775.226.528,05 lei fără TVA, astfel că, considerarea ofertei ca neconformă din acest motiv face dovada formalismului exagerat al autorităţii contractante, a modalităţii nelegale de evaluare a ofertei şi gestionării ineficiente a fondurilor publice.

Clarificarea solicitată de către autoritatea contractantă viza menţionarea preţurilor de la categoria 6.1, respectiv 7.2 din Graficul de plăţi, corectare ce determină, în mod automat, o altă repartizare a preţului unitar, astfel că contestatoarea a procedat la retransmiterea graficului de plăţi în mod legal. Problema care se ridică este dacă această modificare a preţului unitar este de natură a determina neconformitatea ofertei. În raport de prevederile clare şi nesusceptibile de interpretare ale art. 135 din HG 395/2016, trebuie admis că, corectarea modalităţi de formare a preţului, prin raportare la elementele/documentele iniţiale ale ofertei, determină aplicabilitatea în cauză a noţiunii de viciu de formă.

În speţă trebuia să fi intervenit corectarea unui viciu de formă, cu păstrarea preţului total al ofertei şi cu menţinerea neschimbată a clasamentului ofertanţilor - ceea ce este cazul, iar această corectare era conformă cu reglementările legale anterior expuse, prin urmare dispoziţiile legale invocate sunt aplicabile în prezenta cauză.

Corectarea, se poate realiza fără a modifica oferta propusă, în măsura în care această corecţie nu crează un avantaj ofertantului în

cauza şi nu are un impact asupra clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de achiziţie.

Singura interdicţie stabilită de către legiuitor este în sensul că nu se permite completarea ofertei cu capitole/liste de cantităţi/informaţii solicitate expres şi neprezentate iniţial în integralitatea respectivei componente a acesteia, aşa cum a fost ea solicitată, dacă respectiva completare poate conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor.

În situaţia sesizării unei abateri tehnice minore, ca şi în cazul viciului de formă sau a erorii aritmetice, solicitarea de îndreptare a acestei abateri trebuie să aparţină autorităţii contractante, fiind incidente dispoziţiile legale anterior menţionate, având în vedere şi faptul că prevederile legale în materia achiziţiilor publice nu prevăd o altă modalitate specială de corectare a abaterilor tehnice minore.

În prezenta procedură, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi procedat la o corectă analiză a răspunsului la solicitarea de clarificări ar fi constatat că nu se va crea nici un avantaj contestatoarei şi acest aspect nu va conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor, având în vedere faptul că:

- Clasamanentul ofertanţilor participanţi la procedură nu poate suferi modificări;
- Oferta tehnică a contestatoarei nu se modifică;
- Oferta financiară a contestatoarei nu va suferi modificări, rămânând aceeaşi.

Pentru a nu se crea un avantaj necuvenit generat tocmai de o astfel de omisiune/eroare, comisia de evaluare putea să verifice care ar fi fost clasamentul urmare a clarificării/ corecţiei ofertei financiare. Dacă o astfel de clarificare nu conduce la modificarea clasamentului, autoritatea contractantă este obligată să accepte corecţia, oferta neputând fi respinsă ca neconformă, indiferent de semnificaţia acestei omisiuni/erori. Acest sistem a fost stabilit în scopul evident de respectare a principiului tratamentului egal.

Contestatoarea învederează, în acest sens, şi practica Consiliul potrivit căreia *„dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine ca neconforme ofertele care conţin orice fel de abateri, textul legal menţionat nu îşi mai găsea locul în hotărarea Guvernului evocată. Jurisprudenţa Consiliului este statornică în sensul că orice decizie a autorităţii privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia şi pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente, care ar defavoriza un ofertant, cum este cel în cauză, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a-şi demonstra cu claritate şi în cunoştinţă de cauză conformitatea propunerii tehnice".*

În speţă sunt aplicabile dispoziţiile legale care impuneau în sarcina autorităţii contractante să constate că în cauză este vorba despre un viciu de formă, care nu îi permite o abordare alternativă şi nelegală de respingere a ofertei ca neconformă.

În jurisprudenţa sa, CJUE a stabilit că „principiul egalităţii de tratament presupune ca toţi participanţii la o procedură de atribuire a contractului de achiziţie publică să beneficieze de o analiză obiectivă a ofertelor", fapt ce nu s-a întâmplat în speţa de faţă, comisia de evaluare procedând la respingerea ofertei contestatoarei ca neconformă în condiţiile în care aceasta răspunde în integralitatea ei cerinţelor documentaţiei de atribuire, iar oferta financiară a rămans nemodificată, în speţă având loc doar o clarificare/detaliere a modalităţii de cunatificare a lucrărilor între Graficul A şi Graficul B.

În virtutea aplicarii principiului asumării răspunderii, principiu ce stă la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, autoritatea contractantă trebuia să ia act de faptul ca oferta contestatoarei este întocmită în conformitate cu cerinţele documentaţiei de atribuire, iar răspunsurile la solicitările de clarificari reprezintă doar clarificări/lămuriri/corectări ale ofertei financiare iniţiale, care nu au vreun impact asupra preţului ofertat sau clasamentului ofertelor.

Legislaţia în domeniul achiziţiilor publice precizează în mod clar condiţiile în care se pot corecta acestea, metodologia de aplicare a corecţiilor, dispoziţiile legale nerestricţionând dreptul autorităţii de a efectua corecţia acestor vicii de formă. Conform dispoziţiilor legale, aplicabile în cauză, viciile de formă pot fi omisiuni de completare sau abateri tehnice minore asupra cărora autoritatea contractantă are deplina libertate de a le corecta, solicitând totodată acordul ofertantului.

Mai mult, în această situaţie era imperios necesar ca autoritatea contractantă să solicite clarificări contestatoarei înainte de a comunica rezultatul procedurii, având în vedere că aceasta nu şi-a modificat oferta financiară.

Totodată, trebuie avut în vedere că autoarea contestaţiei nu poate fi "sancţionată" că a dat curs solicitării de clarificări formulată de autoritatea contractantă, care a solicitat în mod expres să detalieze preţurile pentru lucrările 6.1. şi 7.1. incluse în alte categori/sectoare.

Contestatoarea nu a omis nicio categorie de lucrări, incluzând valoarea financiară pentru toate categoriile de lucrări solicitate prin documentaţia de atribuire, prin răspunsul la solicitările de clarificări aducând doar lămuriri suplimentare, fără ca acest lucru să modifice valoarea financiară totală.

Dacă datele furnizate de către contestatoare sunt insuficiente sau contradictorii, autoritatea contractantă este ţinută să reclarifice temeinic aceste componente, ştiut fiind că orice hotărâre a autorităţii privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, şi pe probe concludente.

O respingere a ofertei contestatoarei pentru prezentarea unui răspuns aliniat solicitării de clarificări emise de autoritatea contractantă este disproporţionată în raport cu cauza pe care se sprijină. Principiul proportionalitatii impune ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele

a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite (Hotararea Curţii din 5 mai 1998, National Farmers' Union şi alţii, C-157/96, pct. 60).

Prin urmare, autoritatea contractantă nu beneficiază de o putere discreţionară în a respinge o ofertă pentru interpretări subiective ale unor situaţii tehnice, cu atât mai mult cu cât, raportat la situaţia concretă a acestei prceduri de atribuire, contestatoarea a făcut dovada includerii complete a acestor categorii de lucrări în ofertă, fără omisiuni.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 15592/18.04.2018, SC ... SA, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă pentru lotul 2, în conformitate cu art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 şi pe cale de consecinţă, respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din acelaşi act normativ.

În cadrul adresei nr. 12B/3586/21.03.2018, i se comunică faptul că:

1. *Prin răspunsul la solicitarea de clarificări şi retransmiterea Graficului de plăţi şi Graficul de preţ, s-a modificat conţinutul propunerii financiare, astfel:*

*Grafic de Plăţi Lot 2: Km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud*

*- 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 126.594,95 lei;*

*- 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 183.215,24 lei;*

*2. Modificările de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare.*

Decizia autorităţii contractante este nelegală şi abuzivă, întrucât oferta depusă de asociere a fost declarată în mod greşit neconformă, nefiind în situaţia dată de premisele art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, contestatoarea a apreciat că este oportun să se prevaleze de dispoziţiile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care a formulat notificarea prealabilă în data de 02.04.2018, însă autoritatea contractantă nu a răspuns.

Contestatoarea prezintă solicitările de clarificări cerute de autoritatea contractantă şi răspunsurile sale:

- prin solicitarea de clarificări nr. 12B/1563/07.02.2018, autoritatea contractantă îi solicită „clarificarea existenţei articolelor preţuite cu valorea 0,00 (zero) în cadrul propunerii financiare depuse". Urmare a solicitării, contestatoarea a depus răspunsul nr. 344/12.02.2018 în

cadrul căruia a indicat în mod clar că *„Articolele mai sus enumerate au fost preţuite cu valoare 0,00 (zero) din următoarele considerente:*

*3,2.2.4 Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.1.4 Nod DN5 pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodului rutier.*

*3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.3.4 Nod DN6 pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 fiind realizate în cadrul amenajarii generale a nodului rutier.*

- Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/2197/20.02.2018 - 12B/2305/20.02.2018, autoritatea contractantă solicită *„... detalierea preţului pentru 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, lucrări incluse în alte categorii, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categori de lucrări, aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire — anexa 2 la Formularul 8"*. Faţă de această solicitare, contestatoarea a formulat răspunsul nr. 572/01.03.2018 în cadrul căruia a menţionat că sunt „... *ataşat Anexa 2 la Formularul nr. 8 - ataşat Anexa 1 şi Anexa 3 la Formularul nr. 8 - ataşat Anexa 2, revizuite, de unde reiese preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire".*

Contestatoarea apreciază că decizia de respingere a ofertei sale ca neconformă este abuzivă şi de natură să încalce principiile de drept care guvernează legea achiziţiilor publice, o decizie luată ca urmare a unei evaluări pur formale a autorităţii, cu ignorarea elementelor ofertei financiare menţionate de în cuprinsul propunerii financiare depuse la dosarul achiziţiei publice, valori menţinute şi ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări, respectiv faptul că nu *„s-a modificat conţinutul propunerii financiare."*

Din succesiunea documentelor, rezultă cu claritate că autoarea contestaţiei nu a procedat, prin răspunsurile la solicitările de clarificări la modificarea ofertei financiare, ci doar a dat curs cerinţelor autorităţii contractante, în sensul lămuririi, justificării modalităţii în care a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări, lămurire care a condus la îndreptarea viciului de formă:

- Suma de 126.594,95 lei aferentă categoriei 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 3.2.1.4 Nod DN5 ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLAŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.

- Suma de 183.215,24 lei aferentă categoriei 3.2.4.4 Siguranţa circulaţiei, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLAŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD indicată în graficul la răspunsul la

solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 3.2.3.4 Nod DN6 ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLAŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.

- Valoarea totală a ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată, în condiţiile în care nicio sumă nu a fost adăugată/eliminată cât priveşte preţul total al categoriilor de lucrări, respectiv preţul total prevăzut în Formularul nr. 8 (716.066.255,66 lei, fără TVA).

În graficul de plăţi depus iniţial (în faza de licitatie), se regăsesc următoarele valori pe categorii de lucrări, respectiv :

- 3.2.2.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 126.594,95 lei;
- 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 183.215,24 lei.

Categoriile 3.2.2.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) au fost cotate cu zero deoarece, aşa cum s-a specificat şi în răspunsul la clarificarea nr. 12B /1563 / 07.02.2018:

3.2.2.4.Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4.Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la articolul 3.2.1.4. Nod DN5 şi respectiv la articolul 3.2.3.4 Nod DN6, pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 şi respectiv DN6 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodurilor rutiere. Marcajele şi indicatoarele de semnalizare rutieră ce se vor amplasa în lungul traseelor drumurilor DN5 şi DN6 (3.2.2.4 si 3.2.4.4.) asigură presemnalizarea aproprierii nodului rutier, făcând astfel parte din amenajarea acestuia.

Valorile articolelor 3.2.2.4 şi 3.2.4.4 s-au împărţit ponderat, datorită cererii exprese venite din partea autorităţii contractante.

Aşadar, având în vedere că a respectat condiţiile impuse şi solicitate de autoritatea contractantă, oferta financiară nefiind modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, în mod greşit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta depusă de contestatoare a fost declarată neconformă.

Contestatoarea arată că în mod corect a precizat care este valoarea lucrărilor de la 6.1, respectiv 7.1 din Graficul de plăţi, aflându-se sub incidenţa tezei a doua a prevederilor art. 135 alin. (3), însăşi solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă fiind în sensul de a lămuri detalierea preţului, modalitatea de formare a acestuia. Or, contestatoarea nu poate fi sancţionată pentru că a înţeles să dea curs solicitării autorităţii contractante, respectiv că a efectuat această corectare a erorii constatate în cadrul ofertei, ce nu a condus la modificarea ofertei totale sau preţului unitar. Pentru a fi incidente dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 ar fi trebuit ca într-adevar sumele de 126.594,95 lei şi 183.215,24 lei să nu fi fost prevăzute în cadrul ofertei financiare iniţiale, ceea ce nu este cazul, în condiţiile în

care după cum însăşi autoritatea contractantă recunoaşte, aceste sume se regăseau în oferta contestatoarei, şi mai mult, oferta financiară a contestatoarei nu s-a diminuat cu aceste sume, respectiv nu a avut loc nici majorarea şi nici diminuarea ofertei financiare, ci doar o detaliere a modalităţii de formare a preţului, o justificare a faptului că unele sume din Graficul B se regăseau în Graficul A depus iniţial.

Din modalitatea în care este formulată comunicarea rezultatului procedurii s-ar înţelege că contestatoarea şi-a diminuat în mod nelegal valorea ofertei financiare, cu anumite valori, astfel încât ar fi avut loc o modificare a ofertei financiare. Însă, autoritatea contractantă nu este în măsură să demonstreze că ar fi avut loc o modificare a ofertei, aceasta limitându-se doar să enumere anumite sume, ignorând în mod voit sau nu faptul că valoarea totală a ofertei rămâne neschimbată, sumele menţionate în comunicarea rezultatului se regăseau în oferta financiară, iar modalitatea de detaliere ulterioară a ofertei financiare a fost prezentată ca urmare a solicitării autorităţii contractante, care s-a referit explicit la categoriile de lucrări 3.2.2.4 si 3.2.4.4.

În mod eronat, s-a apreciat de către comisia de evaluare că în cauză sunt incidente prevederile art. 134 alin. 6 din HG nr. 395/2016, corectarea viciului de forma nu a condus la modificarea ofertei financiare și crearea unui avantaj nejustificat în detrimentul celorlalţi participanţi in cadrul procedurii:

Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/2197/20.02.2018-12B/2305/ 20.02.2018, autoritatea contractantă a solicitat „... detalierea preţului pentru 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4 Siguranţa circulaţiei, lucrări incluse în alte categorii, conferind, astfel, contestatoarei posibilitatea lămuririi modalităţii de întocmire a ofertei.

Autoritatea contractantă, în cadrul adresei nr. 12B/3586/21.03.2018, a menţionat care este cuantumul preţurilor unitare rezultate în urma îndreptării viciului de formă pentru categoriile 3.2.2.4 și 3.2.4.4. din graficul de plăţi. Prin urmare, autoritatea contractantă, chiar prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, a procedat la îndreptarea vicului de formă, putându-se, astfel, determina cu uşurinţă că valoarea ofertei contestatoarei, în urma îndreptării, a rămas neschimbată, însă în mod neîntemeiat a procedat la declararea ofertei contestatoarei ca neconformă.

Valorile în cauză, respectiv 126.594,95 lei şi 183.215,24 lei, reprezintă valori nesemnificativ de reduse faţă de valoarea întregii oferte financiare, 716.066.265,66 lei fără TVA, astfel că considerarea ofertei contestatoarei ca neconformă din acest motiv face dovada formalismului exagerat al autorităţii contractante, a modalităţii nelegale de evaluare a ofertei şi gestionării ineficiente a fondurilor publice.

În prezenta procedură, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi procedat la o corectă analiză a răspunsului la solicitarea de clarificări ar fi constatat că nu se va crea niciun avantaj contestatoarei şi acest aspect nu va conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor, reiterând

în acest sens, cele precizate anterior în cadrul contestaţiei înregistrată la Consiliu sub nr. 15565/18.04.2018.

Prin adresa nr. 92/32809/14.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 19278/14.05.2018, ... formulează punct de vedere cu privire la contestaţiile înregistrate la Consiliu sub nr. 15565/18.05.2018, respectiv sub nr. 15592/18.04.2018, depuse de către Asocierea SC ... SA la loturile 2 şi 3.

Autoritatea contractantă menţionează că urmare a parcurgerii procesului de evaluare a ofertelor depuse în SEAP, comisia de evaluare a finalizat în data de 06.12.2017 etapa de evaluare a DUAE pentru lotul 2, un singur ofertant, Astaldi SpA, fiind exlus întrucât nu a încărcat în SEAP, până la termenul limită de primire a ofertelor, nici propunerea tehnică, nici orice alt document solicitat prin documentaţia de atribuire, în secţiunea Evaluare/ Astaldi SPA/Documente de calificare şi propunerea tehnică, astfel încât oferta sa a fost declarată inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. k) din HG 395/2016, cu modificările si completările ulterioare.

În data de 01.02.2018, comisia de evaluare a finalizat etapa de evaluare a propunerilor tehnice pentru cei 7 ofertanţi admişi după evaluarea DUAE, acestea fiind declarate conforme de către comisia de evaluare, cu excepţia ofertei depuse de ... SRL, a cărui ofertă a fost respinsă ca neconformă.

În data de 21.03.2018 a fost finalizată etapa de evaluare a propunerilor financiare. În cadrul acestei etape au fost respinse ofertele depuse de:

- Asocierea ... SA
- Asocierea ... SA
- Asocierea ...

În aceeaşi dată, comisia de evaluare a comunicat ofertanţilor motivele de respingere prin intermediul SEAP, în aplicarea prevederilor art. 65 alin (1) şi (2) din HG nr. 395/2016 cu modificiarile şi completările ulterioare.

De asemenea, ca urmare a parcurgerii procesului de evaluare a ofertelor depuse în SEAP, comisia de evaluare a finalizat în data de 06.12.2017 etapa de evaluare a DUAE pentru lotul 3, fiind admişi în etapa de analiză a propunerilor tehnice doar 6 dintre cei 8 ofertanţi având în vedere că:

- ... SpA nu a încărcat în SEAP, până la termenul limită de primire a ofertelor, nici propunerea tehnică, nici orice alt document solicitat prin documentaţia de atribuire, în secţiunea Evaluare/ ...SPA/ Documente de calificare şi propunerea tehnică, astfel încât oferta sa a fost declarată inacceptabilă;

- Asocierea ... SA nu a depus dovada constituirii garanţiei de participare la data limită de depunere a ofertelor, astfel cum s-a solicitat prin documentaţia de atribuire şi cum este prevăzut la art. 36 alin. (4) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, sens în care

oferta sa a fost declarată inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În data de 01.02.2018, comisia de evaluare a finalizat etapa de evaluare a propunerilor tehnice ale celor 6 ofertaţi admişi după finalizarea primei etape de evaluare, toate cele 6 oferte fiind declarate conforme de către comisia de evaluare. În data de 21.03.2018 a fost finalizată etapa de evaluare a propunerilor financiare. În cadrul acestei etape au fost respinse ofertele depuse de:

- Asocierea ... SA
- ... SRL
- Asocierea ....

În aceeaşi dată, comisia de evaluare a comunicat ofertanţilor motivele de respingere prin intermediul SEAP, în aplicarea prevederilor art. 65 alin (1) si (2) din HG nr. 395/2016 cu modificiarile si completările ulterioare.

În ceea ce priveşte procesul de evaluare a propunerii financiare depuse de ofertantul Asocierea ... pentru Lotul 2, autoritatea contractantă menţionează că a fost declarată neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, şi respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin (1) din HG nr. 395/2016, având în vedere că prin răspunsurile la clarificări ofertantul a modificat conţinutul propunerii financiare.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că în cadrul Anexei nr. 2 la Formularul nr. 8, următoarele referinţe au fost preţuite cu "0":

2.3.1 - Bazine decantoare

3.2.2.2. - Podeţe

3.2.2.4. - Siguranţa circulaţiei

3.2.4.2. - Podeţe

3.2.4.4. - Siguranţa circulaţiei, sens în care i-a solicitat acesteia clarificări prin adresa nr. 12B/1563/07.02.2018.

În răspunsul la solicitarea comisiei de evaluare, ofertantul a comunicat faptul că propunerea financiară a fost întocmită respectând în totalitate documentaţia de atribuire şi în concordanţă cu cerinţele şi specificaţiile tehnice ale caietului de sarcini, asigurând deplina corelare/corespondenţă cu propunerea tehnică prezentată, cu scopul bine determinat de a asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi şi calitativi solicitaţi.

În ceea ce priveşte articolele preţuite cu valoarea 0,00 (zero), acesta a prezentat următoarele justificări:

2.3.1 - Bazine decantoare - a menţionat că aşa cum a prevăzut şi în propunerea tehnică, pe acest sector, din cauza imposibilităţii asigurării deversării apelor pluviale în emisari naturali, au fost prevăzute bazine fitoepuratoare (17 buc), acestea având rol de acumulare, decantare şi deversare ape epurate. De asemenea, a menţionat că acestea sunt bazine de retenţie de capacitate mică, care asigură decantarea şi

reţinerea pe vegetaţia amplasată în bazin a hidrocarburilor spălate de apele pluviale de pe carosabil.

3.2.2.2. - Podeţe - a menţionat că pe acest tronson nu au fost identificate podeţe.

3.2.2.4.- Siguranţa circulaţiei - a comunicat comisiei de evaluare că aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.3.4 Nod DN6, pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN 6 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodului rutier.

3.2.4.2. - Podeţe - a menţionat că pe acest tronson nu au fost identificate podeţe.

3.2.4.4. - Siguranţa circulaţiei - a comunicat comisiei de evaluare că aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.3.4 Nod DN6, pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN 6 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodului rutier.

Analizând explicaţiile furnizate de ofertant în cadrul răspunsului la clarificarea cu privire la modalitatea de completare a Graficului de Plăţi în relaţie cu articolele sus menţionate, comisia de evaluare a considerat că acesta nu este complet în ceea ce priveşte categoriile de lucrări 3.2.2.4. - Siguranţa circulaţiei si 3.2.4.4. - Siguranţa circulaţiei, având în vedere că Graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele identificate şi trebuia completat conform instrucţiunilor, respectiv: "Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări."

Prin urmare, prin adresa nr. 12B/2197/20.02.2018, comisia de evaluare a solicitat o nouă clarificare privind detalierea preţului pentru lucrări 3.2.2.4. - Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4. - Siguranţa circulaţiei, lucrări incluse în alte categorii, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost acestea solicitate prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul nr. 8.

Prin răspunsul la această nouă solicitare de clarificare, Asocierea a retransmis Graficul de Plaţi în care a defalcat activităţile pentru Nodul rutier de cele pentru DN şi Varianta de circulaţie, rezultând următoarele diferenţe faţă de propunerea financiară iniţială:

3.2.2.4. - Siguranţa circulaţiei - valoarea iniţială de 0,00 lei a fost înlocuită cu valoarea de 126.594,95 lei.

3.2.4.4. - Siguranţa circulaţiei - valoarea iniţială de 0,00 lei a fost înlocuită cu valoarea de 183.215,24 lei.

Aceste modificări de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare întrucât modificările s-au reflectat şi în preţurile aferente categoriilor principale de lucrări: 3.2.1. Nod DN 5, 3.2.2. DN 5 şi Varianta de Circulaţie; 3.2.3. Nod DN 6, 3.2.4. DN 6 şi Varianta de Circulaţie.

În concluzie, în mod corect oferta Asocierii a fost respinsă ca neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016

cu modificările şi completările ulterioare, întrucât prin răspunsul la clarificări ofertantul a modificat conţinutul propunerii financiare.

În ceea ce priveşte procesul de evaluare a propunerii financiare depuse de ofertantul Asocierea ...pentru lotul 3, autoritatea contractantă menţionează că oferta acesteia a fost declarată neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, şi respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, având în vedere că prin răspunsurile la clarificări ofertantul a modificat conţinutul propunerii financiare.

Astfel, analizând propunerea financiară depusă de Asociere, comisia de evaluare a constatat că în cadrul Anexei nr. 2 la Formularul nr. 8, următoarele referinţe au fost preţuite cu "0":

A. Graficul de Plăţi - Grafic de plăţi Sector 1. Km 85+300 - Km 100+ 765 aferent Centura Sud

2.2.3- Mutare/relocare Sonda 2012, Lucrări de protejare Sonda 2005, amenajare acces

2.3.1 - Bazine decantoare

B. Grafic de Plăţi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord 2.3.1 - Bazine decantoare

2.3.4 - împrejmuire gard 1,80 m 6 - Categoria de lucrări: ITS 6.1 -AUTOSTRADA 7.1 - Iluminat Noduri, sens în care i-a solicitat acesteia clarificări prin adresa nr. 12B/1569/07.02.2018.

În răspunsul la solicitarea comisiei de evaluare, ofertantul a comunicat faptul că propunerea financiară a fost întocmită respectând în totalitate documentaţia de atribuire şi în concordanţă cu cerinţele şi specificaţiile tehnice ale caietului de sarcini, asigurând deplina corelare/corespondenţă cu propunerea tehnică prezentată, cu scopul bine determinat de a asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi şi calitativi solicitaţi.

În ceea ce priveşte articolele preţuite cu valoarea 0,00 (zero), a prezentat următoarele justificări:

A. Graficul de Plăţi - Grafic de plăţi Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud

2.2.3- Mutare/relocare Sonda 2012, Lucrări de protejare Sonda 2005, amenajare acces, nu a fost identificată pe acest sector vreo sonda care să necesite relocare/mutare, protejare.

2.3.1 - Bazine decantoare - a menţionat că, aşa cum a prevăzut şi în oferta tehnică, pe acest sector, din cauza imposibilităţii asigurării deversării apelor pluviale în emisări naturali, au fost prevăzute bazine fitoepuratoare (20 buc), acestea având rol de acumulare, decantare şi deversare ape epurate. Sunt bazine de retenţie de capacitate mică care asigură decantarea şi reţinerea pe vegetaţia amplasată în bazin a hidrocarburilor spălate de apele pluviale de pe carosabil.

B. Grafic de Plăţi Sector 2. Km 0+000 -Km 2+500 aferent Centura Nord

2.3.1 - Bazine decantoare - a menţionat că, aşa cum a prevăzut şi în oferta tehnică, pe acest sector, din cauza imposibilităţii asigurării deversării apelor pluviale în emisari naturali, au fost prevăzute bazine fitoepuratoare (4 buc) acestea având rol de acumulare, decantare şi deversare ape epurate. Sunt bazine de retenţie de capacitate mică care asigură decantarea şi reţinerea pe vegetaţia amplasată în bazin a hidrocarburilor spălate de apele pluviale de pe carosabil.

2.3.4 - împrejmuire gard 1,80 m - a menţionat că acest tip de gard 1.80 m se amplasează acolo unde autostrada traversează zone împădurite, iar pe acest sector nu sunt zone împădurite.

6 - Categoria de lucrări: ITS

6.1 - AUTOSTRADA - a precizat că întreaga valoare pentru lucrările de ITS a fost prinsă în categoria 8.2 de la sectorul 1 km 85+300-km 100+ 765 aferent Centura Sud, justificând că pe sectorul 2 aferent acestor lucrări este nevoie doar de tuburi pentru racordul cu fibra şi nu puteau fi cuantificate independent de echipamentele în sine.

7.1 - Iluminat Noduri - a precizat că întreaga valoare pentru iluminat noduri a fost prinsă în categoria 9.2 de la sectorul 1 km 85+300-km 100+ 765 aferent Centura Sud, justificând că din acest sector se va face racordul pentru iluminat.

Analizând explicaţiile furnizate de ofertant în cadrul răspunsului la clarificare cu privire la modalitatea de completare a Graficului de Plăţi în relaţie cu articolele sus menţionate, comisia de evaluare a considerat că acesta nu este complet în ceea ce priveşte categoriile de lucrări 6 - Categoria de lucrări: ITS, 6.1 - AUTOSTRADA şi 7.1 - Iluminat Noduri din Graficul de Plăţi aferent Sectorului 2- Centura Nord, având în vedere că graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele identificate şi trebuia completat conform instrucţiunilor, respectiv: "Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări."

Prin urmare, prin adresa nr. 12B/2203/20.02.2018, comisia de evaluare i-a solicitat o nouă clarificare privind detalierea preţului pentru 6 - Categoria de lucrări: ITS, 6.1 - AUTOSTRADA si 7.1 - Iluminat Noduri, lucrări incluse în alte categorii/ sectorare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost acestea solicitate prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul nr. 8.

Prin răspunsul la această nouă solicitare de clarificare, ofertantul a transmis listele de cantităţi şi modul de formare al preţului ofertat pentru 6 - Categoria de lucrări ITS, activităţile de la pct. 6.1 - AUTOSTRADA şi pct.7.2. - ILUMINAT NODURI (anexele 1 şi 2 la răspunsul la solicitarea de clarificări), justificând astfel cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire.

De asemenea, a retransmis Graficul de Plăţi şi Graficul de Preţuri, operând următoarele modificări faţă de documentele încărcate iniţial în SEAP împreună cu oferta:

B. Grafic de Plăţi Sector 2 Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord

- pentru categoria 6.1. ITS AUTOSTRADA, a modificat valoarea iniţială 0,00 lei, înlocuind-o cu valoarea 150.185,01 lei, rezultată prin diminuarea categoriei 8.2. ITS AUTOSTRADA - A. Grafic de Plăţi Sector 1. Km Km 85+300 - Km 100+ 765 aferent Centura Sud
- pentru categoria 7.1. - ILUMINAT NODURI a modificat valoarea iniţială 0,00 lei, înlocuind-o cu valoarea 68.080,19 lei, rezultată prin diminuarea categoriei 9.2. ILUMINAT NODURI - A. Grafic de Plăţi Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud

Aşadar, aceste modificări de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare atât pe categorii de lucrări cât şi prin modificarea preţului aferent Sectorului 1 si Sectorului 2, astfel:

- Total A, Sector 1 - iniţial 608.077.723,08 lei, retransmis 607.859.457,88 lei.
- Total B, Sector 2 - iniţial 125.894.694,96 lei, retransmis 126.112.960,17 lei.

În concluzie, în mod corect oferta Asocierii a fost respinsă ca neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare, întrucât prin răspunsul său la clarificări ofertantul a modificat conţinutul propunerii financiare.

În ceea ce priveşte solicitarea ofertantului de acces la dosarul achiziţiei, autoritatea contractantă precizează că la data solicitării, 11.04.2018. Procesul de evaluare nu fusese finalizat. Comisia de evaluare aflându-se în etapa de evaluare a documentelor justificative transmise de ofertantul clasat pe primul loc în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea 98/2016.

Prin urmare, raportat la prevederile art. 217 alin. (4) din Legea 98/2016, nu se îndeplineau condiţiile legale pentru oferirea accesului la dosarul achiziţiei publice, având în vedere că procedura de atribuire nu era finalizată pentru niciunul dintre cele 3 loturi.

2. Referitor la afirmaţia potrivit căreia "sunt întrunite condiţiile impuse de art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă consideră că modificările de preţuri pentru articolele/categoriile de lucrări sus menţionate nu se încadrează în categoria viciilor de formă, astfel cum sunt acestea definite la art. invocat de Asocierea contestatoare şi astfel cum sunt definite în fișa de date a achiziţiei, secţiunea IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, Nota 4: "[...] Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind

susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire".

Comisia de evaluare a considerat că prin remedierea presupusului viciu de formă s-ar produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire, modalitatea de completare a Graficului de Plăţi rezultând cu claritate din Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8. Astfel, Graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele 1, respectiv 2, pe cale de consecinţă trebuind a fi completat conform instrucţiunilor: "Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări".

Prin modificările de preţ ale categoriilor din propunerea financiară, ofertantul a încercat să prevină solicitarea comisiei de evaluare de justificare a preţului neobişnuit de scăzut pentru categoriile de lucrări preţuite cu 0,00 lei, fiind evident faptul că nu ar fi putut justifica îndeplinirea/construcţia unei categorii de lucrări cu preţul de 0,00 lei.

Astfel, comisia de evaluare a considerat că modificarea de către ofertant a preţurilor aferente diferitelor categorii de lucrări din Graficul de plăţi nu poate fi asimilat unui viciu de formă, sens în care oferta a fost în mod corect respinsă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare.

Având în vedere aspectele sus enuntate, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca neîntemeiate şi nefondate a contestaţiilor formulate de Asocierea ...

Prin adresa înregistrată cu nr. 19667/16.05.2018, ...AS reprezentată convenţional de SCA ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:

- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,

- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către SC ... SA.

Intervenienta invocă tardivitatea contestaţiei, având în vedere că data transmiterii acesteia la CNAIR şi la Consiliu, este 19.04.2018.

Ori, faţă de data transmiterii notificării prealabile indicată de contestatoare în contestaţie, 02.04.2018, este evident că depunerea contestatiei pe 19.04.2018 s-a făcut cu depăşirea termenului imperativ prevăzut de art. 8 alin. (1) litera a) raportat la alineat 2 litera b), termenul de 10 zile înăuntrul căruia trebuia depusă contestaţia s-a împlinit cel mai târziu pe data de 16.04.2018, astfel că se impune respingerea ca tardivă a contestaţiei.

De asemenea, contestatoarea apreciază contestaţia ca fiind nefondată, faţă de critica adusă motivelor de respingere a propunerii financiare.

Relevanţă în analiza argumentelor contestatoarei au prevederile legale avute în vedere de autoritatea contractantă la declararea ca inacceptabilă şi neconformă.

Intervenienta susţine că autoarea contestaţiei a încercat să ofere o serie de explicaţii „din punct de vedere tehnic" pentru faptul că a cotat

cu „0" anumite categorii de lucrări, explicaţii ce nu se regăsesc nici în cuprinsul propunerii tehnice - unde trebuiau descrise toate elementele tehnice ce ţin de execuţia lucrărilor şi nici cu ocazia transmiterii Graficului de Plăţi în cadrul propunerii financiare

Din aceste explicaţii rezultă fără dubiu că decizia de a cota cu „0" anumite activităţi din cadrul propunerii financiare (Graficul de Plăţi) a fost una conştientă, deşi ofertantul ştia sau ar fi trebuit să ştie că trebuie să respecte cerinţele obligatorii din documentaţia de atribuire care statuează că Graficul de Plăţi reprezintă un minim obligatoriu, ofertanţii având doar posibilitatea de a efectua completări.

Mai mult decât atât, contestatoarea a susţinut că la întocmirea ofertei a considerat că din punct de vedere funcţional, articolele privind siguranţa circulaţiei nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, acesta fiind motivat cotării acestor activităţi în categoria privind nodurile rutiere.

Ulterior, datorită repetatelor clarificări ale comisiei de evaluare, contestatoarea a cotat „ponderat" acele articole, însă fără a avea la bază vreun mod de calcul, ci doar din dorinţa de a suplini grava încălcare a cerinţelor minime obligatorii de care a devenit conştient că urmare a acestor clarificări.

Rezultă în mod evident că nici în cadrul categoriei în care a susţinut că a fost inclusă valoarea acestor articole cotate „0" nu a fost prevăzută o valoare reală privind execuţia acestor lucrări, din moment ce se susţine că nu poate aprecia exact cuantumul valoric al acestor articole.

Toate textele legale invocate referitoare la existenţa unui pretins viciu de formă nu sunt incidente în cauză având în vedere cele susţinute de chiar contestatoare, rezultând fără echivoc că niciun moment contestatoarea nu a cotat cu „0" activităţile citate din „eroare" ci din imposibilitatea acesteia de a le aprecia cuantumul valoric, aşa cum era solicitat în cerinţele minime obligatorii - Graficul de plăţi.

Dincolo de acest aspect, este deosebit de relevantă menţiunea din cuprinsul Graficului de Plăţi „Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări."

Ofertantul încearcă să acrediteze ideea absurdă că nu ar fi trebuit, de fapt, să conteze decât preţul total al propunerii financiare, nu şi componentele acesteia, indicate şi defalcate în mod expres de către autoritatea contractantă

Mergând pe acelaşi rationament, se poate extrapola şi concluziona că ofertanţii ar fi putut să coteze un articol cu întreaga valoare a contractului, pe celelalte urmând a le cota cu „0" în această fază şi a le completa ulterior în faza de implementare a contractului, or aceasta este absurd şi nu poate fi reţinut ca argument, indiferent de tipul contractului utilizat.

Exact împotriva acestei situaţii legiuitorul a prevăzut că trebuie să existe o corelare a propunerii tehnice cu propunerea financiară, comisiile de evaluare având un instrument de a verifica realitatea şi sustenabilitatea preţului ofertat. De altfel, propunerea financiară trebuie

să aibă la bază o analiză temeinică şi complexă a ofertanţilor cu privire categoriile de activităţi indicate în Graficul de Plăţi.

Nu în ultimul rând, se impune a fi avut în vedere rolul documentului a cărui modificare se invocă, respectiv propunerea financiară - Graficul de Plăţi.

O astfel de depreciere a importantei Graficului de Plăţi cum este cea a ofertantului, denotă o gravă necunoaştere şi lipsă de experienţă cu privire la un astfel de contract şi, în cele din urmă, cu privire la contractele de achiziţie publică în general. Astfel, Graficul de Plăţi este oglinda în plan financiar a tuturor activităţilor principale ce compun obiectul contractului. Conţinutul Graficului de Plăţi este determinat de ceea ce a dorit autoritatea publică să achiziţioneze, modificarea unui astfel de document putând a fi efectuată în timpul implementării doar în anumite condiţii expres prevăzute de legislaţia de achiziţii publice, cu verificarea existenţei de modificări substanţiale sau nesubstanţiale.

Astfel, prevederile sub-clauzei 14.1 lit. c) din Condiţiile Speciale ale Contractului ce face obiectul acestei proceduri de achiziţie publică (Condiţii adoptate prin act normativ - Ordinul MT 600/2017) dispun în mod expres că „la propunerea Antreprenorului, Graficul de plăţi se va putea actualiza (...), cu condiţia încadrării în valoarea de contract acceptată şi în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, aşa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăţi.

Ar fi trebuit contestatoarea să cunoască că Graficul de Plăţi are un conţinut minim obligatoriu şi că, dacă ar fi avut aspecte pe care să le reclame în legătură cu acest aspect ce face parte din cerinţele fişei de date, acestea trebuiau făcute în termenul legal de 10 zile de la data publicării anunţului de participare, în lipsa unui astfel de demers, existând obligaţia absolută a tuturor ofertanţilor de a respecta cerinţele fişei de date.

Mai mult decât atât, nu există nici măcar o singură solicitare de clarificare în legătură cu acest aspect, formulată înainte de depunerea ofertelor, prin care contestatoarea să fi încercat anterior să lămurească pretinsa imposibilitate de a completa Graficul de Plăţi aşa cum a fost acesta minim obligatoriu impus de către autoritatea contractantă.

Contestatoarea încearcă să acrediteze ideea că modificarea conţinutului propunerii financiare s-a făcut la solicitarea expresă a autorităţii contractante, ceea ce este complet fals, comisia de evaluare nesolicitând niciodată ofertantului să îşi modifice conţinutul Graficelor de Plăţi şi doar clarificând, aşa cum o obligau prevederile legale, modalitatea în care a înţeles ofertantul să îşi alcătuiască propunerea financiară.

Cât priveşte faptul că în opinia contestatoarei, autoritatea contracantă nu ar fi reuşit să demonstreze că ar fi avut loc o modificarea a ofertei, exact acest aspect a fost dovedit de autoritatea contractantă.

Mai mult, contestatoarea susţine că *„valoarea toatală a ofertei rămâne neschimbată, sumele menţionate în comunicarea rezultatului se*

*regăseau în oferta financiară, iar modalitatea de detaliere ulterioară a ofertei financiare a fost prezentată ca urmare a solicitării autorităţii contractante".*

În primul rând, prevederile legale interzic modificarea conţinutului propunerii financiare, nu a valorii totale cum pare să înţeleagă contestatoarea.

Dacă legiuitorul ar fi dorit să permită modificarea în interiorul valorii totale a propunerii financiare, în mod evident formularea textului legal ar fi fost cu totul alta.

În același sens a dispuns în nenumarate rânduri atât Consiliul cât şi instanţa de judecată, apreciind că „redistribuirea costurilor în cadrul componentelor ofertei financiare, prin intermediul unui răspuns de clarificare, chiar dacă preţul total al ofertei nu se schimbă, reprezintă o modificare a conţinutului ofertei, care conduce la respingerea ei ca neconformă". Astfel a concluzionat şi Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a Vlll-a de contencios administrativ şi fiscal.

Astfel, în decizia civilă nr. 5487 din 26 iunie 2014, instanţa a consemnat, între altele: *„Pentru a putea fi considerată neconformă o ofertă, legiuitorul nu a avut în vedere doar situaţia modificării ofertei financiare din punctul de vedere al preţului final ofertat, ci, implicit, şi modificarea conţinutului ofertei financiare. Or, prin realocarea costurilor pe diferitele componente de preţ {...], petenta a adus modificări conţinutului ofertei financiare. Se va constata, astfel, că în mod corect Consiliul a concluzionat că decizia autorităţii contractante de declarare a ofertei ca neconformă este legală şi temeinică, în urma modificării conţinutului acesteia prin răspunsul la solicitarea de clarificări, fiind adoptată în conformitate cu dispoziţiile art. 79 alin. (3). Curtea va înlătura toate susţinerile petentei prin care aceasta a intenţionat să justifice măsura de modificare a costurilor aferente experţilor principali prin includerea în acestea a unora dintre cheltuielile salariale cu experţii secundari, având în vedere că asemenea soluţie, în măsura în care s-a apreciat necesară, trebuia adoptată iniţial, la depunerea ofertei financiare, iar nu ulterior, prin răspunsul la solicitarea de clarificări. Redistribuirea costurilor în cadrul ofertei financiare, indiferent care a fost motivul care a condus la aceasta, nu reprezintă altceva decât o modificare a conţinutului ofertei, lucru nepermis de legislaţia aplicabilă în materia achiziţiilor publice tocmai datorită obligativităţii respectării principiilor instituite prin art. 2 din ordonanţă şi, mai exact, al principiilor tratamentului egal şi transparenţei. Dacă s-ar permite petentei să modifice elementele ce compun preţul final după depunerea ofertei financiare, aceasta ar fi avantajată în raport de ceilalţi ofertanţi, care au înţeles să păstreze structura ofertei iniţiale şi doar să justifice modalitatea în care a fost adoptată o anume soluţie financiară."*

În ceea ce priveşte textele de lege invocate, cu privire la pretinsa corectare a unor vicii de formă, acestea nu sunt incidente în cauză deoarece, contestatoarea invocă faptul că în mod conştient a cotat cu „0"

mai multe categorii de lucrări, *„impinsă fiind de o imposibilitate de ordin tehnic*", pentru ca apoi, să invoce clarificările autorităţii contractante ca fiind motivul pentru care a fost „forţată" la „corectarea viciilor de formă".

De asemenea, se arată că atâta vreme cât contestatoarea nu a putut să coteze în oferta iniţială, din punct de vedere tehnic, separat articolele respective, explicând pe larg această imposibilitate, se desprinde concluzia că noile preţuri inserate în propunerea financiară pentru acele articole, ca urmare a clarificărilor comisiei de evaluare, nu au niciun fundament sau calcule reale, ci sunt pur fictive, din nevoia de a acoperi lipsurile constatate în conţinutul propunerii financiare.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19572/15.05.2018, ... lider al asocierii ..., în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză – lotul 2, critică decizia autorităţii contractante de respingere ca neconformă a ofertei asocierii.

Contestatoarea arată că în cadrul procedurii respective, Asocierea ... S.A. a prezentat oferta pentru Lotul 2, în conformitate cu cerinţele obligatorii din cuprinsul documentaţiei de atribuire publicate.

Ulterior depunerii ofertei şi desfăşurării activităţii de evaluare a acesteia, prin adresa denumită Informare finalizare etapă evaluare propunere financiară nr. 12B/3587/21.03.2018 pentru lotul 2 al procedurii de atribuire, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta depusă de asociere a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Pentru a adopta această decizie, autoritatea contractantă a considerat ca fiind incidente dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016. În esenţă, autoritatea contractantă apreciază că ar fi fost modificate anumite preţuri din propunerea financiară prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri, demers care ar fi afectat conţinutul propunerii financiare.

Întrucât a apreciat ca fiind netemeinică şi nelegală decizia autorităţii contractante prin care a fost respinsă oferta sa, în temeiul prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a formulat notificare prealabilă, însă autoritatea contractantă nu a formulat un răspuns şi nu şi-a exercitat dreptul de a adopta măsurile de remediere solicitate.

Astfel contestatoarea precizează că au fost încălcate de către autoritatea contractantă prevederile art. 215 din Legea nr. 98/2016 care statuează în mod clar obligaţia de a comunica fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au fundamentat decizia respectivă.

Aceste prevederi reprezintă transpunerea în legislaţia naţională a exigenţei incluse în Directiva 2014/24/UE care impune autorităţilor contracante obligaţia informării operatorilor economici cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, în special în legătură cu decizia de respingere a unei oferte care trebuie motivată în mod corespunzător. Această informare este necesară inclusiv din perspectiva exercitării unei căi de atac efective, operatorul economic vizat de o decizie de respingere

fiind îndreptăţit să cunoască motivele precise ale acestei respingeri pe care să o poată eventual contesta în deplină cunoştinţă de cauză. Astfel cum a reţinut şi Curtea de Justiţie a Uniunii Europene (CJUE) în Cauza C-406/08 Uniplex, *„Numai după ce a fost informat despre motivele pentru care a fost respins la procedura de atribuire a unui contract, candidatul sau ofertantul vizat are posibilitatea să îşi formeze o convingere clară în legătura cu existenţa unei eventuale încălcări a dispoziţiilor aplicabile şi cu oportunitatea formulării unei acţiuni".*

Atât jurisprudenţa naţională, cât şi jurisprudenţa CJUE, au statuat faptul că orice decizie administrativă trebuie motivată şi din prisma posibilităţii persoanei sau a societăţii de a aprecia asupra legalităţii şi temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării graniţelor dintre puterea discreţionară şi arbitrariul autorităţilor publice.

Sub aspectul motivării actului administrativ, instanţele europene au reţinut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis şi trebuie să prezinte de o manieră clară raţionamentul urmat de instituţia care a adoptat măsura atacată, astfel încât să permită instanţelor efectuarea revizuirii actului, insuficienţa motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea.

În acelaşi sens, în Cauza C-509/1993 a CJUE s-a reţinut că o detaliere a motivelor este necesară şi atunci când instituţia emitentă dispune de o largă putere de apreciere întrucât motivarea conferă actului transparenţă, putându-se verifica în acest fel dacă actul este corect fundamentat.

În speţă, din adresa denumită Informare finalizare etapă evaluare propunere financiară nr. 12B/3587/21.03.2018 pentru lotul 2 nu rezultă în mod concret şi precis care au fost motivele de respingere a ofertelor. Astfel, autoritatatea contractantă se limitează să constate că prin răspunsurile la solicitările de clarificări ar fi fost modificate valorile iniţiale din ofertă pentru anumite categorii de lucrări, modificări care au fost realizate prin diminuarea/mărirea/redistribuirea „altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare".

Astfel, nu sunt menţionate acele alte categorii de preţuri la care se face referire în informările transmise. De asemenea, nu se explică în mod concret cum a fost afectat conţinutul propunerii financiare şi nici cum aceasta consecinţă se încadrează în dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 invocate ca temei al respingerii ofertei. În plus, în privinţa lotului 2 al procedurii de atribuire, nu se menţionează explicit nici valorile care au fost redistribuite pentru anumite categorii de lucrări.

Se precizează că practica CNSC este constantă în sensul în care este necesară anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire în situaţia în care această nesocoteşte exigenţa motivării concrete şi complete a deciziei respingere a ofertei.

În acest context, insuficienta motivare a deciziei de respingere a ofertei depuse de asociere pentru lotul 2 al procedurii de atribuire, a

afectat dreptul contestatoarei la o informare corectă, completă şi precisă cu privire la deciziile adoptate de autoritatea contractantă în legătură cu oferta sa, motiv pentru care se impune anularea adresei contestate.

De asemenea, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a apreciat fără să demonstreze în mod efectiv că, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, asocierea pe care o reprezentă ar fi modificat conţinutul propunerii financiare, demers care s-ar încadra în opinia comisiei de evaluare în dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Însă contestatoarea susţine că această apreciere este greşită în condiţiile în care, de bună credinţă, aceasta a explicat în mod concludent modalitatea efectivă în care a elaborat propunerea financiară şi a furnizat informaţii şi documente din care rezultă în mod evident sustenabilitatea angajamentului său financiar, angajament care nu s-a modificat prin răspunsurile la solicitările de clarificări. Din aceste răspunsuri rezultă fără putinţă de tăgadă că preţurile pentru activităţile cotate iniţial cu valoarea „0" în cuprinsul Anexei la Formularul 8 au fost incluse de la momentul ofertării în propunerea financiară, nefiind în situaţia unei subevaluări a costurilor aferente executării contractelor de achiziţie publică. Spre deosebire de aceste situaţii, atunci când nu a fost necesară cotarea anumitor poziţii, în răspunsurile la solicitările de clarificări a precizat în mod expres faptul că activităţile respective nu se vor realiza în cadrul contractelor (spre exemplu, construirea de podeţe).

Faptul că poziţiile în discuţie au fost cotate cu valoarea „0", demonstrează că:

- nu poate fi susţinută ideea de omisiune culpabilă, în condiţiile în care poziţiile respective au fost completate şi nu omise din modul de determinare a preţului final. Ipoteza conform căreia lipsa acestor valori ar fi fost constatată doar în momentul în care a primit solicitarea de clarificări de la autoritatea contractantă nu are sens în condiţiile date.

- inserarea valorii de „0" trebuie înţeleasă ca o abordare transparentă a modului de constituire a preţului total care semnifică faptul că valorile respective au fost cotate în alte poziţii similare. Este evident că niciun ofertant raţional cu experienţă relevantă în domeniul ofertării nu îşi vulnerabilizează oferta cu bună ştiinţă prin eliminarea deliberată a unor activităţi/lucrări care se vor executa;

- nu poate fi avută în vedere o eventuală intenţie de a i se crea un avantaj competiţional real prin utilizarea unei astfel de abordări, câtă vreme rezultatul concret al transferurilor de valori între categoriile de lucrări reprezintă cu mult sub de 1% din valoarea totală a ofertelor. Rezultă în mod clar că valorile cotate cu „0" au fost de la bun început prevăzute în ofertă, astfel cum s-a demonstrat prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

În realitate, propunerea financiară nu a fost modificată pentru lotul 2, nefiind schimbate nici preţurile unitare ale cantităţilor de lucrări ce compun categoriile de lucrări şi nici preţul total al ofertei. Astfel,

răspunsurile la solicitările de clarificări furnizate, respectiv transferurile de valori între anumite categorii de lucrări au fost destinate exclusiv explicitării includerii preţurilor aferente unor operaţiuni de importanţă redusă (marcaje rutiere, dare în exploatare, parapeţi, iluminat) în alte componente ale ofertei.

Cu titlu de exemplu ilustrativ al lipsei de impact asupra propunerii financiare al transferurilor de valori între categoriile de lucrări, contestatoarea evidenţiază modul de ofertare şi formare a preţului aferent parapeţilor metalici:

Graficul de plăţi iniţial:

La poziţia 3.2.2.4.2 Parapeţi - 0, ca urmare a faptului că valoarea necesară executării lucrărilor aferente a fost inclusă la poziţia 3.2.1.4.2 Parapeţi, explicaţie reală furnizată prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

Adresa nr. 46/01.03.2018:

La poziţia 3.2.1.4.2 Parapeţi - 913,575.00 lei

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 3.2.1.4.2 Parapete | | | | 913,575.00 |
| Parapete metalic H1 pe acostament (W2) | m | 1,500.00 | 183.62 | 275,430.00 |
| Parapete metalic H2 pe acostament (W2) | m | 1,200.00 | 509.13 | 610,956.00 |
| Parapete metalic H3 pe acostament (W2) | m | 60.00 | 453.15 | 27,189.00 |
| Parapete metalic H4b pe acostament (W2) | m | | - | - |

Graficul de plăti retransmis:

Ca urmare a solicitării exprese a comisiei de evaluare de retransmitere a graficului de plăţi completat conform modelului din documentaţia de atribuire, prin adresa nr. 55/16.03.2018, pentru poziţia 3.2.1.4.2 - Parapeţi s-a menţionat valoarea de 849,308.00 lei, iar pentru poziţia 3.2.2.4.2 - Parapeţi suma de 64,267.00 lei.

Valoarea cumulată a acestor sume este de 913,575.00 lei care corespunde cu valoarea totală indicată prin răspunsul la clarificări nr. 46/01.03.2018, iar preţurile unitare defalcate pe tipuri de parapeţi sunt identice, astfel:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 3.2.1.4.2 Parapete | | | | 849,308.00 |
| Parapete metalic H1 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H2 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H3 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H4b pe acostament (W2) | m | | | |
| 3.2.2.4.2 Parapete | | | | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Parapete metalic H1 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H2 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H3 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H4b pe acostament (W2) | m | | | |

Din tabelele sus-menţionate rezultă în mod facil corelarea clară între preţurile ofertate, atât cele unitare care au fost menţinute cât şi cele aferente categoriei de lucrări aferente parapeţilor metalici, corelare valabilă pentru toate celelalte categorii de lucrări în discuţie, pentru ambele loturi. În aceste condiţii, este evident aplicată în mod abuziv sancţiunea drastică a respingerii ofertelor prin interpretarea improprie a dispoziţiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În orice situaţie, transferurile de valori între categorii de lucrări care nu au niciun impact asupra preţurilor unitare ale cantităţilor de lucrări ce compun categoriile de lucrări /valorii totale a ofertelor, s-ar putea cel mult încadra în categoria viciilor de formă reglementate de normele de aplicare a legii achiziţiilor publice, fără să determine respingerea ofertei pe motiv de neconformitate.

Astfel au fost ignorate de către comisia de evaluare dispoziţiile art. 135 din HG nr. 395/2016.

Raportat la aceste prevederi legale, este neîndoielnic că aşa-zisele redistribuiri constatate se încadrează în categoria viciilor de formă, fiind îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (3) al art. 135 din HG nr. 395/2016.

În acest context, în aplicarea prevederilor legale anterior citate, în condiţiile în care, contrar argumentelor conform cărora nu au fost operate modificări ale propunerii financiare, se impunea ca autoritatea contractantă să constate existenţa viciilor de formă în cauză şi să solicite asocierii corectarea acestora, corectare care a fost, de altfel, realizată voluntar de contestatoare şi care trebuie acceptată. Astfel cum prevede art. 135 alin. (2) din HG nr. 395/2006, numai în situaţia în care asocierea ar fi refuzat să procedeze la corectarea viciilor de formă sesizate (ceea ce nu este cazul), autoritatea contractantă ar fi avut eventual dreptul să dispună măsura drastică a respingerii ofertelor. Este evident că, în condiţiile în care informaţiile corecte (din perspectiva modului de completare a graficului de plăţi) se regăsesc în cadrul ofertei, corectarea viciilor de formă constând în includerea valorilor unor lucrări în alte categorii din aceeaşi propunere financiară nu conduce în nici un caz la încălcarea principiului tratamentului egal prin favorizarea ofertei, fiind astfel îndeplinită inclusiv condiţia alternativă prevăzută în teza finală a alin. (3) al art. 135 din HG nr. 395/2016.

În soluţionarea contestaţiei, trebuie avut în vedere şi obiectul contractului care urmează a fi atribuit, respectiv proiectare şi execuţie de lucrări precum şi modalitatea de ofertare care a fost impusă prin documentaţia de atribuire, pe categorii de activităţi, nefiind impuse liste de cantităţi, aspecte care asigură o anumită flexibilizare a modului de elaborare a propunerii financiare, sens în care este şi menţiunea din Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 conform căreia ofertanţii pot aduce completări graficului de plăti. Raportat la natura contractelor, esenţială este valoarea totală a ofertei şi nu detaliile propunerii financiare care vor evolua în funcţie de rezultatele proiectării, activitate care este în sarcina antreprenorului.

De asemenea, contestatoarea consideră relevante în cauză, din perspectiva intenţiei leguitorului de a nu sancţiona eventuale deficienţe minore ale ofertei, dispoziţiile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 conform cărora sunt permise modificări ale propunerii financiare atunci când există aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor, pe baza informaţiilor din alte documente prezentate de ofertant. Este evident că sunt îndeplinite aceste condiţii în speţă, transferul de preţuri între categorii de lucrări, fără impact asupra preţurilor unitare/valorii totale a ofertei (şi implicit nici asupra rezultatului competiţiei) nefiind de natură să încalce principiul tratamentului egal în condiţiile în care din conţinutul propunerii financiare pot fi deduse în mod facil explicaţiile furnizate prin răspunsurile la solicitările de clarificări formulate de comisia de evaluare.

Nu în ultimul rând, se impune a fi avut în vedere şi rolul documentului a cărui modificare se invocă, la momentul ofertării. Astfel, Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 reprezintă graficul de plăţi, respectiv estimarea ofertantului cu privire la modul în care va primi contravaloarea lucrărilor de la achizitor pe perioada de derulare a contractului. Deşi nu trebuie minimalizată importanţa unui astfel de document pentru achizitor care doreşte să aibă o reprezentare a momentelor la care va efectua plăţi către antreprenor şi a cuantumului acestora, având în vedere obiectul contractelor care implică activităţi consistente de proiectare, este evident că graficul de plăti va suporta ajustări pe parcursul derulării contractului, în funcţie de rezultatele proiectării, fără impact asupra preţului total pe care îl va achita achizitorul.

De asemenea, contestatoarea invocă încălcarea principiului proporţionalităţii şi al promovării concurenţei.

În acest sens, contestatoarea invocă faptul că practica instanţelor de judecată naţionale este în sensul că *„reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei şi la multitudinea de date pretinse de aceasta''*. De asemenea, şi Curtea de Justiţie a Uniunii Europene sancţionează caracterul disproporţionat al măsurilor de excludere a ofertelor, relevantă în acest sens fiind decizia pronunţată în Cauza C-213/07 Michaniki.

În aprecierea caracterului minor al presupuselor modificări ale conţinutului propunerilor financiare, ponderea valorilor transferate între categoriile de lucrări reprezintă aproximativ 0,21% din valoarea totală a ofertei pentru lotul 1, respectiv 0,82% din ofertă pentru lotul 2. O astfel de pondere redusă (sub 1% din preţul total al ofertei) a eventualelor erori este considerată de legiuitor la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 ca reprezentând o abatere minoră în situaţia în care au loc modificări ale propunerii tehnice. Aplicând prin analogie această abordare, rezultă că transferul între categori de lucrări a unor valori nesemnificative prin raportare la preţul total al ofertelor nu poate fi considerat decât un demers de importanţă minoră în contextul complexităţii ofertelor depuse.

În sensul caracterului excesiv al respingerii unei oferte pentru aspecte minore s-a pronunţat şi Curtea de apel Constanţa prin Decizia civilă nr. 282/12.09.2013 în motivarea căreia s-au reţinut următoarele: *„Curtea reţine şi că ar fi nelegală şi anormală respingerea unei oferte pentru omisiuni minore; uşor de remediat, mai cu seamă că, în speţă, oferta reclamată avea şi preţul cel mai scăzut, aceasta, în condiţiile în care proporţionalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalităţii actelor şi acţiunilor instituţiilor statului, inclusiv a celor aparţinând autorităţii contractante, în procesul de atribuire a contractelor de achiziţie publică. Cu alte cuvinte, apreciază Curtea că dispoziţiile art 79 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora: în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conţinutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepţia situaţiei prevăzute la art. 80 alin. (2), trebuie interpretate în sensul în care voinţa legiuitorului a fost aceea de a sancţiona numai acele modificări de oferte care ating limita substanţialului, fapt confirmat şi de conţinutul art. 79 alin. (2) din hotărâre. Respingerea ofertei numai pe considerentul că orice revizuire ulterioară a erorilor şi omisiunilor constatate conduce în mod inevitabil la modificarea acesteia este lipsită de suport legal, în condiţiile în care această modificare a ofertei şi, implicit, a preţului nu a condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire."*

De asemenea, relevantă este şi Decizia civilă nr. 303 din 26 februarie 2016 a Curţii de Apel Alba Iulia - Secţia de contencios administrativ şi fiscal care a reţinut următoarele: *„Curtea îmbrăţişează opinia jurisprudenţială potrivit căreia nu este legală şi nici oportună respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesară a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicata de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancţionatorie aplicată pentru deficienţe minore încalcă principiul proporţionalităţii, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului".*

În acelaşi sens al sancţionării exclusive a modificărilor substanţiale sunt şi prevederile legale care vizează contractul de achiziţie publică (art.

221 din Legea nr. 98/2016 care transpune art. 72 din Directiva 2014/24/UE) inspirate din jurisprudenţa relevantă a CJUE, în special Cauza C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH conform căreia nu este considerată substanţială modificarea care nu favorizează din punct de vedere economic operatorul economic. Un astfel de raţionament poate fi utilizat şi în speţă în condiţiile în care este evident faptul că modificarea graficului de plăţi, impusă de însăsi autoritatea contractantă prin solicitările de clarificări, a avut exclusiv scopul de a explicita modalitatea iniţială de ofertare şi nu a generat nici un avantaj de natură economică în favoarea asocierilor noastre care şi-au menţinut angajamentele financiare asumate prin ofertele depuse.

Relevante în aprecierea admisibilităţii ofertei depuse de asociere sunt şi prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016 care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăseşte şi acela al promovării concurenţei între operatorii economici şi principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţii publice.

Prin adresa nr. 92/32786/14.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 19275/14.05.2018, ... SA formulează punct de vedere cu privire la contestaţia formulată de către Asocierea ... SA.

Autoritatea contractantă menţionează că a verificat propunerea financiară a contestatoarei, solicitând o serie de clarificări necesare pentru evaluarea ofertei sale. Astfel cum rezultă din procesele verbale nr. 7-11 şi din grilele de evaluare elaborate de comisia de evaluare, propunerile financiare ale tuturor ofertanţilor admişi în această etapă au fost verificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare.

În ceea ce priveşte oferta depusă de ofertantul contestator pentru lotul 2, aceasta a fost declarată neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, fiind totodată respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, având în vedere că prin răspunsurile la clarificări acesta a modificat continutul propunerii financiare.

Astfel, analizând propunerea financiară depusă de Asociere, comisia de evaluare a constatat că în cadrul Anexei nr. 2 la Formularul nr. 8, următoarele referinţe au fost preţuite cu "0" sau nu a fost completată nicio valoare:

- 2.2.3 -Alte activităţi- fără valoare
- 2.3.1 - Bazine decantoare - valoare 0,00
- 3.2.2.2 Podeţe - valoare 0,00
- 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei - valoare 0,00
- 3.2.2.4.l-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz) -valoare 0,00
- 3.2.2.4.2 - Parapeţi — valoare 0,00
- 3.2.4.2 Podeţe - valoare 0,00
- 3.2.4.4 Siguranţa circulaţiei - valoare 0,00

- 3.2.4.4.l-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz) -valoare 0,00
- 3.2.4.4.2-Parapeti -valoare 0,00
- 7.2 - Parcare de scurtă durată km 78+100 - fără valoare
- 9.2 Iluminat Noduri - fără valoare
- 9.4 Darea în exploatare - fără valoare, sens în care a solicitat clarificări prin adresa nr. 12B/1564/07.02.2018.

În răspunsul la solicitarea comisiei de evaluare, ofertantul a prezentat următoarele justificări:

2.2.3 -Alte activităţi- fără valoare: Ofertantul a precizat că toate activităţile au fost luate în considerare la întocmirea ofertei.

2.3.1 - Bazine decantoare - valoare 0,00: Ofertantul a menţionat că a luat în considerare Clarificarea nr. 16, Răspunsul nr.3 cu privire la separatoarele de produse petroliere şi a prevăzut modele de separatoare de produse petroliere care au incluse şi bazinele decantoare. În consecinţă, preţul Bazinelor decantoare este inclus la referinţa 2.3.6 Separatoare de grăsimi,

3.2.2.2 Podeţe - valoare 0,00: A precizat că a analizat documentaţia tehnică pusă la dispoziţie de autoritatea contractantă şi a constatat că în această zonă nu sunt prevăzute podeţe.

3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei - valoare 0,00

- 3.2.2.4.1 - Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz) -valoare 0,00: A menţionat că valoarea necesară executării lucrărilor de semnalizare şi marcaje de la referinţa 3.2.2.4.1 a fost prevăzută la referinţa 3.2.1.4.1 Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), fiind imposibilă o delimitare clară între lucrările de acest tip aferente strict Nodului rutier şi cele aferente drumului naţional.
- 3.2.2.4.2 - Parapeţi - valoare 0,00: A precizat că valoarea necesară executării lucrărilor de parapeţi de la referinţa 3.2.2.4.2 a fost prevăzută la referinţa 3.2.1.4.2 Parapeţi

3.2.4.2 Podeţe - valoare 0,00: A menţionat că a analizat documentaţia tehnică pusă la dispoziţie de autoritatea contractantă şi a constatat că în această zonă nu sunt prevăzute podeţe.

3.2.4.4 Siguranţa circulaţiei - valoare 0,00

- 3.2.4.4.1-Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz) -valoare 0,00: Ofertantul a precizat ca valoarea necesara executării lucrărilor de semnalizare si marcaje de la referinţa 3.2.4.4.1 a fost prevăzută la referinţa 3.2.3.4.1 Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz), fiind imposibilă o delimitare clară între lucrările de acest tip aferente strict Nodului rutier și cele aferente drumului naţional.
- 3.2.4.4.2-Parapeţi -valoare 0,00: A menţionat că valoarea necesară executării lucrărilor de parapeţi de la referinţa 3.2.4.4.2 a fost prevăzută la referinţa 3.2.3.4.2 Parapeţi,

7.2 - Parcare de scurtă durată km 78+100 – fără valoare: Ofertantul a precizat că au fost calculate cumulat cantităţile pentru dotările de pe autostradă, sens în care valoarea parcărilor se regăseşte în cadrul capitolului 1 Dotări pe autostradă.

- 9.2 Iluminat Noduri - fără valoare: A menţionat că valoarea pentru Iluminatul nodurilor- referinţa 9.2 este cuprinsă în valoarea de la referinţa 9.1 Iluminat poduri şi pasaje, conform ofertei transmise de subcontractantul Vertatel, şi a ataşat centralizatorul lucrărilor de iluminat.
- 9.4 Darea în exploatare - fără valoare: A explicat că lucrările necesare pentru darea în exploatare a obiectivului, cum ar fi: probe şi încercări poduri şi pasaje, probe şi încercări ITS, probe şi încercări utilităţi sunt cuprinse în categoriile de lucrări: 5 PODURI ŞI PASAJE, 8 ITS, 2 PRECONSTRUCŢIE ŞI MEDIU - referinţa 2.2.2 Relocări, mutări, protejări utilităţi, referinţa 9.1 Iluminat poduri şi pasaje.

Analizând explicaţiile furnizate de ofertant în cadrul răspunsului la clarificare cu privire la modalitatea de completare a Graficului de Plăţi în relaţie cu articolele sus menţionate, comisia de evaluare a considerat că acesta nu este complet în ceea ce priveşte categoriile de lucrări 3.2.2.4.1- Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.2.4.2 - Parapeti, 3.2.4.4.1-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.4.4.2-Parapeţi, 7.2 - Parcare de scurtă durată km 78+100, 9.2 Iluminat Noduri si 9.4 Darea in exploatare, având în vedere că Graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele identificate şi trebuia completat conform instrucţiunilor, respectiv: "Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări."

Prin urmare, prin adresa nr. 12B/2198/20.02.2018, comisia de evaluare a solicitat o nouă clarificare privind detalierea preţului pentru categoriile de lucrări 3.2.2.4.1-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.2.4.2 - Parapeti, 3.2.4.4.1- Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz), 3.2.4.4.2-Parapeti, 7.2 - Parcare de scurta durata km 78+100, 9.2 Iluminat Noduri si 9.4 Darea in exploatare, lucrări incluse în alte categorii/ sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost acestea solicitate prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul nr. 8.

Prin răspunsul la această nouă solicitare de clarificare, Asocierea a transmis detalierea cantităţilor pentru categoriile de lucrări solicitate, lucrări incluse în alte categorii, însă nu a transmis preţul aferent fiecărei categorii de lucrări, aşa cum a fost solicitat prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul 8, afirmând că este "imposibilă o delimitare clară între lucrările de acest tip aferente strict Nodului rutier şi cele aferente drumului naţional".

Considerând răspunsul incomplet, comisia de evaluare a revenit cu o nouă clarificare, prin adresa nr. 12B/3124/13.03.2018 reiterând solicitarea de a transmite preţul aferent categoriilor de lucrări de la referinţele 3.2.2.4.1-Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.2.4.2 - Parapeţi, 3.2.4.4.1-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.4.4.2-Parapeţi, 7.2 - Parcare de scurtă durată km 78+100, 9.2 Iluminat Noduri şi 9.4 Darea în exploatare, aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire - Anexa 2 la Formularul nr. 8.

Prin răspunsul la clarificare, ofertantul a transmis Anexele 2 şi 3 la Formularul nr. 8 completate prin redistribuirea preţurilor aferente categoriilor de lucrări de la referinţele 3.2.2.4.1-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.2.4.2 - Parapeţi, 3.2.4.4.1-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.4.4.2-Parapeţi, 7.2 - Parcare de scurtă durata km 78+100, 9.2 Iluminat Noduri, 9.4 Darea în exploatare, menţionând că valoarea totală ofertată a rămas nemodificată.

Comisia de evaluare, ca urmare a analizarii răspunsului precum şi a Graficelor de Plăţi modificate retransmise de ofertant, a constatat că aceste modificări de preţuri realizate prin redistribuirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP modifică conţinutul propunerii financiare.

În concluzie, în mod corect oferta a fost respinsă ca neconformă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, întrucât prin răspunsul la clarificări ofertantul contestator a modificat conţinutul propunerii financiare.

Referitor la menţiunile Asocierii contestatoare privind motivarea necorespunzatoare a deciziilor de respingere a ofertei depuse pentru lotul 2 autoritatea contractantă precizează faptul că art. 215 din Legea nr. 98/2016 invocat, se referă la comunicarea rezultatului procedurii de atribuire care se realizează ulterior finalizării procesului de evaluare, după aprobarea raportului procedurii de atribuire.

În acest context, informările transmise de comisia de evaluare privind rezultatele parţiale ale finalizării etapei de evaluare a propunerilor financiare au fost emise cu respectarea întocmai a prevederilor art. 65 alin. (3)-(4) din HG nr. 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, precum şi ale art. 214 alin. (2) din Legea 98/2016.

Motivul concret al respingerii ofertei depuse de Asociere a fost clar indicat în informarea 12B/3587/21.03.2018 lotul 2, iar acest motiv a fost modificarea preţurilor pentru anumite categorii de activităţi/lucrări în cadrul Graficului de Plăţi, categorii de activităţi/lucrări ce au fost explicit indicate în Informările amintite.

Mai mult decât atât, în ceea ce priveşte lotul 2, însuşi ofertantul, prin răspunsul la clarificări a afirmat: "au fost redistribuite preţurile

aferente categoriilor de lucrări de la referinţele 3.2,2.4.1-Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.2.4.2 - Parapeţi, 3.2.4.4.1. Marcaje orizontale şi verticale (inclusiv marcaje orizontale şi verticale temporare, după caz), 3.2.4.4.2.Parapeţi, 7.2. Parcare de scurtă durată km 78+100, 9.2 Iluminat Noduri, 9.4. Darea în exploatare. Menţionăm că valoarea totală ofertată a rămas nemodificată."

De asemenea, simpla lectură a Graficelor de Plăţi şi a Graficelor de Preţuri retransmise prin răspunsul la clarificare atestă clar modificările operate în conţinutul propunerii financiare pentru cele două loturi, astfel încât pentru lucrările preţuite iniţial cu 0,00 lei preţurile au fost modificate prin redistribuirea preţurilor aferente altor categorii de lucrări.

Afirmaţia Asocierii contestatoare potrivit căreia "transferurile de valori între categorii de lucrări care nu au niciun impact asupra preţurilor unitare ale cantităţilor de lucrări ce compun categoriile de lucrări/valorii totale a ofertelor, s-ar putea cel mult încadra în categoria viciilor de formă", nu ţine seama de prevederile art. 135 alin. (3) care definesc viciile de formă, şi nici de prevederile similare din fişa de date a achiziţiei, secţiunea IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, Nota 4: "[...]Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire".

Comisia de evaluare a considerat că prin remedierea presupusului viciu de formă s-ar produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire, modalitatea de completare a Graficului de Plăţi rezultând cu claritate din Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8. Astfel, Graficul de plăţi are categorii distincte pentru sectoarele 1, respectiv 2, pe cale de consecinţă trebuind a fi completat conform instrucţiunilor: "Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări".

Prin modificările de preţ ale categoriilor din propunerea financiară, ofertantul a încercat să prevină solicitarea comisiei de evaluare de justificare a preţului neobişnuit de scăzut pentru categoriile de lucrări preţuite cu 0,00 lei, fiind evident faptul că nu ar fi putut justifica îndeplinirea/construcţia unei categorii de lucrări cu preţul de 0,00 lei.

Astfel, comisia de evaluare a considerat că modificarea de către ofertant a preţurilor aferente diferitelor categorii de lucrări din Graficul de plăţi nu poate fi asimilat unui viciu de formă, sens în care oferta a fost în mod corect respinsă potrivit prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare.

Având în vedere aspectele sus enuntate, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca neîntemeiata şi nefondată a

contestaţiei formulate de ... AS în calitate de lider al Asocierii ... SA, ofertant în cadrul procedurii de atribuire a contractului "Proiectare si Execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900: Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud".

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19662/16.05.2018, ...reprezentată convenţional de SCA ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:

- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,
- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către Asocierea ....

Intervenienta menţionează că în conţinutul contestaţiei nu există nicio particularizare cu privire la elementele specifice fiecărui lot, existând doar nişte susţineri cu caracter general.

Faţă de acest aspect, este evident că nu sunt îndeplinite cerinţele de conţinut ale contestaţiei, respectiv lipseşte motivarea în fapt, motiv pentru care contestaţia se impune a fi respinsă ca inadmisibilă.

În ceea ce priveşte argumentele prezentate pe fondul contestaţiei, intervenienta menţionează că deşi contestatoarea invocă motivarea necorespunzatoare a deciziilor de respingere a ofertelor, în aceste decizii sunt indicate în mod expres motivele, atât de fapt cât şi de drept care au stat la baza deciziei comisiei de evaluare, acestea referindu-se la *„modificarea anumitor preţuri din propunerea financiară prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri, demers care a afectat conţinutul propunerii financiare."*

De altfel, acest prim motiv este contrazis chiar de restul argumentelor prezentate în contestaţie, contestatoarea arătând că a inţeles exact din cuprinsul adresei care anume sunt motivele ce au condus la respingerea ofertei.

Din conţinutul contestaţiei se desprind următoarele concluzii:

- Decizia de a cota cu „0" anumite activităţi din cadrul propunerii financiare (Graficul de Plăţi) a fost una conştientă, deşi ofertantul ştia sau ar fi trebuit să ştie că trebuie să respecte cerinţele obligatorii din documentaţia de atribuire care statuează că Graficul de Plăţi reprezintă un minim obligatoriu, ofertanţii având doar posibilitatea de a efectua completări.
- Toate textele legale invocate referitoare la existenţa unui pretins viciu de formă nu sunt incidente în cauză având în vedere cele susţinute de chiar contestatoare,
- Ofertantul nu a oferit nici o explicaţie, chiar şi formală pentru faptul că a încălcat în mod clar o obligaţie expresă, de a cota toate activităţile indicate în Graficul de Plăţi,
- Ofertantul încearcă să acrediteze ideea că, având în vedere specificul contractului FIDIC Galben, nu ar fi trebuit, de fapt, să conteze decât preţul total al propunerii financiare, nu şi componentele acesteia, indicate şi defalcate în mod expres de către autoritatea contractantă.

Mergând pe acelaşi raţionament, se poate extrapola şi concluziona că ofertanţii ar fi putut să coteze un articol cu întreaga valoare a contractului, pe celelalte urmând a le cota cu „0" în această fază şi a le completa ulterior în faza de implementare a contractului, or acest fapt nu poate fi reţinut ca argument, indiferent de tipul contractului utilizat.

Exact împotriva acestei situaţii legiuitorul a prevăzut că trebuie să existe o corelare a propunerii tehnice cu propunerea financiară, comisiile de evaluare având un instrument de a verifica realitatea şi sustenabilitatea preţului ofertat. De altfel, propunerea financiară trebuie să aibă la bază o analiză temeinică şi complexă a ofertanţilor cu privire categoriile de activităţi indicate în Graficul de Plăţi.

Asa cum spune chiar ofertantul, nu în ultimul rând, se impune a fi avut în vedere rolul documentului a cărui modificare se invocă, respectiv propunerea financiară - Graficul de Plaţi.

O astfel de apreciere a Graficului de Plăţi cum este cea a ofertantului, denotă o gravă necunoaştere şi lipsă de experienţă cu privire la un astfel de contract şi, în cele din urmă, cu privire la contractele de achiziţie publică în general. Astfel, Graficul de Plăţi nu are „rolul de a şti achizitorul când şi cât să plătească", ci rolul său este mult mai complex, fiind oglinda în plan financiar a tuturor activităţilor principale ce compun obiectul contractului. Conţinutul Graficului de Plăţi este determinat de ceea ce a dorit autoritatea publică să achiziţioneze, modificarea unui astfel de document putând a fi efectuată în timpul implementării doar în anumite condiţii expres prevăzute de legislaţia de achiziţii publice, cu verificarea existenţei de modificări substanţiale sau nesubstanţiale.

Astfel, prevederile Sub-Clauzei 14.1 lit c) din Condiţiile speciale ale contractului ce face obiectul procedurii de achiziţie publică (Condiţii adoptate prin act normativ - Ordinul MT 600/2017) dispun în mod expres cî „la propunerea Antreprenorului, Graficul de plăţi se va putea actualiza (...), cu condiţia încadrării în valoarea de contract acceptată şi în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, aşa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăţi.

Ar fi trebuit contestatoarea să cunoască că Graficul de Plăţi are un conţinut minim obligatoriu şi că, dacă ar fi avut aspecte pe care să le reclame în legătură cu acest aspect ce face parte din cerinţele fişei de date, acestea trebuiau făcute în termenul legal de 10 zile de la data publicării anunţului de participare, în lipsa unui astfel de demers, existând obligaţia absolută a tuturor ofertanţilor de a respecta cerinţele fişei de date.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 20297/22.05.2018, ...formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, în care reiterează că prin contestaţia depusă, contestatoarea nu a formulat critici concrete decât în ceea ce priveşte unul dintre elementele avute în vedere de comisia de evaluarea pentru a decide respingerea ofertelor, respectiv o componentă referitoare a preţul privind parapetele.

Ori, aşa cum rezultă din procesele verbale şi din grilele de evaluare elaborate de comisia de evaluare, au existat mult mai multe categorii de lucrări în afară de cel invocat în contestaţie cu privire la care contestatoarea a primit solicitări de clarificări, categorii de lucrări ale căror preţuri au fost modificate prin răspunsurile la clarificări (marcaje orizontale şi verticale, parcare de scurtă durată, iluminat noduri, dare în exploatare).

Conform documentelor aflate la dosarul achiziţiei, membrii comisiei de evaluare au verificat propunerea financiară a contestatoarei, solicitând mai multe clarificări în acest sens.

În cadrul primului răspuns, ofertantul a menţionat că, în ceea ce priveşte categoriile de lucrări cotate cu „0", este „imposibilă o delimitare clară între lucrările de acest tip aferente strict Nodului rutier şi cele aferente drumului naţional.

Dincolo de faptul că ofertantul şi-a modificat conţinutul propunerii financiare, aspect interzis de lege, se poate desprinde şi concluzia că noile preţuri inserate în propunerea financiară pentru acele articole, ca urmare a clarificărilor comisiei de evaluare, nu au niciun fundament, ci sunt pur fictive, din nevoia de a acoperi lipsurile constatate în conţinutul propunerii financiare.

Dacă legiuitorul ar fi dorit să permită modificarea în interiorul valorii totale a propunerii financiare, în mod evident formularea textului legal ar fi fost cu totul alta.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 18939/11.05.2018, ..., în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză – loturile 2 şi 3, critică decizia autorităţii contractante de declarare a ofertelor sale aferente loturilor 2 şi 3 ca fiind neconforme potrivit art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 şi respectiv ca fiind inacceptabile potrivit art. 134 alin. (5), art. 136 alin. (3) şi art. 137 alin. (2) lit. g) din acelaşi act normativ.

În esenţă, contestatoarea menţionează că deciziile de respingere a ofertelor sale se întemeiază pe:

(i) Pretinsa necorelare a propunerii financiare cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea duce la executarea defectuoasă a contractului;

(ii) Afirmaţia potrivit căreia clarificările oferite de către contestatoare la solicitările autorităţii contractante ar fi fost neconcludente;

(iii) Afirmaţia potrivit căreia nivelul scăzut al preţului / costurilor propuse nu ar fi fost justificat de către contestatoare, conform solicitărilor autorităţii contractante;

3. Pentru a ajunge la aceste soluţii, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei un prim set de clarificări, în considerarea faptului că propunerile sale financiare ar avea un preţ neobişnuit de scăzut în raport cu serviciile ce constituie obiectul contractului de achiziţie publică.

În urma răspunsurilor de clarificare venite din partea contestatoarei, autoritatea contractantă a revenit, solicitându-i-se un al doilea set de clarificări, în privinţa căruia contestatoarea s-a conformat.

4. Defalcată pe loturi, corespondenţa relativă la acest subiect este compusă din:

Lotul 2:

- Solicitarea de clarificare emisă de către ... sub nr. 12B/2200/20.02.2018;
- Adresa de clarificare emisă de către contestatoare sub nr. 009/ACB-L2/01.03.2018;
- Solicitarea de clarificare emisă de către ... sub nr. 12B/3122/13.03.2018;
- Adresa de clarificare emisă de către contestatoare sub nr. 010/ACB-L2/16.03.2018;
- Actul de informare emis de către ... sub nr. 12B/3589/21.03.2018.

Lotul 3:

- Solicitarea de clarificare emisă de către ... sub nr. 12B/2205/23.02.2018;
- Adresa de clarificare emisă de către contestatoare sub nr. 009/ACB-L3/01.03.2018;
- Solicitarea de clarificare emisă de către ... sub nr. 12B/3127/13.03.2018;
- Adresa de clarificare emisă de către contestatoare sub nr. 010/ACB-L3/16.03.2018;
- Actul de informare emis de către ... sub nr. 12B/3595/21.03.2018.

Contestatoarea apreciază că deciziile de respingere a ofertelor sale se bazează pe o greşită interpretare / insuficientă lectură a clarificărilor puse la dispoziţie autorităţii contractante, clarificări cărora le-au fost anexate seturi consistente de înscrisuri justificative cu privire la modalitatea de formare a propunerii financiare pentru fiecare din cele 2 loturi.

Contestatoarea susţine că a notificat autoritatea contractantă însă până la expirarea, în data de 10.04.2018, a termenului prevăzut la art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, autoitatea contractantă nu a oferit contestatoarei niciun răspuns cu privire la faptul dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere în privinţa încălcărilor reclamate.

Contestatoarea precizează că procentele pe care le reprezintă propunerile sale financiare din valoarea estimată a contractelor aferente celor 2 loturi (63,45% - Lotul 2; 66% - Lotul 3) în niciun caz nu pot fi considerate neobişnuit de scăzute prin raportare la serviciile ce fac obiectul contractului, în lipsa determinării criteriului obiectiv în funcţie de care propunerea financiară urmează a fi calificată ca atare şi, pe cale de consecinţă, respinsă. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă nu poate declara, discreţionar, că un preţ este neobişnuit de mic, fără a

argumenta această apreciere pe elemente de calcul obiective, care să se regăsească şi în decizia prin care i se aduce la cunoştinţă ofertantului că oferta sa este respinsă în acest mod. Or, niciunul din actele de informare nr. 12B/3589/21.03.2018 (Lotul 2) şi nr. 12B/3595/21.03.2018 (Lotul 3) nu cuprinde o astfel de justificare din partea autorităţii contractante.

Contestatoarea învederează totodată că pentru dovedirea tuturor aspectelor tehnice invocate în cuprinsul contestaţiei, se sprijină şi pe raportul de expertiză extrajudiciară emis de către dl. expert judiciar ing. Ştefan Ciobotarenco, a cărui autoritate în domeniul construcţiei de drumuri este recunoscută la nivel naţional în specialitatea căi ferate, drumuri şi poduri.

Contestatoarea menţionează că propunerea financiară aferentă lotului 2 a fost respinsă deoarece (1) analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane, documentele anexate şi cele două răspunsuri de clarificare nu ar fi fost concludente în vederea corelării analizei financiare cu elementele propunerii tehnice, precum şi pentru că (2) răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări ar fi doar parţial şi, deci, neconcludent.

În opinia contestatoarei, niciunul din aceste motive nu este întemeiat, având în vedere următoarele:

1) Analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane

*- Prin Planul de Situaţie al Organizării de Şantier, contestatoarea nu ar fi prevăzut staţii de sortare/concasare, ci doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate, iar comisia de evaluare nu ar fi regăsit informaţiile conform cărora balastul natural în şantier ar fi procesat în agregate pentru betoane;*

Autoritatea contractantă a cerut justificări doar relativ la fundamentarea economică a modului de formare a preţului (material, manoperă, utilaj, transport) prin raportare la serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate. Metodele de construcţie utilizate au fost detaliate în propunerea tehnică a contestatoarei, pe care comisia de evaluare o considerase deja ca fiind conformă.

Prin adresa nr. ACB L2 009-01.03.2018 contestatoarea a transmis oferte de preţ pentru a justifica toate aprovizionările de materiale necesare lucrărilor, referitor la articolele pentru care fuseseră cerute justificări. Între acestea, a fost prezentată şi oferta furnizorului Heidelberg Cement, care a ofertat produse pentru carieră şi produse pentru balastieră (balast natural şi sorturi). Acest furnizor a fost declarat doar pentru produsele de carieră deoarece pentru cele de balastieră nu era competitiv cu piaţa (în ofertă se poate vedea un preţ de balast natural de 18 lei/tonă, faţă de 15 lei/tonă ofertat de Valina Ferm SRL, şi un cost de transport mediu de 14 lei pentru toate loturile. Aşadar, contestatoarea a optat pentru soluţia propusă în oferta financiară cu scopul conştient urmărit de a oferi un preţ competitiv pentru realizarea investiţiei, fără a renunţa nicicum la calitate.

Contestatoarea precizează că după justificările de preţ (pe care le-a demonstrat din plin prin răspunsuri complete la toate solicitările de clarificare), toţi ofertanţii care au depăşit etapele de evaluare vor ajunge la aplicarea criteriului de atribuire - cel mai bun raport calitate-preţ (40 de puncte componenta tehnică + 60 de puncte componenta financiară) - în cadrul căruia se va vedea că autoarea contestaţiei va fi obţinut punctajul maxim la componenta tehnică, pentru care a justificat corect toare costurile articolelor cerute de către autoritatea contractantă; experienţa substanţială a contestatoarei în realizarea proiectelor de tipul celui licitat i-a permis să coboare preţul ofertat în măsura acestor justificări tocmai pentru a oferi ceea ce aceasta a considerat a fi un preţ foarte competitiv.

În al doilea rând, motivul pentru care staţia de sortare/concasare nu a fost alocată organizării de şantier-chestiune cu privire la care autoritatea contractantă oricum nu a solicitat nicio clarificare - reprezintă expresia celei mai bune practici pe piaţa de construcţii de infrastructură de drumuri, în sensul că aceste staţii se poziţionează direct în balastieră, pentru a evita transportul materialelor inutile şi al deşeurilor - fapt ce ar ridica în mod nejustificat costul materiei prime - şi pentru a transporta doar materialul curat, care se prelucrează pentru beton sau pentru stabilizat cu ciment, aşa încât beneficiarul să se bucure de cea mai bună ofertă prin prisma raportului calitate- preţ. Această soluţie a fost agreată cu Valina Ferm SRL încă din 17.10.2017, această societate obligându-se să îi închirieze contestatoarei staţia de sortare/concasare din balastiera situată în Mihăileşti, Giurgiu, în eventualitatea câştigării licitaţiei.

În al treilea rând, costurile aferente funcţionării staţiei de sortare/concasare au fost incluse în analiza de preţ pentru obţinerea sorturilor, ceea ce înseamnă că aceste costuri au fost justificate sub toate aspectele (cost material natural, prelucrare şi transport). Dacă solicitările de clarificare ale ... ar fi vizat aceste aspecte înainte de a se ajunge la respingerea propunerii financiare pentru acest motiv, chestiunea ar fi fost clarificată de către contestatoare şi vătămarea nu ar mai fi avut loc.

De asemenea, contestatoarea învederează că padocurile pentru sorturi/agregate şi staţiile pentru producţia materiei prime (beton şi stabilizat cu ciment/asfalt) au fost incluse în planul Organizării de Şantier doar pentru că fişa de date le prevede ca fiind cerinţe minim obligatorii, iar nu pentru că aici ar fi urmat să fie poziţionată staţia de sortare/concasare.

În ceea ce priveşte costul montajului tuturor staţiilor, contestatoarea precizează că în art. 2.1 Organizarea şantierului (articol în privinţa căruia nu s-a solicitat nicio clarificare) sunt prevăzute mai multe costuri ale organizării de şantier, printre care şi montarea şi utilizarea staţiilor (costul de utilizare are în vedere costuri comune pentru toată organizarea de şantier, iar nu doar pentru staţii în mod exclusiv; astfel de costuri comune sunt apa, chiria terenului şi altele).

*- Oferta de Agregate Material de la Valina Ferm, prin care se pune la dispoziţia contestatoarei Sortul-Balast, ar prevedea preţul în lei fără indicarea TVA/to şi preţul de transport în lei fără indicarea TVA/km; Constituirea preţului pentru Agregate pentru betoane ar avea la bază necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm -furnizor conform propunerii tehnice.*

În realitate, ca orice furnizor de materiale de balastieră sau carieră care dispune de posibilitatea de a oferi transportul, şi Valina Ferm SRL şi-a propus un cost mediu de transport, ofertând o distanţă de transport medie; deşi oferta furnizorului se referă la lotul 2, ea a putut fi folosită şi în calculul propunerii financiare aferente lotului 3, deoarece oferta Valina Ferm SRL a fost făcută independent de locul organizării de şantier (comparativ, preţul ofertat de Heidelberg Cement este de 14 lei/tonă, cost de transport mediu pentru toate cele 3 loturi).

Costul transportului de balast a fost calculat de către contestatoare la oră, din cauza aglomeraţiei existente în permanenţă pe Centura Bucureşti. Pornind de la această premisă şi luând în considerare că autobasculantele contestatoarei au un cost de funcţionare orară de 136,06, a fost luat în considerare un timp de parcurgere a distanţei dintre balastieră şi organizarea de şantier de 45 min, ceea ce înseamnă că contestatoarea poate transporta 18.14 tone/h; raportat la costul orar, a rezultat un cost de trasport per tona de balast de 7.5 lei/tonă. La acesta s-a adăugat costul materiei prime (balastul), de 15 lei/tonă, rezultând un cost total 22.5 lei/tonă, ce a fost evidenţiat în analizele de preţ ale sorturilor/agregatelor făcute de contestatoare în regie proprie.

*- În descrierea de preţ pentru betoanele făcute de contestatoare, nu ar fi prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici;*

În realitate, apa constituie un element fundamental nu numai pentru producţia betonului, ci pentru întreaga funcţionare a organizării de şantier (birouri, utilizarea staţiilor, spălarea betonierelor), ce poate fi rezolvată prin realizarea puţurilor şi/sau conexiunea la reţeaua publică, motiv pentru care costurile aferente au fost alocate articolului 2.1. Organizarea Şantierului. Or, cu privire la acest articol, contestatoarea nu a primit nicio solicitare de clarificare din partea comisiei de evaluare.

Este absurdă ideea potrivit căreia costul apei ar trebui să fie inclus în costurile de producţie ale betonului, pentru simplul motiv că, dacă ar fi aşa, în analiza de preţ pentru realizarea betonului ar trebui inclus şi costul pentru chiria terenului unde este poziţionata staţia de beton, precum şi alte costuri pentru servicii la staţia de beton. Pentru acest motiv se foloseşte articolul 2.1 Organizarea de şantier: tocmai pentru a concentra într-un singur loc toate acele costuri aferente tuturor lucrărilor în globalitatea lor.

2) Răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări.

*- Rapoartele cu cantităţi pentru ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) ar cuprinde modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură; totalul privind săpătura nu ar fi însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate;*

În realitate, prin solicitarea de clarificare nr. 12B/3122/13.03.2018 a fost cerută „precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor". Or, toate elementele de calcul ce compun articolul 3.1.1. Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) au fost prezentate în cadrul clarificărilor oferite de către contestatoare, după cum urmează:

- Prin adresa nr. ACB 12 009-01.03.2018 Rasp. sol. clarif. financiar_2 (document pdf) - pagina 70;
- Prin adresa nr. ACB L2 010-16.03.2018 Rasp. sol. clarif. financiar_3 (document pdf) - captura de tabel de la pagina 4, prin care contestatoarea a justificat cantitatea de 104.782,7, redă cu exactitate însumarea valorilor din coloana „Cut Volume" a Anexei nr. 2.

*- Ar lipsi cantităţile estimate pentru scurgerea apelor;*

În realitate, cantităţile estimative şi modalitatea de calcul care a stat la baza acestora a fost transmisă prin adresa contestatoarei nr. ACB L2 009-01.03.2018 Rasp. sol . clarif. financiar_2 (document pdf) - pagina 70, prin raportare la documentaţia pusă la dispoziţia ofertanţilor.

Răsp. sol. clarif. financiar_3 (document pdf) - pagina 5.

Nu se poate sublinia îndeajuns că obiectul solicitării de clarificare din partea comisiei de evaluare a fost doar această estimare a cantităţilor, ceea ce contestatoarea a şi livrat iar nimic altceva.

De asemenea, contestatoarea arată că propunerea financiară aferentă lotului 3 a fost respinsă deoarece analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane făcute de aceasta, documentele anexate şi cele două răspunsuri de clarificare ale contestatoarei nu ar fi fost concludente în vederea corelării analizei financiare cu elementele propunerii tehnice, precum şi pentru că (2) Răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări ar fi doar parţial şi, deci, neconcludent.

Contestatoarea apreciază că niciunul din aceste motive nu este întemeiat, precizând în acest sens următoarele:

1) Analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane făcute de contestatoare:

*- Prin Planul de Situaţie al Organizării de Şantier, contestatoarea nu ar fi prevăzut staţii de sortare/concasare, ci doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate, iar comisia de evaluare nu ar fi regăsit informaţiile conform cărora balastul natural în şantier ar fi procesat în agregate pentru betoane (făcute de contestatoare);*

În primul rând, autoritatea contractantă a cerut justificări doar relativ la fundamentarea economică a modului de formare a preţului (material, manoperă, utilaj, transport) prin raportare la serviciile

furnizate sau metodele de construcţie utilizate. Metodele de construcţie utilizate au fost detaliate în propunerea tehnică a contestatoarei, pe care comisia de evaluare o considerase deja ca fiind conformă.

Prin adresa nr. ACB L3 009-01.03.2018 Răsp. sol. clarif. financiar_2 (document pdf) contestatoarea a transmis oferte de preţ pentru a justifica toate aprovizionările de materiale necesare lucrărilor, referitor la articolele pentru care fuseseră cerute justificări.

Între acestea, a fost prezentată şi oferta furnizorului Heidelberg Cement care a ofertat produse pentru carieră şi produse pentru balastieră (balast natural şi sorturi). Acest furnizor a fost declarat doar pentru produsele de carieră deoarece pentru cele de balastieră nu era competitiv cu piaţa (în ofertă se poate vedea un preţ de balast natural de 18 lei/tonă, faţă de 15 lei/tonă ofertat de Valina Ferm SRL, şi un cost de transport mediu de 14 lei pentru toate cele 3 loturi).

Aşadar, contestatoarea a optat pentru soluţia propusă în oferta sa financiară cu scopul conştient urmărit de a oferi un preţ competitiv pentru realizarea investiţiei, fără a renunţa nicicum la calitate.

În al doilea rând, motivul pentru care staţia de sortare/concasare nu a fost alocată organizării de şantier, chestiune cu privire la care autoritatea contractantă oricum nu a solicitat nicio clarificare, reprezintă expresia celei mai bune practici pe piaţa de construcţii de infrastructură de drumuri, în sensul că aceste staţii se poziţionează direct în balastieră, pentru a evita transportul materialelor inutile şi al deşeurilor, fapt ce ar ridica în mod nejustificat costul materiei prime - şi pentru a transporta doar materialul curat, care se prelucrează pentru beton sau pentru stabilizat cu ciment, aşa încât beneficiarul să se bucure de cea mai bună ofertă prin prisma raportului calitate- preţ. Această soluţie a fost agreată cu Valina Ferm SRL încă din 17.10.2017, această societate obligându-se să îi închirieze contestatoarei staţia de sortare/concasare din balastiera situată în Mihăileşti, Giurgiu, în eventualitatea câştigării licitaţiei.

În al treilea rând, costurile aferente funcţionării staţiei de sortare/concasare au fost incluse în analiza de preţ pentru obţinerea sorturilor, ceea ce înseamnă că aceste costuri au fost justificate sub toate aspectele (cost material natural, prelucrare şi transport). Dacă solicitările de clarificare ale autorităţii contractantă ar fi vizat aceste aspecte înainte de a se ajunge la respingerea propunerii financiare pentru acest motiv, chestiunea ar fi fost clarificată de către contestatoare şi vătămarea nu ar mai fi avut loc.

Contestatoarea precizează că padocurile pentru sorturi/agregate şi staţiile pentru producţia materiei prime (beton şi stabilizat cu ciment/asfalt) au fost incluse în planul Organizării de Şantier doar pentru că fişa de date  le prevede ca fiind cerinţe minim obligatorii, iar nu pentru că aici ar fi urmat să fie poziţionată staţia de sortare/concasare. În ceea ce priveşte costul montajului tuturor staţiilor, în art. 2.1 Organizarea şantierului (articol în privinţa căruia nu s-a solicitat nicio clarificare) sunt prevăzute mai multe costuri ale organizării de şantier,

printre care şi montarea şi utilizarea staţiilor (costul de utilizare are în vedere costuri comune pentru toată organizarea de şantier, iar nu doar pentru staţii în mod exclusiv; astfel de costuri comune sunt apa, chiria terenului şi altele).

*- Oferta de Agregate Material de la Valina Ferm, prin care se pune la dispoziţia contestatoarei Sortul-Balast, ar prevedea preţul în lei fără indicarea TVA/to şi preţul de transport în lei fără indicarea TVA/km; Constituirea preţului pentru Agregate pentru betoane ar avea la bază necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm -furnizor conform propunerii tehnice;*

în realitate, ca orice furnizor de materiale de balastieră sau carieră care dispune de posibilitatea de a oferi transportul, şi Valina Ferm SRL şi-a propus un cost mediu de transport, ofertând o distanţă de transport medie; deşi oferta furnizorului se referă la lotul 2, ea a putut fi folosită şi în calculul propunerilor financiare aferente loturilor 1 şi 3, deoarece oferta Valina Ferm SRL a fost făcută independent de locul organizării de şantier (comparativ, preţul ofertat de Heidelberg Cement este de 14 lei/tonă, cost de transport mediu pentru toate cele 3 loturi).

Costul transportului de balast a fost calculat de către contestatoare la oră, din cauza aglomeraţiei existente în permanenţă pe Centura Bucureşti. Pornind de la această premisă şi luând în considerare că autobasculantele contestatoarei au un cost de funcţionare orară de 136,06, a fost luat în considerare un timp de parcurgere a distanţei dintre balastieră şi organizarea contestatoarei de şantier de 45 min, ceea ce înseamnă că poate transporta 18.14 tone/h; raportat la costul orar, a rezultat un cost de trasport per tonă de balast de 7.5 lei/tonă. La acesta s-a adăugat costul materiei prime (balastul), de 15 lei/tonă, rezultând un cost total 22.5 lei/tonă, ce a fost evidenţiat în analizele de preţ ale sorturilor/agregatelor făcute de contestatoare în regie proprie.

*- În descrierea de preţ pentru betoane, contestatoarea nu ar fi prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici;*

În realitate, apa constituie un element fundamental nu numai pentru producţia betonului, ci pentru întreaga funcţionare a organizării de şantier (birouri, utilizarea staţiilor, spălarea betonierelor), ce poate fi rezolvată prin realizarea puţurilor şi/sau conexiunea la reţeaua publică, motiv pentru care costurile aferente au fost alocate articolului 2.1. Organizarea Şantierului. Or, cu privire la acest articol, contestatoarea nu a primit nicio solicitare de clarificare din partea comisiei de evaluare.

Este absurdă ideea potrivit căreia costul apei ar trebui să fie inclus în costurile de producţie ale betonului, pentru simplul motiv că, dacă ar fi aşa, în analiza de preţ pentru realizarea betonului ar trebui inclus şi costul pentru chiria terenului unde este poziţionata staţia de beton, precum şi alte costuri pentru servicii la staţia de beton. Pentru acest motiv se foloseşte articolul 2.1 Organizarea de şantier: tocmai pentru a

concentra într-un singur loc toate acele costuri aferente tuturor lucrărilor în globalitatea lor.

2) Răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări.

- Rapoartele cu cantităţi pentru ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) ar cuprinde modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură; totalul privind săpătura nu ar fi însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate;

În realitate, prin solicitarea de clarificare nr. 12B/3127/13.03.2018 a fost cerută „precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor". Or, toate elementele de calcul ce compun articolul 3.1.1. Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) au fost prezentate în cadrul clarificărilor oferite de către contestatoare, după cum urmează:

- Prin adresa nr. ACB L3 009-01.03.2018 Rasp. sol. clarif. financiar_2 (document pdf) - pagina 77;
- Prin adresa nr. ACB L3 010-16.03.2018 Rasp. sol. clarif. financiar_3 (document pdf) - captura de tabel de la pagina 5, prin care a justificat cantitatea de 23.430,41, redă cu exactitate însumarea valorilor din coloana „Cut Volume" a Anexei nr. 2.

- *Ar lipsi cantităţile estimate pentru scurgerea apelor;*

În realitate, cantităţile estimative şi modalitatea de calcul care a stat la baza acestora a fost transmisă prin adresa contestatoarei nr. ACB L3 009-01.03.2018 Rasp. sol . clarif. financiar_2 (document pdf), prin raportare la documentaţia pusă la dispoziţia ofertanţilor.

Prin adresele nr. 2092/30.04.2018 şi nr. 2093/30.04.2018, înregistrate la Consiliu sub nr. 17320/02.05.2018, SC ... SRL reprezentată convenţional de SCA ...., formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 3, în care solicită:

- respingerea contestaţiei ... ca tardiv formulată,
- respingerea capătului de cerere nr. 2 ca inadmisibil,
- pe fond, respingerea contestaţiei ca neîntemeiată/nefondată şi admiterea cererii de intervenţie.

Intervenienta invocă tardivitatea contestaţiei, având în vedere că autoritatea a transmis adresa de informare privind caracterul neconform şi inacceptabil al ofertei ... în data de 21.03.2018.

Notificarea prealabilă a fost transmisă în data de 02.04.2018, însă, cum menţionează chiar contestatoarea, ... nu a furnizat niciun răspuns.

Subsecvent, contestatoarea afirmă că a respectat termenul de 10 zile pentru formularea contestaţiei prin raportare la data la data de 10.04.2018 (adică la nu mai puţin de 8 zile de la data transmiterii notificării prealabile).

În calculul acestui termen extrem de permisiv, contestatoarea ia în considerare împrejurarea că a existat o "confirmare de primire în data de 04.04.2018".

Or, contestaţia formulată este tardivă faţă de prevederile art. 8 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, care prevăd că, în cazul în care autoritatea nu răspunde notificării prealabile în termenul de 3 zile prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea 101/2016, termenul pentru formularea contestaţiei începe să curgă din ziua următoare celei în care s-a împlinit termenul pentru răspunsul autorităţii.

Contestatoarea cunoştea data concretă la care a fost primită notificarea de către ... şi prin raportare la care se calculează termenul limită de răspuns de 3 zile (care, ca atare, a expirat în data 05.04.2018).

De asemenea, intervenienta precizează că ..., organ administrativ-jurisdicţional nu are competenţa de a declara o ofertă ca fiind admisibilă/inadmisibilă.

Potrivit legii, astfel de decizii sunt luate de către comisiile de evaluare formate la nivelul autorităţilor contractante. ..., prin completele sale specializate, poate valida/invalida actele şi deciziile comisiilor de evaluare, însă, sub nicio formă, nu se poate substitui acestora.

Decizia comisiei de evaluare de a declara neconformă şi inacceptabilă oferta ... este legală, pe fond, criticile contestatoarei fiind neîntemeiate.

Intervenienta susţine că comisia de evaluarea şi-a îndeplinit obligaţiile impuse de lege, transmiţând (chiar în două rânduri), solicitări de clarificare ofertantului Tirrena Scavi în vederea lămuririi neregulilor constate la nivelul ofertei.

Pentru ca, prin raportare la răspunsurile primite, în mod corect, să reţină caracterul neconform şi inacceptabil al ofertei depusă de ... cu luarea în considerare a sancţiunii prevăzute de art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 şi, respectiv, a celor prevăzute de art. 134 alin. (5), 136 alin. (3) şi 137 alin. (2) lit. g) din acelaşi act normativ.

Oferta Tirrena Scavi a fost respinsă pentru că:

a) lipsesc din ofertă staţiile necesare de sortare/concasare şi costurile aferente instalării şi funcţionării acestora;

b) lipsesc din ofertă operaţiunile de procesare a balastului natural în şantier în agregate pentru betoane şi, corelativ, costurile asociate;

c) oferta furnizorului declarat pentru agregate material prin care ar urma să se pună la dispoziţie sortul-balast prevede preţuri fără indicarea TVA;

d) preţul prevăzut pentru agregate pentru betoane are la bază o necorelare între preţul pentru balast natural în şantier şi preţul din oferta furnizorului nominalizat;

e) preţul cuprins în ofertă pentru betoane nu include costurile semnificative asociate folosirii apei;

f) din ofertă lipsesc cantităţile estimate pentru scurgerea apei;

g) rapoartele de cantităţi pentru ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) cuprind modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizare în analizele de preţ doar pentru operaţiunile de

decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură, iar totalul privind operaţiunile de săpătură nu este însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate;

h) răspunsurile de clarificare furnizate de ofertant sunt vădit neconcludente, acesta, pus în faţa lămuriri lipsurilor din oferta sa, a răstălmăcit în mod speculativ sensul altor elemente în încercarea de a arăta că, de fapt, elementele lipsă sunt incluse în cadrul altora ofertate (de ex. că staţia de sortare/concasare ar face parte din balastieră, că costul pentru montarea/utilizarea staţiei ar fi, de fapt, prins în costul general al organizării de şantier, etc.).

Verificarea fundamentării preţurilor şi a componentelor acestora nu este doar o simplă obligaţie a comisiei, ci reprezintă una dintre implicaţiile principale ale principiului asigurării unei competiţii reale şi corecte între ofertanţi.

Totodată, este de datoria comisiei (preocupată de utilizarea eficientă a fondurilor publice angrenate) de a se a asigura că preţurile ofertate sunt sustenabile şi că nu vor exista dificultăţi în executarea ulterioară a contractului.

Discuţia pe care o face contestatoarea în privinţa faptului că nu înţelege de ce propunerea sa financiară este neobişnuit de scăzută este irelevantă şi neîntemeiată (în condiţiile în care preţul ofertat este, de departe, cel mai mic din procedură), fiind, totodată, tardivă prin raportare la necontestarea solicitărilor de clarificări primite.

Raportul de expertiză extrajudiciară invocat, de asemenea, nu are o valoarea probatorie superioară afirmaţiilor subiective ale contestatoarei şi nu poate fi primit ca mijloc probant atât timp cât nu a fost solicitat şi administrat conform prevederilor legale aplicabile din Codul de Procedură Civilă, precum şi în condiţii de obiectivitate.

În privinţa neregulilor ofertei ... sub aspectul agregatelor pentru betoane, comisia a constatat corect că ofertantul nu a prevăzut staţiile de sortare/concasare şi că nu a inclus în oferta depusă asigurarea procesării balastului natural în şantier în agregate pentru betoane.

Contestatoarea pretinde şi existenţa unei înţelegeri cu un furnizor care s-ar fi obligat la data de 17.10.2017 să închirieze o staţie de sortare/concasare în balastieră în eventualitatea câştigării licitaţiei, însă nu prezintă dovada acestei înţelegeri şi nici condiţiile comerciale agreate care să fi fost luate în considerare în elaborarea propunerii financiare.

De asemenea, în privinţa demonstrării cerinţei specifice referitoare la asigurarea procesării balastului natural în şantier în agregate pentru betoane, nici măcar prin contestaţie, ... nu arată modul în care îndeplineşte cerinţa.

În realitate, ... a depusă o ofertă incompletă (ceea ce justifică în bună parte preţul deosebit de mic ofertat) şi, fiind pusă în faţa lămuriri elementelor lipsă, a încercat să acopere deficienţele prezentând explicaţii nesustenabile, fundamentate pe anomalii tehnice sau elemente speculative.

La fel, concluzia comisiei de evaluare potrivit căreia oferta de agregate materiale pentru punerea la dispoziţie a sortului-balast nu cuprinde şi TVA-ul aferent este, de asemenea, una corectă şi legală.

În timp ce explicaţiile prezentate cu privire la calculul costului de transport, dar nu pe KM astfel cum a fost inclus în oferta furnizorului, ci pe oră reprezintă o modificare în mod unilateral a unei oferte a furnizorului, ceea ce nu este permis. Chiar CNSC s-a pronunţat în acest sens recent, prin Decizia nr. ..., în care s-a reţinut că ofertanţii nu pot modifica ofertele primite de la furnizori/subcontractanţi, ci sunt ţinuţi să le respecte ca referinţe de costuri minime obligatorii, pentru că doar în felul acesta îşi pot fundamenta propria propunere financiară.

... a realizat calculul costului inclus în ofertă luând în considerare timpul de parcurgere al distanţei de la balastieră şi organizarea de şantier (stabilit în mod unilateral şi neprobat la 45 min) şi nu costul pe km) la care a aplicat considerentul că autobasculantele din dotare pot transporta 18,14 tone/oră (iarăşi un aspect nedovedit) şi costurile de bază.

Însă, tot acest calcul (creat evident pro causa) nu este susţinut de niciun alt element, nu rezultă din oferta furnizorului şi este efectuat prin luarea în considerare a unor pe elemente subiective şi neprobate, fiind ştiut că nu aşa poate fi justificat preţul unei oferte şi, cu atât mai mult, necorelarea evidentă între preţul pentru balast natural în şantier şi preţul din oferta furnizorului.

Motivul de neconformitate reţinut de comisia de evaluare prin raportare la neîncluderea corespunzătoare a folosirii apei în fabricarea betonului, cu consecinţa imediată a scăderii preţului ofertei, este, iarăşi, unul îndreptăţit. Oferta depusă de ... nu confirmă cele susţinute prin contestaţie.

Totodată, contestatoarea invocă faptul că clarificările aduse privind fundamentarea preţului ofertat sunt neconcludente.

Rapoartele de cantităţi pentru ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) cuprinde modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură, iar totalul privind operaţiunile de săpătură nu este însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate.

De asemenea, lipsesc din ofertă cantităţile estimate pentru scurgerea apei. Or, în asemenea context se explică preţul foarte scăzut ofertat de ....

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 18125/07.05.2018, ... SpA formulează punct de vedere cu privire la cererea de intervenţie accesorie formulată de către SC ... SRL prin care solicită respingerea acesteia.

Contestatoarea menţionează că cererea de intervenţie accesorie nu poate fi admisă în principiu deoarece ... SRL nu justifică un interes actual.

Contrar celor susţinute de ... SRL, acest ofertant nu justifică un interes actual în prezenta cauză, caz în care intervenţia sa accesorie nu poate fi admisă nici măcar în principiu.

Astfel, chiar dacă prin cererea de intervenţie s-ar urmări prevenirea încălcării unui drept subiectiv, acesta din urmă ar trebui deja să existe; or, în clipa de faţă, nu există niciun drept al ... SRL care ar fi încălcat în eventualitatea admiterii contestaţiei.

Într-adevăr, aşa cum rezultă chiar din cererea de intervenţie accesorie, oferta ... SRL a fost, la rândul ei, respinsă, ceea ce înseamnă că acest ofertant nu are un drept propriu-zis ce ar fi periclitat prin admiterea contestaţiei.

Intervenţia accesorie a ... SRL ar fi fost admisibilă în principiu dacă oferta sa ar fi fost declarată câştigătoare sau dacă procedura nu ar fi fost deja finalizată în ceea ce îl priveşte pe acest ofertant.

Numai în aceste două situaţii interesul ... SRL ar fi îndeplinit exigenţele art. 33 C. pr. civ.

Or, în clipa de faţă, soluţionarea contestaţiei nu influenţează cu nimic situaţia ... SRL: fie că se admite sau se respinge cererea contestatoarei, ... SRL este eliminată din procedura de atribuire a lotului 3. Mai mult nu există niciun folos practic pe care ... SRL l-ar dobândi intervenind în prezenta cauză.

În al doilea rând, ... SRL nu poate argumenta nici scopul preîntâmpinării producerii unei pagube iminente şi care nu s-ar putea repara în cazul în care nu ar interveni accesoriu în prezenta cauză.

Într-adevăr, în eventualitatea admiterii contestaţiei sale, ce face obiectul dosarului nr. 1234/2018, coroborată cu ipoteza admiterii contestaţiei ... Spa din prezentul dosar, drepturile sale ce ar lua naştere prin admiterea propriei sale contestaţii, transformând interesul de a acţiona dintr-unul virtual într-unul actual, vor putea fi apărate prin atacarea distinctă a deciziei autorităţii contractante de evaluare a ofertelor financiare ale contestatoarei, dacă va fi cazul.

Prin urmare, în clipa de faţă, ... SRL nu poate justifica niciun folos practic şi actual prin promovarea acestei cereri de intervenţie accesorie în interesul autorităţii.

De asemenea, contestatoarea menţionează că excepţia tardivităţii este inadmisibilă pentru că pe calea unei intervenţii accesorii nu se poate lărgi cadrul procesual sub aspectul obiectului litigiului, ci numai al părţilor, deoarece prin această formă de intervenţie terţul nu face decât să suplimenteze apărările uneia dintre părţile din proces, iar nu şi cererile şi excepţiile acesteia.

Natura juridică a intervenţiei accesorii nu face obiectul niciunei controverse în literatura de specialitate.

Intervenţia voluntară accesorie are un scop limitat, deoarece terţul nu invocă o pretenţie proprie şi nu urmăreşte obţinerea unei hotărâri prin care părţile iniţiale să fie condamnate faţă de el, ci tinde, prin apărările pe care le face, ca instanţa să pronunţe o soluţie în favoarea

părţii pentru care a intervenit. Ca natură juridică, intervenţia voluntară accesorie este o simplă apărare, iar din această calificare decurg, consecinţe practice deosebit de importante în ceea ce priveşte regimul juridic al intervenţiei accesorii.

Constituind o cerere incidentală prin care terţul nu invocă un drept propriu, ci doar sprijină pe reclamant sau, după caz, pe pârât, intervenţia voluntară accesorie duce la lărgirea cadrului procesual numai sub aspectul părţilor, nu şi al obiectului litigiului.

Excepţia este şi tardiv invocată, deoarece intervenientul accesoriu devine parte doar după admiterea în principiu a cererii sale (art. 65 alin. (1) C. pr. civ.) şi preia procedura în starea în care aceasta se află în momentul admiterii intervenţiei (art. 65 alin. (2) C. pr. civ.).

Or, momentul până la care putea fi invocată excepţia tardivităţii introducerii contestaţiei a fost, sub sancţiunea expresă a decăderii, acela al depunerii punctului de vedere al autorităţii contractante faţă de contestaţia contestatoarei, respectiv în 5 zile lucrătoare de la data primirii contestaţiei, conform art. 18 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 101/2016

Totodată, contestatoarea susţine că excepţia este şi nefondată, având în vedere că au fost respectate toate termenele prevăzute de lege pentru introducerea prezentei contestaţii, după cum urmează: actele ce fac obiectul contestaţiei au fost comunicate în 21.03.2018. Termenul de 10 zile pentru introducerea notificării prealabile a început să curgă la 22.03.2018 şi a expirat la sfârşitul zilei de 31.03.2018 (sâmbătă), fiind automat prelungit până la sfârşitul primei zile lucrătoare, respectiv 02.04.2018 (luni), conform art. 5 din Legea nr. 101/2016. Notificarea prealabilă a fost expediată către autoritate la data de 02.04.2018, fiind recepţionată de către aceasta la data de 04.04.2018, potrivit notei de inventar şi confirmării de primire.

Termenul de 3 zile în care autoritatea trebuia să comunice dacă adoptă măsuri de remediere a început să curgă în 05.04.2018 - şi a expirat la sfârşitul zilei de 07.04.2018 (sâmbătă), fiind automat prelungit până la sfârşitul primei zile lucrătoare, respectiv 10.04.2018 (marţi, în condiţiile în care luni - a doua zi de Paşte a fost zi liberă legal, potrivit art. 139 alin. (1) C. Muncii), conform art. 5 din Legea nr. 101/2015;

Termenul de 10 zile pentru introducerea contestaţiei a început să curgă la 11.04.2018 şi expirat la sfârşitul zilei de 20.04.2018 (vineri), conform art. 8 alin. (1) lit. a) şi alin. (2) lit. b);

Contestaţia a fost depusă la CNSC şi la ..., prin registratură, la data de 20.04.2018 (vineri), cu respectarea tuturor termenelor. evidenţiate mai sus.

Pe fond, contestatoarea apreciază că este irelevant că staţia de sortare/concasare nu a fost alocată organizării de şantier, în condiţiile în care justificările au fost cerute de comisia de evaluare doar relativ la fundamentarea economică a modului de formare a preţului (material, manoperă, utilaj, transport) prin raportare la serviciile furnizate sau

metodele de construcţie utilizate. Or, costurile staţiei pentru procesarea balastului au fost puse la dispoziţia comisiei de evaluare în cadrul analizelor de preţ pentru obţinerea sorturilor, ceea ce înseamnă că fundamentarea economică a modului de formare a preţului a fost justificată sub acest aspect.

... SRL neagă că felul în care a procedat contestatoarea - poziţionarea staţiei de sortare/concasare direct în balastieră pentru evitarea transportării materialelor inutile şi a deşeurilor - reprezintă expresia celei mai bune practici în materie, însă fără a invoca niciun argument şi fără a produce nicio dovadă în acest sens. Pe de altă parte, chiar ... SRL recunoaşte vasta experienţă a contestatoarei şi care justifică soluţiile la care a ajuns după zeci de ani şi sute de kilometri de infrastructură de drumuri construite în România.

Afirmaţia potrivit căreia ar exista o concluzie a comisiei de evaluare privind faptul că oferta de agregate materiale pentru punerea la dispoziţie a sortului-balast nu ar cuprinde şi TVA-ul aferent (para. 31 al cererii de intervenţie accesorie) este lipsită de orice suport real.

În ceea ce priveşte costul de transport, este irelevant că oferta furnizorului nu a fost emisă expres pentru lotul 3, din moment ce aceasta a fost făcută independent de locul organizării de şantier. Oricum, precizarea a avut doar rolul de a evidenţia costul mai mare de transport ofertat de furnizor, însă transportul urma să fie realizat cu propriile camioane ale contestatoarei, deci costul de transport al furnizorului nu intră, efectiv, sub acest aspect, în componenţa ofertei contestatoarei.

Calculul relativ la costul orar al transportului a fost făcut doar pentru scopul prezentei contestaţii şi pentru ilustrarea unei corecte justificări a preţului ofertat. Această chestiune nu a făcut obiectul niciunei solicitări din partea comisiei de evaluare.

... SRL ignoră că, prin fişa de date, au fost cerute, ca utilaje minime, 17 autobasculante pentru execuţia lucrărilor. Prin urmare, este firect ca aceste autobasculante să fie luate în calculul costurilor de transport, al săpăturilor, al umpluturilor şi al transportului materialelor de balastieră.

Toate costurile cu apa au fost alocate articolului 2.1 Organizarea de şantier, de care aparţin în mod firesc. Pe de altă parte, contestatoarea nu a primit nicio solicitare de clarificare din partea comisiei de evaluare cu privire la acest articol.

În ceea ce priveşte modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură, prin solicitarea de clarificare nr. 12B/3127/13.03.2018 a fost cerută „precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor". Or, toate elementele de calcul ce compun articolul 3.1.1. Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) au fost prezentate în cadrul clarificărilor oferite de către contestatoare.

Prin adresa nr. 92/32787/14.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 19276/14.05.2018, autoritatea contractantă formulează punct de

vedere cu privire la contestaţia formulată de ... SpA, în care, în ceea ce priveşte procesul de evaluare a propunerii financiare depuse de contestatoarea pentru lotul 2, menţionează că în virtutea obligaţiilor prevăzute de legislaţia în materia achiziţiilor publice, comisia de evaluare a verificat propunerea financiară a contestatoarei, solicitând o serie de clarificări necesare pentru evaluarea ofertei sale. Totodată, astfel cum rezultă din procesele verbale şi din grilele de evaluare elaborate de comisia de evaluare, propunerile financiare ale tuturor ofertanţilor admişi în această etapă au fost verificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin.(2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările si completările ulterioare.

Oferta depusă pentru lotul 2, a fost declarată neconformă potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. d) din HG 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, şi inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5), art. 136 alin.(3) şi art. 137 alin. (2) lit. g) din acelaşi act normativ, fiind totodată respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ca urmare a răspunsurilor incomplete, neconcludente furnizate, respectiv ca urmare a necorelării propunerii financiare cu elementele propunerii tehnice.

Astfel, analizând propunerea financiară a Asocierii, comisia de evaluare a constatat că preţul ofertat reprezintă 63,45% din valoarea estimată a contractului şi i-a solicitat, prin adresa nr. 12B/2200/20.02.2018, în conformitate cu prevederile art. 136 alin. (1) şi (2) din HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 210 alin. (1) şi (2) din Legea nr.98/2016, justificarea preţului ofertat prin detalierea:

a) fundamentării economice a modului de formare a preţului (material, manopera, utilaj, transport) prin raportare la serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiilor tehnice adoptate şi/sau oricăror condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor;

c) originalităţii lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectării obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea 98/2016;

e) respectării obligaţiilor prevăzute la art. 218 din Legea nr 98/2016;

f) posibilităţii ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat, pentru următoarele articole:

i. Activitate: Preconstrucţie şi Mediu - ref.2.3.3. împrejmuire gard 1,50 m

ii. Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole,şanţuri)

iii. Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.3. Suprastructură

iv. Categoria de lucrări DRUM - Intersecţii fără acces la autostrada (drumuri judeţene, comunale, exploatare) - ref . 3.3.1 DJ 401A 72+200

v. Categoria de lucrări DRUM - Intersecţii fără acces la autostradă (drumuri judeţene, comunale, exploatare) - ref 3.3.4. DE km 79+300

vi. Categoria de lucrări DRUM - Intersecţii fără acces la autostrada (drumuri judeţene, comunale,exploatare) - ref. 3.3.6. DC 20 km 83+000

vii. Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.5. Imbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului

viii. Categoria de lucrări PODURI ŞI PASAJE- ref.5.1.3. Pod pe Autostrada peste Râul Sabar Km 73+518.75

Prin răspunsul la solicitarea de clarificare, Asocierea a transmis comisiei de evaluare următoarele justificări şi documente în susţinerea preţului ofertat:

a) În ceea ce priveşte fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la, serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate:

- a anexat un extras din registrul de magazie 2017 al liderului Asocierii „... S.p.A.", care cuprinde preţuri de achiziţie pentru principalele materiale de construcţie precum şi pentru materiale auxiliare (combustibili, lubrifianţi, etc.), informaţii care au fost utilizate în procesul de elaborare a ofertei;
- a anexat ofertele de preţ primite de la diverşi furnizori de materiale de construcţii (inclusiv de la cei indicaţi la punctul VII al Formularului nr. 4 - propunerea tehnică), pe durata perioadei de elaborare a ofertelor, oferte de preţ care au fost utilizate, de asemenea, la elaborarea preţurilor (Anexa nr. 2);
- a anexat analizele de preţ pentru articolele indicate în solicitarea de clarificări (Anexa nr. 3).

De asemenea, ofertantul a precizat că din conţinutul analizelor de preţ grupate în Anexa nr. 3 pot fi vizualizaţi şi indicatorii salariali utilizaţi pentru construirea preţurilor, superiori prevederilor legale în vigoare la data prezentării ofertei, conform HG nr. 1/2017, art. I.

b) În ceea ce priveşte soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor:

- a precizat că deţine o vastă şi îndelungată experienţă în sectorul activităţii de construcţii aferent domeniului infrastructurii de transport rutier, experienţă demonstrată şi materializată, printre altele, şi în România în decursul ultimilor 23 de ani, iar această experienţă a fost fructificată la redactarea şi formularea unor soluţii care au adoptat metode tehnice şi de execuţie în pas cu cele mai recente şi evaluate tehnologii în domeniu.

c) Cu privire la originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant:

- a precizat că a redactat şi formulat propria propunere tehnică şi economică, beneficiind de faptul că a construit şi finalizat, în beneficiul autorităţii contractante, lucrările „Autostrada Timişoara - Lugoj Lot 2", având în derulare lucrările de construcţie corespunzătoare proiectului „Autostrada Sebeş - Turda Lot 3". A menţionat, de asemenea, faptul că, oferta formulată şi prezentată pentru prezenta procedură de atribuire s-a bazat pe date concrete derivate din experienţa pe termen lung, precum şi din experienţa recentă a lucrărilor autostradale aflate în construcţie.

d) În ceea ce priveşte respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: Ofertantul a declarat că la elaborarea ofertei a ţinut cont de obligaţiile prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea nr.98/2016 şi că va ţine cont de acestea pe toată durata contractului.

e) Referitor la respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 218 din Legea 98/2016: Ofertantul a declarat că la elaborarea ofertei a ţinut cont de obligaţiile prevăzute la art. 218 din Legea nr. 98/2016 şi că va ţine cont de acestea pe toată durata contractului.

f) Cu privire la posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat: A declarat că „nu este cazul".

Analizând explicaţiile oferite şi documentele justificative transmise de ofertant prin răspunsul la clarificare, comisia de evaluare a constatat că documentele justificative privind fundamentarea economică a modului de formare a preţului nu sunt identificate/indicate în analizele de preţ prezentate şi că lipsesc analizele de preţ pentru materialele specificate ca fiind făcute de ofertant.

Totodată, ca urmare a estimării volumelor şi suprafeţelor din documentaţia tehnică faza SF (parte a documentaţiei de atribuire), comisia de evaluare a constatat o diferenţă semnificativă privind cantităţile utilizate în analizele de preţ pentru categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) şi pentru categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.5. Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului.

Prin urmare, comisia de evaluare a transmis o nouă clarificare, prin adresa nr. 12B/3122/13.03.2018, prin care a solicitat ofertantului:

1) să indice/ coreleze preţurile utilizate pentru justificarea fundamentării economice a modului de formare a preţului pentru analizele de preţ transmise şi documentele anexate la răspunsul la solicitarea de clarificare;

2) să clarifice modul de fundamentare a preţului pentru Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) şi Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.5.Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului, prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate, respectiv metodele de construcţie utilizate, cu precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor, având în vedere respectarea cerinţelor din documentaţia de atribuire.

În cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificare, cu privire la prima întrebare a comisiei de evaluare, ofertantul a precizat că analizele de preţ pentru materialele specificate ca fiind „făcute de noi", respectiv Beton C8/10, Beton C12/ 15, Beton C25/ 30, Beton C25/ 30 în coloane forate, Beton C30/ 37, Beton 35/45, Agregate pentru betoane, Sort pentru stabilizat cu ciment, emulsie bituminoasă se regăsesc în cadrul răspunsului postat în SEAP sub codul ACB L2 009-01.03.2018, Rasp. sol. clarif. financiar_2, de la pagina pdf 157 la pagina pdf 165.

De asemenea, ofertantul a menţionat că materialele specificate ca „făcute de noi" sunt acele materiale care urmează să fie realizate din producţie proprie, aspect care presupune achiziţionarea materiei prime, de exemplu balastul natural şi, prin utilizarea staţiilor proprii de sortare, obţinerea sorturilor pentru stabilizat cu ciment şi a agregatelor pentru betoane. Sorturile pentru stabilizatul cimentat sunt apoi procesate în staţia de ciment împreună cu cimentul (doroport) pentru obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform cerinţelor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate. Agregatele pentru betoane sunt procesate în staţia de betoane împreună cu ciment şi alte materiale minore până la obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform claselor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate.

Faţă de justificările şi explicaţiile furnizate de Asociere, astfel cum au fost mai sus expuse, comisia de evaluare a constatat că răspunsul este neconcludent, luând în considerare următoarele aspecte:

- convulutul ACB-L1 TEH 1.8.pdf pag. 14 din pdf (propunerea tehnică), în care ofertantul declară că Balastul va fi achiziţionat de la firma Valina Ferm, având o distanţă până la traseul proiectului de 17.11 km;

- convulutul ACB-L1 TEH 1.8, descrierea Organizării de Şantier, pag. 2-3, Planul de Situaţie al Organizării de Şantier pag. 6 (propunerea tehnică), prin care ofertantul nu a prevăzut staţii de sortare/concasare, în planul de situaţie al Organizării de Şantier fiind prevăzute doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate; Comisia de evaluare nu regăseşte informaţiile conform cărora balastul natural în şantier este procesat în agregate pentru betoane („făcute de noi”);

- oferta de Agregate Material de la Valina Ferm, nr. 468/17.10.2017, prin care se pune la dispoziţie Ofertantului Sortul - Balast cu preţul în lei fără TVA/to şi preţ transport în lei fără TVA/km, transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L2 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare;

- constituirea preţului pentru Agregate pentru betoane („făcute de noi”) care are la bază Balast natural în şantier cu preţul diferit de oferta de preţ anexată în lei/to, transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L2 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare;

Comisia de evaluare a sesizat necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm - furnizor conform propunerii tehnice;

- solicitarea de clarificare nr. 12B/3122 din data 13.03.2018, prin care comisia de evaluare a revenit şi a solicitat clarificări privind indicarea/corelarea preţurilor utilizate pentru justificarea fundamentării economice a modului de formare a preţului, pentru analizele de preţ transmise şi documentele anexate la răspunsul la solicitarea de clarificări;

- răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare nr. 010/ACB/L-2 din data 16.03.2018 prin care ofertantul face trimitere la răspunsul anterior;

- în analiza de preţ înaintată de ofertant pentru Agregate pentru betoane („făcute de noi”), preţurile pentru agregate care se regăsesc în analizele de preţ pentru beton C20/25 în coloane forate, C12/15, C25/30, C30/37; C35/45, materiale ce intră atât în componenţa realizării lucrărilor de artă cât şi a podeţelor;

- faptul că în descrierea de preţ pentru betoanele („făcute de noi”), anterior menţionate, nu a prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici, conform claselor de rezistenţă şi standardelor de calitate pe care le-a menţionat în răspuns.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că atât analiza de preţ înaintată pentru Agregate pentru betoane („făcute de noi”) împreună cu documentele transmise, cât şi cele două răspunsuri la solicitările de clarificare ale comisiei de evaluare, nu sunt concludente, analizele financiare prezentate nefiind corelate cu elementele propunerii tehnice.

În ceea ce priveşte cea de-a doua întrebare a comisiei de evaluare, în răspunsul transmis, ofertantul a precizat că în răspunsul anterior nr. 009/ACB-L2 din data 01.03.2018 a prezentat fundamentările preţurilor cerute. Totodată, a menţionat că modalităţile de elaborare a propunerii tehnice şi a propunerii financiare au, printre altele, la bază, vasta şi îndelungata experienţă a liderului Asocierii, „... S.p.A." în domeniul proiectării şi construcţiei de infrastructură de transport rutier, experienţa demonstrată şi materializată şi în România.

În susţinerea acestor argumente, a anexat răspunsului la solicitarea de clarificare următoarele:

- explicaţia subcontractantului de specialitate pentru activitatea de proiectare privind modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ pentru categoria de lucrări "DRUM - ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri)", respectiv categoria de lucrări "CONSOLIDĂRI - ref. 4.5 Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului", corespunzătoare lotului 2 (Anexa nr. 1);
- raportul cu cantităţi pentru „Lotul 2: km 69+000-km 85+300 aferent Centura Sud";

De asemenea, ofertantul a afirmat că la elaborarea ofertei, în integralitatea ei, Asocierea ... S.p.A. - ... S.A. şi-a însuşit şi a avut în vedere toate prevederile documentaţiei de atribuire, inclusiv pe cele ale condiţiilor speciale de contract, articolele 4.11 si 14.1 .(a)

Analizând justificările oferite de Asociere, precum şi documentele anexate, comisia de evaluare a constatat că răspunsul la clarificare este neconcludent, deoarece la solicitarea de clarificări suplimentară, ofertantul a răspuns parţial, astfel:

- în rapoartele cu cantităţi pentru 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) este prezentată modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ, cantităţi doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură, umplutură;
- totalul privind săpătura nu este însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate,
- lipsesc cantităţile estimate pentru scurgerea apelor (3.1.1.4: rigole de acostament, element turnat monolit pentru racordare rigolă, dispersoare energiei la picior casiu, casiuri pe taluz, şanţuri pereate, element turnat monolit pentru racordare casiu, rigola pereată în zona mediană, dren longitudinal), categorii de lucrări pe care însă ofertantul le-a cuprins în analiza de preţ transmisă cu nr. 009/ACB-L2 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificări nr. 12B /2200/ 20.02.2018.

În concluzie, pentru motivele mai sus enuntate, comisia de evaluare a respins oferta depusă de Asocierea contestatoare ca neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, şi inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5), art. 136 alin. (3) şi art. 137 alin. (2) lit. g) din acelaşi act normativ.

Referitor la netemeinicia motivelor de respingere a ofertei invocată de contestatoare,

a) Cu privire la analiza de preţ pentru agregate pentru betoane, autoritatea contractantă menţionează că:

- În documentul ACB-L2 TEH 1.8.pdf, parte a propuneri tehnice, la pag. 14, ofertantul declară că balastul va fi achiziţionat de la firma Valina Ferm, şi a calculat distanţa până la traseul proiectului de 17.11km;
- În documentul ACB-L2 009-01.03.2018 de răspuns la solicitarea comisiei de evaluare nr. 12B/2200/20.02.2018 privind fundamentarea preţului, la pag.36, ofertantul anexează "OFERTA AGREGATE MINERALE" nr. 468/17.10.2017, de la SC ... SRL, în care se specifică preţul balastului de 15,00 lei / to fără TVA şi preţul transportului de 4.00 lei/km fara TVA;
- În justificarea de către ofertant a preţului pentru Agregate pentru betoane („făcute de noi”) care are la bază Balast natural în şantier apare un preţ diferit de oferta de preţ anexată în lei/to transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L2 din data 01.03.2018. Comisia de

evaluare a sesizat necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm - furnizor conform propunerii tehnice;

- Inclusiv în contestaţie se afirmă că furnizorul Heidelberg Cement a fost declarat în propunerea tehnică "doar pentru produse de carieră", dar la propunerea financiară au utilizat oferta acestuia pentru balast pentru "un pret competitiv", iar din calcul 18 lei /to balast furnizat de Heidelberg Cement şi "cost de transport mediu de 14 lei pentru toate cele trei loturi" nu rezultă costul de 22,50 pentru balast natural în şantier inclus de ofertant în analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane („făcute de noi”) - pag. 163 din ACB L2 009-01.03.2018 Rasp. sol. clarif. financiar_2 ....

Calculul prezentat în contestaţie a fost solicitat de către comisia de evaluare prin adresa nr. 12B/3122/13.03.2018, la care ofertantul a ales să răspundă incomplet, neconcludent: "Materialele specificate ca „făcute de noi" sunt acele materiale care urmează să fie realizate din producţie proprie. Aceasta presupune achiziţionarea materiei prime, de exemplu balastul natural şi, prin utilizarea staţiilor de sortare, obţinerea sorturilor pentru stabilizat cu ciment şi a agregatelor pentru betoane; sorturile pentru stabilizatul cimentat sunt apoi procesate în staţia de ciment împreună cu cimentul (doroport) pentru obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform cerinţelor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate; agregatele pentru betoane sunt procesate în staţia de betoane împreună cu ciment şi alte materiale minore până la obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform claselor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate", justificând că fundamentarea preţului a fost făcută în răspunsul la solicitarea de clarificări anterioară - "răspunsului nostru postat pe SEAP sub codul ACB L2 009-01.03.2018 Rasp. sol. clarif. fin._2 , de la pagina pdf 157 la pagina pdf 165"

În ceea ce priveşte intenţia din propunerea financiară a ofertantului de procesare (sortare/concasare) agregate naturale, în propunerea tehnică depusă de acesta nu sunt incluse referinţe privind metodologii, proceduri de lucru, planuri de verificare a calităţii, etc. referitoare la acest tip de lucrare.

Precizările referitoare la faptul că "apa constituie un element fundamental" şi justificarea că aceasta se rezolvă "prin realizarea puţurilor şi / sau conexiunea la reţeaua publică", fiind introdusă în art. 2.1 Organizarea de şantier, sunt parţial aplicabile.

Organizarea de şantier este aferentă activităţii de preconstrucţie şi mediu, fiind separat preţuită în Graficul de plăţi, în timp ce furnizarea apei necesare activităţilor de construcţie este necesară pe toată durata de execuţie a lucrărilor.

În propunerea financiară - ACB-L2 FINI Tirrena, pagina 24, în Fluxul de numerar, nu sunt prevăzute costuri decât pentru:

FAZA 1 "Montarea instalaţiilor provizorii ale Antreprenorului, inclusiv pregătirea incinte şantier, birouri, laboratorul de şantier, ateliere" - patru luni (iunie-septembrie 2018);

FAZA 2 "Demontarea tuturor instalaţiilor provizorii ale Antreprenorului şi aducerea terenurilor la condiţia iniţială)" - 2 luni ( noiembrie, decembrie 2020);

Prin urmare, afirmaţia că aceste costuri sunt alocate organizării de şantier nu este susţinută de conţinutul propunerii financiare a ofertantului, neexistând sume alocate organizării de şantier pe întreaga durată de realizare a lucrărilor.

În ultimul rând, având în vedere că "apa constituie un element fundamental" nu ar trebui să fie "rezolvată ...şi / sau...", ci ar trebui cunoscute în momentul ofertării sursa / calitatea / modalitatea de furnizare, şi indiferent de sursa existentă, ar trebui cunoscute costurile pentru utilizare (costul energiei pentru scoaterea din puţuri, respectiv costul apei furnizate de reţeaua publică).

b) Referitor la fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări, autoritatea contractantă menţionează că solicitarea de clarificări privind fundamentarea preţurilor pentru - Categoria de lucrări DRUM - ref. Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri),- Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. Îmbunătăţire bază rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate, respectiv metodele de construcţie utilizate, cu precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor, având în vedere respectarea cerinţelor din documentaţia de atribuire, a fost transmisă tuturor ofertanţilor în SEAP, având în vedere cerinţele exprese ale documentaţiei de atribuire pentru aceste lucrări.

Ofertantul, prin răspunsul său la solicitările de clarificări, a ales să răspundă parţial, transmiţând doar modul de estimare a volumelor de terasamente (decapare strat vegetal, săpătură, umplutură), amintind generic unele din elementele de scurgere a apelor (rigole de acostament, casiuri, rigola din zona mediană, şanţuri betonate), fără a preciza modul de obţinere a cantităţilor prezentate în analiza de preţ transmisă în răspunsul la clarificările anterioare şi fără a ţine seama că elementele de scurgere a apelor se dimensionează de asemenea în funcţie de cotele utilizate la estimarea volumelor (de ex. lungimea casiurilor şi dispunerea acestora sunt influenţate de înălţimea rambleurilor).

În ceea ce priveşte procesul de evaluare a propunerii financiare depuse de ofertantul Asocierea ... SpA - Societatea de ... SA pentru lotul 3, autoritatea contractantă menţionează că în virtutea obligaţiilor prevăzute de legislaţia în materia achiziţiilor publice, comisia de evaluare a verificat propunerea financiară a contestatoarei, solicitând o serie de clarificări necesare pentru evaluarea ofertei sale. Totodată, astfel cum rezultă din procesele verbale şi din grilele de evaluare elaborate de comisia de evaluare, propunerile financiare ale tuturor ofertanţilor admişi

în această etapă au fost verificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare.

Referitor la oferta depusă pentru lotul 3, aceasta a fost declarată neconformă potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 cu modificările si completările ulterioare şi inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5), art. 136 alin. (3) şi art. 137 alin. (2) lit. g) din acelaşi act normativ, fiind totodată respinsă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ca urmare a răspunsurilor incomplete, neconcludente furnizate, respectiv ca urmare a necorelării propunerii financiare cu elementele propunerii tehnice.

Astfel, analizând propunerea financiară a Asocierii, comisia de evaluare a constatat că preţul ofertat reprezintă 66% din valoarea estimată a contractului şi i-a solicitat, prin adresa nr. 12B/2205/20.02.2018, în conformitate cu prevederile art. 136 alin. (1) şi (2) din HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 210 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016, justificarea preţului ofertat prin detalierea:

a) fundamentării economice a modului de formare a preţului (material, manoperă, utilaj, transport) prin raportare la serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiilor tehnice adoptate şi/sau oricăror condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor;

c) originalităţii lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectării obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea 98/2016;

e) respectării obligaţiilor prevăzute la art. 218 din Legea nr. 98/2016;

f) posibilităţii ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat, pentru următoarele articole:

Grafic de plăţi Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud

i. Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri).

ii. Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.4. Îmbunătăţire baza rambleu Autostradă cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului

iii. Categoria de lucrări PODURI ŞI PASAJE- ref.5.1.2. PASAJ PE AUTOSTRADA PESTE CF BUCUREŞTI - CRAIOVA KM 93+396.16

B. Grafic de Plăţi Sector 1. Km 52+070-Km 52+770 aferent Centura Nord

iv. Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri)

v. Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.3. Suprastructură

vi. Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.4. Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului

Prin răspunsul la solicitarea de clarificare, ofertantul a transmis comisiei de evaluare următoarele justificări şi documente în susţinerea preţului ofertat:

a) În ceea ce priveşte fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la, serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate:

- a anexat un extras din registrul de magazie 2017 al liderului Asocierii „...S.p.A.", care cuprinde preţuri de achiziţie pentru principalele materiale de construcţie precum şi pentru materiale auxiliare (combustibili, lubrifianţi, etc.), informaţii care au fost utilizate în procesul de elaborare a ofertei;
- a anexat ofertele de preţ primite de la diverşi furnizori de materiale de construcţii (inclusiv de la cei indicaţi la punctul VII al Formularului nr. 4 - propunerea tehnică), pe durata perioadei de elaborare a ofertelor, oferte de preţ care au fost utilizate, de asemenea, la elaborarea preţurilor;
- a anexat analizele de preţ pentru articolele indicate în solicitarea de clarificări.

De asemenea, a precizat că din conţinutul analizelor de preţ grupate în Anexa nr. 3 pot fi vizualizaţi şi indicatorii salariali utilizaţi pentru construirea preţurilor, superiori prevederilor legale în vigoare la data prezentării ofertei, conform HG nr. 1/2017, art. I.

b) În ceea ce priveşte soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor.

- a precizat că deţine o vastă şi îndelungată experienţa în sectorul activităţii de construcţii aferent domeniului infrastructurii de transport rutier, experienţă demonstrată şi materializată, printre altele, şi în România în decursul ultimilor 23 de ani, iar această experienţă a fost fructificată la redactarea şi formularea unor soluţii care au adoptat metode tehnice şi de execuţie în pas cu cele mai recente şi evaluate tehnologii în domeniu.

c) Cu privire la originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant:

- a precizat că a redactat şi formulat propria propunere tehnică şi economică, beneficiind de faptul că a construit şi finalizat, în beneficiul autorităţii contractante, lucrările "Autostrada Lugoj - Deva Lot 1" şi „Autostrada Timişoara - Lugoj Lot 2", având în derulare şi lucrările de construcţie corespunzătoare proiectului „Autostrada Sebeş - Turda Lot 3".
- a precizat că oferta formulată şi prezentată pentru prezenta procedură de atribuire s-a bazat pe date concrete derivate din experienţa

pe termen lung, precum şi din experienţa recentă a loturilor de autostradă aflate în construcţie.

d) În ceea ce priveşte respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea 98/2016: Ofertantul a declarat că la elaborarea ofertei a ţinut cont de obligaţiile prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea nr.98/2016 şi că va ţine cont de acestea pe toată durata contractului.

e) Referitor la respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 218 din Legea nr. 98/2016:

Ofertantul a declarat că la elaborarea ofertei a ţinut cont de obligaţiile prevăzute la art. 218 din Legea nr. 98/2016 şi că va ţine cont de acestea pe toată durata contractului.

f) Cu privire la posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat: A declarat că „nu este cazul".

Analizând explicaţiile oferite şi documentele justificative transmise de ofertant prin răspunsul la clarificare, comisia de evaluare a constatat că documentele justificative privind fundamentarea economică a modului de formare a preţului nu sunt identificate / indicate în analizele de preţ prezentate şi că lipsesc analizele de preţ pentru materialele specificate ca fiind făcute de ofertant.

Totodată, ca urmare a estimării volumelor şi suprafeţelor din documentaţia tehnică faza SF (parte a documentaţiei de atribuire), comisia de evaluare a constatat o diferenţă semnificativă privind cantităţile utilizate în analizele de preţ pentru Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) şi pentru Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.5.(4.4.) Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conf. Cerinţe Beneficiar.

Prin urmare, comisia de evaluare a transmis o nouă clarificare, prin adresa nr. 12B/3127/13.03.2018, prin care a solicitat ofertantului:

1) să indice/ coreleze preţurile utilizate pentru justificarea fundamentării economice a modului de formare a preţului pentru analizele de preţ transmise şi documentele anexate la răspunsul la solicitarea de clarificare;

2) să clarifice modul de fundamentare a preţului pentru

A. Grafic de Plăţi Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud - Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri)

- Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.5.Îmbunatăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului,

B. Grafic de Plăţi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord

- Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri)
- Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.4. Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului, prin raportare la procesul de producţie, serviciile

furnizate, respectiv metodele de construcţie utilizate, cu precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor, având în vedere respectarea cerinţelor din documentaţia de atribuire.

În cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificare, cu privire la prima întrebare a comisiei de evaluare, Asocierea a precizat că analizele de preţ pentru materialele specificate ca fiind „făcute de noi", respectiv Beton C8/ 10, Beton C12/ 15, Beton C35/ 45, Beton C30/ 37, Beton C25/ 30, Beton C25/ 30 în coloane forate, Emulsie bituminoasă, Agregate pentru betoane, Sort pentru stabilizat cu ciment, se regăsesc în cadrul răspunsului său postat în SEAP sub codul ACB L3 009-01.03.2018, Rasp. sol. clarif. financiar_2, de la pagina pdf 165 la pagina pdf 173.

De asemenea, a menţionat că materialele specificate ca „făcute de noi" sunt acele materiale care urmează să fie realizate din producţie proprie, aspect care presupune achiziţionarea materiei prime, de exemplu balastul natural şi, prin utilizarea staţiilor proprii de sortare, obţinerea sorturilor pentru stabilizat cu ciment şi a agregatelor pentru betoane. Sorturile pentru stabilizatul cimentat sunt apoi procesate în staţia de ciment împreună cu cimentul (doroport) pentru obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform cerinţelor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate. Agregatele pentru betoane sunt procesate în staţia de betoane împreună cu ciment şi alte materiale minore până la obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform claselor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate.

Faţă de justificările şi explicaţiile furnizate de ofertant, astfel cum au fost mai sus expuse, comisia de evaluare a constatat că răspunsul este neconcludent, luând în considerare următoarele aspecte:

- convulutul ACB-L3 TEH 1.8.pdf pag. 12 din pdf (propunerea tehnică), în care ofertantul declară că Balastul va fi achiziţionat de la firma Valina Ferm, având o distanţă până la traseul proiectului de 12.4km;

- convulutul ACB-L3 TEH 1.8, descrierea Organizării de Şantier, pag. 2-3, Planul de Situaţie al Organizării de Şantier pag. 6 (propunerea tehnică), prin care Ofertantul nu a prevăzut staţii de sortare/concasare, în planul de situaţie al Organizării de Şantier fiind prevăzute doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate; Comisia de evaluare nu a regăsit informaţiile conform cărora balastul natural în şantier este procesat în agregate pentru betoane (făcute de noi):

- oferta de Agregate Material de la Valina Ferm, nr. 468/17.10.2017, prin care se pune la dispoziţie Ofertantului Sortul - Balast cu preţul în lei fără TVA/to şi preţ transport în lei fără TVA/km, transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare;

- constituirea preţului pentru Agregate pentru betoane care are la bază Balast natural în şantier cu preţul diferit de oferta de preţ anexată, transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 la

solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare; Comisia de evaluare a sesizat necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm - furnizor conform propunerii tehnice;

- solicitarea de clarificare nr. 12B/3127 din data 13.03.2018 prin care comisia de evaluare a revenit şi a solicitat clarificări privind indicarea/corelarea preţurilor utilizate pentru justificarea fundamentării economice a modului de formare a preţului, pentru analizele de preţ transmise şi documentele anexate la răspunsul la solicitarea de clarificări;

- răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare nr. 010/ACB/L-3 din data 16.03.2018 prin care ofertantul face trimitere la răspunsul anterior;

- în analiza de preţ înaintată de ofertant pentru Agregate pentru betoane, preţurile pentru agregate care se regăsesc în analizele de preţ pentru beton C20/25 în coloane forate, C12/15, C25/30, C30/37; C35/45, materiale ce intră atât în componenta realizării lucrărilor de artă cât şi a podeţelor;

- faptul că în descrierea de preţ pentru betoanele anterior menţionate, ofertantul nu a prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici, conform claselor de rezistenţă şi standardelor de calitate pe care le-a mentionat în răspuns.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că atât analiza de preţ înaintată pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi) împreună cu documentele transmise, cât şi cele două răspunsuri la solicitările de clarificare ale comisiei de evaluare, nu sunt concludente, analizele financiare prezentate nefiind corelate cu elementele propunerii tehnice.

În ceea ce priveşte cea de-a doua întrebare a comisiei de evaluare, Asocierea a precizat că în răspunsul anterior nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 a prezentat fundamentările preţurilor cerute. Totodată, a menţionat că modalităţile de elaborare a propunerii tehnice şi a propunerii financiare au, printre altele, la bază, vasta şi îndelungata experienţă a liderului Asocierii, „... S.p.A." în domeniul proiectării şi construcţiei de infrastructură de transport rutier, experienţă demonstrată şi materializată şi în România.

În susţinerea acestor argumente, a anexat răspunsului la solicitarea de clarificare următoarele:

- explicaţia subcontractantului de specialitate pentru activitatea de proiectare privind modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ pentru categoria de lucrări "DRUM - ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri)", respectiv categoria de lucrări "CONSOLIDĂRI - ref. 4.5 Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conf. Cerinţe Beneficial", corespunzătoare celor două sectoare ale Lotului 3;
- raportul cu cantităţi pentru „Lotul 3: Sector 1. km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud";

- raportul cu cantităţi pentru „Lotul 3: Sector 2. km 0+000 - km 2+500 aferent Centura Nord".

De asemenea, a afirmat că la elaborarea ofertei, în integralitatea ei, ofertantul Asocierea „... S.p.A. -...." şi-a însuşit şi a avut în vedere toate prevederile documentaţiei de atribuire, inclusiv pe cele ale Condiţiilor Speciale de Contract, articolele 4.11 si 14.1 .(a)

Analizând justificările oferite de Asociere, precum şi documentele anexate, comisia de evaluare a constatat că răspunsul la clarificare este neconcludent, deoarece la solicitarea de clarificări suplimentară a răspuns parţial, astfel: în rapoartele cu cantităţi pentru 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) este prezentată modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ, cantităţi doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură, umplutură; totalul privind săpătură nu este însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate, lipsesc cantităţile estimate pentru scurgerea apelor (3.1.1.4: rigole de acostament, element turnat monolit pentru racordare rigola, dispersoare energie la picior casiu, caiuri pe taluz, şanţuri pereate, element turnat monolit pentru racordare casiu, rigola pereata in zona mediana, dren longitudinal), categorii de lucrări pe care însă ofertantul le-a cuprins în analiza de preţ transmisă cu nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificări nr. 12B / 2205/20.02.2018.

În concluzie, pentru motivele mai sus enunţate, comisia de evaluare a respins oferta depusă de Asocierea contestatoare ca neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare şi inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5), art. 136 alin. (3) si art. 137 alin. (2) lit. g) din acelaşi act normativ.

Referitor la netemeinicia motivelor de respingere a ofertei Asocierii invocată de contestatoare, autoritatea contractantă menţionează următoarele:

a) Cu privire la analiza de preţ pentru agregate pentru betoane:

- În documentul ACB-L3 TEH L8.pdf, parte a propunerii tehnice, la pag. 12, ofertantul declară că balastul va fi achiziţionat de la firma Valina Ferm, şi a calculat distanţa până la traseul proiectului de 12.4 km;
- În documentul ACB-L3 009-01.03.2018.pdf de răspuns la solicitarea comisiei de evaluare nr. 12B/2194/20.02.2018 privind fundamentarea preţului, la pag.36, ofertantul anexează "oferta agregate minerale" nr. 468/17.10.2017, de la SC ... SRL, în care se specifică preţul balastului de 15,00 lei / to fără TVA şi preţul transportului de 4.00 lei/km fără TVA;
- În justificarea de către ofertant a preţului pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi) care are la baza Balast natural în şantier apare un preţ diferit de oferta de preţ anexată în lei/to transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018. Comisia de

evaluare a sesizat necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm - furnizor conform propunerii tehnice;

- Inclusiv în contestaţie se afirmă că furnizorul Heidelberg Cement a fost declarat în propunerea tehnică "doar pentru produse de carieră", dar la propunerea financiară au utilizat oferta acestuia pentru balast pentru "un preţ competitiv", iar din calcul 18 lei /to balast furnizat de Heidelberg Cement şi "cost de transport mediu de 14 lei pentru toate cele trei loturi" nu rezultă costul de 22,50 pentru balast natural în şantier inclus de ofertant în analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi) - pag. 172 din ACB L3 009-01.03.2018 Rasp. sol. clarif. fin_2.

Calculul prezentat în contestaţie a fost solicitat de către comisia de evaluare prin adresa nr. 12B/3118/13.03.2018, la care ofertantul a ales să răspundă incomplet, neconcludent: "Materialele specificate ca „făcute de noi" sunt acele materiale care urmează să fie realizate din producţie proprie. Aceasta presupune achiziţionarea materiei prime, de exemplu balastul natural şi, prin utilizarea staţiilor noastre de sortare, obţinerea sorturilor pentru stabilizat cu ciment şi a agregatelor pentru betoane; sorturile pentru stabilizatul cimentat sunt apoi procesate în staţia de ciment împreună cu cimentul (doroport) pentru obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform cerinţelor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate; agregatele pentru betoane sunt procesate în staţia de betoane împreună cu ciment şi alte materiale minore până la obţinerea materialului final care urmează să fie pus în operă, conform claselor de rezistenţă şi standardelor de calitate solicitate", justificând că fundamentarea preţului a fost făcută în răspunsul la solicitarea de clarificări anterioară - "răspunsului postat pe SEAP sub codul ACB L3 009- 01.03.2018 Rasp. sol. clarif. fin._2, de la pagina pdf 165 la pagina pdf 173"

- În ceea ce priveşte intenţia din propunerea financiară a ofertantului de procesare (sortare/concasare) agregate naturale, în propunerea tehnică depusă de acesta nu sunt incluse referinţe privind metodologii, proceduri de lucru, planuri de verificare a calităţii, etc. referitoare la acest tip de lucrare.

Precizările referitoare la faptul că "apa constituie un element fundamental" şi justificarea că aceasta se rezolvă "prin realizarea puţurilor şi / sau conexiunea la reţeaua publică", fiind introduse în art.2.1 Organizarea de şantier, sunt parţial aplicabile. Organizarea de şantier este aferentă activităţii de Preconstrucţie şi mediu, fiind separat preţuită în Graficul de plăţi, în timp ce furnizarea apei necesară activităţilor de construcţie este necesară pe toată durata de execuţie a lucrărilor.

În propunerea financiară - ACB-L3 FINI Tirrena, pagina 25, în Fluxul de numerar, nu sunt prevăzute costuri decât pentru:

FAZA 1 "Montarea instalaţiilor provizorii ale Antreprenorului, inclusiv pregătire incinte şantier, birouri, laboratorul de şantier, ateliere" - patru luni (iunie-septembrie 2018);

FAZA 2 "Demontarea tuturor instalaţiilor provizorii ale Antreprenorului si aducerea terenurilor la condiţia iniţiala) - 2 luni ( noiembrie, decembrie 2020).

Prin urmare, afirmaţia că aceste costuri sunt alocate organizării de şantier nu este susţinută de conţinutul propunerii financiare a ofertantului, neexistând sume alocate organizării de şantier pe întreaga durată de realizare a lucrărilor.

În ultimul rând, având în vedere că "apa constituie un element fundamental" nu ar trebui sa fie "rezolvata ...si / sau...", ci ar trebui cunoscute în momentul ofertării sursa / calitatea / modalitatea de furnizare, şi indiferent de sursa existentă, ar trebui cunoscute costurilor pentru utilizare (costul energiei pentru scoaterea din puţuri, respectiv costul apei furnizate de reţeaua publică).

b) Referitor la fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări,

Solicitarea de clarificări privind fundamentarea preţurilor pentru - Categoria de lucrări DRUM - ref. Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) - Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conform Cerinţelor Beneficiarului prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate, respectiv metodele de construcţie utilizate, cu precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor, având în vedere respectarea cerinţelor din documentaţia de atribuire, a fost transmisă tuturor ofertanţilor în SEAP, având în vedere cerinţele exprese ale documentaţiei de atribuire pentru aceste lucrări.

Ofertantul, prin răspunsul său la solicitările de clarificări, a ales să răspundă parţial, transmiţând doar modul de estimare a volumelor de terasamente (decapare strat vegetal, săpătură, umplutura), amintind generic unele din elementele de scurgere a apelor (rigole de acostament, casiuri, rigola din zona mediană, şanţuri betonate), fără a preciza modul de obţinere a cantităţilor prezentate în analiza de preţ transmisă în răspunsul la clarificările anterioare şi fără a ţine seama că elementele de scurgere a apelor se dimensionează de asemenea în funcţie de cotele utilizate la estimarea volumelor (de ex. lungimea casiurilor şi dispunerea acestora sunt influenţate de înălţimea rambleurilor).

În final, referitor la raportul de expertiză extrajudiciară al domnului expert ing. ..., autoritatea contractantă nu se poate pronunţa cu privire la corectitudinea acestuia. Expertiza extrajudiciară are rol consultativ, poate fi contestată în conformitate cu prevederile legale, iar responsabilitatea afirmaţiilor din raport îi aparţine în totalitate expertului.

De asemenea, analiza efectuată de dl. ing. ... nu se poate substitui analizei pe care Consiliul are obligaţia să o efectueze cu privire la

modalitatea de evaluare a propunerii financiare a contestatoarei de către comisia de evaluare.

Având în vedere aspectele sus enunţate, autoritatea contractantă solicită respingerea ca neîntemeiată şi nefondată a contestaţiei formulate de Asocierea ... SA pentru cele 3 loturi aferente Autostrăzii de Centura Bucureşti.

Prin adresa nr. 2325/14.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 19425/15.05.2018, SC ... SRL formulează note scise faţă de susţinerile contestatoarei înregistrate la Consiliu sub nr. 18125/07.05.2018, în care menţionează că dacă oferta ... va fi declarată admisibilă, s-ar situa în clasament pe prima poziţie, în faţa ofertei ... sens în care pentru obţinerea atribuirii contractului de achiziţie nu este suficientă doar declararea ofertei ... ca admisibilă, ci şi menţinerea ca legală a deciziei de respingere din procedură a ofertantului ...;

În urmărirea acestui scop, procedural, ... a intentat atât acţiune de contestare a respingerii ofertei sale, cât şi intervenţie în susţinerea deciziei autorităţii contractante de respingere a ofertei ...

... are condiţia legitimă de ofertant participant în Procedură până la rămânerea definitivă a deciziei de respingere a ofertei sale; per a contrario, afirmaţiile Tirrena Scavi referitoare la calitatea ... de ofertant respins, sunt greşite.

Eventuala contestaţie a eventualei decizii C... de declarare a ofertei ... câştigătoare ar putea fi formulată pentru motive noi de inadmisibilitate a ofertei ..., invocarea celor care fac deja obiectul prezentului dosar putând fi respinse ca având autoritate de lucru judecat; aspect în privinţa căruia, interesul ... de a interveni în soluţionarea contestaţiei ... se justifică, de asemenea, şi prin raportare la respectarea dreptului la apărare şi la un proces echitabil, prin posibilitatea formulării unor apărări corespunzătoare care să dovedească lipsa de temeinicie a criticilor contestatoarei în contextul unei judecăţi pe fond efective.

Susţinerile ... privitoare la admisibilitatea intervenţiei doar în ipoteza în care oferta ... ar fi fost declarată admisibilă sunt, din nou, neîntemeiate, contestatoarea aducând în discuţie condiţii care nu sunt prevăzute de legea aplicabilă.

În acest sens, art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevede: „[...] operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie voluntară în litigiu [...]" iar potrivit art. 61 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă: „Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare".

...demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea condiţiilor de admisibilitate în privinţa interesului, calitatea de ofertant admisibil fiind doar o circumstanţă, nu o condiţie în acest sens.

Dreptul de intervenţie voluntară prevăzut de lege nu este condiţionat de acţiunile autorităţii contractante decât în cazurile

prevăzute de Codul de Procedură Civilă care completează Legea 101/2016 în măsura compatibilităţii prevederilor, astfel cum indică art. 68 din aceasta.

Nici în Legea 101/2016 şi nici în Codul de Procedură Civilă nu există o prevedere care să împiedice intervenientul să invoce excepţii care nu au fost invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Art. 65 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă prevede că „intervenientul va prelua procedura în starea care se află în momentul admiterii intervenţiei [...]", nu că va prelua situaţia procesuală a părţii pentru care intervine cu drepturile, obligaţiile şi eventualele sancţiuni aplicate acesteia.

Dimpotrivă, legea prevede doar că „intervenientul accesoriu poate să săvârşească numai actele de procedură care nu contravin interesului părţii în favoarea căreia a intervenit" (art. 67 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă).

La fel, exprimarea ... din punctul de vedere „prin această formă de intervenţie terţul nu face decât să suplimenteze apărările uneia dintre părţile din proces, iar nu şi cererile şi excepţiile acesteia" nu are niciun resort în legea procedurală, fiind doar o speculaţie bazată pe distorsionarea unor fragmente doctrinare.

Dimpotrivă, în contextul soluţionării excepţiei tardivităţii contestaţiei, relevante sunt următoarele considerente:

- ❖ intervenientul are un drept propriu de a formula orice fel de apărări de fond, probe şi excepţii determinante în soluţionarea contestaţiei;
- ❖ dreptul de intervenţie este consacrat în mod special de art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016 care prevede un termen de 10 zile pentru formularea demersului şi care nu este condiţionat sub nicio formă de transmiterea punctului de vedere al autorităţii contractante;
- ❖ punctul de vedere al autorităţii nu reprezintă o veritabilă întâmpinare, iar sancţiunea decăderii din dreptul de a mai depune probe şi invoca excepţii nu poate fi impusă intervenientului, legiuitorul neprevăzând o asemenea sancţiune în cazul acestuia;
- ❖ extrapolarea sancţiunii prevăzute pentru autoritate nu este nepermisă, altfel, ar fi golit de conţinut dreptul intervenientului de a formula intervenţie;
- ❖ în orice caz, excepţia tardivităţii contestaţiei este de ordine publică, prevederile legale angrenate fiind evident de natură imperativă, CNSC având propria obligaţia de a verifica din oficiu transmiterea contestaţiei cu respectarea termenului de formulare.

Pe fond, intevenienta susţine că criticile contestatoarei sunt neîntemeiate, indicând mai jos doar elementele din punctul de vedere Tirrena Scavi care confirmă susţinerile sale:

1. ... ataşează acordul furnizorului ... SLR de a închiria staţia de sortare/concasare, însă din analiza acestuia reiese că furnizorul nu a

precizat costul închirierii faţă de care să se poate verifica justificarea costului aferent inclus de ... în propunerea financiară;

Cu alte cuvine, pretinsul cost pentru staţia de sortare/concasare nu este fundamentat pe costul la care furnizorul închiriază staţia (pentru simplu motiv că acest cost nici nu a fost încă stabilit).

Apoi, conform acordului prezentat, staţia respectivă se află în localitatea Mihăileşti (Giurgiu), nereieşind care sunt costurile de transport a materialelor de la şi până la şantierul aferent lucrărilor la centura Bucureşti Nord. Nu reiese nici cum aceste costuri au fost fundamentate în propunerea financiară depusă de ....

2. În ceea ce priveşte costul transportului prevăzut în ofertă, este cât se poate de relevant faptul că oferta furnizorului nu a fost emisă pentru lotul 3, ci pentru lotul 2, sens în care, de la bun început, costul cuprins în ofertă este unul nejustificat pe baza unor documente emise de la furnizori specializaţi;

3. ... recunoaşte că în privinţa costului transportului, calculul pe oră şi nu km (cum prezintă orice ofertant şi cum era menţionat şi în oferta furnizorului invocat) „a fost făcut doar pentru scopul prezentei contestaţii".

4. În mod insistent, ... invocă faptul că nu ar fi primit solicitări de clarificare din partea Autorităţii cu privire la anumite aspecte financiare, însă potrivit procesului-verbal nr. 10/13.03.2018 rezultă că comisia de evaluare a solicitat „justificarea preţului ofertat, detaliind:

a) fundamentarea economică a modului de formare a preţului (material, manoperă, utilaj, transport), prin raportare la serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

Astfel că era de datoria ofertantului să prezinte în mod detaliat (cum de altfel a impus Autoritatea prin solicitarea transmisă) modul de fundamentare a preţului prin raportare la componentele esenţiale (material, manoperă, utilaj, transport).

Neregulile/viciile ofertei sale sunt evidente, iar ignorarea ori acoperirea lor pe baza explicaţiilor prezentate de ofertant ar conduce la încălcarea caracterului legal al procedurii şi a principiilor guvernatoare, prin crearea unui avantaj nepermis şi nejustificat acestui ofertant, în detrimentul tuturor celorlalţi participanţi la Procedură.

În urma studierii documentelor din dosarul achiziţiei, au rezultat motive suplimentare de respingere a ofertei ..., după cum urmează:

1. Răspunsurile de clarificare furnizate de ... în privinţa fundamentării economice a preţului ofertant sunt vădit neconcludente în procesul-verbal nr. 10/13.03.2018 se regăseşte modul în care ... a răspuns clarificărilor privind justificarea preţului neobişnuit de scăzut.

Tot în justificarea preţului neobişnuit de scăzut, în lipsa unor elemente concrete şi sustenabile, ... invocă experienţa altor contracte încheiate cu CNAIR, însă scapă din vedere că cu acestea poate dovedi eventual cerinţele de experienţă similară, nu cele privind justificarea costurilor ofertei financiare.

La fel, nici explicaţiile prezentate prin raportate la documente ale furnizorilor emise cu privire la alte proceduri sau alte loturi sau prin raportare la modificarea propunerilor furnizorilor (cum se întâmplă în cazul costului de transport material ofertat de ... pentru care e invocată oferta furnizorului pentru alt lot (lotul 2 şi nu lotul 3) şi, în acelaşi timp, nici nu se ţine cont de această ofertă, ... indicând un cost calculat pe oră, în funcţie de varii elemente care nu pot fi verificate, şi nu pe km aşa cum e menţionat în propunerea furnizorului).

Mai mult, documentele prezentate de ofertant (extrase de registru, oferte de preţ) nu pot fi corelate cu analizele de preţ prezentate, cum corect a reţinut Comisia de Evaluare. De asemenea, din clarificări au lipsit analizele de preţ în privinţa materialelor specificate de ofertant cu menţiunea, „făcute de noi".

Deşi faţă de caracterul vădit neconcludent şi chiar incomplet al răspunsului se impunea respingerea ofertei, comisia de evaluare a transmis o nouă solicitare de clarificări solicitând corelarea costurilor invocate, însă, în mod evident, nici prin clarificările suplimentare, ... nu răspunde concludent, prezentând doar nişte susţineri referitoare la modul de lucru care, sub nicio formă, nu reprezintă dovezi aşa cum impune art. 210 alin. (3) din Legea 98/2016.

Totodată, intervenienta invocă faptul că garanţia de participare este expirată.

Garanţia de participare emisă de CBL Insurance Europe în favoarea ... a expirat la data de 18.04.2018. Printre documentele aflate la dosarul achiziţiei nu se regăsesc documente prin care autoritatea să fi cerut prelungirea valabilităţii garanţiei şi nici documente din care să rezulte prelungirea acesteia.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19657/16.05.2018...reprezentată convenţional de SCA ... în calitate câştigătoare a procedurii – lotul 2, formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:

- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,

- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către ... SpA.

Intervenienta justifică interesul în promovarea acţiunii sale prin aceea că în situaţia în care s-ar admite contestaţia s-ar putea dispune, potrivit solicitărilor contestatoarei, considerarea ofertei ca fiind admisibilă, măsură care este contrară interesului său de ofertant câştigător.

Aceasta deoarece, în măsura în care contestaţia ar fi admisă, dacă oferta contestatoarei va fi declarată admisibilă, faţă de preţul acesteia, aceasta ar surclasa oferta intervenientei.

De asemenea, intervenienta invocă excepţia tardivităţii contestaţiei, precizând că faţă de data transmiterii notificării prealabile indicată de contestatoare 02.04.2018, confirmata de primire în data de 04.04.2018, este evident ca depunerea contestatiei pe 20.04.2018 s-a făcut cu depășirea termenului imperativ prevăzut de art. 8 alin. 1 litera a) raportat la alineat 2 litera b).

Deci, dacă se consideră că termenul de 3 zile începe să curgă pe data de 05.04.2018, a doua zi după data indicată de contestatoare ca fiind data confirmării primirii notificării de către CNAIR, termenul până la care putea să răspundă autoritatea era 09.04.2018, nu 10.04.2018, aşa cum în mod greşit s-a menţionat în contestaţie. Pe cale de consecinţă, termenul de 10 zile înăuntrul căruia trebuia depusă contestaţia s-a împlinit cel mai târziu pe data de 19.05.2018, astfel că se impune respingerea ca tardivă a contestaţiei formulată de ... SpA.

Intervenienta susţine că contestaţia formulată de ... este nefondată faţă de critica adusă motivelor de respingere a propunerii financiare aferente Lotului 2.

Autoritatea contractantă a constatat în mod întemeiat că:

(1) „analiza de preţ pentru „Agregate pentru betoane" (făcute de contestatoare), documentele anexate şi cele 2 răspunsuri de clarificare ale intervenientei nu au fost concludente în vederea corelării analizei financiare cu elementele propunerii tehnice"

(2) „răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări este doar parţial, şi deci, neconcludent".

În ceea ce priveşte „analiza de preţ pentru „Agregate pentru betoane" (făcute de contestatoare), contestatoarea încearcă să inducă în eroare Consiliul făcând pe de o parte afirmaţii cu caracter contradictoriu şi pe altă parte aducând argumente ce nu au corespondent în cadrul propunerii tehnice depuse de aceasta.

În acest sens, autoritatea contractantă a invocat mai multe argumente:

1. Un argument este acela că prin „Planul de Situaţie al Organizării de Şantier, intervenienta nu a prevăzut staţii de sortare/concasare, ci doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate, iar comisia de evaluare nu ar fi regăsit informaţiile conform cărora balastul natural în şantier ar fi procesat în agregate pentru betoane făcute de contestatoare".

Apararea contestatoarei este aceea de a acredita ideea conform căreia autoritatea contractanta nu a avut clarificări/comentarii cu privire la propunerea tehnică şi că, în cadrul analizei propunerii financiare nu mai puteau fi aduse în discuţie componente ale propunerii tehnice.

Nimic mai eronat decât atât, întrucât prevederea alin. (5) din art. 215 din Legea 98/2016 atunci când face vorbire despre corelarea

elementelor din cele două propuneri (tehnică şi financiară) obligă autoritatea contractantă să se raporteze exact la elementele propunerii tehnice pentru a verifica transpunerea acestora în cadrul propunerii financiare. De altfel, comisia de evaluare nu a schimbat calificativul de „conformă" atribuit propunerii tehnice a contestatoarei ci doar a identificat o serie lungă de necorelări între cele susţinute în cadrul propunerii tehnice şi explicaţii oferite de contestatoare în etapa analizării propunerii financiare.

În acest sens, autoritatea contractantă a aflat în acestă etapă finală de susţinerea contestatoarei conform căreia balastul ar urma să fie procesat în agregate pentru betoane făcute de acesta. Nicăieri în propunerea tehnică, aşa cum a reţinut în mod corect şi comisia de evaluare, contestatoarea nu a descris metodologia specifică unei astfel de operaţiuni aşa cum era obligată. Or la acest moment, contestatoarea nu-şi poate invoca propria culpă încercând să transfere în sarcina comisiei de evaluare vina de a nu fi observat explicaţii pe care aceasta nu le-a oferit în cadrul propunerii Tehnice.

Explicaţia contestatoarei conform căreia „padocurile pentru sorturi/ agregate şi staţiile pentru producţia materii prime (beton şi stabilizat cu ciment / asfalt) au fost incluse în Planul Organizării de Şantier doar pentru că fişa de date le prevede ca fiind cerinţe minim obligatorii, iar nu pentru ca aici ar fi urmat să fie poziţionată şi staţia de sortare/concasare" denotă un total dispreţ faţă de solicitările autoritatii contractante, pe care a urmărit doar să le „bifeze” în mod formal în cadrul propunerii tehnice, fara ca aceste menţiuni să corespundă realităţii.

Mai mult decât atât, nu există nici măcar o singură solicitare de clarificare în legătură cu acest aspect, formulată înainte de depunerea ofertelor, prin care contestatoarea să fi încercat anterior să lămurească posibilitatea amplasării în afara Organizării de Şantier a staţiilor de concasare / sortare.

Abia în etapa clarificărilor la propunerea financiară a găsit de cuviinţă contestatoarea să invoce un acord al unei societăţi pentru închirierea staţiei de sortare/concasare din balastiera aflată la o anumită distanţă faţă de Organizarea de Şantier. Nu există nicio referire cu privire la această informaţie în cadrul propunerii tehnice cu toate că, dacă aşa ar fi stat lucrurile în realitate, contestatoarea avea obligaţia de a include aceste informaţii în propunerea tehnică.

Referitor la costurile aferente funcţionării staţiei de sortare/concasare contestatoarea susţine în cuprinsul paragrafului 3 de la pag. 6 din contestaţia acesteia că

1) „au fost incluse în analiza de preţ pentru obţinerea sorturilor, ceea ce înseamnă că aceste costuri au fost justificate sub toate aspectele (cost material natural, prelucrare şi transport)", pentru ca în paragraful imediat următor să susţină că

2) „în ceea ce priveşte costul montajului tuturor staţiilor, precizăm că în art. 2.1 Organizarea şantierului (articol în privinţa căruia nu s-a solicitat nicio clarificare) sunt prevăzute mai multe costuri ale organizării de şantier, printre care şi montarea şi utilizarea staţiilor".

Ori, staţia de sortare/concasare nu necesită montaj, conform declaraţiei proprii, aceasta urmând a fi închiriată de către o societate cu privire la care a fost prezentat un acord din data de 17.10.2017 în care se menţionează că această societate va închiria contestatoarei staţia ce funcţionează în balastieră.

Dincolo de contradicţia informaţiilor oferite de către contestatoare ceea ce se desprinde din răspunsurile acesteia sunt următoarele:

Staţia de sortare/concasare nu a fost prevăzută în Organizarea de Şantier, ci comisia de evaluare a luat la cunoştinţă de abordarea contestatoarei la momentul evaluării propunerii sale financiare.

Contestatoarea, în justificarea preţului neobişnuit de scăzut, încerca să inducă falsa ipoteză că toate informaţiile pe care le prezenta la acel moment, se regăseau în propunerea tehnică, însă această ipoteză nu poate fi susţinută cu dovezi concrete / trimiteri directe la paragrafe din propunerea tehnică.

Singura ipoteză ce se poate reţine este că în încercarea de a justifica preţul neobişnuit de scăzut, contestatoarea a fost nevoită să apeleze la aceste explicaţii, care nu se dovedesc susţinute de către documentele prezentate la momentul depunerii ofertelor.

Comisia de evaluare a constatat necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la furnizor în ceea ce priveşte justificarea preţului de transport pentru Agregate pentru betoane.

Argumentul contestatoarei pentru care motivele de excludere ale comisiei de evaluare cu privire la acest aspect ar fi fost nelegale este acela că, necorelarea cu oferta furnizorului ar fi rezultat din faptul că costul transportului de balast a fost calculat de ofertant la "oră", apreciind că distanţa între balastieră şi Organizarea de Şantier ar fi de "45 de minute" şi că această unitate de măsură este corect a fi luată în considerare şi nu, cea indicată de comisia de evaluare şi de propriul furnizor, respectiv pret/km.

Chiar şi acceptând „explicaţia" contestatoarei privind un traseu de transport agregate de 45 minute, totuşi este de notorietate pentru piaţa de specialitate că sursele agregate din zona proiectului nu îndeplinesc caracteristicile fizio-mecanice şi este necesară aprovizionarea din alte surse aflate la distanţe considerabil mai mari.

În descrierea de preţ pentru betoanele făcute de contestatoare, aceasta nu a prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici.

După cum este cunoscut, preţul unitar al unui articol, este format din cheltuieli directe şi cheltuieli indirecte.

Cheltuielile directe sunt acele cheltuieli care se pot identifica şi repartiza direct pe unitatea de produs, şi cuprind cheltuieli rezultate din

costul materiilor prime şi materialelor ce intră în structura produsului, cheltuieli rezultate din funcţionarea / amortismentul utilajelor cu care se actionează pentru realizarea articolului de lucrare respective, cheltuieli rezultate din manopera necesară realizării produsului şi cheltuieli legate de transportul produsului de la punctul de fabricare la punctul de punere în operă.

Având în vedere faptul că în compoziţia betonului, aşa cum rezultă din orice reţetă de preparare a betonului, intră următoarele materii prime/materiale în proporţii definite în baza studiului de laborator, respectiv: ciment, pietriş - diverse sorturi, nisip - diverse sorturi şi apă, rezultă faptul că raportul ciment/agregate/apă - esenţial în producerea betonului, aşa cum a precizat şi autoritatea contractantă, nu a fost real evaluat de către contestatoare, fiind exclus costul apei din această analiză, obţinându-se, astfel, într-adevăr un cost mai mic, dar nu real.

Faptul că contestatoarea alege să declare că acest cost al apei se regăseşte în costul Organizarii de Şantier, este cu atât mai grav, aceasta dând dovadă de o eronată abordare tehnică a unui cost cu impact major în economia contractului.

De asemenea, intervenienta afirmă că contestaţia formulată de Tirrena Scavi este nefondată şi faţă de critica adusă motivelor de respingere a propunerii financiare aferente lotului 2, reiterând în acest sens cele precizate anterior.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 20300/22.05.2018, SC ... AS formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

Conform proceselor verbale şi grilelor de evaluare elaborate de comisia de evaluare, propunerile financiare ale tuturor ofertanţilor admişi în această etapă au fost verificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările şi completările ulterioare.

Analizând propunerea financiară a Asocierii, comisia de evaluare a constatat că preţul ofertat reprezintă 63.45% din valoarea estimată a contractului şi i-a solicitat, în conformitate cu prevederile art. 136 alin. (1) şi (2) din HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 210 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 98/2016, justificarea preţului ofertat.

Analizând explicaţiile oferite şi documentele justificative transmise de ofertant prin răspunsul la clarificare, comisia de evaluare a constatat că documentele justificative privind fundamentarea economică a modului de formare a preţului nu sunt identificate /indicate în analizele de preţ prezentate şi că lipsesc analizele de preţ pentru materialele specificate ca fiind făcute de ofertant.

Totodată, ca urmare a estimării volumelor şi suprafeţelor din documentaţia tehnică faza SF (parte a documentaţiei de atribuire), comisia de evaluare a constatat o diferenţă semnificativă privind cantităţile utilizate în analizele de preţ pentru categoria de lucrări DRUM - ref.3.1,1. terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) şi

pentru Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI — ref 4.5. Îmbunătăţire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici, conform cerinţelor Beneficiarului.

Comisia de evaluare a transmis o nouă solicitare ofertantului solicitându-i clarificări suplimentare, clare şi neechivoce, cu privire la aspectele semnalate, cu toate că şi în prima solicitare de clarificări ofertantului îi fusese cerută în mod explicit şi detaliat "*fundamentarea economică a modului de formare a preţului (material, manoperă, utilaj, transport), prin raportare la serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate.*"

Faptul că ofertantul nu a înţeles să răspundă nici de această dată în mod complet şi concludent solicitării de clarificare a comisiei, nu poate fi în niciun caz folosit astăzi de contestatoare pentru a invoca că nu ar fi primit solicitări de clarificare pentru anumite aspecte financiare.

Comisia de evaluare nu poate, prin solicitările de clarificare, să creeze un avantaj suplimentar ofertantului, cu încălcarea tratamentului egal, toţi ofertanţii având obligaţia de a răspunde în mod complet, de la început, solicitărilor de clarificare.

Astfel, deşi contestatoarei i s-a solicitat în mod clar să detalieze modul de formare a preţului raportat la analizele de preţ inclusiv pentru materialele specificate ca fiind „făcute de noi", aceasta nu a ofertit explicaţii însoţite de dovezi care să justifice cele susţinute cu privire la preţul aparent neobişnuit de scăzut ofertat.

Comisia de evaluare a constatat în mod întemeiat că atât analiza de preţ înaintată pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi) împreună cu documentele transmise, cât şi cele două răspunsuri la solicitările de clarificare ale comisiei de evaluare, nu sunt concludente, analizele financiare prezentate nefiind corelate cu elementele propunerii tehnice.

Dispoziţiile art. 215 din Legea nr. 98/2016, atunci când fac vorbire despre corelarea elementelor din cele două propuneri (tehnică şi financiară), obligă autoritatea contractantă să se raporteze la elementele propunerii tehnice pentru a verifica transpunerea acestora în cadrul propunerii financiare.

Ori, nicăieri în propunerea tehnică, aşa cum a reţinut în mod corect şi comisia de evaluare, contestatoarea nu a descris metodologia specifică operaţiunii de sortare/concasare, aşa cum era obligată, dacă aceasta ar fi fost într-adevăr intenţia ofertantului.

Acest aspect a fost adus în discuţie de către contestatoare doar la momentul justificării preţului neobişnuit de scăzut şi a fost menit să creeze comisiei de evaluare convingerea că aceste staţii au fost avute în vedere încă de la momentul prezentării ofertei, însă nu există nici o dovadă în curpinsul propunerii tehnice care să susţină argumentaţia acestuia. De altfel, nici contestatoarea nu invocă că ar fi indicat în cadrul propunerii tehnice aceste aspecte, ceea ce nu face decât să confirme cele reţinute de comisia de evaluare.

Acordul societăţii pentru închirierea staţiei de sortare/concasare din balastiera aflată în Mihăileşti, judeţul Giurgiu, la o anumită distanţă faţă

de Organizarea de Şantier, nu prevede care este costul închirierii acestei staţii, acest cost nefiind prevăzut nici la nivelul analizelor de preţ.

Întreaga argumentaţie oferită nu reprezintă decât un artificiu, care nu poate fi sustinut nici de către propunerea tehnică, nici de către ofertele furnizorilor prezentate, nici de aşa-zisul acord de închieriere, document apărut oricum ulterior, pe care contestatoarea nu a înţeles să îl prezinte la momentul depunerii ofertelor.

Cât priveşte faptul că în descrierea de preţ pentru betoanele făcute de contestatoare, acesta nu a prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici, acest aspect este evident şi a fost în mod corect constatat de comisia de evaluare.

Faptul că contestatoarea alege să declare că acest cost al apei se regăseşte în costul Organizării de Şantier, (unde consumul de apă al staţiei de betoane este cel majoritar şi nu consumul birourilor şi al spălatului betonierelor) este cu atât mai grav, aceasta dând dovadă de o eronată abordare tehnică a unui resurse/componente unitare, care are un impact major în cel mai sensibil articol de constructie, respectiv Betonul, care este un cost semnificativ (aproximativ 30-40%) din costul proiectului.

Era obligaţia contestatoarei de a aduce dovezi, aşa cum o obligau prevederile legale, simplele afirmaţii ce emană de la aceasta cu privire la „vasta experienţă" neputând constitui dovezi în sensul solicitat de art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19572/15.05.2018, ... prin ... lider al Asocierii ...în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză - lotul 3, critică decizia autorităţii contractante de calificare a ofertelor clasate primele două locuri, oferte ce au fost depuse cu depăşirea valorii estimate a contractului aferent lotului 3.

Contestatoarea menţionează că valoarea estimată a lotului 3, în legătură cu care este promovată prezenta dispută, este de 866.336.303 RON. Valoarea este estimată distinct pentru fiecare dintre cele trei loturi existente în procedură, devenind astfel un reper valoric necesar a fi fost respectat de către ofertanţii interesaţi de fiecare dintre ele.

Criteriul de atribuire, cel mai bun raport catitate-preţ, se fundamentează pe mai multe subcriterii, dintre care (relevante pentru speţa dedusă judecăţii) sunt cele referitoare la: (a) preţul ofertei (pondere de 60% şi punctaj maxim de 60 de puncte); şi (b) obţinerea unor parametri superiori privind stabilitatea terasamentelor aferente corpului autostrăzii, pentru care trei variante posibile de punctare au fost prezentate, pe baza acestora putând fi obţinute 20 de puncte (algoritmul a), 12 puncte (algoritmul b) sau 6 puncte (algoritmul c).

Nicio referire a fişei de date a achiziţiei şi/sau a altui document care formează documentaţia de atribuire nu a relevat posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare valorii estimate a contractului aferent lotului 3; nicio referire adusă la cunoştinţa operatorilor economici

participanţi nu ar fi putut induce, măcar indirect, o astfel de posibilitate. Singura referire relevantă la finanţare stabileşte că încheierea efectivă a contractului va fi condiţionată de obţinerea / aprobarea finanţării din fonduri de la bugetul de stat şl/sau fonduri europene nerambursabile, nicidecum posibilitatea de suplimentare a valorii iniţial anunţate prin documentaţia de atribuire.

Autoritatea contractantă a considerat ca fiind admisibile ofertele depuse de către următoarele entităţi:

- ... SRL; acest ofertant a obţinut un total de 92 de puncte, respectiv: 60 de puncte pentru propunerea finandară (maxim posibil a fi obţinut) şi 32 de puncte pentru propunerea tehnică (maximul ar fi fost 40 de puncte); locul ocupat în clasamentul ofertelor admisibile a fost III, preţul ofertat (853.422.022.52 ron), fiind situat sub plafonul reprezentat de valoarea estimată a contractului pentru lotul 3 (866.336.303 ron);
- ... AS; acest ofertant a obţinut un total de 96,27 de puncte, respectiv: 58.02 puncte pentru propunerea finandară (maximul fiind obţinut de preţul mai scăzut al ofertei sale) şi 38,25 de puncte pentru propunerea tehnică; locul ocupat în clasamentul ofertelor considerate admisibile este II, deşi propunerea sa financiară (882.553.119.74 ron) depăşeşte plafonul reprezentat de valoarea estimată a Contractului pentru lotul 3 (866.336.303 ron):
- ... SRL; acest ofertant a obţinut un total de 96,28 de puncte, respectiv: 58.03 puncte pentru Propunerea Financiară (maximul fiind obţinut de preţul mai scăzut al ofertei sale) şi 38,25 de puncte pentru Propunerea Tehnică; locul ocupat în clasamentul ofertelor considerate admisibile este I, deşi propunerea sa financiară (882.363.613.61 ron) depăşeşte plafonul reprezentat de valoarea estimată a contractului pentru lotul 3 (866.336.303 ron).

Din analiza punctajelor obţinute şi a modului de consemnare a acestora în cuprinsul raportului procedurii de atribuire, respectiv în comunicarea rezultatului, se desprind următoarele concluzii:

- A fost permisă depăşirea valorii estimate a contractului aferent lotului 3 fără ca autoritatea contractantă să fi adus la cunoştinţa tuturor operatorilor economici interesaţi o astfel de posibilitate; au fost flagrant încălcate astfel atât dispoziţiile legale cât şi prindpiile fundamentale incidente în materia achiziţiilor publice, ofertanţii clasaţi pe locurile I şi II având posibilitatea să includă în propunerea tehnică şi să susţină financiar soluţii pentru care, corelativ, au obţinut punctaje tehnice superioare celor obţinute de către contestatoare (care a respectat acest plafon);
- Punctajul obţinut de către contestatoare ca urmare a evaluării propunerii tehnice este cu 8 puncte inferior valorii maxime pe care ar fi putut-o obţine cu o versiune mai avansată, dar mai costisitoare (explicată şi conţinută în secţiunea IV.2.1) 3 b) din fişa de date a achiziţiei) de soluţie tehnică; concret, dacă contestatoarea ar fi cunoscut posibilitatea de depăşire a valorii estimate a contractului aferent lotului

3, ar fi putut oferta o soluţie tehnică aferentă algoritmului a), ceea ce ar fi condus la obţinerea unui punctaj maxim (şi câştigarea procedurii de atribuire) dar şi o valoare financiară superioară valorii estimate;
- nediscriminarea, transparența şi tratamentul egal reprezintă principii care, alături de asumarea răspunderii, au fost grav alterate: nicio informare a autorităţii contractante şi /sau menţiune a documentaţiei de atribuire nu indică posibilitatea de depăşire a valorii estimate, aprecierea ofertelor aflate în această situaţie ca fiind admisibile fiind în flagrantă contradicţie cu dispoziţiile legale, jurisprudenţa naţională şi comunitară şi doctrina incidente. Decizia de disponibilizare a unor fonduri suplimentare valorii de contract estimate nu a existat, nu a fost adusă la cunoştinţa participanţilor, nu a fost si nici nu ar fi putut fi avută în vedere de către aceştia, ofertanţii clasaţi pe poziţiile I si II depunând oferte inacceptabile.

Contestatoarea menţionează că a formulat şi înaintat către autoritatea contractantă notificare prealabilă la care nu a primit niciun răspuns. Autoritatea contractantă nu numai că nu a informat în mod transparent şi echidistant operatorii economici privind o potenţială disponibilitate de suplimentare a valorii estimate (cum pare să rezulte din desemnarea câştigătoare a unei oferte cu valoare superioară acesteia), ci nici măcar acum nu explică o astfel de decizie.

Or, o astfel de conduită care, în concret, a condus la desemnarea câştigătoare a unei oferte cu valoare superioară valorii estimate fără ca această posibilitate să fi fost adusă, transparent şi echilibrat, la cunoştinţa tuturor operatorilor economici interesaţi, rămasă neexplicată şi în etapa notificării prealabile a cărei relevanţă se doreşte a fi tocmai aceea de a permite măsurile de remediere necesare fluidizării procedurilor de achiziţie publică), se impune a fi sancţionată prin chiar admiterea prezentei contestaţii.

Contestatoarea prezintă centralizat dispoziţiile legale, jurisprudenţa şi doctrina care, în situaţii similare celei existente în speţă, confirmă în mod unitar obligaţia de respingere a ofertelor în care propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată şi nu e anunţată disponibilitatea fondurilor necesare suplimentării acesteia. În acest sens, sunt invocate prevederile art. 215 alin. (3) şi (4) din Legea nr. 98/2016, art. 137 alin. (1) şi (2) lit. e) şi f) din HG nr. 395/2016, art. 55 alin. (2) lit, a) din HG nr. 395/2016.

Jurispudenţă

"(...) Cu alte cuvinte, valoarea estimată reprezintă, pe de-o parte, un instrument aflat la dispoziţia autorităţii contractante pentru a determina cuantumul sumelor ce urmează a fi disponibilizate de la buget iar, pe de altă parte, reprezintă un barometru utilizat de autoritatea contractantă în vederea evaluării propunerilor financiare depuse" - Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial 3699/2013;

"(...) stabilirea existenţei unor fonduri suplimentare, care să acopere diferenţa respectivă, este atributul exclusiv al autorităţii contractante" - Decizia CNSC publicată în Buletinul oficial nr. 466/2011;

"(...) autoritatea contractantă nu poate fi obligată să disponibilizeze fonduri suplimentare" - Decizia Curţii de Apel Bucureşti nr. 4715/19.12.2012;

"Principiul egalităţii de tratament între ofertanţi, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurenţe corecte şi efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziţie publică, impune ca toţi ofertanţii să dispună de aceleaşi şanse în elaborarea ofertelor lor." (subl. ns) - Hotărârea Curţii Europene de Justiţie din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec., p. 1-7725;

"(...)În ceea ce priveşte motivul care a condus la respingerea ofertei contestatorului, ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a consemnat în raportul procedurii de atribuire nr.(...) după cum urmează: [valoarea prezentată în oferta financiară este de (...) depăşind cu (...) valoarea fondurilor prevăzute de autoritatea contractantă pentru îndeplinirea contractului.] Potrivit art.36 alin. (1) lit.e) din HG nr. 925/2006 cu modificările ulterioare, invocat ca temei legal al respingerii ofertei contestatorului, [Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: (...) e) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anuntul/invitaţia de participare şi nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv]; Prin urmare, Consiliul va verifica în cele ce urmează dacă preţul oferit de contestator, se încadrează în valoarea estimată a contractului astfel cum a fost ea menţionată în anunţul de participare. (...) Verificând oferta depusă de contestator, se constată că acesta a oferit, după cum rezultă din formularul de oferta, preţul de (....) care depăşeşte valoarea estimată a lotului, menţionată mai sus. Prin urmare, motivul de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei contestatorului este unul întemeiat. (...) Decizia nr. ... din 03.03.2011,

„(...) acceptarea propunerii financiare a contestatoarei, de către autoritatea contractantă, ar fi însemnat, pe de o parte, disponibilizarea de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică, atâta timp cât autoritatea contractantă are, practic, un buget de 1.732.428,7 lei, pentru lucrările cuprinse în documentaţia de atribuire, raportat la propunerea financiară a contestatoarei, în valoare de 1.778.991,86 lei, în condiţiile în care autoritatea contractantă nu a precizat în documentaţia de atribuire că are această intenţie sau posibilitate (de a disponibiliza fonduri suplimentare) (...)."

„(...) Din documentele dosarului achiziţiei, din raportul procedurii nr...., nu rezultă că autoritatea contractantă are posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică, în situaţia în care preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare, ceea ce duce la încălcarea principiului transparenţei, în sensul în care, dacă autoritatea contractantă ar fi comunicat o valoare estimată a procedurii mai mare sau ar fi precizat că

are posibilitatea de a disponibiliza fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică, în situaţia arătată, există posibilitatea înscrierii la procedură şi a altor operatori economici, ceea ce ar fi asigurat şi concurenţa. Or, prin stabilirea unei valori estimate redusă ca valoare, autoritatea contractantă a împiedicat participarea la procedură a altor operatori economici...)".

Concluziile care se impun din analiza situaţiei de fapt, corelate cu dispoziţiile legale şi aspectele jurisprudenţiale sunt în esenţă următoarele:

- Depunerea unei oferte a cărei propunere financiară depăşeşte valoarea estimată este sancţionată expres cu respingerea ofertei respective ca inacceptabilă: singurele variante în care o astfel de depăşire este permisă sunt: fie există fonduri disponibile pentru suplimentarea valorii iniţial estimate şi autoritatea consideră oportună o astfel de suplimentare, aspect pe care îl comunică echidistant tuturor participanţilor, fie nu se modifică indicatorif tehnico - economici, nu este afectată concurenţa şi nici nu se creează avantaje unora dintre competitori, transparenţa decizională şi egalitatea de tratament fiind, şi de această dată, condiţii sine qua non;

Publicitatea aferentă procedurilor de atribuire a unui contract de achiziţie publică se impune a fi respectată inclusiv (şi în special), desigur, cu privire la o eventuală astfel de decizie a autorităţii de a suplimenta valoarea estimată a contractului în curs de atribuire: valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit reprezintă un element extrem de important atât în analiza oportunităţii de participare la procedură cât şi a admisibilităţii ofertelor. În lipsa unei menţiuni / erate / clarificări, prin care să se aducă la cunoştinţa tuturor operatorilor economici interesaţi, posibilitatea suplimentării valorii de contract iniţial estimate, egalitatea de tratament este grav afectată, constrângerile valorice de care unii dintre ei au ţinut cont (necunoscând posibilitatea de disponibilizare a unor fonduri suplimentare) perturbând în mod semnificativ concurenţa. Situaţia în care autoritatea contractantă nu a stipulat în fişa de date a achiziţiei şi nici în alt document, care formează documentaţia de atribuire, posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare valorii estimate a contractului, echivalează cu inexistenţa unei asemenea posibilităţi, iar ofertele de preţ trebuie să se încadreze în valoarea estimată indicată de către autoritatea contractantă, astfel cum a fost comunicată participanţilor în documentaţia de atribuire. O interpretare contrară a dispoziţiilor legale ar conduce la ipoteza absurdă potrivit căreia autoritatea contractantă, deşi nu a prevăzut posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare valorii estimate a contractului, poate declara admisibile orice oferte excedentare valorii estimate a contractului, în pofida sancţiunilor impuse de către lege. Acest lucru ar echivala cu o prerogativă discreţionară a autorităţii contractante de a stabili câştigătorul, autoritatea lipsind de efect previzibilitatea procedurii şi desemnând în mod aleatoriu oferta câştigătoare, fără a mai avea în

vedere criteriile clare şi cunoscute tuturor participanţilor în baza cărora se desfăşoară selecţia.

Autoritatea contractantă nu a adus la cunoştinţa operatorilor economici participanţi, o astfel de posibilitate de suplimentare: prin urmare, nu există nicio asumare a unei valori eventual superioare celei iniţial estimate, situaţie faţă de care ofertele care o depăşesc sunt inacceptabile.

Respectarea valorii iniţial estimate a produs efecte concrete asupra propunerilor tehnice pregătite şi depuse: posibilitatea de obţinere a unui punctaj maxim la unul dintre criteriile tehnice avute în vedere la stabilirea rezultatului depindea, efectiv, de valoarea maximă permisă. 0 astfel de situaţie relevă ea însăşi încălcarea tratamentului egal; constrângerea privind valoarea financiară a ofertei în curs de pregătire a determinat alegerea anumitor parametri tehnici posibil a fi incluşi în acel plafon valoric. În concret, contestatoarea nu a ofertat soluţia tehnică mai performantă (şi mai scumpă) care ar fi permis obţinerea maximului de punctaj tehnic tocmai pentru a respecta valoarea estimată a contractului, element care s-a dovedit, abia ulterior, lipsit de orice relevanţă pentru autoritatea contractantă.

Contestatoarea precizează că a depus o ofertă admisibilă şi conformă, cu respectarea valorii de contract estimate; singura secţiune la care oferta sa nu a obţinut punctaj maxim este cea descrisă la IV.2.1) 3, unde, dacă ar fi ofertat algoritmul a), contestatoarea ar fi depăşit valoarea estimată; respectând-o, a pierdut însă 8 puncte (cele care i-ar fi permis, totuşi, câştigarea procedurii).

Nicio relevanţă a valorii cumulate a loturilor şi/sau a altor tipuri de informaţii conţinute în documentaţia de atribuire, dar nepublicate, nu poate fi opusă la acest moment caracterului inacceptabil al ofertelor clasate pe locurile I şi II. Concret, chiar dacă autoritatea contractantă ar comunica (şi demonstra, desigur) acum disponibilitatea suplimentării valorii iniţial estimate, lipsa de publicitate a unei astfel de informaţii tot nu ar putea înlătura viciile grave ale rezultatului procedurii de atribuire; la acest moment, când ofertele sunt deja depuse şi evaluate, singura măsură de remediere corectă trebuie să se fundamenteze pe anularea acestui rezultat şi menţinerea valorii iniţial estimate, documentaţia de atribuire devenind obligatorie pentru toţi participanţii în forma existentă (şi nemodificată) la momentul depunerii ofertelor. Prin urmare, singura soluţie corectă, necesar a fi întreprinsă în această etapă, constă în respingerea ofertelor depuse cu depăşirea valorii estimate a contractului necesar a fi atribuit pentru lotul nr. 3.

Contestatoarea precizează, în acest context, şi faptul că nu a depus oferte pentru toate loturile organizate, nefiind prin urmare relevantă, în ceea ce o priveşte, valoarea cumulată a acestora; de altfel, nici dacă ar fi depus oferte pentru toate loturile informaţia privind valoarea cumulată a loturilor tot nu ar fi prezentat interes / importanţă cât timp valorile

estimate ale fiecăruia dintre loturi au devenit obligatorii prin documentaţia de atribuire.

Prin contestaţia 2399/17.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19948/18.05.2018, SC ...SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză - lotul 3, critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei depuse ca neconformă.

Contestatoarea menţionează că prin solicitarea de clarificări nr. 12B/1570/07.02.2018 autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la valoarea zero a articolului „împrejmuire gard 1,80 m" din cadrul Graficului de plăţi pentru Sectorul 2 al lotului.

Prin adresa nr. 71/12.02.2017 - „Clarificări ... 1" contestatoarea a răspuns solicitării de clarificare, specificând, cu privire la articolul menţionat: *„Antreprenorul a luat în considerare lungimile necesare „împrejurimilor cu gard de 1,80 m" conform prevederilor Avizului de Mediu. Dintr-o regretabilă eroare de tehnoredactare, toată lungimea gardului cu înălţimea de 1,80 m aferentă lotului 3 a fost cuprinsă în sectorul 1*".

Astfel, contestatoarea a arătat comisiei de evaluare că:

- a inclus în ofertă toate cantităţile de gard de 1,80 m astfel cum rezultau ca fiind necesare pentru Sectorul 1 şi pentru Sectorul 2 al lucrării, potrivit Avizului de Mediu inclus în documentaţia de atribuire;
- a inclus în oferta financiară preţul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m necesară atât pentru Sectorul 1, cât şi pentru Sectorul 2;
- însă, dintr-o eroare pur formală, la nivelul graficului de preţuri/plăţi, preţul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m a fost cuprins în graficul de preţuri/plăţi aferent Sectorului 1.

Faţă de răspunsul oferit, autoritatea a formulat o nouă solicitare de clarificare, solicitând *„detalierea preţului pentru 2.3.4. - împrejmuire gard 1,80 m lucrare incluse în alte categorii /sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost formulat/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost solicitate prin documentaţia de atribuire -Anexa 2 la Formularul 8*".

Prin al doilea răspuns la solicitarea de clarificare - adresa nr. 93/01.03.2018, contestatoarea a transmis, în conformitate cu cele solicitate de autoritatea contractantă, detalierea preţului pentru articolul împrejmuire gard 1,80 m, arătând că preţul total inclus în oferta contestatoarei pentru împrejmuire gard de 1,80 m (de 72,516,24 lei) rămâne nemodificat, fiind împărţit astfel:

- un preţ de 61.274,91 lei pentru Sectorul 1 (km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud) şi, respectiv,
- un preţ de 11.241,33 lei pentru Sectorul 2 (km 0+000 - km 2+500 aferent Centura Nord).

De asemenea, în vederea detalierii acestuia, contestatoarea a transmis tabele exemplificative în care a defalcat în mod corespunzător

valorile specifice pe fiecare articol în parte, tocmai pentru a putea verifica comisia de evaluare că prin corectarea erorii apărute la nivelul graficului Sectorului 2 nu are loc niciun fel de modificare a conţinutului ofertei financiare.

În acelaşi sens, pentru a arăta corectitudinea/ sustenabilitatea preţului pentru împrejmuire gard 1,80 m aplicabil pentru întreg lotul 3 (ambele sectoare) contestatoarea a ataşat Clarificărilor ... 2 si oferta de preţ nr. 254/27.09.2017 primită de la furnizorul ... SRL şi în baza căreia a fost fundamentat costul inclus în propunerea financiară pentru unitatea de gard 1.80 m.

În oferta furnizorului ataşată Clarificărilor ... 2 se menţionează, fără echivoc, că preţul asumat este de 10,40 lei/ml (plus TVA) tocmai în considerarea unei lungimi totale a gardului de 1850 m.

În completarea acestui preţ, astfel cum este prezentat în mod detaliat în Anexa nr. 1 la Clarificările ... 2, au fost incluse celelalte costuri aplicabile (aferente echipamentelor, personalului, costuri indirecte, profit etc.) rezultând costul de 38,63 lei/ml (fără TVA).

Acesta este costul pe metru liniar de împrejmuire gard care înmulţit cu lungimea aferentă sectorului 1 (conform prevederilor Avizului de Mediu) conduce la valoarea de 61.274,91 lei, iar pentru sectorul 2 la valoarea de 11.241,33 lei.

Cumulate cele două valori dau valoarea de 72,516,24 lei, adică exact costul total indicat în conţinutul propunerii financiare a contestatoarei pentru articolul de lucrări gard 1.80 m, însă referit, din greşeală, în integralitate, doar în graficul de preţuri/plăţi pentru sectorul 1.

Faţă de caracterul vădit concludent al răspunsului la clarificări, faţă de justificarea evidentă a fundamentării costului ofertat pentru împrejmuire gard 1,80 m şi, mai ales, faţă de absenţa oricărei modificări a preţului total ofertat (oferta financiară), contestatoarea apreciază că aplicarea unei conduite legale ar fi presupus constatarea de către comisia de evaluare a erorii aritmetice/ viciului de formă strecurat în oferta sa şi corectarea acestuia, cu luarea în considerare atât a prevederilor art. 134 alin. (10) - (11) şi 135 din HG nr. 395/2016, precum şi a prevederilor Secţiunii IV.4.2) Nota 4 din fişa de date.

Însă, în mod contrar, abordând o atitudine superficială şi nefundamentată, prin adresa nr. 12B/3593/21.03.2018 autoritatea a considerat că a existat o modificare de preţuri în cadrul propunerii financiare *„realizate prin diminuarea/ mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare".*

De asemenea, contestatoarea precizează că potrivit raportului procedurii, pe lângă nelegala decizie de respingere a ofertei sale a constatat că există nereguli grave şi în ceea ce priveşte declararea ca admisibilă a propunerii tehnice depusă de Asocierea .... Totodată, în contextul admiterii contestaţiei contestatoarei se impune în mod automat

anularea tuturor actelor prin care oferta asocierii ...SRL a fost desemnată câştigătoare.

Din comunicarea rezultatului rezultă că autoritatea nu a întreprins analiza impusă de art. 135 din HG nr. 395/2016 (referitoare la constatarea şi corectarea viciilor de formă) şi nici cea impusă de art. 134 alin. (10) şi următoarele din HG nr. 395/2016 (constatarea şi corectarea erorilor aritmetice).

Dimpotrivă, decizia a fost luată doar în baza aplicării formale şi excesive a art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, fiind evident că nu orice modificare a propunerii financiare impune eliminarea ofertantului din competiţie, ci doar cele care au la bază schimbări nepermise ale preţului ofertat, nu şi modificările impuse de necesitatea corectării unor vicii de formă/ erori aritmetice.

Contestatoarea susţine faptul că autoritatea nu a respectat prevederile art. 135 din HG nr. 365/2016, fiind evident că eroarea/omisiunea din conţinutul graficului de preţuri/plăţi se circumstanţia noţiunii de viciu de formă invocând, în acest sens, prevederile art. 135 din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea afirmă că, dintr-o simplă eroare/ omisiune, a inclus întregul preţ pentru „împrejmuire gard 1,80 m" numai într-una dintre cele două secţiuni ale Graficului corespunzător (cum de altfel a clarificat în mod concludent încă de la momentul primei clarificări).

Având în vedere complexitatea procedurii, numărul foarte mare de articole, precum şi sumele implicate în detalierea acestora, astfel de erori sunt aproape inevitabile pentru orice ofertant, folosirea lor ca prilej de respingere a ofertelor reprezentând o măsură excesivă şi injustă din partea oricărei autorităţi contractante, cu atât mai mult cu cât corectarea lor are un impact zero asupra ofertei finale.

În acest sens, de deosebită relevanţă este considerentul că prin corectarea viciului formal (infim, de altfel) nu are loc absolut nicio modificare asupra niciunuia dintre costurile incluse în ofertă, asupra elementelor sau cantităţilor indicate în graficul de preţuri/plăţi şi, în definitiv, asupra propunerii financiare.

Aceste aspecte au fost în mod neechivoc demonstrate de documentaţia depusă de contestatoare în detalierea valorii pentru articolul „împrejmuire gard 1,80 m” acceptarea corectării fiind evident nesusceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi ofertanţi.

Totodată, contestatoarea învederează că eroarea are natura juridică a unei erori aritmetice remediabile potrivit prevederilor legale. Ignorarea obligaţiei autorităţii de a permite corectarea acesteia încalcă în mod flagrant drepturile şi interesele sale legitime, invocând în acest sens prevederile art. art. 134 alin. (10) din HG nr. 394/2016.

Comisia de evaluare nu a ţinut cont de aceste prevederi atât timp cât, aşa cum a clarificat încă de la început, indicarea preţului aferent articolului „împrejmuire gard i,8o m" în graficului de preţuri/plăţi pentru

Sectorul 1 cuprinde, din eroare, şi preţul aferent aceluiaşi articol pentru Sectorul 2.

Or, în cazul de faţă, condiţiile legale ale corectării erorii aritmetice sunt îndeplinite. Corectarea calculului nu încalcă sub niciun fel principiile guvernatoare în materie, fiind susţinută, totodată, de toate celelalte documente depuse de contestatoare în cadrul ofertei (detalierea de preţ, oferta din partea ... SRL).

Cum corectarea erorii nu determină nicio modificare cu privire la valoarea propunerii financiare, nu poate fi luat în calcul crearea vreunui avantaj nepermis.

În susţinerea acţiunii sale, contestatoarea invocă:

- Decizia nr. 1075 din 26 februarie 2018, Curtea de Apel Suceava:

*„În speţă diferenţa din ofertă nu este nici măcar de 1% ci de sub 0,1%, de zece ori mai mic decât pragul permis de lege.*

*Curtea apreciază aşadar că rectificarea sumei din oferta financiară reprezintă un viciu de formă, de redactare, viciu care a produs o simplă eroare aritmetică ce putea fi corectată. Această aserţiune e susţinută şi de caracterul vast, complex şi detaliat al ofertei sub aspectul justificării preţului, oferta de preţ cuprinzând numeroase cifre, sume, valori şi calcule aritmetice; împrejurări ce pot duce la erori de redactare sau erori materiale. De altfel trebuie reţinut că sumele de „0,28" şi „1,1" apar menţionate în ofertă în mai multe locuri şi cu privire şi la alte cheltuieli, împrejurare ce susţine încă o dată existenţa unei greşeli de redactare*."

- Decizie nr. 303 din 26 februarie 2016, Curtea de Apel Alba Iulia:

*„Curtea îmbrăţişează opinia jurisprudenţială potrivit căreia nu este legală, şi nici oportună, respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesar a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancţionatorie aplicată pentru deficiente minore încalcă principiul proporţionalităţii, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului*."

De asemenea, importanţa dreptului ofertanţilor de a-şi corecta viciile de formă/ erorile aritmetice din ofertă, cu respectarea principiului tratamentului egal a fost statuată şi la nivelul jurisprudenţei supranaţionale:

Cauza C-131/16 Archus & Gama:

*„Principiul egalităţii de tratament al operatorilor economici, enunţat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii în sectoarele apei, energiei, transporturilor şi serviciilor poştale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziţii publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declaraţiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini şi care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. în schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea*

*contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar contine-o aceasta, cu condiţia însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeaşi situaţie, ca toţi ofertanţii să fie trataţi în mod egal şi loial şi ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competenţa instanţei de trimitere."*

Astfel, este cât se poate de disproporţionată luarea unei decizii de declarare ca neconformă a unei ofertei pentru simplul motiv că preţul total al unui articol a fost prevăzut într-o singură secţiune din cele două ale graficului de preţuri/plăţi, iar corectarea acestor aspecte nu doar că derivă din prevederile legale ale HG nr. 395/2016, dar este susţinută în mod temeinic de toate celelalte documente ale ofertei depuse.

Prin urmare, menţinerea unei astfel de măsuri ar reprezenta o conduită evident abuzivă din partea autorităţii contractante, motiv pentru care se impune remedierea imediată a celor sesizate şi constatarea caracterului conform şi acceptabil al ofertei depuse de contestatoare, anterior intervenţiei instanţelor de judecată.

De asemenea, contestatorea apreciază că în mod greşit oferta asocierii Tirrena Scavi a fost declarată conformă sub aspectul propunerii tehnice.

Astfel, aşa cum rezultă din procesul-verbal nr. 12B/3550/21.03.2018 şi din grila de evaluare a propunerii financiare a Asocierii Tirrena Scavi propunerea tehnică a acesteia este viciată de următoarele nereguli:

a) secţiunea „Organizarea de şantier şi surse de materiale" conţine aspecte neconforme şi mai multe lipsuri;

b) în concret, lipsesc staţiile necesare de sortare/concasare şi nici nu sunt prezentate soluţii alternative sustenabile, nefiind îndeplinită cerinţa Autorităţii sub acest aspect;

c) ofertantul a prevăzut padocuri pentru sorturi/agregate şi staţii pentru producţia materiei prime în planul organizării de şantier, dar nu şi staţiile de sortare/concasare necesare;

d) în ofertă nu sunt cuprinse toate activităţile specifice de transport materiale necesare (ofertantul prezentând o ofertă din partea unui furnizor doar cu privire la Lotul 2, nu şi la Lotul 3);

e) ofertantul nu a inclus/ justificat toate aprovizionările de materiale necesare lucrărilor ofertate;

f) lipseşte asumarea obligaţiei şi specificaţiile relevante pentru îndeplinirea operaţiunilor de procesare a balastului natural în şantier în agregate pentru betoane;

g) pentru activităţile de fabricare a betoanelor nu este prevăzută folosirea apei, astfel că nu pot fi obţinuţi parametrii tehnici impuşi;

h) oferta nu prezintă modul în care este obţinută apa necesară activităţilor de şantier;

i) din ofertă lipsesc cantităţile estimate pentru scurgerea apei;

j) rapoartele de cantităţi pentru ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) cuprind modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură, iar totalul privind operaţiunile de săpătură nu este însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate;

k) răspunsurile de clarificare furnizate de ofertant sunt vădit neconcludente, acesta, pus în faţa lămuririi lipsurilor din oferta sa, a răstălmăcit în mod speculativ sensul altor elemente în încercarea de a arăta că, de fapt, elementele lipsă sunt incluse în cadrul altora ofertate (de ex. că staţia de sortare/concasare ar face parte din balastieră, etc.);

Astfel, în realitate, Asocierea ... a depus o ofertă incompletă (ceea ce justifică în bună parte preţul deosebit de mic ofertat), iar în etapa evaluării propunerii financiare a încercat să acopere deficienţele prezentând explicaţii nesustenabile, fundamentate pe anomalii tehnice sau elemente speculative.

Toate aceste motive de respingere au fost reţinute de comisia de evaluare doar prin raportare la evaluarea propunerii financiare a Asocierii ... însă, fiind aspecte relevante şi în evaluarea propunerii tehnice, se impunea şi respingerea ca inadmisibilă a propunerii tehnice.

Mai mult, în privinţa majorităţii aspectelor conţinute în propunerea sa tehnică, Asocierea ... nu a respectat cerinţele fişei de date, nedescriind în mod concret modul de îndeplinire a fiecărei cerinţe cu indicarea parametrilor şi specificaţiilor tehnice detaliate, ci s-a rezumat la a preciza în mod declarativ că respectă cerinţele minime obligatorii.

Cu toate acestea, comisia de evaluare nu a lămurit prin mecanismul solicitărilor de clarificări aspectele nedemonstrate în mod corespunzător.

Contestatoarea invocă şi faptul că garanţia de participare depusă de ... este expirată.

Garanţia de participare emisă de CBL Insurance Europe în favoarea ... a expirat la data de 18.04.2018. Printre documentele aflate la dosarul achiziţiei nu se regăsesc documente prin care autoritatea să fi cerut prelungirea valabilităţii garanţiei şi nici documente din care să rezulte prelungirea acesteia.

În final, contestatoarea învederează faptul că autoritatea contractantă i-a restricţionat nelegal accesul la documentele dosarului achiziţiei publice.

Prin adresa nr. 72/23.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 20854/24.05.2018, Asocierea SC ... în calitate de câştigătoare a procedurii – lotul 3, formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 3, în contradictoriu cu ... în care solicită admiterea cererii de intervenţie şi respingerea contestaţiei ...

Intervenienta invocă excepţia lipsei de interes a contestatoarei.

Cu valoare de principiu, pentru exerciţiul acţiunii, contestatoarea trebuie să justifice interesul său, respectiv folosul practic pe care îl urmăreşte prin introducerea contestaţiei.

Astfel cum reiese din raportul procedurii, contestatoarea nu a depus ofertă singură, ci în asociere cu ... SRL.

Potrivit informaţiilor publicate de Tribunalul Bucureşti, prin hotărârea pronunţată la data de 13 Februarie 2018, de Tribunalul Bucureşti, Secţia a VII-a Civilă, în dosarul 4040/3/2018, a dispus deschiderea procedurii generale a insolvenţei împotriva asociatului contestatoarei, ... SRL.

Ori, potrivit dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică orice operator economic care se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii.

Ca urmare, oferta contestatoarei apare în raportul procedurii de atribuire ca fiind admisă (conformă şi acceptabilă) doar datorită faptului că acest ofertant a „omis" să informeze comisia de evaluare despre insolvenţa asociatului său ... SRL.

Altfel spus, indiferent de soluţia dată acestei contestaţii, starea de insolvenţă a asociatului contestatoarei nu va fi afectată, cu urmarea că oferta asocierii contestatoarei trebuie, în mod legal, să fie exclusă din procedură şi, implicit, contractul nu poate fi atribuit ofertantului din care face parte şi contestatoarea.

Mai mult, dacă, contractul ar fi totuşi atribuit asocierii din care face parte contestatoarea, contractul ar fi lovit de nulitate absolută, astfel cum arată dispoziţiile art. 223 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Ca urmare, având în vedere că prin acţiunea promovată contestatoarea nu poate obţine, în mod legal, ca finalitate practică, atribuirea contractului către asocierea din care face parte şi care, a luat sfârşit prin deschiderea procedurii generale a insolvenţei împotriva asociatului ... SRL, contestatoarea invocă excepţia lipsei de interes a contestatoarei în promovarea acesteia.

De asemenea, contestatoarea invocă excepţia lipsei calităţii procesual active a contestatoarei.

Deşi potrivit dispoziţiilor art. 2 alin. (1) din Legea 101/2016 orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, după intrarea în insolvenţă a celuilalt membru al asocierii, ... SRL, contestatoarea nu mai poate susţine că acţionează în numele asocierii formate împreună cu ...SRL.

Ori, ofertantul în cadrul procedurii nu a fost niciodată contestatoarea, ci asocierea formată de aceasta împreună cu societatea în ...SRL.

Ca urmare, printr-un eventual act nelegal al autorităţii, interesul lezat ar fi al asocierii din care facea parte contestatoarea, iar nu al contestatoarei personal ori, cu titlu de principiu, pentru a justifica existenţa calităţii procesual active, reclamantul sau, în cazul de faţă, contestatorul, trebuie să deducă judecăţii un drept propriu, ceea ce contestatoarea, nu poate justifica.

Pentru aceste motive, având în vedere, pe de o parte, că în contestaţia promovată contestatoarea nu poate reprezentă o asociere dizolvată şi nici o persoană în insolvenţă şi că, pe de altă parte, nu poate deduce judecăţii un drept propriu al său, întrucât nu îi poate fi atribuit contractul în absenţa celuilalt membru al asocierii în cadrul căreia a depus oferta, contestatoarea invocă excepţia lipsei calităţii procesual active a contestatoarei şi respingerea contestaţiei ca atare.

Contestatoarea invocă şi excepţia lipsei calităţii de reprezentant.

După deschiderea procedurii insolvenţei ... SRL, activitatea acesteia este condusă de administratorul judiciar, iar contestatoarea, indiferent de acordul de asociere încheiat în scopul participării în procedura de achiziţie, nu poate implica legal societatea în insolvenţă într-un litigiu, în calitate de contestatoare.

În concluzie, dată fiind starea de insolvenţă a asociatului contestatoarei şi faptul că aceasta nu a demonstrat dorinţa administratorului judiciar al societăţii în insolvenţă de a achiesa la demersurile contestatoarei, aceasta nu are calitatea de reprezentant nici pentru asociatul în insolvenţă şi nici pentru asocierea desfiinţată prin deschiderea insolvenţei asociatului ...SRL.

Se invocă şi excepţia tardivităţii contestaţiei în ceea ce priveşte fişa de date a achiziţiei.

Potrivit dispoziţiilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016, sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare.

Contestatoarea critică acum, în mod repetat, fişa de date a achiziţiei arătând că „nicio referire a fişei de date a achiziţiei şi/sau a altui document care formează documentaţia de atribuire nu a relevat posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare valorii estimate a

contractului aferent lotului 3", că „nediscriminarea, transparenţa şi tratamentul egal reprezintă principii care, alături de asumarea răspunderii au fost grav afectate; nicio informaţie a autorităţii contractante şi/sau menţiune a documentaţiei de atribuire nu indică posibilitatea de depăşire a valorii estimate" sau că „situaţia în care autoritatea contractantă nu a stipulat în fişa de date a achiziţiei şi nici în alt document, care formează documentaţia de atribuire, posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare valorii estimate a contractului, echivalează cu inexistenţa unei asemenea posibilităţi".

Potrivit propriilor susţineri, contestatoarea a formulat notificarea prealabilă cu privire la aceste aspecte abia la data de 04.05.2018, cu mult după trecerea termenului de 10 zile de la momentul publicării fişei de date a achiziţiei, termen în interiorul căruia putea şi trebuia să ia cunoştinţă de conţinutul fişei de date şi să formuleze, dacă aprecia necesar, notificarea prealabilă.

Ca urmare, în ceea ce priveşte criticile aduse acum de contestatoare fişei de date a achiziţiei, sunt făcute cu mult după împlinirea termenului de 10 zile prescris de lege, moment de la care orice persoană interesată este decăzută din dreptul de a o mai contesta.

Intervenienta susţine că autoarea contestaţiei nu critică decât decizia autorităţii contractante de a considera admisibile ofertele depuse pentru atribuirea contractului aferent lotului 3 ce includeau o ofertă financiară superioară preţului de 866.336.303 lei estimat de autoritatea contractantă pentru lotul 3.

În opinia intervenientei, contestaţia este neîntemeiată.

A. Autoritatea contractantă nu se află în situaţia de a fi nevoită să disponibilizeze sume suplimentare.

Potrivit dispoziţiilor art. 17 alin. (1) din Legea 98/2016, *„în cazul în care autoritatea contractantă intenţionează să achiziţioneze o construcţie sau servicii, iar atribuirea contractelor poate fi realizată pe loturi separate, valoarea estimată a achiziţiei se determină luând în considerare valoarea globală estimată a tuturor loturilor".*

Potrivit fişei de date a achiziţiei, secţiunea 11.2.1) „Cantitatea totală sau domeniul", valoarea globală, a tuturor loturilor, estimată de autoritatea contractantă este de 2.671.075.471,00 ron, fără TVA.

Potrivit anunţurilor publicate de autoritatea contractantă, aceasta a atribuit toate cele trei loturi la un preţ total de 2.463.893.317 RON, fără TVA, adică pentru un preţ cu 207.182.154 RON, fără TVA mai mic decât cel estimat.

Ori, în condiţiile în care autoritatea contractantă a atribuit toate cele trei loturi, la un preţ de aproximativ 90% din cel estimat de ea, rezultă cu necesitate că autoritatea contractantă nu se află în situaţia de a fi nevoită să disponibilizeze sume suplimentare, astfel cum neîntemeiat susţine contestatoarea ci, din contră, deţine chiar o „rezervă" de aproximativ 10% din valoarea estimată.

B. Oferta financiară a intervenientei nu a depăşit valoarea estimată de autoritatea contractantă, astfel cum impun dispoziţiile Legii nr. 98/2016,.

Autoritatea contractantă a arătat în clarificarea nr. 5 la documentaţia de atribuire aferentă procedurii de atribuire singura poziţie: „Clarificare din oficiu", că:

*„În virtutea art. XI, alin (3) din OUG nr. 83/2016 privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative, autoritatea contractanta publică, în cadrul Anexei I la Acordul contractual, Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevăzute în Graficul de plăţi aferent prezentului contract.*

*În consecinţă, Graficul de plăţi se completează cu Anexa "Lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare", care va fi completată în mod obligatoriu de ofertanţi şi va fi inclusă în propunerea financiară a acestora pentru fiecare lot în parte.*

Autoritatea contractantă a mai arătat, în clarificarea nr. 12 la documentaţia de atribuire aferentă procedurii de atribuire în răspuns 3, că:

*„Autoritatea contractantă a oferit operatorilor economici facilitatea de a aloca, în funcţie de necesităţile identificate, sumele pentru fiecare categorie de cheltuieli în parte, neimpunând limite pentru acestea, singura condiţie fiind încadrarea în valoarea totală a rezervelor de implementare.*

*Totodată, pentru a asigura corelarea între Anexa la Graficul de Plăţi şi Acordul contractual, în Anexa 1 la Acordul Contractual, cap. IV. Lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare se completează cu categoria "cheltuieli privind arheologia".*

Potrivit Anexei 2 la clarificarea nr. 5, documentul „PROIECTARE ŞI EXECUŢIE AUTOSTRADA DE CENTURĂ BUCUREŞTI KM 0+000 - KM 100+900 Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud Şi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord. Lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare", valoarea rezervelor de implementare pentru lotul 3 au fost stabilite la valoarea de 41.254.110 lei, fără TVA.

Potrivit Notei 2 din Anexa 2 la clarificarea nr. 5, *„Valoarea totală a acestor categorii de cheltuieli, respectiv 41.254.110 lei fără TVA va fi defalcată de fiecare ofertant în cadrul celor 16 categorii de cheltuieli din prezenta anexă".*

După cum reiese atât din raportul procedurii, cât şi din adresa de comunicare a rezultatului procedurii, oferta intervenientei a fost desemnată câştigătoare pentru un preţ de 882.363.613,61 lei, fără TVA.

Dând curs dispoziţiilor autorităţii contractante, oferta intervenientei include şi „Valoarea totală a acestor categorii de cheltuieli, respectiv 41.254.110 lei fără TVA" indicată de autoritatea contractantă în clarificarea nr. 5.

Ori, scăzând valoarea de 41.254.110 lei fără TVA a Rezervelor de implementare, pe care toţi ofertanţii au fost obligaţi să le includă în ofertă, se poate lesne observa că oferta intervenientei, este cu 25.226.799,39 lei, fără TVA mai mică decât valoarea estimată de autoritatea contractantă pentru lotul 3, chiar dacă, art. 17 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, obligă raportarea la valoarea estimată a întregului obiectiv, iar nu la loturile individuale.

C. Documentaţia de atribuire vorbeşte expres despre posibilitatea apariţiei unor costuri suplimentare şi, implicit, despre posibilitatea disponibilizării de sume suplimentare.

În primul rând, prin fişa de date a achiziţiei, Secţiunea IV.4.2 „Modul de prezentare a propunerii financiare", Nota 2, autoritatea contractantă a arătat că *„Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică, precum şi să nu se afle în situaţia prevăzută la art. 210 din Legea 98/2016*".

După cum se poate observa, autoritatea contractantă a solicitat ca propunerea financiară să se încadreze „în fondurile care pot fi disponibilizate" şi să nu fie neobişnuit de scăzută în raport cu lucrările, iar nu ca oferta să se încadreze în valoarea estimată de ea pentru fiecare lot.

Apoi, fără a reveni asupra celor de mai sus, autoritatea contractantă a prevăzut în mod expres rezerve de implementare pentru toate cele trei loturi, respectiv 43.952.651 lei fără TVA pentru lotul 1, 41.987.309 lei fără TVA pentru lotul 2 şi 41.254.110 lei fără TVA pentru lotul 3, sume ce trebuiau defalcate de fiecare ofertant în cadrul categoriilor de cheltuieli din Lista anexă Clarificării nr. 5.

Ori, în condiţiile publicării Clarificării nr. 5 şi a Clarificării nr. 12 (Răspunsul nr. 3) şi al modificării Acordului Contractual tocmai pentru a arăta că Beneficiarul convnie să plătească Antreprenorului „şi alte sume care ar putea deveni plătibile", nu se poate susţine nici faptul că autoritatea contractantă nu a informat ofertanţii despre această situaţie şi nici că autoritatea contractantă nu a informat decât anumiţi ofertanţi, astfel cum pare să sugereze contestatoarea.

În al doilea rând, autoritatea contractantă a făcut în mod expres şi repetat trimitere în fişa de date a achiziţiei la dispoziţiile art. 221 din Legea 98/2016.

În al treilea rând, autoritatea contractantă a citat integral în fişa de date a achiziţiei sub-caluzele 13.7 [Actualizări Generate de Modificări ale Legilor] şi 13.8 [Actualizări Generate de Modificări ale Preţurilor] din Condiţiile Contractuale.

Ori, aplicarea mecanică a acestor clauze, în condiţiile specifice, prevăzute în Contract, poate conduce la actualizări ale valorii plătibile antreprenorului, deci la costuri mai mari pentru autoritatea contractantă şi, implicit, la necesitatea de a disponibiliza sume suplimentare.

Ca urmare, există situaţia încălcării de către autoritatea contractantă a vreunuia dintre principiile nediscriminării, tratamentului egal sau transparenţei, invocate de contestatoare ci, mai curând, în situaţia unei greşite sau incomplete înţelegeri de către contestatoare a documentaţiei de atribuire, afirmaţia acesteia potrivit cu care nicio menţiune din întreaga documentaţie de atribuire nu ar fi putut nici măcar induce indirect posibilitatea interpretării posibilităţii disponibilizării unor sume suplimentare fiind vădit neîntemeiată.

D. Procedura de atribuire a fost iniţiată sub incidenţa unei clauze rezolutorii, astfel încât nu se poate vorbi despre încălcarea principiului utilizării eficiente a fondurilor.

Potrivit Secţiunii IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei", pct. 10 din fişa de date, procedura de atribuire a fost iniţiată sub incidenţa unei clauze rezolutorii potrivit cu care încheierea contractului de achiziţie publică este condiţionată de obţinerea/ aprobarea finanţării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat şi/ sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situaţia în care se respectă dispoziţiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intra sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice, iar în cazul în care, indiferent de motive, obţinerea/aprobarea finanţării nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin (1) lit. c) teza a ll-a din Legea 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică.

Astfel, a fost evident încă de la momentul declanşării procedurii faptul că autoritatea contractantă nu deţine efectiv fondurile, respectiv nu are un buget fix şi imuabil alocat acestui proiect şi, cu atât mai puţin câte un buget distinct pentru fiecare lot, „fiind imposibilă încheierea contractului de achiziţie publică" dacă finanţarea nu va putea fi asigurată.

Apoi, autoritatea contractantă a stabilit criteriul de atribuire drept „cel mai bun raport calitate - preţ", îndepărtându-se de practica anterioară a „preţului celui mai scăzut". Ori, atât timp cât autoritatea contractantă a optat să se îndrepte spre calitate superioară, nu se poate susţine că aceasta nu respectă principiul utilizării eficiente al fondurilor.

E. Contestatoarea ignoră condiţionările din chiar textele legale pe care le invocă.

Autoritatea contractantă, în opinia intervenientei, nu este în situaţia de a suplimenta valoarea estimată, pentru că valoarea estimată pentru întreaga achiziţie este cu aproximativ 10% mai mare decât preţul la care întregul proiect a fost atribuit; fără rezervele de implementare stabilite şi impuse tuturor ofertanţilor de autoritatea contractantă, oferta intervenientei nu depăşeşte valoare estimată pentru lotul 3 şi, nu în

ultimul rând, autoritatea contractantă a arătat în mod expres nu doar că valoarea poate fi suplimentată, ci că aceasta va fi suplimentată, atât prin rezervele de implementare, cât şi prin aplicarea mecanică a celor două mecanisme de actualizare a valorii plătibile antreprenorului, potrivit sub clauzelor 13.7 şi 13.8 din Contract.

Paradoxal, jurisprudenţa citată chiar de contestatoare vine să contrazică susţinerile acesteia, iar nu să le sprijine în ceea ce priveşte caracterul inacceptabil al ofertelor criticate. Concret, fragmentele evocate de contestatoare subliniază tocmai faptul că autoritatea contractantă nu poate fi obligată să disponibilizeze fonduri suplimentare dar că, stabilirea unor fonduri suplimentare este atributul exclusiv al autorităţii contractante. Altfel spus, autoritatea contractantă nu poate fi ţinută să suplimenteze fondurile, dar, dacă în virtutea acestui atribut exclusiv al său o face, atunci nu există niciun motiv pentru excluderea din procedură a ofertelor.

Fără a reveni asupra celor de mai sus, în cauză nu există situaţia în care autoritatea contractantă a suplimentat valoarea fără să anunţe ci în situaţia în care contestatoarea nu a înţeles sau nu a dorit să înţeleagă precizările exprese din fişa de date şi clarificările publicate de autoritatea contractantă.

În final, intervenienta apreciază că contestatoarea nu se poate prevala de propria sa culpă pentru a genera caracterul „inacceptabil" al ofertelor ce au fost depuse cu respectarea cerinţelor autorităţii contractante şi nici nu poate depăşi starea de insolvenţă a asociatului său ...'98 SRL, ce face, oricum, imposibilă atribuirea contractului către asocierea din care face parte.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24286/15.06.2018, ...E formulează note scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei precum şi a cererii de intervenţie emisă de către SC ....

În ceea ce priveşte excepţia lipsei interesului ..., contestatoarea apreciază că este neîntemeiată, precizând în acest sens că faţă de obiectul dosarului şi limitele învestirii Consiliului, este persoană vătămată în sensul dispoziţiilor Legii nr. 101/2016, interesul .. în promovarea contestaţiei fiind de netăgăduit. Contestaţia este promovată de către ....

Calitatea de persoană vătămată şi, corelativ, interesul unei persoane de a promova contestaţie într-o procedură de achiziţie publică se analizează şi, respectiv, se determină în raport de dispoziţiile art. 3 alin. (1) lit. f) şi alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, câtă vreme oferta contestatoarei a fost considerată admisibilă şi clasată pe locul al III- lea în clasamentul ofertelor întocmit de către comisia de evaluare, astfel cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 92/30010/26 aprilie 2018, rezultă că ... justifică interes în promovarea contestaţiei, excepţia lipsei interesului fundamentată pe o ipotetică descalificare a ofertei sale fiind vădit nefondată.

În situaţia în care contestaţia va fi admisă, iar oferta Spedition UMB (şi, implicit, a ofertantului clasat pe locul al ll-lea) descalificată ca urmare a depăşirii valorii estimate a contractului, oferta contestatoarei rămâne singura ofertă admisibilă. În concret, autoritatea contractantă va avea la acel moment atât dreptul, cât şi obligaţia de a verifica îndeplinirea, de către ... a cerinţelor de calificare, urmând să verifice, în concret, implicaţiile stării de insolvenţă a ...t. În orice caz, aceste chestiuni nu fac obiectul prezentului dosar, ... neformulând contestaţie împotriva rezultatului procedurii de atribuire în ceea ce priveşte oferta contestatoarei; aducerea lor în discuţie, în acest cadru procesual, este nepermisă, Consiliul nefiind învestit cu verificarea condiţiilor de calificare de către ....

Contrar opiniei neavizate a intervenientei, starea de insolvenţă a unui operator economic nu atrage, de plano, excluderea sa dintr-o procedură de atribuire ci, potrivit art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pe care intervenienta, în mod intenţionat, nu îl citează, autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/sectorial/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul operator economic privind continuarea procedurii.

În acelaşi sens este şi opinia Agenţiei Naţionale pentru Achiziţii Publice („ANAP") exprimată în Speţa 526 şi publicată pe pagina de internet a ANAP:

*Din economia textelor de lege mai sus citate, rezultă în mod clar că scopul urmărit de legiuitor nu a fost acela de a limita participarea la procedura de atribuire a unui operator economic aflat în starea de insolvenţă. Prin urmare, interpretând dispoziţiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin coroborare cu cele ale art. 57 alin. (6) din Directivă, pe care le transpune, reiese că autoritatea contractantă permite participarea la procedura de atribuire a unui operator economic aflat în stare de insolvenţă, atât timp cât acesta din urmă va furniza dovezi, considerate suficiente de către autoritatea contractantă, din care să rezulte că acesta are capacitatea de a îndeplini contractul de achiziţie publică, în oricare din situaţiile prevăzute la teza a 2-a a 167 alin. (2) din lege. Totodată, este necesar a fi menţionat că, în acest caz, numai autoritatea/entitatea contractantă, pe baza informaţiilor şi a documentelor prezentate de operatorul economic, va putea stabili dacă acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/sectorial/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate privind continuarea activităţii."*

Faţă de dispoziţiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, faptul că oferta ...nu a fost descalificată, fiind considerată admisibilă şi clasată pe locul al lll-lea în clasamentul ofertelor, precum şi faţă de dispoziţiile art.

167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, rezultă că este vădit eronată şi nefondată teza contestatoarei în sensul că oferta ... nu ar avea interes în promovarea contestaţiei, din cauza situaţiei de insolvenţă a ...(care, nici până la acest moment, dar nici măcar în viitor, nu este de natură a atrage vreo consecinţă).

În ceea ce priveşte excepţia lipsei calităţii sale procesuale active, contestatoarea apreciază că este neîntemeiată

Intervenienta nu a înţeles faptul că contestatoarea a promovat contestaţia în nume propriu şi nu în numele asocierii, astfel că întreaga teză argumentativă expusă în cererea de intervenţie este străină de situaţia concretă din speţă.

... a acţionat în acord cu dispoziţiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101 /2016 potrivit cărora: *„Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege*.

În concluzie, ...r poate acţiona în nume propriu, calitatea procesuală activă a ... (membru şi lider al unei asocieri fără personalitate juridică) rezultând, în mod direct, fără echivoc, din lege.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei calităţii de reprezentant a ... este neîntemeiată.

Şi în susţinerea acestei excepţii, intervenienta comite aceeaşi eroare susţinând că ... ar acţiona şi în numele .... (al cărui acord ar trebui exprimat cu respectarea rigorilor proprii materiei insolvenţei), însă ... a formulat şi depus contestaţia în nume propriu, în temeiul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101 /2016 şi nu în calitate de reprezentant al ...sau al asocierii (asociere care, în pofida insinuărilor intervenientei, nu este nici desfiinţată şi nici dizolvată ca urmare a insolvenţei ...). Prin urmare, ... nu trebuie să depună dovada calităţii de reprezentant la care face intervenienta referire, excepţia lipsei calităţii de reprezentant fiind vădit neîntemeiată.

În ceea ce priveşte excepţia tardivităţii contestaţiei în ceea ce priveşte fişa de date a achiziţiei este neîntemeiată.

Contestatoarea menţionează faptul că demersul său juridic nu vizează fişa de date a achiziţiei, ci doar rezultatul procedurii de atribuire, excepţia tardivităţii invocată în privinţa unor critici inexistente în legătură cu fişa de date a achiziţiei este lipsită de obiect şi se impune a fi respinsă.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că cererea de intervenţie este nefondată, precizând că stabilirea valorii estimate a contractului, rezervele de implementare sunt incluse, ope lecis, în valoarea estimată a contractului

Legea nr. 98/2016 instituie în Secţiunea 4, Paragraful 3, un set de reguli de estimare a valorii contractului de achiziţie publică, aceste reguli având ca scop evitarea:

- supraevaluării valorii contractului, care are ca efect nerespectarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice;

- divizării contractului de achiziţie publică în mai multe contracte distincte de valoare mai mică;
- subevaluării valorii contractului, în scopul evitării aplicării prevederilor Legii nr. 98/2016 care instituie obligaţii ale autorităţii contractante în raport cu anumite praguri valorice.

Autoritatea contractantă are obligaţia de a estima valoarea contractului de achiziţie publică pe baza calculării şi însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice forme de opţiuni şi, în măsura în care acestea pot fi anticipate la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului. Prin urmare, stabilirea în mod obiectiv a valorii contractului de achiziţie publică are importante consecinţe practice, acesta fiind şi motivul pentru care atât legiuitorul naţional cât şi cel unional au reglementat exhaustiv procedura de stabilire a valorii obiectului contractului de achiziţie publică.

Cu referire la clarificarea nr. 5 privind metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevăzute în graficul de plăţi şi la clarificarea nr. 12 la documentaţia de atribuire, contestatoarea precizează că acestea nu au adus niciun element de noutate şi nu sunt de natură a înfrânge argumentaţia sa, deoarece, potrivit art. XI alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă nr. 83/2016 privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative („OUG nr. 83/2016"):

*„Rezervele de implementare a proiectelor sunt evidenţiate distinct de către autoritatea contractantă în documentaţia de atribuire a lucrărilor ca articole generale sau sub orice altă formă considerată de către beneficiar în conformitate cu prevederile legale în vigoare şi fac parte din valoarea estimată a contractului."*

În consecinţă, la estimarea valorii contractului de achiziţie publică, autoritatea contractantă a fost obligată, potrivit legii, să ia în calcul inclusiv valoarea rezervelor de implementare, acestea făcând parte din valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură de atribuire.

În concluzie, niciun operator economic nu se poate prevala de faptul că valoarea rezervelor de implementare ar fi modificat valoarea estimată a contractului şi că rezervele de implementare s-ar adăuga la această valoare, câtă vreme chiar legea include valoarea rezervelor de implementare în valoarea estimată a contractului. Faptul că autoritatea contractantă a prevăzut în fişa de date a achiziţie valoarea rezervelor de implementare pe fiecare dintre cele trei loturi nu este de natură a conduce la concluzia că sumele respective ar fi suplimentare valorii estimate a contractului, menţiunea fiind realizată pentru ca ofertanţii să poată elabora, în cunoştinţă de cauză, propunerea financiară, cu indicarea, la diverse articole de lucrări, a valorii rezervei de implementare.

Devine astfel lipsită de orice relevanţă explicaţia intervenientei în sensul că ar fi depăşit valoarea estimată a contractului pe lotul 3 fiindcă, prin clarificările aduse documentaţiei de atribuire, autoritatea contractantă ar fi impus în sarcina ofertanţilor să includă în propunerea financiară valoarea rezervelor de implementare.

În aceeaşi măsură este nerelevantă şi apărarea intervenientei în sensul că, dacă valoarea rezervelor de implementare ar fi scăzută din valoarea ofertei sale financiare, atunci valoarea ofertei sale ar fi mai mică decât valoarea estimată a contractului pe lotul 3, câtă vreme rezervele de implementare fac oricum parte, în temeiul legii, din valoarea estimată a contractului, iar prin documentaţia de atribuire şi, mai ales, clarificările emise în legătură cu aceasta, toţi ofertanţii au fost informaţi cu privire la metodologia de întocmire a calculelor proprii propunerilor financiare astfel încât acestea să ţină cont şi de rezervele de implementare. Dacă, ipotetic, argumentaţia intervenientei ar fi validată de către Consiliu s-ar produce o semnificativă distorsionare a concurenţei şi o gravă încălcare a tratamentului egal întrucât, la nivelul celorlalţi participanţi la procedură, pregătirea propunerilor financiare s-a făcut cu respectarea indicaţiilor (obligatorii, de altfel) ale documentaţiei de atribuire (respectiv cu considerarea rezervelor de implementare incluse în valoarea contractului).

Autoritatea contractantă se află în situaţia în care, dacă rezultatul se menţine, trebuie să disponibilizeze sume suplimentare, fapt nemeţionat în documentaţia de achiziţie

Contestatoarea reiterează următoarele:

a) Procedura de atribuire este împărţită în trei loturi, fiind posibil ca un ofertant să depună ofertă pentru unul sau mai multe dintre acestea;

b) Fişa de date a achiziţiei nu relevă posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare valorii estimate a contractului;

c) Depăşirea valorii estimate a contractului pentru lotul 3 a fost permisă fără ca autoritatea contractantă să fi adus la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi o astfel de posibilitate;

d) Menţiunea din Secţiunea IV.2) Nota 2 din fişa de date a achiziţiei nu este de natură a conduce la concluzia că valoarea estimată a contractului pentru lotul 3 ar putea fi suplimentată şi, pe cale de consecinţă, depăşită; dimpotrivă, menţiunea în discuţie întăreşte ideea potrivit căreia valoarea ofertei trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului; or, în lipsa unei prevederi contrare, fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sunt reprezentate de valoarea estimată a contractului, în acest caz, pentru lotul 3 şi nicidecum de alte sume, incerte;

e) Valoarea estimată a contractului reprezintă un element important pentru autoritatea contractantă în vederea evaluării propunerilor financiare depuse;

f) Chiar dacă în faţa Consiliului ar fi fost adusă vreo explicaţie prin care autoritatea contractantă să demonstreze disponibilitatea unor fonduri suplimentare şi/sau demersuri preconizate pentru a rezolva această situaţie, aceasta nu ar putea fi luată în considerare faţă de cele prevăzute în documentaţia de achiziţie.

De asemenea, contestatoarea invocă următoarele argumente care răspund în mod direct afirmaţiilor intervenientei:

a) Art. 17 din Legea nr. 98/2016, citat de către Spedition UMB în cuprinsul cererii de intervenţie, nu reprezintă un contra-argument valid faţă de argumentaţia ...; acest text legal stabileşte raportul dintre valoarea achiziţiei (respectiv valoarea unui întreg proiect împărţit pe loturi) şi valoarea fiecărui lot în parte. Desigur că valoarea globală a contractelor aferente fiecărui lot în parte determină valoarea achiziţiei, însă aceasta nu înseamnă că un ofertant poate nesocoti valoarea estimată a lotului pentru care depune ofertă;

b) în speţă, achiziţia a fost împărţită pe loturi, iar un operator economic putea depune ofertă pentru un singur lot sau pentru toate; propunerea financiară aferentă fiecărui lot în parte se raportează la valoarea estimată pentru respectivul lot şi nu la valoarea globală (pentru toate loturile); cu alte cuvinte, la momentul elaborării ofertei, operatorul economic are obligaţia de a elabora propunerea financiară cu respectarea valorii estimate a lotului pentru care depune ofertă (nefiind în niciun fel condiţionat de valorile ofertate pentru celelalte loturi şi, respectiv, de o sumă totală, rezultată din cumulul valorii acestor loturi, pe care s-ar vedea, implicit, nevoit să o respecte; de altfel, ar fi şi absurd ca ofertantul de pe lotul 3 să fie interesat să nu depăşească valorile cumulate rezultate din ofertarea tuturor celorlalte loturi...);

c) Faptul că autoritatea contractantă a atribuit toate trei loturile la un preţ mai mic decât estimat pentru valoarea întregii achiziţii nu semnifică faptul că, pentru lotul 3, spre exemplu, ofertanţii aveau posibilitatea depăşirii valorii estimate a lotului; dimpotrivă, potrivit art. 133 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016: „Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică, respectiv precum şi în situaţia prevăzută la art. 210 din Lege."

d) Prin urmare, propunerea financiară a ... trebuia să se încadreze în valoarea estimată a contractului aferent lotului 3 (acesta fiind „contractul de achiziţie publică" în sensul art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016 pentru atribuirea căruia a fost depusă ofertă pe lotul 3 şi nu în general toate cele 3 contracte care se atribuire în procedura de atribuire);

e) În acelaşi sens este şi interpretarea oferită de către ANAP cu privire la modul de stabilire a criteriului de atribuire în cazul procedurilor de atribuire pe loturi şi în cazul procedurilor de atribuire ce presupun încheierea unor acorduri-cadru:

„Prin urmare, referitor la procedurile de atribuire pe loturi, subliniem că art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, defineşte lotul ca fiind „fiecare parte din obiectul contractului de achiziţie publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorităţii contractante, precum şi capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului".

Pe cale de consecinţă, având în vedere faptul că în cazul organizării unei proceduri de atribuire pe loturi, autoritatea contractantă urmăreşte încheierea de contracte individuale de achiziţie publică pentru fiecare lot în parte, modul de stabilire a criteriului de atribuire se raportează la valoarea estimată a fiecărui lot şi nu la valoarea întregii proceduri de atribuire."

f) Pentru lotul 3, contrar susţinerilor nefundamentate ale intervenientei, autoritatea contractantă se află în situaţia în care trebuie să disponibilizeze sume suplimentare, acest aspect fiind recunoscut de către chiar autoritatea contractantă care a menţionat, în cuprinsul procesului-verbal nr. 7- lot 3 având număr de înregistrare 12B/2171/20.02.2018 că va transmite o adresă către „departamentul intern specializat" din cadrul CNAIR în vederea formulării unui punct de vedere cu privire la posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare faţă de valoarea estimată a contractului de achiziţie. Prin urmare, întrebarea / problema care se pune nu este aceea dacă autoritatea contractantă se află sau nu în situaţia în care trebuie să disponibilizeze fonduri suplimentare ca urmare a depăşirii, de către Spedition UMB, a valorii estimate a contractului pentru lotul 3, disponibilizarea de fonduri suplimentare în această situaţie fiind o necesitate recunoscută şi asumată de către CNAIR;

g) Inclusiv în situaţia în care autoritatea contractantă ar demonstra că disponibilizarea de fonduri suplimentare ar fi posibilă, (din documentele dosarului achiziţiei nerezultând o astfel de concluzie), acceptarea ofertei Spedition UMB şi, implicit, a ofertei clasate pe locul al ll-lea conduce la o modificare substanţială în sensul art. 55 lit. a) din HG nr. 395/2016, afectând foarte mult elementele ce descriu contextul achiziţiei publice încât are ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit ceea ce afectează nivelul de competiţie, în legătură cu această chestiune, contestatoarea invocă totodată faptul că oferta financiară depusă ... depăşeşte valoarea estimată a contractului.

Intervenienta încearcă să „scuze" caracterul inacceptabil al ofertei sale prin invocarea clarificărilor nr. 5 şi nr. 12 la documentaţia de atribuire şi a obligaţiei pretins a fi fost „impuse" de către autoritatea contractantă de a include în valoarea ofertei şi valoarea rezervelor de

implementare. Totodată, intervenienta susţine că valoarea ofertei sale nu ar depăşi valoarea estimată a contractului pentru lotul 3 dacă din această valoare ar fi scăzută valoarea rezervelor de implementare.

Dat fiind că aceste argumente au fost combătute mai sus, în replică faţă de aceste susţineri, contestatoarea subliniază punctual că rezervele de implementare nu au fost impuse prin clarificările aduse documentaţiei de atribuire, ci acestea fac parte, ope legis, din valoarea estimată a contractului; cu alte cuvinte, ori de câte ori o autoritate contractantă se află în situaţia de a stabili valoarea estimată a unui proiect de infrastructură de transport, include ab initio, în valoarea estimată a respectivului proiect, rezervele de implementare.

Prin urmare, este nerelevantă teza intervenientei în sensul că, scăzând din valoarea ofertei sale rezervele de implementare, oferta sa ar fi mai mică decât valoarea estimată de către autoritatea contractantă pentru lotul 3, câtă vreme rezervele de implementare nu pot fi scăzute, ele făcând parte din valoarea contractului prin lege.

Documentaţia de atribuire nu prevede, în forma publicată în SEAP şi accesibilă tuturor operatorilor economici interesaţi, posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare.

Faţă de susţinerile intervenientei că documentaţia de atribuire ar „vorbi expres" despre posibilitatea apariţiei unor costuri suplimentare şi, implicit, despre posibilitatea disponibilizării unor sume suplimentare, contestatoarea arată că:

a) Nota 2 din cadrul Secţiunii IV.4.2 „Modul de prezentare a propunerii financiare" din fişa de date a achiziţiei reprezintă doar reluarea, la nivel de documentaţie de atribuire, a dispoziţiilor art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016 şi are scopul de a întări caracterul obligatoriu al respectării valorii estimate a contractului;

b) În niciun caz, Nota 2 şi, implicit, art. 131 alin. (3) din HG nr. 395/2016 nu pot fi interpretate în maniera sugerată de către intervenientă; în caz contrar, s-ar ajunge în situaţia în care, oricând după publicarea anunţului de participare sau chiar după data deschiderii ofertelor, autoritatea contractantă să poată modifica în mod arbitrar valoarea estimată, contravenindu-se astfel principiilor nediscriminării, tratamentului egal şi transparenţei:

(i) Principiul nediscriminării este înfrânt în interpretarea sugerată de către ... deoarece majorarea este lăsată la libera şi subiectiva apreciere a autorităţii contractante, care poate lua o decizie prin raportare la persoana operatorului economic clasat pe locul I.

(ii) Principiul tratamentului egal este înfrânt în interpretarea sugerată de către ... deoarece, dacă valoarea estimată ar fi fost de la bun început mai mare (i.e. cel puţin egală cu valoarea ofertată de către Spedition UMB), există posibilitatea reală ca şi alţi operatori economici să fi participat la procedura de atribuire, aceştia neparticipând deoarece ştiau că nu pot obţine punctaj maxim la evaluarea propunerii tehnice, din cauza condiţionării impuse de valoarea estimată a contractului;

(iii) Principiul transparenţei este înfrânt în interpretarea sugerată de către ..., deoarece toate datele referitoare la procedura de atribuire trebuie puse la dispoziţia operatorilor economici la momentul publicării anunţului de participare, inclusiv, deci, valoarea estimată a contractului care nu poate fi modificată doar pentru că un operator economic agreat de către autoritatea contractantă are o ofertă care depăşeşte valoarea iniţial estimată şi adusă la cunoştinţa persoanelor interesate.

În continuare, referirile intervenientei la posibilitatea modificării Acordului Contractual, prin inserarea menţiunii în sensul că Beneficiarul se obligă să plătească Antreprenorului şi alte sume care ar putea deveni plătibile şi la posibilitatea actualizării preţului contractului deja atribuit ca urmare a modificării legilor sau a indicelui de inflaţie nu au absolut nicio relevanţă în speţă, deoarece aceste „modificări" se referă la preţul contractului deja încheiat, aflat în executare şi nu la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit.

Posibilitatea de a suplimenta valoarea contractului (reper definitoriu pentru menţinerea în competiţie a ofertelor) nu a fost prevăzută în fişa de date a achiziţiei, iar aprecierea ca fiind admisibile a ofertelor superioare din punct de vedere financiar valorii estimate a contractului se află în flagrantă contradicţie cu dispoziţiile legale şi jurisprudenţa naţională şi europeană incidente (referite în cuprinsul contestaţiei).

Mai mult, decizia de disponibilizare a unor fonduri suplimentare valorii de contract nu a fost adusă niciodată la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi (nici anterior datei-limită de depunere a ofertelor şi nici ulterior), aceasta fiind luată, pe parcursul evaluării ofertelor, ca urmare a sesizării, de către comisia de evaluare, a faptului că oferta Spedition UMB depăşeşte valoarea estimată a Contractului pe lotul 3 (a se vedea procesul-verbal nr. 7-Lot 3).

Singura menţiune în acest sens se regăseşte la pag. 5 din procesul-verbal nr. 11/Lot 3 având număr de înregistrare 12B/3550/21.03.2018, CNAIR menţionând „sec" următoarele: *„[...], comisia de evaluare a analizat Hotărârile de Guvern privind aprobarea indicatorilor tehnico-economici şi Ordinul Ministrului Transporturilor privind aprobarea actualizării valorii devizelor generale, ale obiectivelor de investiţii: Autostrada de Centură Bucureşti, Sector Centura Nord, km 0+000 - km 52+770 şi Autostrada Centura Bucureşti, Sector Centura Sud, km 52+770 - km 100+900 şi a hotărât menţinerea ofertantului în procedura de achiziţie publică."*

Faptul că procedura de atribuire a fost iniţiată sub condiţia rezolutorie constând în obţinerea / aprobarea finanţării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat şi/sau fonduri europene nerambursabile, nu are absolut niciun impact asupra necesităţii ca ofertele să se încadreze, din punct de vedere financiar, în valoarea estimată a contractului. Dacă semnarea contractului nu este certă, aceasta nu înseamnă că ofertanţii pot nesocoti cerinţele obligatorii din documentaţia de atribuire, cum este cea privind valoarea estimată a contractului. Dacă teza argumentativă

propusă de către intervenientă ar fi validată, ar însemna că, în situaţii similare, reperul valoric poate la fel de bine să dispară pentru că, în realitate, el nu ar mai produce niciun fel de efecte.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 25182/21.06.2018, SC ... SRL formulează note scrise în care solicită respingerea susţinerilor contestatoarei ....

Referitor la excepţia lipsei de interes a contestatoarei, intervenienta susţine că în ciuda menţiunii exprese din cuprinsul contestaţiei formulate, respectiv *„în calitate de asociat şi lider al Asocierii ... având ca scop participarea la procedura de achiziţie"*, a faptului ca societatea contestatoarea nu a uzat de dispoziţiile art.204 Cpc, contestatoarea îşi modifică cererea prin notele scrise şi susţine acum că a formulat contestaţia doar în nume propriu, iar nu al asocierii în cadrul căreia a participat la procedură.

Contestatoarea nu mai are un interes personal, întrucât nu îi poate fi atribuit contractul obiect al procedurii de achiziţie, ea nefiind ofertant, ci parte din asocierea ce are calitatea de ofertant în procedură.

Contestatoarea nu are nici un interes actual, pentru că, indiferent de situaţia de la momentul depunerii ofertei, la momentul promovării contestaţiei asociatul său este în insolvenţă şi a „omis" să arate acest lucru autorităţii contractante deşi procedura insolvenţei a fost deschisă la data de 13 februarie 2018, în timpul lucrărilor comisiei de evaluare, sens în care se poate observa faptul că după această dată au fost întocmite procesele-verbale nr. 10- 14, precum şi raportul procedurii.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei calităţii procesual active a contestatoarei, aceasta nu demonstrează cu nimic transmiterea în favoarea sa a calităţii procesuale a asocierii din care face parte, motiv pentru care se impune admiterea excepţiei.

Excepţia lipsei calităţii de reprezentant, în măsura în care se va analiza această contestaţie ca fiind făcută de către ... în numele şi pentru Asocierea formată din ... SRL, în contextul în care ... apreciază că „nu trebuie să depună dovada calităţii de reprezentant", se impune admiterea excepţiei astfel cum a fost formulată.

Prin notele scrise, ca şi prin contestaţie, contestatoarea insistă că, „autoritatea contractantă se află în situaţia în care, dacă rezultatul se menţine, trebuie să disponibilizeze sume suplimentare".

Faţă de acest aspect, intervenienta susţine că autoritatea contractantă a estimat o valoare a întregului proiect de investiţii la 2.671.075.471,00 RON, fără TVA şi a atribuit întregul proiect de investiţii pentru 2.463.893.317 RON, fără TVA.

Ori, întrucât autoritatea contractantă a atribuit efectiv întregul proiect la o valoare cu 207.182.154 RON, fără TVA mai mică decât suma pe care era dispusă să o disponibilizeze pentru acest proiect de investiţii, rezultă cu necesitate că autoritatea contractantă nu are nici de ce şi nici nu se găseşte în situaţia, cum afirmă contestatoarea, de a disponibiliza sume suplimentare.

A primi teza contestatoarei înseamnă a admite că autoritatea contractantă, deşi se încadrează în fondurile disponibilizate pentru proiect, ar trebui să accepte nişte soluţii tehnice mai slabe, ce necesită investiţii superioare în viitor, dar să nu folosească sumele devenite disponibile în urma atribuirii competitive a lucrărilor pe care, eventual, să le returneze sau să le piardă.

Cât priveşte interpretarea dată de ANAP recentelor modificări aduse Legii 98/2016 prin OUG 45/2018, citată de contestatoare, aceasta este străină acestei cauze, întrucât se referă la stabilirea criteriului de atribuire. Ori, în cauză, criteriul de atribuire nu este în discuţie şi nici nu mai poate fi adus în discuţie având în vedere faptul că nu s-a formulat contestaţie împotriva fişei de date a achiziţiei.

Intervenienta apreciază că majorarea nu este la libera apreciere a autorităţii contractante care este ţinută de fondurile alocate proiectului şi care, pentru acest proiect, depăşesc cu 207.182.154 ron fără TVA preţul la care a fost atribuit.

Valoarea estimată a fost făcută publică, atât cu privire la fiecare lot în parte, cât şi cu privire la întregul proiect de investiţii, iar interpretarea contestatoarei potrivit cu care textul „să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate" din fişa de date trebuie înţeles drept „să se încadreze în valoarea estimată a contractului aferent Lotului 3" pentru că, în caz contrar, vorbim despre „un operator economic agreat de către autoritatea contractantă" este un aspect personal al contestatoarei, iar nu o critică privind legalitatea procedurii.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 26796/02.07.2018, SC ... SRL formulează note scrise în completarea celor depuse anterior, prin care, după studierea proceselor-verbale nr. 1-14 - LOT 3 încheiate de comisia de evaluare, solicită respingerea susţinerilor tendenţioase ale contestatoarei ...) din cuprinsul notelor sale scrise cu privire la decizia autorităţii contractante de a declara drept admisibile ofertele clasate pe poziţiile I şi II ale procedurii.

Concret, în notele scrise formulate, contestatoarea a făcut trimitere la procesul verbal nr. 7 - lot 3 (12B/1553/07.02.2018) şi procesul verbal nr. 11 - lot 3 (12B/3550/21.03.2018) şi a susţinut că „Autoritatea contractantă nici măcar nu a motivat decizia de a menţine două oferte inacceptabile în procedura de atribuire, considerând cel mai probabil că acest lucru nu este necesar, câtă vreme „evaluarea ofertelor reprezintă apanajul exclusiv al comisiei de evaluare".

Din cuprinsul celor două procese verbale rezultă exact contrariul afirmaţiilor contestatoarei, precum şi diligenţa de care a dat dovadă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare.

Astfel, la momentul la care comisia de evaluare a analizat documentele din cadrul propunerilor financiare, astfel cum se poate observa din cuprinsul procesului verbal nr. 7 (12B/1553/07.02.2018), comisia de evaluare a hotărât să solicite departamentului intern specializat al autorităţii contractante un punct de vedere specializat,

urmând ca, ulterior primirii opiniei avizate a departamentului specializat, să decidă cu privire la ofertele financiare aflate în această situaţie.

Aprobarea indicatorilor tehnico-economici ai proiectului s-a făcut prin HG nr. 233/2008 pentru aprobarea indicatorilor tehnico-economici ai obiectivului de investiţii Autostrada de centură Bucureşti, sector Centura Nord km 0+000 - km 52+770, şi ai obiectivului de investiţii Autostrada de centură Bucureşti, sector Centura Sud km 52+770 - km 100+900, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 191 din 12 martie 2008.

Indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiţii sunt prevăzuţi în anexa nr. 1 si anexa nr. 2 la HG nr. 233/2008, care nu se publică, fiind clasificate potrivit legii. Ori, atât timp cât indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiţii sunt clasificaţi, potrivit legii, autoritatea contractantă nu putea, în mod legal, să ofere contestatoarei un răspuns mai amplu, fără a compromite caracterul ,,clasificat" al informaţiilor respective.

Autoritatea contractantă mai indică şi „Ordinul Ministrului Transporturilor privind actualizarea valorii devizelor generale" ale obiectivului de investiţii.

Potrivit dispoziţiilor HG nr. 907/2016, devizul general este partea componentă a studiului de fezabilitate, prin care se stabileşte valoarea totală estimativă, exprimată în lei, a cheltuielilor necesare realizării unui obiectiv de investiţii şi se actualizează prin grija beneficiarului investiţiei/investitorului, ori de câte ori este necesar.

Totodată, opţiunea tehnico-economică optimă recomandată prin studiul de fezabilitate trebuie să cuprindă şi principalii indicatori tehnico-economici aferenţi obiectivului de investiţii, respectiv valoarea totală a obiectului de investiţii, exprimată în lei, cu TVA şi, respectiv, fără TVA, din care construcţii-montaj (C+M) în conformitate cu devizul general; indicatori de performanţă - elemente fizice/capacităţi fizice care să indice atingerea ţintei obiectivului de investiţii - şi, după caz, calitativi, în conformitate cu standardele, normativele şi reglementările tehnice în vigoare şi indicatori financiari, socio-economici, de impact, de rezultat/operare, stabiliţi în funcţie de specificul şi ţinta fiecărui obiectiv de investiţii.

Ori, potrivit dispoziţiilor art. 7 alin. (6) din HG 907/2016, în situaţia în care, după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, apar schimbări care determină modificarea în plus a valorilor maximale şi/sau modificarea în minus a valorilor minimale ale indicatorilor tehnico-economici aprobaţi, actualizarea acestora se face în condiţiile prevăzute de Legea nr. 500/2002 privind finanţele publice.

Concret, potrivit dispoziţiilor art. 43 aliri. (2) din Legea 500/2002, ordonatorii principali de credite, pe propria răspundere, actualizează şi aprobă valoarea actualizată a fiecărui proiect de investiţii în funcţie de evoluţia indicilor de preţuri.

Indicatorii tehnico-economici ai proiectului au fost aprobaţi în anul 2008, adică cu 10 ani în urmă, fiind imposibil de conceput, chiar şi la

nivel teoretic, că aceştia nu au fost influenţaţi în această perioadă nici de schimbări care determină modificarea valorilor maximale şi nici de evoluţia indicilor de preţuri.

Cu toate acestea, având în vedere faptul că indicatorii tehnico-economici ai proiectului sunt clasificaţi, potrivit legii, în mod necesar modul de actualizare al acestora nu poate fi făcut public şi, implicit, autoritatea contractantă nu putea preciza în motivarea deciziei sale mai mult decât că a avut în vedere acest act normativ.

Astfel, motivaţia prezentată de autoritatea contractantă este cea care se putea oferi în mod legal, iar nu rezultatul unei greşite opinii a autorităţii contractante că motivarea deciziei sale nu este necesară întrucât „evaluarea ofertelor reprezintă apanajul exclusiv al comisiei de evaluare", astfel cum în mod gratuit acuză contestatoarea.

Nu în ultimul rând, operaţiunea de actualizare este supusă controlului financiar preventiv exercitat de Ministerul Finanţelor Publice, conform legislaţiei în domeniu, astfel cum arată dispoziţiile art. 25 din Legea nr. 500/2002 la care trimit dispoziţiile art. 43 alin. (2) din Legea nr. 500/2002.

Prin contestaţia nr. 2399/17.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 19948/18.05.2018, SC ...SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză - lotul 3, critică rezultatul final al procedurii de atribire, conform căruia oferta contestatoarei este este declarată neconformă.

Contestatoarea menţionează că prezenta contestaţie vizează şi actele comisiei de evaluare prin care propunerea tehnică a ... a fost declarată admisibilă, precum şi aplicarea criteriului de atribuire cu consecinţa stabilirii ofertei asocierii ... SRL câştigătoare fără a se lua în calcul soluţionarea contestaţiilor aflate pe rolul CNSC.

Interesul contestatoarei în formularea demersurilor litigioase împotriva Asocierii ... rezidă în faptul că în cazul care oferta Asocierii ...va fi declarată admisibilă, s-ar situa în clasament pe prima poziţie, în faţa ofertei ..., sens în care pentru obţinerea atribuirii contractului de achiziţie nu este suficientă doar declararea ofertei ... ca admisibilă, ci şi respingerea din procedură a ofertei Asocierii ....

Prin publicarea anunţului de participare nr. 176944/08.07.2017 şi a documentaţiei de atribuire aferente, Autoritatea Contractantă a lansat Procedura de Atribuire (anunţul de participare este referit în Anexa nr. 2).

În conformitate cu prevederile legale, contestatoarea a depus ofertă pentru lotul 3 al procedurii. Asocierea ... a depus ofertă, de asemenea, pentru lotul 3.

Prin adresa nr. 12B/1570/07.02.2018 „Solicitare Clarificări 1", CNAIR a solicitat clarificări cu privire la valoarea zero a articolului „împrejmuire gard 1,80 m" din cadrul Graficului de plăţi pentru Sectorul 2 al lotului.

Prin adresa nr. 71/12.02.2017, „Clarificări ... 1", contestatoarea a răspuns solicitării de clarificare, specificând, cu privire la articolul menţionat:

*„Antreprenorul a luat în considerare lungimile necesare „împrejurimilor cu gard de 1,80 m" conform prevederilor Avizului de Mediu. Dintr-o regretabilă eroare de tehnoredactare, toată lungimea gardului cu înălţimea de 1,80 m aferentă lotului 3 a fost cuprinsă în Sectorul 1".*

Astfel, contestatoarea a arătat comisiei de evaluare că:

- a inclus în ofertă toate cantităţile de gard de 1,80 m astfel cum rezultau ca fiind necesare pentru Sectorul 1 şi pentru Sectorul 2 al lucrării, potrivit Avizului de Mediu inclus în documentaţia de atribuire,
- a inclus în oferta financiară preţul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m necesară atât pentru Sectorul 1, cât şi pentru Sectorul 2;
- însă, dintr-o eroare pur formală, la nivelul graficului de preţuri/plăţi, preţul pentru întreaga cantitate de gard de 1,80 m a fost cuprins în graficul de preţuri/plăţi aferent Sectorului 1.

Faţă de răspunsul oferit, autoritatea a formulat o nouă solicitare de clarificare „Solicitare Clarificări 2", solicitând *„detalierea preţului pentru 2.3.4. - împrejmuire gard 1,80 m lucrare incluse în alte categorii /sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost formulat/ cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum au fost solicitate prin documentaţia de atribuire -Anexa 2 la Formularul 8".*

Prin al doilea răspuns la solicitarea de clarificare, adresa contestatoarei nr. 93/01.03.2018, „Clarificări ... 2", contestatoarea a transmis, în conformitate cu cele solicitate de autoritatea contractantă, detalierea preţului pentru articolul împrejmuire gard 1,80 m, arătând că preţul total inclus în oferta contestatoarei pentru împrejmuire gard de 1,80 m (de 72,516,24 lei) rămâne nemodificat, fiind împărţit astfel:

- un preţ de 61.274,91 lei pentru Sectorul 1 (km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud) şi, respectiv,
- un preţ de 11.241,33 lei pentru Sectorul 2 (km 0+000 - km 2+500 aferent Centura Nord).'

De asemenea, în vederea detalierii acestuia, contestatoarea a transmis tabele exemplificative în care a defalcat în mod corespunzător valorile specifice pe fiecare articol în parte, tocmai pentru a putea verifica comisia de evaluare că prin corectarea erorii apărute la nivelul graficului Sectorului 2 nu are loc niciun fel de modificare a conţinutului ofertei financiare.

În acelaşi sens, pentru a arăta corectitudinea/ sustenabilitatea preţului pentru împrejmuire gard 1,80 m aplicabil pentru întreg lotul 3 (ambele Sectoare) contestatoarea a ataşat „Clarificărilor ... 2" şi oferta de preţ nr. 254/27.09.2017 primită de la furnizorul ... SRL şi în baza căreia a fost fundamentat costul inclus în propunerea financiară pentru unitatea de gard 1.80 m.

În oferta furnizorului ataşată Clarificărilor ... 2 se menţionează, fără echivoc, că preţul asumat este de 10,40 lei/ml (plus TVA) tocmai în considerarea unei lungimi totale a gardului de 1850 m.

În completarea acestui preţ, astfel cum este prezentat în mod detaliat în Anexa nr. 1 la Clarificările ... 2, au fost incluse celelalte costuri aplicabile (aferente echipamentelor, personalului, costuri indirecte, profit etc.) rezultând costul de 38,63 lei/ml (fără TVA).

Acesta este costul pe metru liniar de împrejmuire gard care înmulţit cu lungimea aferentă Sectorului 1 (conform prevederilor Avizului de Mediu) conduce la valoarea de 61.274,91 lei, iar pentru Sectorul 2 la valoarea de 11.241,33 lei.

Cumulate, cele două valori dau valoarea de 72,516,24 lei, adică exact costul total indicat în conţinutul propunerii financiare a contestatoarei, pentru articolul de lucrări gard 1.80 m, însă referit, din greşeală, în integralitate, doar în graficul de preţuri/plăţi pentru Sectorul 1.

Faţă de caracterul vădit concludent al răspunsului la clarificări, faţă de justificarea evidentă a fundamentării costului ofertat pentru împrejmuire gard 1,80 m şi mai ales, faţă de absenţa oricărei modificări a preţului total ofertat (oferta financiară), contestatoarea apreciază că aplicarea unei conduite legale ar fi presupus constatarea de către comisia de evaluare a erorii aritmetice/ viciului de formă strecurat în oferta sa şi corectarea acestuia, cu luarea în considerare atât a prevederilor art. 134 alin. (10) - (11) şi 135 din HG nr. 395/2016, precum şi a prevederilor Secţiunii IV.4.2) Nota 4 din fişa de date.

Însă, în mod contrar, abordând o atitudine superficială şi nefundamentată, prin adresa nr. 12B/3593/21.03.2018 "comunicare respingere", autoritatea a considerat că a existat o modificare de preţuri în cadrul propunerii financiare *„realizate prin diminuarea/ mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare".*

De asemenea, contestatoarea arată că potrivit raportului procedurii, pe lângă nelegala decizie de respingere a ofertei ..., există nereguli grave şi în ceea ce priveşte declararea ca admisibilă a propunerii tehnice depusă de Asocierea ....

Totodată, în contextul admiterii contestaţiei se impune în mod automat anularea tuturor actelor prin care oferta asocierii ... SRL a fost desemnată câştigătoare.

Decizia autorităţii de a declara oferta ...ca neconformă este una profund greşită, aplicarea prevederilor legale fiind incorectă şi abuzivă, cu avantajarea nedreaptă a celorlalţi ofertanţi.

Din comunicarea rezultatului rezultă că autoritatea nu a întreprins analiza impusă de art. 135 din HG nr. 395/2016 (referitoare la constatarea şi corectarea viciilor de formă) şi nici cea impusă de art. 134 alin. (10) şi următoarele din HG nr. 395/2016 (constatarea şi corectarea erorilor aritmetice).

Dimpotrivă, decizia a fost luată doar în baza aplicării formale şi excesive a art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, fiind evident că nu orice modificare a propunerii financiare impune eliminarea ofertantului din competiţie, ci doar cele care au la bază schimbări nepermise ale preţului ofertat, nu şi modificările impuse de necesitatea corectării unor vicii de formă/ erori aritmetice.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că autoritatea nu a respectat prevederile art. 135 din HG nr. 365/2016, fiind evident că eroarea/omisiunea din conţinutul graficului de preţuri/plăţi se circumstanţia noţiunii de viciu de formă.

În acelaşi sens, în Secţiunea IV.4.2) Nota 4 din fişa de date se menţionează expres:

"Erorile aritmetice/ viciile de formă vor fi corectate de către Beneficiar conform prevederilor legale, numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care ofertantul nu acceptă corecţia acestor erori/vicii, oferta sa va fi declarată neconformă".

Or, potrivit celor arătate mai sus, este evidentă, în situaţia dată, îndeplinirea condiţiilor legale atât în privinţa existenţei doar a unui viciu de formă, cât şi în privinţa remedierii acestuia cu respectarea cerinţelor legale.

Contestatoarea dintr-o simplă eroare/ omisiune, a inclus întregul preţ pentru „împrejmuire gard 1,80 m" numai într-una dintre cele două secţiuni ale Graficului corespunzător (cum de altfel s-a clarificat în mod concludent încă de la momentul primei clarificări).

Având în vedere complexitatea procedurii, numărul foarte mare de articole, precum şi sumele implicate în detalierea acestora, astfel de erori sunt aproape inevitabile pentru orice ofertant, folosirea lor ca prilej de respingere a ofertelor reprezentând o măsură excesivă şi injustă din partea oricărei autorităţi contractante, cu atât mai mult cu cât corectarea lor are un impact zero asupra ofertei finale.

În acest sens, de deosebită relevanţă, este considerentul că prin corectarea viciului formal nu are loc absolut nicio modificare asupra niciunuia dintre costurile incluse în ofertă, asupra elementelor sau cantităţilor indicate în graficul de preţuri/plăţi şi, în definitiv, asupra propunerii financiare.

Aceste aspecte au fost în mod neechivoc demonstrate de documentaţia depusă de contestatoare în detalierea valorii pentru articolul „împrejmuire gard 1,80 m" (oferta din partea furnizorului, explicitarea preţului pe elemente şi preţuri unitare etc.), acceptarea corectării fiind evident nesusceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi ofertanţi.

Contestatoarea arată că eroarea are natura juridică a unei erori aritmetice remediabile potrivit prevederilor legale. Ignorarea obligaţiei autorităţii de a permite corectarea acesteia, încălcând în mod flagrant drepturile şi interesele sale legitime.

Astfel, în conformitate cu art. 134 alin. (10) din HG nr. 394/2016:

„Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de preţul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informaţiilor care sunt cunoscute de către toţi participanţii, deoarece sunt prevăzute în legislaţia aplicabilă, documentaţia de atribuire, şi/sau în alte documente prezentate de ofertant."

Comisia de evaluare nu a ţinut cont de aceste prevederi atât timp cât, indicarea preţului aferent articolului „împrejmuire gard 1,80 m" în graficului de preţuri/plăţi pentru Sectorul 1 cuprinde, din eroare, şi preţul aferent aceluiaşi articol pentru Sectorul 2.

Or, în cazul de faţă, condiţiile legale ale corectării erorii aritmetice sunt îndeplinite. Corectarea calculului nu încalcă sub niciun fel principiile guvernatoare în materie, fiind susţinută, totodată, de toate celelalte documente depuse de contestatoare în cadrul ofertei (detalierea de preţ, oferta din partea ... SRL).

Cum corectarea erorii nu determină nicio modificare cu privire la valoarea propunerii financiare, nu poate fi luat în calcul crearea vreunui avantaj nepermis contestatoarei.

Într-o astfel de situaţie, chiar legea obligă autoritatea şi ofertantul în cauză să acţioneze în consecinţă, „elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de preţul total al ofertei prin refacerea calculelor aferente".

Prin urmare, respingerea ofertei pentru un aspect infim, pur formal, respectiv, redistribuirea valorii pentru articolul „împrejmuire gard 1.80 m" pe două sectoare, fără a se schimba în vreun mod preţul, cantitatea, lucrările şi utilajele implicate în furnizarea unui astfel de articol, ar reprezenta o măsură inexplicabil de excesivă şi disproporţionată, astfel de inechităţi fiind infirmate de instanţele de judecată:

Decizia nr. 1075 din 26 februarie 2018, Curtea de Apel Suceava:

„În speţă diferenţa din ofertă nu este nici măcar de 1% ci de sub 0,1%, de zece ori mai mic decât pragul permis de lege.

Curtea apreciază aşadar că rectificarea sumei din oferta financiară reprezintă un viciu de formă, de redactare, viciu care a produs o simplă eroare aritmetică ce putea fi corectată. Această aserţiune e susţinută şi de caracterul vast, complex şi detaliat al ofertei sub aspectul justificării preţului, oferta de preţ cuprinzând numeroase cifre, sume, valori şi calcule aritmetice; împrejurări ce pot duce la erori de redactare sau erori materiale. De altfel trebuie reţinut că sumele de „0,28" şi „1,1" apar menţionate în ofertă în mai multe locuri şi cu privire şi la alte cheltuieli, împrejurare ce susţine încă o dată existenţa unei greşeli de redactare."

Contestatoarea invocă faptul că decizia autorităţii încalcă şi principiile guvernatoare în materie, decizia aducând atingere

tratamentului egal şi nediscriminatoriu, asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice şi asigurării proporţionalităţii

Suplimentar celor indicate mai sus cu privire la caracterul nelegal al deciziei de declarare ca neconformă a ofertei sale, contestatoarea arată că aceasta contravine şi principiilor îndrumătoare în materie, după cum urmează:

a) principiului tratamentului egal şi nediscriminatoriu, decizia luată de autoritate fiind una injustă şi care a creat un avantaj nedrept celorlalţi ofertanţi, în detrimentul intereselor şi drepturilor legitime ale contestatoarei,

b) principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, fiind de obligaţia autorităţii să se asigure că în urma aplicării procedurii, nu va fi eliminat niciun ofertant în mod incorect şi nelegal, iar încheierea contractului cu ofertantul a cărui ofertă demonstrează cel mai bun raport calitate-preţ este rezultatul unei competiţii reale şi corecte şi nu a uneia în care există ofertanţi eliminaţi în mod superficial.

c) principiului proporţionalităţii, decizia fiind abuzivă şi disproporţionată prin raportare la natura erorii aritmetice corectate, cu atât mai mult cu cât aceasta nu a avut niciun fel de impact asupra preţului din propunerea financiară.

Or, aşa cum a fost stabilit şi pe cale jurisprudenţială, proporţionalitatea în astfel de situaţii reprezintă un criteriu important în evaluarea legalităţii actelor autorităţilor contractante:

Decizie nr. 303 din 26 februarie 2016, Curtea de Apel Alba Iulia:

„Curtea îmbrăţişează opinia jurisprudenţială potrivit căreia nu este legală, şi nici oportună, respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesar a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancţionatorie aplicată pentru deficiente minore încalcă principiul proporţionalităţii, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului."

De asemenea, importanţa dreptului ofertanţilor de a-şi corecta viciile de formă/ erorile aritmetice din ofertă, cu respectarea principiului tratamentului egal a fost statuată şi la nivelul jurisprudenţei supranaţionale:

Cauza C-131/16 Archus & Gama:

„Principiul egalităţii de tratament al operatorilor economici, enunţat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii în sectoarele apei, energiei, transporturilor şi serviciilor poştale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziţii publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declaraţiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini şi care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. în schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea

contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar contine-o aceasta, cu condiţia însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeaşi situaţie, ca toţi ofertanţii să fie trataţi în mod egal şi loial şi ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competenţa instanţei de trimitere."

Astfel, este cât se poate de disproporţionată luarea unei decizii de declarare ca neconformă a unei ofertei pentru simplul motiv că preţul total al unui articol a fost prevăzut într-o singură secţiune din cele două ale graficului de preţuri/plăţi, iar corectarea acestor aspecte nu doar că derivă din prevederile legale ale HG 395/2016, dar este susţinută în mod temeinic de toate celelalte documente ale ofertei depuse.

Prin urmare, menţinerea unei astfel de măsuri ar reprezenta o conduită evident abuzivă din partea autorităţii contractante, motiv pentru care se impune remedierea imediată a celor sesizate şi constatarea caracterului conform şi acceptabil al ofertei depuse de contestatoare.

Sub acest raport, pe cale de consecinţă, contestatoarea apreciază că se impune şi retractarea/revocarea actelor autorităţii întreprinse în continuarea procedurii şi desemnarea ofertei câştigătoare, fiind necesar ca după luarea măsurilor de remediere solicitate să se efectueze o nouă aplicare a criteriului de atribuire cu luarea în considerare şi a ofertei contestatoarei.

Contestatoarea menţionează că potrivit raportului procedurii, oferta Asocierii ... a fost declarată conformă sub aspectul evaluării propunerii tehnice. Or, această decizie este incorectă atât timp cât nici prin documentaţia de ofertare depusă şi nici prin clarificările ulterioare transmise, ofertantul în discuţie nu demonstrează îndeplinirea în totalitate şi în mod corespunzător a cerinţelor minime impuse prin cerinţele Beneficiarului.

Sub acest aspect, evaluarea efectuată de comisie este superficială şi netemeinică, fapt, de altfel, confirmat şi ulterior, în evaluarea propunerii financiare când comisia a constatat mai multe neconformităţi şi nereguli ale ofertei, precum şi o necorelare evidentă între propunerea tehnică şi financiară a acestui ofertant.

Printre altele, astfel cum rezultă din procesul-verbal nr. 12B/3550/21.03.2018 şi din grila de evaluare a propunerii financiare a Asocierii Tirrena Scavi propunerea tehnică a acesteia este viciată de următoarele nereguli:

a) secţiunea „Organizarea de şantier şi surse de materiale" conţine aspecte neconforme şi mai multe lipsuri;

b) în concret, lipsesc staţiile necesare de sortare/concasare şi nici nu sunt prezentate soluţii alternative sustenabile, nefiind îndeplinită cerinţa Autorităţii sub acest aspect;

c) ofertantul a prevăzut padocuri pentru sorturi/agregate şi staţii pentru producţia materiei prime în planul organizării de şantier, dar nu şi staţiile de sortare/concasare necesare;

d) în ofertă nu sunt cuprinse toate activităţile specifice de transport materiale necesare (ofertantul prezentând o ofertă din partea unui furnizor doar cu privire la Lotul 2, nu şi la Lotul 3);

e) ofertantul nu a inclus/ justificat toate aprovizionările de materiale necesare lucrărilor ofertate;

f) lipseşte asumarea obligaţiei şi specificaţiile relevante pentru îndeplinirea operaţiunilor de procesare a balastului natural în şantier în agregate pentru betoane;

g) pentru activităţile de fabricare a betoanelor nu este prevăzută folosirea apei, astfel că nu pot fi obţinuţi parametrii tehnici impuşi;

h) oferta nu prezintă modul în care este obţinută apa necesară activităţilor de şantier;

i) din ofertă lipsesc cantităţile estimate pentru scurgerea apei;

j) rapoartele de cantităţi pentru ref. 3.1.1 Terasamente şi scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) cuprind modalitatea de stabilire a cantităţilor utilizate în analizele de preţ doar pentru operaţiunile de decapare strat vegetal, săpătură şi umplutură, iar totalul privind operaţiunile de săpătură nu este însumat la sfârşitul tabelelor de calcul anexate;

k) răspunsurile de clarificare furnizate de ofertant sunt vădit neconcludente, acesta, pus în faţa lămuririi lipsurilor din oferta sa, a răstălmăcit în mod speculativ sensul altor elemente în încercarea de a arăta că, de fapt, elementele lipsă sunt incluse în cadrul altora ofertate (de ex. că staţia de sortare/concasare ar face parte din balastieră etc.);

Astfel, în realitate, Asocierea ... a depus o ofertă incompletă (ceea ce justifică în bună parte preţul deosebit de mic ofertat), iar în etapa evaluării propunerii financiare a încercat să acopere deficienţele prezentând explicaţii nesustenabile, fundamentate pe anomalii tehnice sau elemente speculative.

Toate aceste motive de respingere au fost reţinute de comisia de evaluare doar prin raportare la evaluarea propunerii financiare a Asocierii Tirrena Scavi însă, fiind aspecte relevante şi în evaluarea propunerii tehnice, se impunea şi respingerea ca inadmisibilă a propunerii tehnice.

Mai mult, în privinţa majorităţii aspectelor conţinute în propunerea sa tehnică, Asocierea ... nu a respectat cerinţele fişei de date, nedescriind în mod concret modul de îndeplinire a fiecărei cerinţe cu indicarea parametrilor şi specificaţiilor tehnice detaliate, ci s-a rezumat la a preciza în mod declarativ că respectă cerinţele minime obligatorii.

Cu toate acestea, comisia de evaluare nu a lămurit prin mecanismul solicitărilor de clarificări aspectele nedemonstrate în mod corespunzător.

Astfel, contestatoarea solicită anularea comunicării intermediare prin care a fost informat acest ofertant cu privire la conformitatea

propunerii tehnice, cu consecinţa reluării evaluării propunerii tehnice şi reţinerea caracterului vădit inadmisibil.

Neregulile/viciile ofertei sale sunt evidente, iar ignorarea ori acoperirea lor pe baza explicaţiilor prezentate de ofertant ar conduce la încălcarea caracterului legal al procedurii şi a principiilor guvernatoare, prin crearea unui avantaj nepermis şi nejustificat acestui ofertant.

Contestatoarea invocă şi faptul că garanţia de participare depusă de ... este expirată.

Garanţia de participare emisă de CBL Insurance Europe în favoarea Tirrena Scavi a expirat la data de 18.04.2018. Printre documentele aflate la dosarul achiziţiei nu se regăsesc documente prin care autoritatea să fi cerut prelungirea valabilităţii garanţiei şi nici documente din care să rezulte prelungirea acesteia.

Autoritatea contractantă a resctricţionat nelegal accesul la documentele dosarului de achiziţie publică.

Prin notificarea prealabilă, contestatoarea a solicitat şi acces la documentele dosarului de achiziţie publice, inclusiv la documentele depuse de Asocierea ..., însă, nu a primit niciun fel de răspuns, deşi contestatoarea apreciază că regula în achiziţii publice este că actele ce formează dosarul achiziţiei sunt publice în virtutea principiului transparenţei.

Pe cale de excepţie, legea protejează interesul comercial legitim al participanţilor de a restrânge accesul doar cu privire la acte a căror dezvăluire le-ar cauza un prejudiciu efectiv.

Dacă o decizie judiciară s-ar întemeia pe fapte sau documente de care părţile, sau doar una dintre ele, nu au putut să ia cunoştinţă şi în legătură cu care nu au fost în măsură să îşi formuleze apărările ar însemna să se încalce un principiu fundamental de drept, respectiv dreptul la un proces echitabil şi la o cale de atac efectivă - conform Hotărârii in 22 martie 1961, Snupat/Înalta Autoritate şi Hotărârii din 10 ianuarie 2002, Plant şi alţii/Comisia şi South Wales Small Mines (O480/99, punctul 24).

În schimb, divulgarea unor probe din dosarul achiziţiei publice ar fi refuzată pentru a proteja secretele comerciale invocate de ceilalţi participanţi în baza unei cereri rezonabile de tratament confidenţial al acestora, cerere care trebuie motivată în mod corespunzător - a se vedea în acest sens paragrafele 35-40 din Concluziile Avocatului General Eleanor Sharpston prezentate la 25 octombrie 2007 în Cauza C-450/06.

În acest context în care contestotarea nu a fost informată în legătură cu caracterul motivat al declarării confidenţiale a ofertei Asocierii ..., nu există nici un motiv pentru care să i se refuze accesul la documentele acestei oferte.

În procedura de contestaţie, Consiliul este ţinut să aplice următoarele reguli ce decurg din dreptul unional, ce se aplică cu prioritate faţă de dreptul intern (paragraful 60 din Concluziile Avocatului

General Eleanor Sharpston prezentate la 25 octombrie 2007 în Cauza C-450/06):

a. o parte nu poate refuza comunicarea probelor către organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac invocând secretul comercial;

b. o parte care comunică probe organismului responsabil cu procedura privind căile de atac poate solicita ca acestea să fie tratate ca fiind confidenţiale doar în mod motivat;

c. toate părţile principale trebuie să aibă acces la toate probele relevante pentru rezultatul căii de atac, într-o formă adecvată care să le permită să prezinte observaţii asupra acestora;

d. organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să se asigure că nu utilizează nicio probă neadusă la cunoştinţa uneia sau mai multor părţi principale într-un mod susceptibil de a aduce atingere drepturilor părţii respective la un proces echitabil şi la egalitatea armelor.

Invocarea caracterului confidenţial al ofertei este abuzivă atunci când se urmăreşte scopul nelegitim de a bloca accesul la o cale de atac concurenţilor şi de a face impenetrabilă verificarea aplicării principiului transparenţei procedurii.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a pus în discuţia SC ... SRL următoarele:

*„Având în vedere că pe rolul Consiliului, în legătură cu procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900" Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord»", organizată de către COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, aţi promovat două contestaţii, respectiv:*

*- prima contestaţie având nr. 1167/11.04.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 14483/11.04.2018, vizând rezultatul evaluării propunerii financiare, prin care oferta dvs a fost respinsă;*

*- a doua contestaţie având nr. 2399/17.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 19948/18.05.2018, vizând rezultatul final al procedurii, în care criticaţi, sub aspectul admisibilităţii, oferta depusă de Tirrena Scavi SpA, ofertă, de asemenea, respinsă în etapa evaluării propunerilor tehnice,*

*În temeiul art. 2 şi art. 11 din Legea nr. 101/2016, vă solicităm punctul de vedere cu privire la interesul dvs. în promovarea celei de-a doua contestaţii, respectiv beneficiul urmărit de dvs. prin respectivul act, prin raportare la următoarele:*

*- în situaţia în care prima contestaţie ar fi admisă, soluţia logică şi firească ar fi aceea a anulării tuturor actelor ulterioare, deci inclusiv a raportului final al procedurii, act atacat prin cea de-a doua contestaţie, situaţia în care aceasta din urmă ar fi lipsită de obiect;*

*- în situaţia în care prima contestaţie ar fi respinsă, deci oferta dvs. ar rămâne definitiv respinsă în etapa financiară, se pune problema interesului dvs. în promovarea celei de-a doua contestaţii, din moment ce nu ar exista şanse să ajungeţi câştigătoare a procedurii;*

*- interesul dvs. cu privire la promovarea criticilor referitoare la oferta ..., sub aspectul actualităţii acestuia, în condiţiile în care această ofertă este respinsă ca neconformă, în acest moment, respectiv care ar putea fi soluţia dispusă de Consiliu în raport cu criticile dvs, în legătură cu raportul procedurii.*

Prin adresa nr. 2599/29.05.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 21348/30.05.2018, SC ... SRL formulează următorul răspuns, în care menţionează următoarele:

Prima contestaţie vizează ... prin care oferta ... a fost declarată neconformă;

Spre deosebire de aceasta, contestaţia 2 vizează:

- actele ulterioare întreprinse de ... în privinţa respingerii ofertei ..., aspect în privinţa căruia, necunoscând abordarea CNSC în cazuri în care au existat atât comunicări intermediare, cât şi comunicări ale rezultatului final al procedurii, a solicitat, pe de o parte, completarea actelor vizate prin prima contestaţie iar, pe de altă parte (pentru a nu i se reproşa criticarea acestor acte noi fără îndeplinirea procedurii notificării prealabile) a formulat notificare prealabilă şi şi cea de-a doua contestaţie;
- actele/deciziile CNAIR prin care propunerea tehnică a Asocierii ... a fost declarată admisibilă, precum şi acceptarea garanţiei de participare;
- aplicarea criteriului de atribuire cu consecinţa stabilirii ofertei asocierii ... câştigătoare fără a se lua în calcul soluţionarea contestaţiilor aflate pe rolul CNSC;
- încălcarea prevederilor legale în materia permiterii accesului de către ... la documentele dosarului achiziţiei publice.

Astfel, între cele două contestaţii există diferenţe în privinţa actelor/deciziilor criticate relevante sub aspectul obiectului acţiunii juridice.

Prin cea de-a doua contestaţie a fost criticată şi decizia ... de acceptare a ofertei Asocierii ... în privinţa admisibilităţii propunerii tehnice şi a garanţiei de participare.

Această din urmă critică nu face obiectul nici al primei contestaţii şi nici al cererii de intervenţie formulată în dosarul CNSC ... în care se soluţionează contestaţia împotriva deciziei ... de respingere a ofertei Asocierii ... în privinţa propunerii financiare.

Întrunirea condiţiilor prevăzute de art. 32 şi 33 C.proc.civ., se analizează cu privire la fiecare contestaţie în parte şi la particularităţile acesteia la momentul soluţionării ei.

Atât timp cât Consiliul nu a soluţionat încă prima contestaţie, cea de-a doua contestaţie deţine obiect (cu atât mai mult cu cât obiectul cele

de-a doua contestaţie nu se confundă şi nu se suprapune peste obiectul primei contestaţii).

Pe de altă parte, simpla împrejurare că prin a doua contestaţie s-au contestat şi alte acte/măsuri în afară de actele ulterioare notificării intermediare contestate prin intermediul primei contestaţii, împiedică respingerea celei de-a doua contestaţii ca lipsită de obiect indiferent de modalitatea de soluţionare a primei contestaţii.

Referitor la condiţia interesului celei de-a doua contestaţii în ipoteza respingerii primei contestaţii, contestatoarea arată că potrivit art. 3 alin. (3) din Legea 101/2016: *"în sensul alin. (1) lit.f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac."*

Or, chiar în ipoteza respingerii primei contestaţii, ... are calitatea de persoană care are un interes în procedura de atribuire atât timp cât decizia CNSC nu a rămas definitivă, putând forma obiectul plângerii la Curtea de Apel.

... nu ar putea face dovada interesului său numai în ipoteza în care nu ar ataca decizia CNSC ipotetic defavorabilă sau în ipoteza în care decizia Curţii de Apel nu ar mai putea face obiectul niciunei căi de atac (ordinare sau extraordinare).

Considerarea neîndeplinirii condiţiei interesului cu privire la cea de-a doua contestaţie, prin raportare la o eventuală decizie nefavorabilă a primei contestaţii, este vădit nelegală şi ar reprezenta aplicarea prematură a unei sancţiuni neprevăzute de lege la acest moment.

Pe cale de consecinţă, în acelaşi sens trebuie interpretată şi şansa obţinerii atribuirii contractului licitat care nu dispare decât în condiţiile în care decizia de respingere a autorităţii nu mai poate fi atacată (doar în acel moment se poate discuta despre un ofertant respins în mod definitiv).

Chiar dacă cele două contestaţii au fost conexate, acestea urmând a fi soluţionate împreună, CNSC nu ar putea respinge cea de-a doua contestaţie ca lipsită de interes prin raportare la o soluţie contemporană de respingere a primei contestaţii:

- pe de-o parte, pentru că cele două contestaţii privesc acte/măsuri diferite, obiectul şi cauza acestora fiind diferite;
- pe de altă parte, pentru că în persoana contestatorului există din punct de vedere teoretic, interes atât timp cât există remedii judiciare la care legea îi permite accesul.

Prin urmare, până la soluţionarea definitivă de către instanţele de judecată a aspectelor supuse în prezent analizei CNSC, există interesul în promovarea fiecăruia dintre cele două demersuri juridice.

Referitor la condiţia actualităţii interesului în criticarea ofertei Asocierii ... contestatoarea susţine că a arătat atât prin cererea de intervenţie formulată în dosarul CNSC ... (reconstituit în urma operaţiunilor de conexare şi desprindere în dosarul ...), cât şi prin cea de a doua contestaţie, că interesul în formularea demersurilor litigioase rezidă în faptul că în cazul care oferta Asocierii ... va fi declarată admisibilă, s-ar situa în clasament pe prima poziţie, în faţa ofertei ....

Drept pentru care, pentru obţinerea atribuirii contractului de achiziţie nu este suficientă doar declararea ofertei ... ca admisibilă, ci şi respingerea definitivă din procedură a ofertei Asocierii ....

Respingerea ofertei Asocierii .. din procedură nu este definitivă în acest moment pentru aceleaşi motive şi prevederi legale indicate mai sus. Până la rămânerea definitivă a excluderii acestui ofertant... are interesul legitim şi actual de a îndeplini orice demers permis de lege în vederea menţinerii şi/sau obţinerii respingerii ofertei acestui ofertant.

A doua contestaţie priveşte declararea ca admisibilă a propunerii tehnice a Asocierii ... în condiţiile în care neregulile identificate de comisia de evaluare în ceea ce priveşte propunerea financiară determină în mod vădit şi o neconformitate/inacceptabilitate a propunerii tehnice. De asemenea, sunt aduse critici şi împotriva garanţiei de participare.

Obiectul urmărit este completarea/suplinirea motivelor pentru care oferta Asocierii ... trebuia respinsă în contextul în care nimic nu se opune ca ofertanţii interesaţi să solicite, prin intermediul demersului de contestare, completarea motivelor pentru care ceilalţi ofertanţi au fost respinşi, tocmai, în vederea consolidării unei astfel de decizii de respingere.

Mai mult, instanţele din România au validat acest fapt reţinând interesul ofertantului în a promova un demers juridic împotriva celorlalţi ofertanţi, putând invoca şi alte motive de inacceptabilitate/neconformitate decât cele reţinute de autoritatea contractantă.

Pe cale de consecinţă contestatoarea apreciază că cea de-a doua contestaţie ar trebui admisă cu reţinerea ca întemeiate a tuturor criticilor formulate.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20571/23.05.2018, SC ... SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză - lotul 3, critică rezultatul final al procedurii de atribire, conform căruia oferta contestatoarei este este declarată neconformă.

Contestatoarea menţinează că în cadrul adresei nr. 12B/3592/21.03.2018, i s-a comunicat faptul că:

1. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări şi retransmiterea graficului de plăţi şi Graficul de preţ, s-a modifict conţinutul propunerii financiare, astfel:

B. Grafic de Plăţi Sector 2km 0+000-KM 2+500 aferent Centura Nord

-6.1. ITS AUTOSTRADA, iniţial 0,00 lei, retransmis 150.185,01 lei diminuat din categoria 8.2, ITS AUTOSTRADA-A. Grafic de plăţi sector 1 km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud

- 7.1. ILUMINAT NODURI, iniţial 0,00 lei, retransmis 68.080,19 lei diminuat din categoria 9.2. ILUMINAT NODURI - A. Grafic de plăţi sector 1 km 85+300 - km 100 +765 aferent Centura Sud.

2. Modificările de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare.

Contestatoarea apreciază că decizia autorităţii contractante este nelegală şi abuzivă, întrucât oferta sa a fost declarată în mod greşit neconformă, oferta Asocierii S.C. ... S.A. - ... nefiind în situaţia dată de premisele art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea prezintă solicitările de clarificări cerute de autoritatea contractanta şi răspunsurile înaintate de aceasta:

Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/1569/07.02.2018, autoritatea contractantă îi solicită contestatoarei „clarificarea existenţei articolelor preţuite cu valorea 0,00 (zero) în cadrul propunerii financiare depuse". Urmare a solicitării, contestatoarea a depus răspunsul nr. 344/12.02.2018 în cadrul căruia a indicat în mod clar că articolele mai sus enumerate au fost preţuite cu valoare 0,00 (zero) din următoarele considerente:

A ...

B. B. Grafic de Plăţi Sector 2 km 0+000-KM2+5000 aferent Centura Nord

- 6.1. AUTOSTRADA, întreaga valoare pentru lucrările de ITS a fost prinsă în categoria 8.2. de la sectorul 1 km 85+300-KM100+765 aferent Centura Sud, deoarece pe sectorul 2 aferent acestor lucrări este nevoie doar de tuburi pentru racordul cu fibră şi nu putea fi cuantificate independent de echipamentele în sine;

- 7.1. ILUMINAT NODURI, întreaga valoare pentru iluminat noduri a fost prinsă în categoria 9.2. de la sectorul 1 km 85+300-KM100+765 aferent Centura Sud, deoarece din acest sector se va face racordul pentru iluminat.

- Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/2203/20.02.2018/ / 12B/2311/22.02.2018 autoritatea contractantă solicită *„... detalierea preţului pentru lucrările 6.1. AUTOSTRADA şi 7.1.ILUMINAT NODURI, incluse în alte categorii/sectoare, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categori de lucrări, aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire — anexa 2 la Formularul 8*". Faţă de această solicitare, contestatoarea a formulat răspunsul nr. 573/01.03.2018 în cadrul căruia a menţionat că sunt *„... ataşate listele de cantităţi pentru activităţile de la pct. 6.1. Autostrada şi 7.1 Iluminat, precum şi modul de formare al preţului ofertat şi oferte de preţ de la furnizori — ataşat Anexa 1 si Anexa 2*".

Urmare a celor menţionate mai sus, la data de 21.03.2018 contestatoarei i-a fost comunicat rezultatul procedurii prin care autoritatea contractantă i-a declarat oferta neconformă în conformitate cu art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 şi pe cale de consecinţă, respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din acelaşi act normativ.

Din succesiunea documentelor, rezultă că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, contestatoarea nu a modificat oferta financiară, ci doar a dat curs cerinţelor autorităţii contractante, în sensul lămuririi, justificării modalităţii în care a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări, lămurire care a condus la indreptarea viciului de formă:

- Suma de 150.185,01 lei aferentă categoriei 6.1. AUTOSTRADA, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 8.2. AUTOSTRADA - ANEXA 2 LIT. A. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.
- Suma de 68.080,19 lei aferentă categoriei 7.1. ILUMINAT NODURI, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 9.2. ILUMINAT NODURI - ANEXA 2 LIT. A. GRAFIC DE PLĂŢI SECTOR 2, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.

Valoarea totală a ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată, în condiţiile în care nicio sumă nu a fost adăugată/eliminată cât priveşte preţul total al categoriilor de lucrări, respectiv preţul total prevăzut în Formularul nr. 8 (775.226.528,05 lei, fără TVA).

Aşadar, având în vedere că a respectat condiţiile impuse şi solicitate de autoritatea contractanta, oferta financiară a contestatoarei nefiind modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, în mod greşit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta a fost declarată neconformă.

Contestatoarea în mod corect a precizat care este valoarea lucrărilor de la 6.1, respectiv 7.2 din Graficul de plăţi, aflandu-ne sub incidenţa tezei a doua a prevederilor art. 135, alin. 3, însăși solicitarea de clarificari formulată de autoritatea contractantă fiind în sensul de a lamuri detalierea preţului, modalitatea de formare a acestuia. Or, contestatoarea nu poate fi sancţionată pentru că a înţeles să dea curs solicitării autorităţii contractante, respectiv că a efectuat această corectare a erorii constatate în cadrul ofertei, ce nu a condus la modificarea ofertei totale sau preţului unitar.

Pentru a fi incidente dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 ar fi trebuit ca într-adevar sumele de 150.185,01 lei şi 68.080,19 lei să nu fi fost prevăzute în cadrul ofertei financiare iniţiale, ceea ce nu este cazul, în condiţiile în care după cum însăşi autoritatea

contractantă recunoaşte, aceste sume se regăseau în oferta contestatoarei şi mai mult, oferta financiară a acesteia nu s-a diminuat cu aceste sume, respectiv nu a avut loc nici majorarea şi nici diminuarea ofertei financiare, ci doar o detaliere a modalităţii de formare a preţului, o justificare a faptului că unele sume din Graficul B se regăseau în Graficul A depus iniţial. De asemenea, ambele grafice (Grafic A si Grafic B) compun în sine o singură ofertă financiară iar modalitatea de alocare a acestor sume pe categoriile de lucrări nu impactează asupra preţului total ofertat.

În mod eronat s-a apreciat de către comisia de evaluare că în cauză sunt incidente prevederile art. 134, alin. (6) din HG 395/2016, deoarece corectarea viciului de formă nu a condus la modificarea ofertei financiare și crearea unui avantaj nejustificat în detrimentul celorlalţi participanţi în cadrul procedurii:

Prin solicitarea de clarificari nr. 12B/2203/20.02.2018/ / 12B/2311/22.02.2018 autoritatea contractantă a solicitat „... detalierea preţului pentru lucrările 6.1. AUTORSTRADA şi 7.1.ILUMINAT NODURI, incluse în alte categorii/sectoare, conferind astfel contestatoarei posibilitatea lămuririi aspectelor modalităţii de întocmire a ofertei.

În urma îndreptării viciului de formă intervenit la nivelul ofertei depuse de către contestatoare rezultă că valoarea totală a ofertei a rămas nemodificată, iar clasamentul operatorilor economici participanţi la procedură a rămas acelaşi, neproducând niciun prejudiciu autorităţii contractante sau ofertanţilor.

Autoritatea contractantă, în cadrul adresei nr. 12B/3592/21.03.2018 a menţionat care este cuantumul preţurilor unitare rezultate în urma îndreptării viciului de formă pentru categoriile 6.1 si 7.1 din graficul de plăţi. Prin urmare, autoritatea contractantă, chiar prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii a procedat la îndreptarea vicului de formă, putându-se astfel determina cu uşurinţă valoarea ofertei în urma îndreptării ce a rămas neschimbată.

Mai mult, valorile în cauză, respectiv de 150.185,01 lei şi 68.080,19 lei, reprezintă valori nesemnificativ de reduse faţă de valoarea întregii oferte financiare, 775.226.528,05 lei fără TVA, astfel că, considerarea ofertei contestatoarei ca neconformă din acest motiv face dovada formalismului exagerat al autorităţii contractante, a modalităţii nelegale de evaluare a ofertei şi gestionării ineficiente a fondurilor publice.

Clarificarea solicitată de către autoritatea contractantă viză menţionarea preţurilor de la categoria 6.1, respectiv 7.2 din Graficul de plăţi, corectare ce determină, în mod automat, o altă repartizare a preţului unitar, astfel că contestatoarea a procedat la retransmiterea graficului de plăţi în mod legal. Problema care se ridică este dacă această modificare a preţului unitar este de natură a determina neconformitatea ofertei. În raport de prevederile clare şi nesusceptibile de interpretare ale art. 135 din HG nr. 395/2016, trebuie admis că, corectarea modalităţii

de formare a preţului, prin raportare la elementele/documentele iniţiale ale ofertei, determină aplicabilitatea în cauză a noţiunii de viciu de formă.

În speţă trebuia să fi intervenit corectarea unui viciu de formă, cu păstrarea preţului total al ofertei şi cu menţinerea neschimbată a clasamentului ofertanţilor, ceea ce este cazul, iar această corectare era conformă cu reglementările legale anterior expuse, prin urmare dispoziţiile legale invocate sunt aplicabile în prezenta cauză.

Conform dispoziţiilor legale, aplicabile în cauză, viciile de formă pot fi omisiuni de completare sau abateri tehnice minore asupra cărora autoritatea contractantă are deplină libertate de a le corecta, solicitând totodată acordul ofertantului.

Corectarea, se poate realiza fără a modifica oferta propusă, în măsura în care această corecţie nu crează un avantaj ofertantului în cauza şi nu are un impact asupra clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de achiziţie.

Singura interdicţie stabilită de către legiuitor este în sensul că nu se permite completarea ofertei cu capitole/liste de cantităţi/informaţii solicitate expres şi neprezentate iniţial în integralitatea respectivei componenţe a acesteia, aşa cum a fost ea solicitată, dacă respectiva completare poate conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor. În situaţia sesizării unei abateri tehnice minore, ca şi în cazul viciului de formă sau a erorii aritmetice, solicitarea de îndreptare a acestei abateri trebuie să aparţină autorităţii contractante, fiind incidente dispoziţiile legale anterior menţionate, având în vedere şi faptul că prevederile legale în materia achiziţiilor publice nu prevăd o altă modalitate specială de corectare a abaterilor tehnice minore.

În prezenta procedură, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi procedat la o corectă analiză a răspunsului la solicitarea de clarificări ar fi constatat că nu se va crea niciun avantaj contestatoarei şi acest aspect nu va conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor, având în vedere faptul că:

a. Clasamentul ofertanţilor participanţi la procedura nu va suferi modificări;

b. Oferta tehnică a contestatoarei nu se modifică;

c. Oferta financiară a contestatoarei nu va suferi modificări, rămânând aceaşi.

Prin urmare, acest aspect este unul strict formal, fiind vorba de o neconcordanţă minoră, de o scăpare firească care ar putea apărea în elaborarea unei oferte complexe.

Inclusiv practica Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, confirmă faptul că autoritatea trebuia să determine dacă deficienţa sesizată în ofertă reprezintă sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 135 din hotararea Guvernului antemenţionată.

Contestatoarea învederează în acest sens şi practica Consiliul potrivit căreia *„Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine ca neconforme*

*ofertele care conţin orice fel de abateri, textul legal menţionat nu îşi mai găsea locul în hotărarea Guvernului evocată. Jurisprudenţa Consiliului este statornică în sensul că orice decizie a autorităţii privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, şi pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente, care ar defavoriza un ofertant, cum este cel în cauză, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a-şi demonstra cu claritate şi în cunoştinţă de cauză conformitatea propunerii tehnice".*

Contestatoarea învederează că oferta sa este în deplină concordanţă cu cerinţele caietului de sarcini, atât în ceea ce priveşte criteriile de clarificare, cât şi în ceea ce priveşte modul de elaborare al ofertei tehnice şi financiare, iar reţinerea ca neconformă a ofertei contestatoarei de către autoritatea contractantă este lipsită de orice fundament factual.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că oferta Asocierii ... SRL, este inacceptabilă prin raportare la dispoziţiile art. 137, alin. (2), lit. e) din HG 395/2016.

Potrivit dispoziţiilor art. 137 alin. (1), Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

În condiţiile art. 215 alin. (4) din lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

e) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv.

Prin raportare la aceste dispoziţii, oferta financiară a ofertantului desemnat câştigător depăşeşte valoarea financiară estimată a contractului de achiziţie în cauză conform fişei de date, fiind astfel aplicabile dispoziţiile art. 137, alin. (2), lit. e) din HG nr. 395/2016.

Totodată, prin fişa de date a procedurii nu era prevăzută posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare faţă de valoarea estimată a procedurii, astfel încât să fie respectat principiul transparenţei si al egalităţii de tratament.

Prin adresa nr. ..., Consiliul solicită SC ... SA următoarele:

*Având în vedere că pe rolul Consiliului, în legătură cu procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»", organizată de către COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, aţi promovat patru contestaţii, respectiv:*

*- primele două contestaţii înregistrate la Consiliu sub nr. 15565/18.04.2018, respectiv sub nr. 15592/18.04.2018, vizând rezultatul evaluării propunerilor financiare la loturile 2 şi 3, prin care ofertele dvs. au fost respinse,*

*- următoarele două contestaţii înregistrate la Consiliu sub nr. 20574/23.05.2018 respectiv sub nr. 20571/23.05.2018, vizând rezultatul final al procedurii pentru loturile 2 şi 3,*

*În temeiul art. 2 şi art. 11 din Legea nr. 101/2016 cu modificările şi completările ulterioare, vă solicităm punctul de vedere cu privire la interesul dvs. în promovarea celor două contestaţii ulterioare, respectiv beneficiul urmărit de dvs. prin respectivele acte, prin raportare la următoarele:*

*- în situaţia în care primele două contestaţii ar fi admise, soluţia logică şi firească ar fi aceea a anulării tuturor actelor ulterioare, deci inclusiv a rapoartelor finale ale procedurii pentru loturile 2 şi 3, acte atacate prin cele două contestaţii ulterioare, situaţie în care acestea din urmă ar fi lipsite de obiect,*

*- în situaţia în care primele două contestaţii ar fi respinse, deci ofertele dvs. la loturile 2 şi 3 ar rămâne definitiv respinse în etapa financiară, se pune problema interesului dvs. în promovarea celor două contestaţii ulterioare, din moment ce nu ar exista şanse să ajungeţi câştigătoare a procedurii pentru cele două loturi.*

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 27946/10.07.2018, SC ... SA formulează răspuns, precizând că în cadrul contestaţiilor formulate şi înregistrate la CNSC cu nr. 20571/23.05.2018 şi 20574/23.05.2018 vizând rezultatul procedurii pentru loturile 2 şi 3, contestatoarea a solicitat anularea rapoartelor procedurii de atribuire atât în ceea ce priveste oferta sa cât şi a ofertanţilor desemnaţi câştigători, în speţă Asocierea ...et AS, respectiv Asocierea Spedition ... S.R.L.

De asemenea, contestatoarea a înţeles să conteste inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii motivat de faptul că acestea reprezintă acte emise în cadrul procedurii ce îşi produc efecte faţă de contestatoare, acesta fiind singurul act de înştiinţare cu privire la ofertantul declarat câştigător.

Avand în vedere aceste aspecte, contestatoarea apreciază că justifică un interes în formularea acestor contestaţii astfel cum au fost formulate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 241411/15.06.2018, SC ... SA formulează concluzii scrise în care reiterează cele precizate în cadrul contestaţiei, precizând totodată că trebuie avut în vedere şi faptul că, astfel cum reiese din procesele verbale de evaluare, şi alţi ofertanţi din cadrul procedurii au înţeles că coteze anumite categorii de lucrări cu 0, oferind autorităţii contractante motive similare celor ale contestatoarei (ex. ...

Prin urmare, în măsura în care chiar oferta declarată câştigătoare conţine valori 0 la categorii de lucrări, se naşte întrebarea legitimă de ce o asemenea situaţie a fost considerată ca fiind legală şi conformă documentaţiei de atribuire, iar oferta contestatoarei a fost respinsă de către autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă este obligată să aplice un tratament egal ofertanţilor şi să procedeze la o evaluare în baza aceloraţi criterii şi rigori şi să nu fie părtinitoare faţă de unii ofertanţi participanţi la procedură.

În prezenta cauză, autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal al ofertanţilor apreciind pe de o parte ca unii ofertanţi au libertatea de a-şi structura oferta şi de a cota anumite categorii de lucrări conform propriilor aprecieri, iar alţi ofertanţi nu au acest drept, fiind sancţionaţi cu respingerea ofertei dacă contează anumite categorii de lucrări cu 0, deşi prezintă argumente valide care justifică o astfel de ofertare.

Prin adresa nr. 92/47378/04.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 27299/04.07.2018, ... SA formulează punct de vedere cu privire la contestaţia SC ... SA, în care menţionează că a comunicat acestuia rezultatul procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare,

Având în vedere faptul că argumentele invocate în prezenta contestaţie referitoare la motivele de excludere a ofertei Asocierii sunt identice cu cele expuse în cuprinsul contestatiei formulate impotriva adresei nr. 12B/3592/21.03.2018 prin care ofertantul a fost informat cu privire la rezultatul procesului de evaluare a propunerii sale financiare (dosar CNSC nr. 1321), autoritatea contractantă îşi menţine punctul de vedere comunicat deja Consiliului prin adresa nr. 92/32809/14.05.2018 sens în care reiterează solicitarea de respingere ca neîntemeiată şi nefondată a contestaţiei formulate de Asocierea ...pentru lotul 3 în ceea ce priveşte capetele de cerere privind propria ofertă.

Referitor la pct. 3 din contestatie, în care este invocat un pretins caracter inacceptabil al ofertei desemnate câştigătoare, respectiv Asocierea ... SRL, prin raportare la dispoziţiile art. 137 alin. (2) lit. e) din HG 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Ulterior finalizarii etapei de evaluare a propunerilor financiare, odată cu decriptarea în SEAP a valorilor aferente propunerilor financiare şi accesarea documentelor de fundamentare a valorii propunerii financiare, astfel cum a fost consemnat şi în procesul verbal nr. 12B/1553/07.02.2018, comisia de evaluare a constatat că preţul ofertei depuse de Asocierea ... SRL - ... este de 882.363.613,61 lei fără TVA, depăşind cu 1,85% valoarea estimată publicată de autoritatea contractanta pentru lotul 3, respectiv 866.336.303 lei fără TVA.

Având în vedere prevederile HG nr. 395/2016, cu completările şi modificările ulterioare, aplicabile prezentei proceduri de achiziţie publică, respectiv:

- art. 133 alin. (1) „ Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică",

- art. 133 alin. (3) „Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv, precum şi să nu se afle în situaţia prevăzută la art. 210 din Lege."

- art. 137 alin. (1) "Comisia de evaluare are obligaţia de a respinse ofertele inacceptabile şi neconforme."

- art. 137 alin. (2) "În condiţiile art. 215 alin. (4) din lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:[...]

e) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv;

f) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiara depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi, deşi există posibilitatea disponibilizării de fonduri pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanţială în sensul art. 55 alin. (2) lit. a);[...]"

- art. 55 alin. (2) lit. a) "În condiţiile art. 153 din lege, autoritatea contractantă are obligaţia de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificaţiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacţia potenţialilor ofertanţi, cu excepţia modificărilor substanţiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziţiei publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiţie sau schimbă piaţa de profil la care se adresează; [...] "

Comisia de evaluare, prin adresa nr. 12B/1428/05.02.2018, a solicitat Departamentului intern din cadrul ... SA (...) un punct de vedere specializat cu privire la posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare faţă de valoarea estimată, pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică "Proiectare şi execuţie Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 - km 100+900: Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord."

Prin adresa nr. 14A/1646/08.02.2018, Direcţia Gestiune Fonduri a comunicat comisiei de evaluare că "valoarea investiţiei a fost aprobată prin Hotărârea de Guvern nr. 233/05.03.2008 pentru aprobarea indicatorilor tehnico-economici ai obiectivului de investiţii "Autostrada de

Centură Bucureşti - sector Centura Nord km 0+000-km 52+770" şi ai obiectivului de investiţii "Autostrada de Centură Bucureşti - sector Centura Sud km 52+ 770 - km 100+900", precum şi faptul că, în conformitate cu Legea Bugetului de Stat nr. 2/03.01.2018, potrivit art. 19 alin. (3) "*În condiţiile prevederilor Legii nr. 500/2002, cu modificările şi completările ulterioare, în cursul întregului an ordonatorii principali de credite pot efectua virări de credite bugetare între titlurile, articolele şi alineatele de cheltuieli din cadrul aceluiaşi capitol sau de la alte capitole pentru asigurarea fondurilor necesare la titlul 58 „Proiecte cu finanţare din fonduri externe nerambursabile aferente cadrului financiar 2014-2020”, pentru finanţarea proiectelor aflate în implementare sau proiecte noi finanţate din fonduri externe nerambursabile postaderare, cu încadrarea în nivelul total al fondurilor aprobate*."

Aşa cum se menţionează în procesul verbal nr. 12B/3550/21.03.2018, precum şi în Grila de evaluare a propunerii financiare, comisia de evaluare a analizat Hotărârile de Guvern privind aprobarea indicatorilor tehnico-economici şi Ordinul Ministrului Transporturilor privind aprobarea actualizării valorii devizelor generale ale obiectivelor de investiţii "Autostrada de Centură Bucureşti, Sector Centura Nord km 0+000-km 52+770" şi "Autostrada de Centură Bucureşti, Sector Centura Sud km 52+770 - km 100+900" şi a hotărât menţinerea ofertantului în cadrul procedurii de atribuire, considerând că nu sunt incidente prevederile art. 137 alin. (2) lit. e) - f) din HG 395/2016, cu modificările şi completările ulterioare, date fiind următoarele:

- valoarea totală a indicatorilor economici aprobaţi prin HG nr. 233/2008 este mai mare decât valoarea estimată a celor 3 loturi aferente Centurii Bucureşti,
- din punct de vedere al Legii Bugetului de Stat există posibilitatea de a reloca credite bugetare între titlurile, articolele şi alineatele de cheltuieli din cadrul aceluiaşi capitol sau de la alte capitole pentru asigurarea fondurilor necesare la titlul 58 „Proiecte cu finanţare din fonduri externe nerambursabile aferente cadrului financiar 2014-2020”,
- potrivit fişei de date a achiziţiei şi anunţului de participare, sursa de finanţare pentru toate cele 3 loturi a fost identificată ca fiind POIM în cofinanţare cu Bugetul de Stat, menţionându-se totodată, în mod explicit, că semnarea contractului este posibilă doar în situaţia în care se respectă dispoziţiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidenţa legislaţiei privind finanţele publice, asfel încât toţi ofertanţii au cunoscut, încă de la inceput, faptul că legislaţia specifică în domeniul finanţelor publice are impact asupra prezentei proceduri de achiziţie publică.

În final, autoritatea contractantă precizează că procesul de evaluare s-a desfăşurat cu aplicarea corespunzătoare a principiilor reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, comisia de evaluare tratând în mod identic

speţele similare identificate în cadrul ofertelor analizate, verificările şi evaluarea fiind întreprinse de membrii comisiei cu respectarea tuturor prevederilor documentaţiei de atribuire şi ale legislaţiei incidente.

Pentru aspectele sus enunţate, autoritatea contractantă solicită respingerea ca neîntemeiat şi nefondat şi a capătului de cerere privind oferta depusă de Asocierea Spedition UMB SRL - Tehnostrade SRL - Artera Proiect SRL.

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 20574/23.05.2018, SC ... SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză - lotul 2, critică rezultatul final al procedurii de atribire, conform căruia oferta contestatoarei este este declarată neconformă.

Contestatoarea menţinează că în cadrul adresei nr. 12B/3586/21.03.2018, i s-a comunicat faptul că:

1. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări şi retransmiterea graficului de plăţi şi Graficul de preţ, s-a modifict conţinutul propunerii financiare, astfel:

B. Grafic de Plăţi Lot 2 km 69+000-KM 85+300 aferent Centura Sud

-3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 126.594,95 lei,

- 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 183.215,24 lei.

2. Modificările de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare.

Contestatoarea apreciază că decizia autorităţii contractante este nelegală şi abuzivă, întrucât oferta sa a fost declarată în mod greşit neconformă, oferta Asocierii S.C. ... S.A. nefiind în situaţia dată de premisele art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea prezintă solicitările de clarificări cerute de autoritatea contractanta şi răspunsurile înaintate de aceasta:

Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/1563/07.02.2018, autoritatea contractantă îi solicită contestatoarei „clarificarea existenţei articolelor preţuite cu valorea 0,00 (zero) în cadrul propunerii financiare depuse". Urmare a solicitării, contestatoarea a depus răspunsul nr. 344/12.02.2018 în cadrul căruia a indicat în mod clar că articolele mai sus enumerate au fost preţuite cu valoare 0,00 (zero) din următoarele considerente:

3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.1.4 Nod DN5 pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodului rutier.

3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.3.4 Nod DN6 pentru că nu pot fi izolate doar pentru

drumul naţional, lucrările pe DN5 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodului rutier.

- Prin solicitarea de clarificări nr. 12B/2197/20.02.2018// 12B/2305/20.02.2018 autoritatea contractanta solicită „... detalierea preţului pentru 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, lucrări incluse în alte categorii, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categori de lucrări, aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire - anexa 2 la Formularul 8".

Faţă de această solicitare, contestatoarea a formulat Răspunsul nr. 572/01.03.2018 în cadrul căruia a mentionat că sunt *„... ataşat Anexa 2 la Formularul nr. 8 - ataşat Anexa 1 şi Anexa 3 la Formularul nr. 8 — ataşat Anexa 2, revizuite, de unde reiese preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire".*

Urmare a celor mentionate mai sus, la data de 21.03.2018 i-a fost comunicat contestatoarei rezultatul procedurii prin care autoritatea contractantă i-a adus la cunoştinţă că oferta sa a fost declarată neconformă în conformitate cu art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 şi pe cale de consecinţă, respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din acelaşi act normativ.

Contestatoarea apreciază că decizia de respingere a ofertei sale ca neconformă este abuzivă şi de natură să încalce principiile de drept care guvernează legea achiziţiilor publice, o decizie luată ca urmare a unei evaluări pur formale a autorităţii, cu ignorarea elementelor ofertei financiare menţionate în cuprinsul propunerii financiare depuse la dosarul achiziţiei publice, valori menţinute şi ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări, respectiv faptul că nu „s-a modificat conţinutul propunerii financiare".

Contestatoarea susţine că nu a procedat, prin răspunsurile la solicitările de clarificări la modificarea ofertei financiare, ci doar a dat curs cerinţelor autorităţii contractante, în sensul lămuririi, justificării modalităţii în care a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categorii de lucrări, lămurire care a condus la îndreptarea viciului de formă:

- Suma de 126.594,95 lei aferentă categoriei 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 AFERENT CENTURA SUD indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 3.2.1.4 Nod DN5 ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 AFERENT CENTURA SUD, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiare - Formularul 8.

- Suma de 183.215,24 lei aferentă categoriei 3.2.4.4 Siguranţa circulaţiei, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 AFERENT CENTURA SUD indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări se regăsea în oferta iniţială la categoria 3.2.3.4

Nod DN6 ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 AFERENT CENTURA SUD, nefiind modificată oferta financiară, suma aceasta regăsindu-se în cadrul ofertei financiară - Formularul 8.

Valoarea totală ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată, în condiţiile în care nicio sumă nu a fost adăugată/eliminată cât priveşte preţul total al categoriilor de lucrări, respectiv preţul total prevăzut în Formularul nr. 8 (716.066.255,66 lei, fără TVA).

Aşadar, având în vedere că a respectat condiţiile impuse şi solicitate de autoritatea contractanta, oferta financiară a contestatoarei nefiind modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, în mod greşit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta a fost declarată neconformă.

Contestatoarea în mod corect a precizat care este valoarea lucrărilor de la 3.2.2.4, respectiv 3.2.4.4 din Graficul de plăţi, aflându-se sunt incidenţa tezei a doua a prevederilor art. 135 alin. (3), însăşi solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă fiind în sensul de a lămuri detalierea preţului, modalitatea de formare a acestuia.

Or, contestatoarea nu poate fi sancţionată pentru că a înţeles să dea curs solicitării autorităţii contractante, respectiv că a efectuat această corectare a erorii constatate în cadrul ofertei, ce nu a condus la modificarea ofertei totale sau preţului unitar.

Pentru a fi incidente dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 ar fi trebuit ca într-adevar sumele de 126.594,95 lei şi 183.215,24 lei să nu fi fost prevăzute în cadrul ofertei financiare iniţiale, ceea ce nu este cazul, în condiţiile în care după cum însăşi autoritatea contractantă recunoaşte, aceste sume se regăseau în oferta contestatoarei şi mai mult, oferta financiară a acesteia nu s-a diminuat cu aceste sume, respectiv nu a avut loc nici majorarea şi nici diminuarea ofertei financiare, ci doar o detaliere a modalităţii de formare a preţului, o justificare a faptului că unele sume din Graficul B se regăseau în Graficul A depus iniţial.

În mod eronat s-a apreciat de către comisia de evaluare că în cauză sunt incidente prevederile art. 134, alin. (6) din HG 395/2016, deoarece corectarea viciului de formă nu a condus la modificarea ofertei financiare si crearea unui avantaj nejustificat în detrimentul celorlalţi participanţi în cadrul procedurii:

Prin solicitarea de clarificari nr. 12B/2197/20.02.2018/ / 12B/2305/20.02.2018, autoritatea contractantă a solicitat „... detalierea preţului pentru 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, lucrări incluse în alte categorii, conferind astfel contestatoarei posibilitatea lămuririi aspectelor modalităţii de întocmire a ofertei.

În urma îndreptării viciului de formă intervenit la nivelul ofertei depuse de către contestatoare rezultă că valoarea totală a ofertei a rămas nemodificată, iar clasamentul operatorilor economici participanţi

la procedură a rămas acelaşi, neproducând astfel niciun prejudiciu autorităţii contractante sau ofertanţilor.

Autoritatea contractantă, în cadrul adresei nr. 12B/3586/21.03.2018 a menţionat care este cuantumul preţurilor unitare rezultate în urma îndreptării viciului de formă pentru categoriile 3.2.2.4 şi 3.2.4.4 din graficul de plăţi. Prin urmare, autoritatea contractantă, chiar prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii a procedat la îndreptarea vicului de formă, putându-se astfel determina cu uşurinţă valoarea ofertei în urma îndreptării ce a rămas neschimbată.

Mai mult, valorile în cauză, respectiv de 126.594,95 lei şi 183.215,24 lei, reprezintă valori nesemnificativ de reduse faţă de valoarea întregii oferte financiare, 716.066.265,66 lei fără TVA, astfel că, considerarea ofertei contestatoarei ca neconformă din acest motiv face dovada formalismului exagerat al autorităţii contractante, a modalităţii nelegale de evaluare a ofertei şi gestionării ineficiente a fondurilor publice.

Clarificarea solicitată de către autoritatea contractantă viză menţionarea preţurilor de la categoria 3.2.2.4, respectiv 3.2.4.4 din Graficul de plăţi, corectare ce determină, în mod automat, o altă repartizare a preţului unitar, astfel că contestatoarea a procedat la retransmiterea graficului de plăţi în mod legal. Problema care se ridică este dacă această modificare a preţului unitar este de natură a determina neconformitatea ofertei. În raport de prevederile clare şi nesusceptibile de interpretare ale art. 135 din HG nr. 395/2016, trebuie admis că, corectarea modalităţii de formare a preţului, prin raportare la elementele/documentele iniţiale ale ofertei, determină aplicabilitatea în cauză a noţiunii de viciu de formă.

În speţă trebuia să fi intervenit corectarea unui viciu de formă, cu păstrarea preţului total al ofertei şi cu menţinerea neschimbată a clasamentului ofertanţilor, ceea ce este cazul, iar această corectare era conformă cu reglementările legale anterior expuse, prin urmare dispoziţiile legale invocate sunt aplicabile în prezenta cauză.

Conform dispoziţiilor legale, aplicabile în cauză, viciile de formă pot fi omisiuni de completare sau abateri tehnice minore asupra cărora autoritatea contractantă are deplină libertate de a le corecta, solicitând totodată acordul ofertantului.

Corectarea, se poate realiza fără a modifica oferta propusă, în măsura în care această corecţie nu crează un avantaj ofertantului în cauza şi nu are un impact asupra clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de achiziţie.

Singura interdicţie stabilită de către legiuitor este în sensul că nu se permite completarea ofertei cu capitole/liste de cantităţi/informaţii solicitate expres şi neprezentate iniţial în integralitatea respectivei componenţe a acesteia, aşa cum a fost ea solicitată, dacă respectiva completare poate conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor.

În situaţia sesizării unei abateri tehnice minore, ca şi în cazul viciului de formă sau a erorii aritmetice, solicitarea de îndreptare a acestei abateri trebuie să aparţină autorităţii contractante, fiind incidente dispoziţiile legale anterior menţionate, având în vedere şi faptul că prevederile legale în materia achiziţiilor publice nu prevăd o altă modalitate specială de corectare a abaterilor tehnice minore.

În prezenta procedură, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi procedat la o corectă analiză a răspunsului la solicitarea de clarificări ar fi constatat că nu se va crea niciun avantaj contestatoarei şi acest aspect nu va conduce la modificarea clasamentului ofertanţilor, având în vedere faptul că:

a. Clasamanentul ofertanţilor participanţi la procedura nu va suferi modificări;

b. Oferta tehnică a contestatoarei nu se modifică;

c. Oferta financiară a contestatoarei nu va suferi modificări, rămânând aceaşi.

Prin urmare, acest aspect este unul strict formal, fiind vorba de o neconcordanţă minoră, de o scăpare firească care ar putea apărea în elaborarea unei oferte complexe.

Inclusiv practica Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, confirmă faptul că autoritatea trebuia să determine dacă deficienţa sesizată în ofertă reprezintă sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 135 din hotararea Guvernului antemenţionată.

Contestatoarea învederează că oferta sa este în deplină concordanţă cu cerinţele caietului de sarcini, atât în ceea ce priveşte criteriile de clarificare, cât şi în ceea ce priveşte modul de elaborare al ofertei tehnice şi financiare, iar reţinerea ca neconformă a ofertei contestatoarei de către autoritatea contractantă este lipsită de orice fundament factual.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23700/13.06.2018, ...reprezentată convenţional de SCA ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:

- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,
- suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei,
- respingerea ca tardivă a contestaţiei,
- în subsidiar, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către SC ... SA.

În ceea ce priveşte solicitarea de suspendare a soluţionării contestaţiei, interveenienta menţionează că pe rolul Consiliului se află înregistrată contestaţia formulată de acelaşi operator economic ce are calitatea de contestatoare în această cauză, ce face obiectul Dosarului 1323, contestaţie prin care se tinde la reintroducerea în procedura de achiziţie, de la faza evaluării propunerilor financiare, a ofertantei contestatoare.

Art. 25 alin (1) din Legea nr. 101/2016 prevede posibilitatea Consiliului ca, prin încheiere, să suspende procedura de soluţionare a

contestaţiei "în situaţia în care aceasta depinde în tot sau în parte de existenţa ori inexistenţa unui drept care face obiectul unei alte judecăţi".

Ori, exact în această situaţie există în prezenta cauză, deoarece în măsura în care contestaţia împotriva deciziei de excludere formulată de contestatoare va fi respinsă, acesta îşi va pierde calitatea de persoană care justifică un interes în prezenta contestaţie.

Faţă de aceste aspecte, intervenienta solicită suspendarea procedurii de soluţionare a prezentei contestatii în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2017, până la soluţionarea contestaţiei aceluiaşi contestatoare, ce face obiectul dosarului nr. 1323 aflat pe rolul Consiliului.

În ceea ce priveşte solicitarea de a se respinge ca tardivă contestaţia, intervenienta motivează că se tinde la reiterarea criticilor în legătură cu respingerea ca neconformă a ofertei contestatoarei.

În cuprinsul contestaţiei se face menţiunea că prin adresa din 08.05.2018 autoritatea contractantă a comunicat respingerea ca neconformă a ofertei "în conformitate cu art. 134, alin. (6) din HG nr. 395/2016 şi pe cale de consecinţă respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din acelaşi act normativ".

Având în vedere aceste menţiuni din cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii din 08.05.2018, contestatoarea apreciază că i s-ar fi născut dreptul să formuleze din nou la acest moment contestaţie cu privire la respingerea ca neconformă a ofertei, aspect complet fals.

Actul autorităţii contractante prin care a fost respinsă oferta contestatoarei a fost emis, aşa cum se menţionează şi în raportul procedurii, în urma finalizării etapei de evaluare a propunerilor financiare în data de 21.03.2018.

În nici un caz nu se poate interpreta că, urmare a comunicării rezultatului final al procedurii, ofertanţii deja excluşi în etapa de evaluare a propunerilor financiare ar fi repuşi într-un nou termen de atacare a acestei decizii de excludere.

Astfel, contestatoarea încearcă la acest moment să introducă o nouă contestaţie impotriva deciziei de excludere din procedură, pentru exact aceleaşi motive ca şi în cazul primei contestaţii, cu depăşirea termenului imperativ pe care l-a avut la dispoziţie pentru atacarea actului considerat nelegal.

Ori, actul din data de 08.05.2018 nu este decât o consecinţă a comunicării excluderii ofertei contestatoarei, în urma finalizării etapei de evaluare a propunerilor financiare din data de 21.03.2018 şi nu poate fi considerat ca un nou act al autorităţii care să poată fi atacat separat, pentru aceleaşi motive ca şi cel anterior.

Mai mult, analizând definiţia actului autorităţii contractante prevăzută de art. 3 litera a) din Legea 101/2016 precum şi a persoanei care se consideră vatamată, prevăzută de art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, ambele definţii vorbesc de acte ale autorităţii de natură să

producă efecte juridice, ori actul de natură să producă efecte juridice şi pe care contestatoarea l-a apreciat ca fiind cauzator de prejudiciu, este adresa denumită "Informare finalizare etapa evaluare propunere financiară" comunicată ofertantului în data de 21.03.2018.

De altfel, în contestaţia deja formulată anterior contestatoarea a solicitat, între altele, "anularea deciziilor autorităţii contractante prin care oferta a fost declarată ca fiind neconformă" şi "anularea actelor subsecvente acestora", acesta fiind şi obiectul actualei contestaţii.

În ceea ce priveşte solicitarea de a se respinge contestaţia ca neîntemeiată, intervenienta menţionează că şi în situaţia în care s-ar putea considera că la această dată ar mai putea fi reiterate motivele de contestare a legalităţii excluderii ofertei contestatoarei, această contestaţie este şi vădit neîntemeiată pentru următoarele argumente:

Art. 201 din Legea nr. 98/2016 statuează în mod expres şi neechivoc obligaţiile comisiei de evaluare de a nu crea avantaje în favoarea ofertantului prin solicitările de clarificare.

*„ (1) În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.*

*(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat"*

Alineatul 2 de mai sus se coroboreaza cu dipozitiile art. 134 alin. 6) din HG nr. 395/2016 care dispune că *„În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare (...) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare oferta sa va fi considerată neconformă".*

Susţinerile contestatoarei sunt în totală contradicţie cu motivele care au stat iniţial la baza excluderii sale din procedura de achiziţie publică, prin declararea ofertei financiare ca neconforme.

Prin simpla lecturare a numeroaselor solicitări de clarificări transmise de către autoritatea contractantă cât şi a răspunsurilor contestatoarei la acestea rezultă în mod clar şi neechivoc împrejurarea că aceasta s-a aflat într-o totală necunoaştere faţă de modalitatea de întocmire a unei oferte financiare pentru un proiect de o asemenea anvergură.

Astfel, în cuprinsul răspunsurilor la clarificările care i-au fost adresate, contestatoarea a afirmat că:

-că existenţa articolelor preţuite cu valoare „0" este justificată de împrejurarea că „aceste activităţi au fost cotate integral la art (...) pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional (...)" (Cu ocazia solicitărilor de clarificări din 07.02.2018)

- „Valoarea totală ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată".

- „3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la articolul 3.2.1.4. Nod DN5 şi respectiv la articolul 3.2.3.4. Nod DN 6, pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional",

- „Valorile articolelor (...) s-au împărţit ponderat, datorită cererii exprese venite din partea autorităţii contractante".

Din cele de mai sus se desprind următoarele concluzii:

- Contestatoarea a încercat să ofere o serie de explicaţii „din punct de vedere tehnic" pentru faptul că a cotat cu „0" anumite categorii de lucrări, explicaţii ce nu se regăsesc nici în cuprinsul propunerii tehnice - unde trebuiau descrise toate elementele tehnice ce ţin de execuţia lucrărilor - şi nici cu ocazia transmiterii Graficului de Plăţi în cadrul propunerii financiare.

- Din aceste explicaţii rezultă fără dubiu că decizia de a cota cu „0" anumite activităţi din cadrul propunerii financiare (Graficul de Plăţi) a fost una conştientă, deşi ofertantul ştia sau ar fi trebuit să ştie că trebuie să respecte cerinţele obligatorii din documentaţia de atribuire care statuează că Graficul de Plăţi reprezintă un minim obligatoriu, ofertanţii având doar posibilitatea de a efectua completări.

- Mai mult decât atât, contestatoarea a susţinut că la întocmirea ofertei a considerat că din punct de vedere funcţional, articolele privind siguranţa circulaţiei nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional acesta fiind motivat cotării acestor activităţi în categoria privind nodurile rutiere.

- Ulterior, datorită repetatelor clarificări ale comisiei de evaluare, contestatoarea a cotat „ponderat" acele articole, însă fără a avea la baza vreun mod de calcul, ci doar din dorinţa de a suplini grava încălcare a cerinţelor minime obligatorii de care a devenit conştient că urmare a acestor clarificări,

- Rezultă în mod evident că nici în cadrul categoriei în care a susţinut că a fost inclusă valoarea acestor articole cotate „0" nu a fost prevăzută o valoarea reală privind execuţia acestor lucrări, din moment ce se susţine că nu poate aprecia exact cuantumul valoric al acestor articole.

- Toate textele legale invocate referitoare la existenţa unui pretins viciu de formă nu sunt incidente în cauză având în vedere cele susţinute de chiar contestatoare, mai sus citate, din care rezultă fără echivoc că niciun moment contestatoarea nu a cotat cu „0" activităţile citate din „eroare" ci din imposibilitatea acesteia de a le aprecia cuantumul valoric, aşa cum era solicitat în cerinţele minime obligatorii - Graficul de plăţi.

Faţă de toate aspectele menţionate mai sus, discursul deontologic raportat la eficienta cheltuire a fondurilor publice rămâne fără substanţă în condiţiile în care, prin analiza ofertei în ansamblul său, autoritatea contractantă trebuie să îşi formeze convingerea că ofertantul este unul serios, care a înţeles pe deplin cerinţele acesteia şi care şi le-a preţuit în

mod corespunzător astfel încât să poată finaliza cu succes proiectul pentru care a ofertat.

Or, un ofertant care susţine în faţa Consiliului că trebuia clarificat „până la epuizare" în condiţiile în care a recunoscut fără ezitare că nu a ştiut cum să preţuiască în mod distinct activităţile cotate „0", nu poate fi apreciat ca un ofertant care şi-a însuşit toate cerinţele autorităţii contractante şi, mai important decât atât, că a făcut în perioada de ofertare, minimele diligente astfel încât să estimeze cât mai real costurile efective pentru realizarea unui proiect de o asemenea complexitate.

De altfel, prin răspunsurile contestatoarei, autoritatea contractantă cât şi Consiliul pot concluziona cu uşurinţă că preţul avantajos care este folosit ca stindard al declarării conforme a ofertei financiare, este unul care nu este alcătuit pe baza unor calcule reale, pe aprofundarea datelor puse la dispoziţie de către autoritatea contractantă, astfel încât există riscul real al eşecului proiectului în situaţia în care contestatoarea ar fi declarată câştigătoare.

Un ofertant cu experienţă cunoaşte că în situaţia în care se doreşte participarea la o procedură de achiziţie publică ce are la bază un model de contract tip „Fidic Galben", respectiv proiectare şi execuţie, trebuie să execute în etapa de ofertare unele analize, inclusiv la nivel de proiectare, din care să rezulte o concluzie tehnică cât mai exactă, pentru a fi în măsură să estimeze cât mai corect preţurile pentru fiecare categorie de lucrări.

Pentru fiecare categorie de lucrări/activităţi impuse prin Graficul de plăţi, ofertanţii trebuie să întocmească, pentru a le putea preţui, analize şi calcule concrete, astfel încât, în implementarea contractului, să nu existe „surprize" raportat la necesităţile reale ale acestui contractului.

Astfel, chiar dacă se încearcă a conduce atenția către ideea că modificările făcute de către contestatoare sunt unele „minore" fără un impact real asupra preţului total ofertat, rămâne concluzia firească care se desprinde din analiza celor de mai sus, respectiv că asocierea contestatoare nu a efectuat, în perioada de întocmire a ofertelor, acele analize care să fundamenteze un preţ real, ci doar calcule empirice fără niciun fundament real raportat la cerinţele beneficiarului.

Dincolo de acest aspect, este deosebit de relevantă menţiunea din cuprinsul Graficului de Plăţi „Acest grafic de plăţi este minim obligatoriu. Ofertanţii pot aduce doar completări" (sublinierea autorității contractante).

Ofertantul încearcă să acrediteze ideea că nu ar fi trebuit, de fapt, să conteze decât preţul total al propunerii financiare, nu şi componentele acesteia, indicate şi defalcate în mod expres de către autoritatea contractantă.

Nu în ultimul rând, se impune a fi avut în vedere rolul documentului a cărui modificare se invocă, respectiv propunerea financiară - Graficul de Plăţi.

O astfel de depreciere a importanţei Graficului de Plăţi cum este cea a ofertantului, denotă o gravă necunoaştere şi lipsă de experienţă cu privire la un astfel de contract şi, în cele din urmă, cu privire la contractele de achiziţie publică în general. Astfel, Graficul de Plăţi este oglinda în plan financiar a tuturor activităţilor principale ce compun obiectul contractului. Continutul Graficului de Plăţi este determinat de ceea ce a dorit autoritatea publică să achiziţioneze, modificarea unui astfel de document putând a fi efectuată - în timpul implementării - doar în anumite condiţii expres prevăzute de legislaţia de achiziţii publice, cu verificarea existenţei de modificări substanţiale sau nesubstanţiale.

Astfel, prevederile Sub-Clauzei 14.1 lit c) din Condiţiile Speciale ale contractului ce face obiectul acestei proceduri de achiziţie publică (Condiţii adoptate prin act normativ - Ordinul MT 600/2017) dispun în mod expres ca „la propunerea Antreprenorului, Graficul de plăţi se va putea actualiza (...), cu condiţia încadrării în valoarea de contract acceptată şi în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, aşa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăţi.

Ar fi trebuit contestatoarea să cunoască că Graficul de Plăţi are un conţinut minim obligatoriu şi că, dacă ar fi avut aspecte pe care să le reclame în legătură cu acest aspect ce face parte din cerinţele fişei de date, acestea trebuiau făcute în termenul legal de 10 zile de la data publicării anunţului de participare, în lipsa unui astfel de demers, existând obligaţia absolută a tuturor ofertanţilor de a respecta cerinţele fişei de date.

Mai mult decât atât, nu există nici măcar o singură solicitare de clarificare în legătură cu acest aspect, formulată înainte de depunerea ofertelor, prin care contestatoarea să fi încercat anterior să lămurească pretinsa imposibilitate de a completa Graficul de Plăţi aşa cum a fost acesta minim obligatoriu impus de către autoritatea contractantă.

Contestatoarea încearcă să acrediteze ideea că modificarea conţinutului propunerii financiare s-a făcut la solicitarea expresă a autorităţii contractante, ceea ce este complet fals, comisia de evaluare nesolicitând niciodată ofertantului să îşi modifice conţinutul Graficelor de Plăţi şi doar clarificând, aşa cum o obligau prevederile legale, modalitatea în care a înţeles ofertantul să îşi alcătuiasca propunerea financiară.

Cât priveşte faptul că în opinia contestatoarei, autoritatea contracantă nu ar fi reuşit să demonstreze că ar fi avut loc o modificare a ofertei, intervenienta arată că exact acest aspect a fost dovedit de autoritatea contractantă.

Mai mult, contestatoarea susţine că *„valoarea toatală a ofertei rămâne neschimbată, sumele menţionate în comunicarea rezultatului se regăseau în oferta financiară, iar modalitatea de detaliere ulterioară a ofertei financiare a fost prezentată ca urmare a solicitării autorităţii contractante."*

Prevederile legale interzic modificarea conţinutului propunerii financiare nu a valorii totale cum pare să înţeleagă contestatoarea.

Art. 134 alin. 6) din HG nr. 395/2016 dispune că „*În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare (...) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare oferta sa va fi considerată neconformă."*

Daca legiuitorul ar fi dorit sa permită modificarea în interiorul valorii totale a propunerii financiare, în mod evident formularea textului legal ar fi fost cu totul alta.

În acelaşi sens, a dispuns în nemumarate rânduri atât Consiliul, cât şi instanţa de judecată, apreciind că „*redistribuirea costurilor în cadrul componentelor ofertei financiare, prin intermediul unui răspuns de clarificare, chiar dacă preţul total al ofertei nu se schimbă, reprezintă o modificare a conţinutului ofertei, care conduce la respingerea ei ca neconformă*". Astfel a concluzionat şi Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a Vlll-a de contencios administrativ şi fiscal.

Astfel, în decizia civilă nr. 5487 din 26 iunie 2014, instanţa a consemnat, între altele: „*Pentru a putea fi considerată neconformă o ofertă, legiuitorul nu a avut în vedere doar situaţia modificării ofertei financiare din punctul de vedere al preţului final ofertat, ci, implicit, şi modificarea conţinutului ofertei financiare Or, prin realocarea costurilor pe diferitele componente de preţ, petenta a adus modificări conţinutului ofertei financiare. Se va constata, astfel, că în mod corect Consiliul a concluzionat că decizia autorităţii contractante de declarare a ofertei ca neconformă este legală şi temeinică, în urma modificării conţinutului acesteia prin răspunsul la solicitarea de clarificări, fiind adoptată în conformitate cu dispoziţiile art. 79 alin. (3). Curtea va înlătura toate susţinerile petentei prin care aceasta a intenţionat să justifice măsura de modificare a costurilor aferente experţilor principali prin includerea în acestea a unora dintre cheltuielile salariale cu experţii secundari, având în vedere că asemenea soluţie, în măsura în care s-a apreciat necesară, trebuia adoptată iniţial, la depunerea ofertei financiare, iar nu ulterior, prin răspunsul la solicitarea de clarificări. Redistribuirea costurilor în cadrul ofertei financiare, indiferent care a fost motivul care a condus la aceasta, nu reprezintă altceva decât o modificare a conţinutului ofertei, lucru nepermis de legislaţia aplicabilă în materia achiziţiilor publice tocmai datorită obligativităţii respectării principiilor instituite prin art. 2 din ordonanţă şi, mai exact, al principiilor tratamentului egal şi transparentei. Dacă s-ar permite petentei să modifice elementele ce compun preţul final după depunerea ofertei financiare, aceasta ar fi avantajată în raport de ceilalţi ofertanţi, care au înţeles să păstreze structura ofertei iniţiale şi doar să justifice modalitatea în care a fost adoptată o anume soluţie financiară.*"

În ceea ce priveşte textele de lege invocate, cu privire la pretinsa corectare a unor vicii de formă, acestea nu sunt incidente în cauză deoarece, contestatoarea invocă faptul că în mod conştient a cotat cu „0"

mai multe categorii de lucrări, „impusă fiind de o imposibilitate de ordin tehnic", pentru ca apoi, să invoce clarificările autorităţii contractante ca fiind motivul pentru care a fost „fortată" la „corectarea viciilor de formă".

Devine evident că se încearcă ascunderea unei incapacităţi privind întocmirea ofertei financiare sub pretextul unor aşa zise vicii de formă ce ar putea fi corectate raportat la prevederile art. 134 citat de contestatoare.

Atâta vreme cât contestatoarea nu a putut să coteze în oferta iniţială, din punct de vedere tehnic, separat articolele respective, explicând pe larg această imposibilitate, se desprinde concluzia că noile preţuri inserate în propunerea financiară pentru acele articole, ca urmare a clarificărilor comisiei de evaluare, nu au niciun fundament sau calcule reale, ci sunt pur fictive, din nevoia de a acoperi lipsurile constatate în conţinutul propunerii financiare.

Pentru toate motivele anterior arătate, intervenienta apreciază necesară admiterea cererii de intervenţie cu consecinţa respingerii contestaţiei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 241411/15.06.2018, SC ... SA formulează concluzii scrise în care reiterează cele menţionate în cadrul contestaţiei.

De asemenea, contestatoarea menţionează că în mod neîntemeiat autoritatea contractanta susţine în cadrul punctului de vedere faptul că „prin remedierea presupusului viciu de formă s-ar produce un avantaj incorect în raport de ceilalţi participanţi la procedură”. În situaţia dedusă judecăţii nu se i crează vreun avantaj contestatoarei, întrucât cuantumul valorilor ofertate şi transferate de la o categorie de preţ la alta este cu mult sub 1% din valoarea totală a procedurii, respectiv a lotului din prezenta cauză. Astfel valorile cotate cu 0 au fost prevăzute în oferta încă de la început, astfel că oferta financiară nu a fost modificată în urma răspunsurilor la solicitările de clarificări transmise de către autoritate.

De asemenea, trebuie avut în vedere şi faptul că, astfel cum reiese din procesele verbale de evaluare şi alţi ofertanţi din cadrul procedurii au înţeles să coteze anumite categorii de lucrări cu 0, oferind autorităţii contractante motive similare (ex. ...).

Prin urmare, în măsura în care chiar oferta declarată câştigătoare conţine valori 0 la categorii de lucrări, se naşte întrebarea legitimă de ce o asemenea situaţie a fost considerată ca fiind legală şi conformă documentaţiei de atribuire, iar oferta contestatoarei a fost respinsă de către autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă este obligată să aplice un tratament egal ofertanţilor şi să procedeze la o evaluare în baza aceloraşi criterii şi rigori şi să nu fie părtinitoare faţă de unii ofertanţi participanţi la procedură.

În prezenta cauză, autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal al ofertanţilor apreciind pe de o parte ca unii ofertanţi au libertatea de a a-şi structura oferta şi de a cota anumite categorii de lucrări conform propriilor aprecieri, iar alţi ofertanţi nu au acest drept,

fiind sancţionaţi cu respingerea ofertei dacă cotează anumite categorii de lucrări cu 0, deşi prezintă argumente valide care justifică o astfel de ofertare.

Prin adresa nr. 92/47377/04.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 27297/04.07.2018, ... formulează punct de vedere la contestaţia formulată de către SC ... SA împotriva adresei nr. 92/32153/08.05.2018 prin care i s-a comunicat acesteia rezultatul procedurii de atribuire în temeiul art. 215 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă menţionează că întrucât argumentele invocate în motivarea prezentei contestaţii sunt identice cu cele expuse în cuprinsul contestaţiei formulate împotriva adresei nr. 12B/3586/21.03.2018 prin care ofertantul a fost informat cu privire la rezultatul procesului de evaluare a propunerii financiare, îşi menţine punctul de vedere comunicat Consiliului prin adresa nr. 92/32809/14.05.2018, sens în care reiterează solicitarea de respingere ca neîntemeiată şi nefondată a contestaţiei formulate de SC ...SA.

Prin contestaţia nr. 737/24.05.2018 înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr20989/25.05.2018, ... lider al asocierii ... în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză - lotul 2, critică rezultatul final al procedurii de atribire, conform căruia oferta contestatoarei este declarată neconformă, oferta declarată câştigătoare fiind cea depusă de ... cu o propunere financiară de 750.849.942,12.

Din cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, rezultă cu evidenţă că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale care statuează în mod clar obligaţia de a comunica fiecărui ofertant respins motivele concrete care au fundamentat decizia respectivă.

Contestatoarea invocă prevederile art. 215 din Legea nr. 98//2016 privind achiziţiile publice şi menţionează că aceste prevederi reprezintă transpunerea în legislaţia naţională a exigenţei incluse în Directiva 2014/24/UE care impune autorităţilor contracante obligaţia informării operatorilor economici cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, în special în legătură cu decizia de respingere a unei oferte care trebuie motivată în mod corespunzător. Aceasta informare este necesară inclusiv din perspectiva exercitării unei căi de atac efective, operatorul economic vizat de o decizie de respingere fiind îndreptăţit să cunoască motivele precise ale acestei respingeri pe care să o poată eventual contesta în deplină cunoştinţă de cauză. Astfel cum a reţinut şi Curtea de Justiţie a Uniunii Europene (CJUE) în Cauza C-406/08 Uniplex, *„Numai după ce a fost informat despre motivele pentru care a fost respins la procedura de atribuire a unui contract, candidatul sau ofertantul vizat are posibilitatea sa îşi formeze o convingere clară în legătura cu existenţa unei eventuale încălcări a dispoziţiilor aplicabile şi cu oportunitatea formulării unei acţiuni".*

Atât jurisprudenţa naţională, cât şi jurisprudenţa CJUE au statuat faptul că orice decizie administrativă trebuie motivată şi din prisma posibilităţii persoanei sau a societăţii de a aprecia asupra legalităţii şi temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării graniţelor dintre puterea discreţionară şi arbitrariul autorităţilor publice.

Sub aspectul motivării actului administrativ, instanţele europene au reţinut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis şi trebuie să prezinte într-o manieră clară raţionamentul urmat de instituţia care a adoptat măsura atacată, astfel încât să permită instanţelor efectuarea revizuirii actului, insuficienţa motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea. În acelaşi sens, în Cauza C-509/1993 a CJUE s-a reţinut că o detaliere a motivelor este necesară şi atunci când instituţia emitentă dispune de o largă putere de apreciere întrucât motivarea conferă actului transparenţă, putându-se verifica în acest fel dacă actul este corect fundamentat.

În speţă, din adresa nr. 32155/08.05.2018 nu rezultă în mod concret şi precis care au fost motivele de respingere a ofertei. Astfel, autoritatea contractantă se limitează să constate că prin răspunsurile la solicitările de clarificări ar fi fost modificate valorile iniţiale din ofertă pentru anumite categorii de lucrări (3.2.2.4.1 - Marcaje orizontale şi verticale, 3.2.2.4.2 - Parapeţi, 3.2.4.4.1 - Marcaje orizontale şi verticale; 3.2.4.4.2 - Parapeţi; 7.2 - Parcare de scurtă durată; 9.2 Iluminat noduri; 9.4- Darea în exploatare), modificări care au fost realizate prin diminuarea/mărirea/redistribuirea *„altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare*".

Nu sunt menţionate acele alte categorii de preţuri la care se face referire în informările transmise. De asemenea, nu se explică în mod concret cum a fost afectat conţinutul propunerii financiare şi nici cum aceasta consecinţă se încadrează în dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 invocate ca temei al respingerii ofertei.

Practica CNSC este constantă în sensul în care este necesară anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire în situaţia în care aceasta nesocoteşte exigenţa motivării concrete şi complete a deciziei respingere a ofertei.

Autoritatea contractantă a apreciat fără să demonstreze în mod efectiv că, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, contestatoarea ar fi modificat conţinutul propunerii financiare, demers care s-ar încadra, în opinia comisiei de evaluare, în dispoziţiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Astfel această apreciere este greşită în condiţiile în care, de bună-credinţă, contestatoarea a explicat în mod concludent modalitatea efectivă în care a elaborat propunerea financiară şi a furnizat informaţii şi documente din care rezultă în mod evident sustenabilitatea angajamentului financiar, angajament care nu s-a modificat prin răspunsurile la solicitările de clarificări. Din aceste răspunsuri rezultă fără

putinţă de tăgadă că preţurile pentru activităţile cotate iniţial cu valoarea „0" în cuprinsul Anexei la Formularul 8 au fost incluse de la momentul ofertării în propunerea financiară, nefiind în situaţia unei subevaluări a costurilor aferente executării contractului de achiziţie publică.

Spre deosebire de aceste situaţii, atunci când nu a fost necesară cotarea anumitor poziţii, în răspunsurile la solicitările de clarificări contestatoarea a precizat în mod expres faptul că activităţile respective nu se vor realiza în cadrul contractelor (spre exemplu, construirea de podeţe).

Faptul că poziţiile în discuţie au fost cotate cu valoarea „0", demonstrează că:

- nu poate fi susţinută ideea de omisiune culpabilă, în condiţiile în care poziţiile respective au fost completate şi nu omise din modul de determinare a preţului final. Ipoteza conform căreia lipsa acestor valori ar fi fost constatată doar în momentul în care a primit solicitarea de clarificări de la autoritatea contractantă nu are sens în condiţiile date.
- inserarea valorii „0" trebuie înţeleasă ca o abordare transparentă a modului de constituire a preţului total care semnifică faptul că valorile respective au fost cotate în alte poziţii similare. Este evident că niciun ofertant raţional cu experienţă relevantă în domeniul ofertării nu îşi vulnerabilizează oferta cu bună-ştiinţă prin eliminarea deliberată a unor activităţi/lucrări care se vor executa.
- nu poate fi avută în vedere o eventuală intenţie de a crea un avantaj competiţional real prin utilizarea unei astfel de abordări, câtă vreme rezultatul concret al transferurilor de valori între categoriile de lucrări reprezintă cu mult sub 1% din valoarea totală a ofertei. Rezultă în mod clar că valorile cotate cu „0" au fost de la bun început prevăzute în ofertă.

În realitate, propunerea financiară nu a fost modificată, nefiind schimbate nici preţurile unitare ale cantităţilor de lucrări ce compun categoriile de lucrări şi nici preţul total al ofertei. Astfel, răspunsurile la solicitările de clarificări furnizate de contestatoare, respectiv transferurile de valori între anumite categorii de lucrări au fost destinate exclusiv explicitării includerii preţurilor aferente unor operaţiuni de importanţă redusă (marcaje rutiere, parapeţi, iluminat, dare în exploatare) în alte componente ale ofertei.

Cu titlu de exemplu ilustrativ al lipsei de impact asupra propunerii financiare al transferurilor de valori între categoriile de lucrări, contestatoarea evidenţiază modul de ofertare şi formare a preţului aferent parapeţilor metalici:

Graficul de plăţi iniţial:

La poziţia 3.2.2.4.2 Parapeţi - 0, ca urmare a faptului că valoarea necesară executării lucrărilor aferente a fost inclusă la poziţia 3.2.1.4.2 Parapeţi, explicaţie reală furnizată prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

Adresa nr. 46/01.03.2018:

La poziţia 3.2.1.4.2 Parapeţi - 913,575.00 lei:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 3.2.1.4.2- Parapete | | | | 913,575.00 |
| Parapete metalic H1 pe acostament (W2) | m | 1,500.00 | 183.62 | 275,430.00 |
| Parapete metalic H2 pe acostament (W2) | m | 1,200.00 | 5 0 > JL | 610,956.00 |
| Parapete metalic H3 pe acostament (W2) | m | 60.00 | 453.15 | 27,189.00 |
| Parapete metalic H4b pe acostament (W2) | m | | | |

Graficul de plăţi retransmis:

Ca urmare a solicitării exprese a comisiei de evaluare de retransmitere a graficului de plăţi completat conform modelului din documentaţia de atribuire, prin adresa nr. 55/16.03.2018, pentru poziţia 3.2.1.4.2 – Parapeţi, s-a menţionat valoarea de 849,308.00 lei, iar pentru poziţia 3.2.2.4.2 - Parapeţi suma de 64,267.00 lei.

Valoarea cumulată a acestor sume este de 913,575.00 lei care corespunde cu valoarea totală indicată prin răspunsul la clarificări nr. 46/01.03.2018, iar preţurile unitare defalcate pe tipuri de parapeţi sunt identice, astfel:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 3.2.1.4.2 - Parapete | | | | 849,308.00 |
| Parapete metalic H1 pe acostament (W2) | m | 1,150.00 | 183.62 | 211,163.00 |
| Parapete metalic H2 pe acostament (W2) | m | 1,200.00 | 509.13 | 610,956.00 |
| Parapete metalic H3 pe acostament (W2) | m | 60.00 | 453.15 | 27,189.00 |
| Parapete metalic H4b pe acostament (W2) | m | | | |
| | | | | |
| 3.2.2.4.2 - Parapete | | | | 64,267.00 |
| Parapete metalic HI pe acostament (W2) | m | 350.00 | 183.62 | 64,267.00 |
| Parapete metalic H2 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H3 pe acostament (W2) | m | | | |
| Parapete metalic H4b pe acostament (W2) | m | | | |

Din tabelele sus-menţionate rezultă în mod evident corelarea clară între preţurile ofertate, atât cele unitare care au fost menţinute cât şi cele aferente categoriei de lucrări privind parapeţii metalici, corelare valabilă pentru toate celelalte categorii de lucrări în discuţie. În aceste condiţii, este evident aplicată în mod abuziv sancţiunea drastică a respingerii ofertelor prin interpretarea improprie a dispoziţiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În orice situaţie, transferurile de valori între categorii de lucrări care nu au nici un impact asupra preţurilor unitare ale cantităţilor de lucrări ce compun categoriile de lucrări/valorii totale a ofertei, s-ar putea cel mult încadra în categoria viciilor de formă reglementate de normele de aplicare a legii achiziţiilor publice, fără să determine respingerea ofertei pe motiv de neconformitate.

Astfel, au fost ignorate de către comisia de evaluare dispoziţiile art. 135 din HG nr. 395/2016.

Raportat la aceste prevederi legale, este neîndoielnic că aşa-zisele redistribuiri constatate se încadrează în categoria viciilor de formă, fiind îndeplinite condiţiile prevăzute la alin. (3) al art. 135 din HG nr. 395/2016. Astfel, se poate vorbi despre eventuale omisiuni existente în propunerea financiară a căror corectare este sustinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant, respectiv în cadrul altor componente ale propunerii financiare.

În acest context, în aplicarea prevederilor legale anterior citate, în condiţiile în care, contrar argumentelor conform cărora nu au fost operate modificări ale propunerii financiare, se impunea ca autoritatea contractantă să constate existenţa viciilor de formă în cauză şi să solicite contestatoarei corectarea acestora, corectare care a fost, de altfel, realizată voluntar de aceasta şi care trebuie acceptată.

Astfel cum prevede art. 135 alin. (2) din HG nr. 395/2006, numai în situaţia în care contestatoarea ar fi refuzat să procedeze la corectarea viciilor de formă sesizate, autoritatea contractantă ar fi avut eventual dreptul să dispună măsura drastică a respingerii ofertei.

Este evident că, în condiţiile în care informaţiile corecte (din perspectiva modului de completare a graficului de plăţi) se regăsesc în cadrul ofertei, corectarea viciilor de formă constând în includerea valorilor unor lucrări în alte categorii din aceeaşi propunere financiară nu conduce în nici un caz la încălcarea principiului tratamentului egal prin favorizarea ofertei, fiind astfel îndeplinită inclusiv condiţia alternativă prevăzută în teza finală a alin. (3) al art. 135 din HG nr. 395/2016.

Conform obiectului contractului care urmează a fi atribuit, respectiv proiectare şi execuţie de lucrări precum şi modalitatea de ofertare care a fost impusă prin documentaţia de atribuire, pe categorii de activităţi, nefiind impuse liste de cantităţi, acesta asigură o anumită flexibilizare a modului de elaborare a propunerii financiare, sens în care este şi menţiunea din Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 conform căreia ofertanţii

pot aduce completări graficului de plăţi. Raportat la natura contractelor, esenţială este valoarea totală a ofertei şi nu detaliile propunerii financiare care vor evolua în funcţie de rezultatele proiectării, activitate care este în sarcina antreprenorului.

De asemenea, relevante în cauză, din perspectiva intenţiei legiuitorului de a nu sancţiona eventuale deficienţe minore ale ofertei, sunt şi dispoziţiile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 conform cărora sunt permise modificări ale propunerii financiare atunci când există aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor, pe baza informaţiilor din alte documente prezentate de ofertant. Este evident că sunt îndeplinite aceste condiţii în speţă, transferul de preţuri între categorii de lucrări, fără impact asupra preţurilor unitare/valorii totale a ofertei (şi implicit nici asupra rezultatului competiţiei) nefiind de natură să încalce principiul tratamentului egal în condiţiile în care din conţinutul propunerii financiare pot fi deduse în mod facil explicaţiile furnizate prin răspunsurile la solicitările de clarificări formulate de comisia de evaluare.

Nu în ultimul rând, se impune a fi avut în vedere şi rolul documentului a cărui modificare se invocă, la momentul ofertării. Astfel, Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 reprezintă graficul de plăţi, respectiv estimarea ofertantului cu privire la modul în care va primi contravaloarea lucrărilor de la achizitor pe perioada de derulare a contractului. Deşi nu trebuie minimalizată importanţa unui astfel de document pentru achizitor care doreşte să aibă o reprezentare a momentelor la care va efectua plăţi către antreprenor şi a cuantumului acestora, având în vedere obiectul contractelor care implică activităţi consistente de proiectare, este evident că graficul de plăti va suporta ajustări pe parcursul derulării contractului, în funcţie de rezultatele proiectării, fără impact asupra preţului total pe care îl va achita achizitorul.

Ca expresie a priorităţii principiului proporţionalităţii, este necesar ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite. În acest context, drepturile autorităţilor contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a unor competitori şi menţinerea în cursă a unui număr restrâns de ofertanţi, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiţie adecvată în cadrul procedurii.

Contestatoarea învederează că practica instanţelor de judecată naţionale este în sensul că „reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei şi la multitudinea de date pretinse de aceasta”. De asemenea, şi Curtea de Justiţie a Uniunii Europene sancţionează caracterul disproporţionat al măsurilor de excludere a ofertelor, relevantă în acest sens fiind decizia pronunţată în Cauza C-213/07 Michaniki.

În aprecierea caracterului minor al presupuselor modificări privind conţinutul propunerilor financiare, ponderea valorilor transferate între categoriile de lucrări reprezintă aproximativ 0,82% din valoarea totală a ofertei pentru lotul 2. O astfel de pondere redusă (cu mult sub 1% din preţul total al ofertei) a eventualelor erori este considerată de legiuitor la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 ca reprezentând o abatere minoră în situaţia
în care au loc modificări ale propunerii tehnice. Aplicând prin analogie această abordare, rezultă că transferul între categorii de lucrări a unor valori nesemnificative prin raportare la preţul total al ofertei nu poate fi considerat decât un demers de importanţă minoră în contextul complexităţii ofertei depuse.

În sensul caracterului excesiv al respingerii unei oferte pentru aspecte minore s-a pronunţat şi Curtea de Apel Constanţa prin Decizia civilă nr. 282/12.09.2013 în motivarea căreia s-au reţinut următoarele: *„Curtea reţine şi că ar fi nelegală şi anormală respingerea unei oferte pentru omisiuni minore, uşor de remediat, mai cu seamă că, în speţă, oferta reclamată avea şi preţul cel mai scăzut, aceasta, în condiţiile în care proporţionalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalităţii actelor şi acţiunilor instituţiilor statului, inclusiv a celor aparţinând autorităţii contractante, în procesul de atribuire a contractelor de achiziţie publică. Cu alte cuvinte, apreciază Curtea că dispoziţiile art. 79 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora: în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conţinutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepţia situaţiei prevăzute la art. 80 alin. (2), trebuie interpretate în sensul în care voinţa legiuitorului a fost aceea de a sancţiona numai acele modificări de oferte care ating limita substanţialului, fapt confirmat şi de conţinutul art. 79 alin. (2) din hotărâre. Respingerea ofertei numai pe considerentul că orice revizuire ulterioară a erorilor şi omisiunilor constatate conduce în mod inevitabil la modificarea acesteia este lipsită de suport legal, în condiţiile în care această modificare a ofertei şi, implicit, a preţului nu a condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire."*

De asemenea, relevantă este şi Decizia civilă nr. 303 din 26 februarie 2016 a Curţii de Apel Alba lulia - Secţia de contencios administrativ şi fiscal care a reţinut următoarele: *„Curtea îmbrăţişează opinia jurisprudenţială potrivit căreia nu este legală şi nici oportună respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesar a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancţionatorie aplicată pentru deficienţe minore încalcă principiul proporţionalităţii, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului."*

În acelaşi sens al sancţionării exclusive a modificărilor substanţiale sunt şi prevederile legale care vizează contractul de achiziţie publică (art.

221 din Legea nr. 98/2016 care transpune art. 72 din Directiva 2014/24/UE) inspirate din jurisprudenţa relevantă a CJUE, în special Cauza C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH conform căreia nu este considerată substanţială modificarea care nu favorizează din punct de vedere economic operatorul economic. Un astfel de raţionament poate fi utilizat şi în speţă în condiţiile în care este evident faptul că modificarea graficului de plăţi, impusă de însăsi autoritatea contractantă prin solicitările de clarificări, a avut exclusiv scopul de a explicita modalitatea iniţială de ofertare şi nu a generat nici un avantaj de natură economică în favoarea contestatoarei care şi-a menţinut angajamentul financiar asumat prin oferta depusă.

Relevante în aprecierea admisibilităţii ofertei depuse de contestatoare sunt şi prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016 care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăseşte şi acela al promovării concurenţei între operatorii economici şi principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţii publice.

În condiţiile în care, comisia de evaluare nu a avut în vedere caracterul minor al presupuselor abateri constatate în cadrul ofertei, respectiv a omis incidenţa dispoziţiilor care permit corectarea viciilor de formă, autoritatea contractantă nu şi-a îndeplinit în mod corespunzător atribuţiile reglementate de legiuitor în cuprinsul HG nr. 395/2016, decizia de respingere a ofertei fiind evident disproporţionată prin raportare la situaţia de fapt.

De asemenea, contestatoarea invocă caracterul inacceptabil al ofertei depuse de ... AS precizând în acest sens că interesul său în contestarea acestei oferte este determinat de faptul că, în situaţia în care se dispune reevaluarea ofertelor ca urmare a anulării deciziei de respingere a ofertei, există riscul ca să intre în competiţie cu un ofertant care, deşi a ofertat un preţ inferior, oferta sa este evident inadmisibilă.

În ceea ce priveşte cerinţa privind experienţa similară

Prin fişa de date a achiziţiei (pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională) Cerinţa 1 cap. teh. - partea I, s-a solicitat că „Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârşit* în ultimii 5 ani** servicii de elaborare şi/sau actualizare şi/ sau revizuire de Studii de Fezabilitate şi/ sau Proiecte Tehnice şi/ sau [Proiecte Tehnice şi Detalii de Execuţie] *** pentru lucrări de construcţie nouă şi/sau lărgire şi/ sau modernizare de autostrăzi şi/sau drumuri naţionale şi/sau drumuri expres în valoare cumulată de minim:

Lotul 1 - 3.650.000 lei fără TVA

Lotul 2 - 4.900.000 lei fără TVA

Lotul 3 - 5.430.000 lei fără TVA

*) Prin servicii duse la bun sfârşit se înţelege:

- servicii recepţionate parţial, cu condiţia ca acestea să fi putut fi utilizate de Beneficiar ca rezultat independent;

- servicii recepţionate la sfârşitul prestării.

**) ultimii 5 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucţiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13).

***) Se consideră îndeplinită cerinţa "în ultimii 5 ani servicii de elaborare/actualizare/revizuire [Proiecte Tehnice şi Detalii de Execuţie***]" şi în condiţiile în care Detaliile de Execuţie sunt aferente unui Proiect Tehnic realizat anterior ultimilor 5 ani, de către acelaşi operator economic, cu condiţia ca acesta să facă dovada realizării respectivului Proiect Tehnic prin prezentarea de certificate/ documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar şi/sau procese verbale de recepţie şi/sau alte documente relevante. În condiţiile în care Proiectul tehnic a fost prestat anterior ultimilor 5 ani, autoritatea contractantă va lua în calculul valorii pentru îndeplinirea cerinţei atât valoarea PT, cât şi valoarea DDE, cu condiţia ca acestea să fie integrate într-un livrabil cu funcţionalitate independentă.

Din analiza documentelor suport prezentate ...în susţinerea declaraţiilor din cuprinsul DUAE rezultă următoarele informaţii care dovedesc că autoritatea contractantă a verificat în mod superficial îndeplinirea cerinţei privind experienţa în domeniul proiectării prin terţul sustinător ...

În primul rând, nu se dovedeşte în mod concludent că obiectul contractelor considerate ca fiind similare s-ar încadra în categoria solicitată prin fişa de date a achiziţiei, respectiv serviciile să fi vizat lucrări de construcţie nouă şi/sau lărgire si/sau modernizare de autostrăzi şi/sau drumuri naţionale şi/sau drumuri expres. Spre exemplu, simpla denumire de „drum auto" nu este relevantă pentru aprecierea categoriei de drum care a făcut obiectul serviciilor de proiectare.

Aceeaşi constatare este valabilă şi pentru contractele având ca obiect execuţie de lucrări, din documentele prezentate nu rezultă în mod concludent că obiectul acestora este similar cu activităţile menţionate expres în documentaţia de atribuire. Mai mult, sunt invocate şi acceptate în mod nepermis inclusiv lucrări din categorii diferite de cele considerate ca fiind similare obiectului viitorului contract, precum cele de reparaţii.

De asemenea, nu se prezintă defalcarea serviciilor de proiectare prestate pentru demonstrarea încadrării în perioada de referinţă şi/sau în pragul valoric solicitat sau defalcarea a fost realizată exclusiv de către terţul susţinător, nefiind confirmată de beneficiarii serviciilor respective:

- Pentru proiectul Drum auto Yokakent - Gerze (inclusiv trecere Gerze), se prezintă recomandare cu următoarele elemente: Data contractului semnat de subcontractor: 03.12.1998; Data la care constructorul a semnat contractul cu subcontractorul pentru proiectare: 01.11.2008; Data acceptării subcontractorului pentru activitatea de proiectare: 11.06.2014; Se constată că nu se evidenţiază serviciile prestate în perioada de referinţă.

- Pentru proiectul Drum auto Gerze - Sinop (inclusiv trecere Sinop), defalcarea serviciilor este realizată de către operatorul economic, fără a se specifica detalii legate de perioada prestării serviciilor. De asemenea, se constată o neconcordanţă între denumirea proiectului din recomandare şi cea din documentul care cuprinde defalcarea, diferenţă care se impunea a fi clarificată.

- Pentru proiectul Drum Trabzon - Erzurum, din informaţiile cuprinse în documentele depuse nu reiese în mod clar ce operator economic a prestat serviciile de proiectare, fiind menţionate două companii, fără prezentarea contribuţiei fiecăreia. Detalierea serviciilor prestate vizează exclusiv compania Fernas Insaat. Pentru terţul susţinător Yuksel, recomandarea specifică doar prestarea serviciilor de „proiect de aplicare", fără să se demonstreze că acest tip de activitate s-ar încadra în categoria serviciilor similare.

- Pentru proiectul Drum Bursa - Yalova, defalcarea serviciilor este realizată exclusiv de către prestator, nefiind confirmată în mod obiectiv de beneficiarul respectivelor servicii.

- Pentru proiectul Drum Fethiye - Kalan, nu se prezintă defalcarea serviciilor pentru perioada de referinţă în condiţiile în care activitatea de proiectare a început în 19.06.2012 şi a fost finalizată în 25.12.2014.

Având în vedere deficienţele anterior constatate, contestatoarea apreciază că se impune a se reevalua oferta câştigătoare prin aplicarea dispoziţiilor art. 134 din HG nr. 395/2016 în sensul solicitării de clarificări care să vizeze obiectul şi perioada de prestare a serviciilor prezentate ca fiind similare de către ofertant prin terţul susţinător.

2. În ceea ce priveşte dotarea tehnică

Conform documentaţiei de atribuire (Cerinţa 2 cap. teh. - Partea II din fişa de date a achiziţiei), ofertanţii aveau obligaţia să demonstreze că au la dispoziţie/acces la anumite utilaje, instalaţii şi echipamente tehnice necesare pentru execuţia lucrărilor: *„Pentru Lotul 2: a) Staţie de asfalt - 2 buc b) Autobasculante - 19 buc c) Excavatoare - 4 buc d) Eşaloane de asfalt - Repartizatoare asfalt - 2 buc e) Eşaloane asfalt - Compactoare asfalt - 6 buc f) Autogreder - 5 buc g) Macara - 2 buc h) Compactor "picior oaie" - 2 buc i) Cisterne apa - 2 buc"*. Demonstrarea deţinerii acestei dotări tehnice minime putea fi realizată prin *„prezentare de certificate/documente care atestă îndeplinirea cerinţei, şi anume: documente care să ateste că are la dispoziţie/ are acces la utilajele, instalaţiile şi echipamentele tehnice pentru executarea contractului, tipul echipamentului/ utilajului, producătorul şi modelul echipamentului/ utilajului, seria şi numărul echipamentului/ utilajului*".

Pentru demonstrarea îndeplinirii acestei cerinţe minime de calificare a fost depusă o listă elaborată de însuşi operatorul economic şi autentificată de notar, fără a fi depuse documente suport relevante din care să rezulte dreptul de proprietate asupra respectivelor echipamente/utilaje. Raportat la atribuţiile specifice notarilor publici, este

evident că autentificarea nu poate să reprezinte decât o atestare a conţinutului documentului şi nu a existenţei efective în proprietate a respectivelor bunuri, drept care trebuie dovedit prin documente de achiziţie (contracte de vânzare-cumpărare, facturi, etc.).

În ceea ce priveşte utilajul Compactor "picior oaie", ofertantul câştigător a prezentat iniţial o simplă promisiune (Acord de închiriere cu EGENEKON INS. SAN. VE TIC) din partea unui terţ de punere la dispoziţia ... în situaţia încheierii contractului de achiziţie publică, document care, în lipsa elementelor obligatorii ale unui contract (obiect, preţ, durată, sancţiuni contractuale etc.) nu poate reprezenta un angajament valabil pentru a demonstra accesul efectiv şi necondiţionat la respectivul utilaj.

De altfel, sesizând acest aspect, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului, însă cu încălcarea evidentă a principiului tratamentului egal şi a dispoziţiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, a permis acestuia să depună un alt document de deţinere, respectiv un contract de închiriere, încheiat în mod evident pro causa, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, respectiv în 2 aprilie 2018.

În acest context, contestatoarea apreciază că, raportat la documentele iniţiale depuse, autoritatea contractantă avea obligaţia să dispună respingerea ca inacceptabilă a ofertei în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, nefiind posibilă fără favorizarea respectivului operator economic solicitarea de clarificări şi acceptarea de documente noi.

De asemenea, contestatoarea invocă caracterul neconform al ofertei depuse de ... AS.

1. În ceea ce priveşte oferta tehnică

a. Referitor la personalul nominalizat pentru îndeplinirea contractului

Din cuprinsul procesului-verbal de evaluare nr. 5 rezultă că, încălcând în mod constant principiul tratamentului egal prin favorizarea ... comisia de evaluare i-a solicitat şi a permis acestui ofertant depunerea de documente şi prezentarea de informaţii care trebuiau să se regăsească în propunerea tehnică iniţială. Cu titlu de exemple relevante, sunt menţionate următoarele situaţii:

- Pentru experţii de naţionalitate turcă, autoritatea contractantă a manifestat lipsă de rigoare acceptând (conform Răspuns 3 din Procesul-verbal de evaluare nr. 5), fără documente suport relevante/informaţii verificabile, simpla explicaţie a ofertantului constând în faptul că absolvenţii universităţilor tehnice/de construcţii au dreptul şi calificările necesare pentru a desfăşura activităţi în domeniului drumurilor/podurilor, fiind astfel nesocotit caracterul obligatoriu al Răspunsului la întrebarea nr. 12 din Clarificarea nr. 15 citat de însăşi comisia de evaluare în solicitarea de clarificări.

- Comisia de evaluare a acceptat depunerea prin răspunsurile la solicitările de clarificări de documente care atestă studiile experţilor şi

experienţa specifică a acestora în condiţiile în care astfel de documente trebuia incluse în cuprinsul propunerii tehnice iniţiale, astfel cum a fost cazul pentru oferta sa sau a altor competitori. Trebuie avut în vedere în special faptul că experienţa managerului de proiect şi a şefului de şantier reprezintă factori de evaluare, astfel că prezentarea ulterioară a unor documente esenţiale pentru acordarea punctajului poate conduce la afectarea gravă a competiţiei. În acest context, este evident abuziv să se solicite ofertantului neglijent să nominalizeze contractele care vor fi luate în considerare pentru acordarea punctajului conform criteriului de atribuire şi să prezinte documente relevante (a se vedea Clarificarea nr. 5 din Procesul-verbal nr. 5).

b. Nerespectarea cerinţelor din documentaţia de atribuire şi modificarea propunerii tehnice.

Din analiza procesului-verbal de evaluare nr. 6 (pag. 5-8) rezultă că autoritatea contractantă a constatat multiple neconformităţi ale ofertei tehnice prin raportare la specificaţiile din Cerinţele beneficiarului/obligaţii legale, cum ar fi:

- lipsa ofertării operaţiunii de îmbunătăţire a terenurilor de fundare la nivelul terasamentelor prin stabilizare cu lianţi hidraulici (Clarificare şi Răspuns nr. 2);
- referinţele la standarde/reglementări tehnice eronate/abrogate (Clarificări şi Răspunsuri nr. 3, 4, 6);
- utilizarea de materiale diferite de cele solicitate: liant fundaţie de piloţi în loc de binder de criblură BAD 20 (Clarificare şi Răspuns nr. 8).

Prin răspunsurile la solicitările de clarificări adresate cu încălcarea principiului tratamentului egal în condiţiile unei evidente neconformităţi a ofertei, ofertantul îşi recunoaşte de cele mai multe ori culpa în redactarea propunerii tehnice şi îşi asumă respectarea pe viitor a cerinţelor documentaţiei de atribuire, răspunsuri care prezintă un caracter vădit neconcludent şi trebuie asimilate cu o modificare nepermisă a propunerii tehnice.

Astfel, ofertantul a procedat fie la completarea ofertei prin asumarea respectării unei cerinţe care nu a fost abordată în propunerea iniţială (îmbunătăţirea terenului de fundare, spre exemplu), fie la înlocuirea unor materiale eronat ofertate iniţial (binder BAD 20 faţă de liant fundaţie piloţi, de exemplu).

Raportat la această situaţie de fapt anterior descrisă, sunt incidente dispoziţiile art. 134 alin. (5) şi (6) din HG nr. 395/2016 care sancţionează cu neconformitatea, furnizarea de răspunsuri neconcludente sau modificarea propunerii tehnice.

c. Neconformitatea propunerii financiare

În condiţiile în care autoritatea contractantă a apreciat că transferurile de valori minore în cadrul componentelor propunerii financiare reprezintă o modificare a acesteia, a acceptat în mod surprinzător explicaţii neconcludente ale ofertantului câştigător privind

justificarea preţului pentru categoriile de lucrări DRUM - ref. 3.1.1, respectiv CONSOLIDĂRI - ref. 4.5 (a se vedea Clarificarea 1 şi răspunsul la aceasta procesul-verbal de evaluare nr. 11).

Astfel, deşi comisia de evaluare a solicitat în mod expres şi detaliat categoriile de informaţii pe care ofertantul trebuia să le furnizeze pentru justificarea preţurilor ofertate, ofertantul ... a omis să prezinte precizarea „cotelor utilizate la estimarea volumelor", informaţie esenţială pentru verificarea realităţii propunerii financiare care depinde în mod necesar de cantităţi de lucrări care se determină pe bază de măsurători ce iau în considerare puncte de referinţă (cote). Mai mult, ofertantul se limitează să prezinte informaţii de ordin general, nedovedite de documente suport relevante astfel cum impun prevederile art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016. În această situaţie, autoritatea contractantă trebuia să considere răspunsul neconcludent şi să aplice sancţiunea prevăzută de art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În concluzie, prin modul de evaluare a ofertei câştigătoare, diferit de cel aplicat ofertei contestatoarei respinsă abuziv, comisia de evaluare a nesocotit grav imperativul respectării principiului tratamentului egal al ofertanţilor prevăzut de art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, principiu statuat de Curtea de Justiţie a Uniunii Europene. Potrivit instanţei europene, acest principiu care reprezintă esenţa normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziţii publice presupune ca ofertanţii să se afle pe o poziţie de egalitate atât în momentul în care îşi pregătesc ofertele; cât şi în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă.

Din această jurisprudenţă europeană, confirmată şi la nivel naţional, reiese cu evidenţă interdicţia de a favoriza un ofertant prin solicitări de clarificări şi prin acceptarea modificării ofertei ulterior momentului de depunere. Astfel, Curtea de Justiţie a Uniunii Europene a reţinut în repetate rânduri că o ofertă nu poate să fie modificată nici la iniţiativa autorităţii contractante, nici la cea a ofertanţilor. Astfel, a permite unui ofertant să îşi modifice prin răspunsurile la clarificări o ofertă neconformă cu cerinţele autorităţii contractante, conduce la nerespectarea principiului egalităţii de tratament.

Prin urmare, faţă de toate aceste considerente, rezultă cu evidenţă superficialitatea activităţii de evaluare realizate de CNAIR, motiv pentru care contestatoarea solicită admiterea contestaţiei cu consecinţa obligării autorităţii contractante la anularea actelor criticate şi la reevaluarea ofertei sale şi a ofertei declarate câştigătoare de la etapa verificării admisibilităţii acestora, urmând a se continua procedura de achiziţie prin aplicarea regulilor stabilite în documentaţia de atribuire şi în legislaţia incidentă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 22150/05.06.2018, ..... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită:

- admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie,

- suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei,

- respingerea ca tardive a capetelor de cerere 1 şi 4 din contestaţie,

- respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către Asocierea ...

Referitor la cererea de suspendare a procedurii de soluţionare a prezentei contestaţii în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr.101/2017, intervenienta susţine că pe rolul Consiliului se află înregistrată contestaţia formulata de acelaşi operator economic ce are calitatea de contestatoare în această cauză, ce face obiectul Dosarului 1597, contestaţie prin care se tinde la reintroducerea în procedura de achiziţie, de la faza evaluării propunerilor financiare, a ofertantului contestator.

În situaţia în care contestaţia impotriva deciziei de excludere formulată de contestatoare va fi respinsă, acesta îşi va pierde calitatea de persoană care justifică un interes în prezenta contestaţie.

Fata de aceste aspecte, intervenienta solicită suspendarea procedurii de soluţionare a prezentei contestaţii în temeiul art. 25 alin. (1) lit.a) din Legea nr. 101/2017, până la soluţionarea contestaţiei aceluiaşi contestatoare, ce face obiectul dosarului nr. 1597 aflat pe rolul Consiliului.

Referitor la solicitarea de respingere ca tardive a capetelor 1 şi 4 de cerere din cadrul contestaţiei, intervenienta menţionează că în cuprinsul contestaţiei se face menţiunea că prin adresa din 08.05.2018, autoritatea contractantă a comunicat respingerea ca neconformă a ofertei "*pentru motive similare cu cele indicate în adresa anterioară*".

Această comunicare a rezultatului, apreciază contestatoarea că i-ar da dreptul să formuleze din nou la acest moment contestaţie cu privire la respingerea ca neconformă a ofertei, aspect complet fals.

Actul autorităţii contractante prin care a fost respinsă oferta contestatoarei a fost emis, aşa cum se menţionează şi în raportul procedurii, în urma finalizării etapei de evaluare a propunerilor financiare în data de 21.03.2018.

În niciun caz nu se poate interpreta că, urmare a comunicării rezultatului final al procedurii, ofertanţii deja excluşi în etapa de evaluare a propunerilor financiare ar fi repuşi într-un nou termen de atacare a acestei decizii de excludere.

Astfel, contestatoarea încearcă la acest moment să introducă o nouă contestaţie împotriva deciziei de excludere din procedură, pentru exact aceleaşi motive ca şi în cazul primei contestaţii, cu depăşirea termenului imperativ pe care l-a avut la dispoziţie pentru atacarea actului considerat nelegal.

Ori, actul din data de 08.05.2018 nu este decât o consecinţă a comunicării excluderii ofertei contestatoarei, în urma finalizării etapei de evaluare a propunerilor financiare din data de 21.03.2018 şi nu poate fi

considerat ca un nou act al autorităţii care să poată fi atacat separat, pentru aceleaşi motive ca şi cel anterior.

De altfel, în contestaţia deja formulată anterior contestatoarea a solicitat, între altele, "anularea deciziilor autorităţii contractante prin care oferta a fost declarată ca fiind neconformă" şi "anularea actelor subsecvente acestora", acesta fiind şi obiectul actualei contestaţii.

Referitor la solicitarea de respingere ca neîntemeiată a contestaţiei în ceea ce priveşte criticile aduse ofertei Alsim, în calitate de ofertant declarat câştigător, intervenienta susţine că pretinsa inadmisibilitate/neconformitate a ofertei sale nu este susţinută de argumente temeinice, aceasta limitându-se la a face propriile aprecieri despre cum crede ea ca ar fi trebuit comisia de evaluare să evalueze oferta sa.

Astfel, afirmaţiile din contestaţie au natura unor simple opinii, insuficiente pentru a inversa prezumţia de validitate a actelor autorităţii contractante.

Prin simpla introducere a contestaţiei, participanţii la procedură nu pot obţine o reevaluare automată a ofertelor aparţinând competitorilor, ci este necesar ca argumentele să se bazeze pe probe, dovezi concludente cu privire la pretinsa inadmisibilate/neconformitate a unei oferte.

Un alt aspect ce trebuie subliniat este că, aşa cum rezultă din procesele verbale de evaluare, pe care de altfel le citează parţial şi contestatoarea, rezultă că a fost deplin respectat de către comisia de evaluare principiul tratamentului egal, solicitări de clarificare similare fiind adresate tututor ofertanţilor, inclusiv contestatoarei.

1. În ceea ce priveşte cerinţa privind experienţa similară, intervenienta susţine că nu se dovedeşte în mod concludent că obiectul contractelor considerate ca fiind similare s-ar încadra în categoria solicitată prin fişa de date, respectiv serviciile să fi vizat lucrări de construcţie nouă şi/sau lărgire şi/sau modernizare de autostrăzi şi/sau drumuri naţionale şi/sau drumuri expres.

Intervenienta susţine că a prezentat pentru îndeplinirea acestei cerinţe mult mai multe contracte decât cele necesare pentru a o îndeplini, 8 la număr şi raportat la valoarea lor, era suficient dacă se prezenta doar unul singur pentru a îndeplini cerinţa.

Cu titlu de exemplu, primul proiect criticat în contestatie, cel privind "Elaborare proiect tehnic pentru construcţia (n.n. construcţie nouă) drumului expres Samsun-Bafra-Sinop/secţiunea expresă a drumului Yakakent-Gerze", în valoare de 16.370.749,75 lei (de aproximativ 4 ori mai mare decât cerinţa din fişa de date), reclamă contestatoarea că nu sunt evidenţiate serviciile prestate în perioada de referinţă.

Referitor la această critică, contestatoarea ar fi trebuit să ştie că, în conformitate cu Instrucţiunea nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr.

98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările ulterioare, s-a stabilit în cadrul art. 13 alin.(3) *"În cazul contractelor de servicii/lucrări, comisia de evaluare are obligaţia ca odată ce a fost prezentat documentul care confirmă recepţionarea respectivelor servicii/lucrări în perioada de referinţă, să ia în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul respectivului document, în condiţiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcţie cu funcţionalitate independent, fără a se elimina din calcul, în mod artificial, valori/cantităţi de servicii/lucrări aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în intervalul de timp urmărit".*

De altfel, această Instrucţiune a fost indicată în mod expres în fişa de date a achiziţiei (ultimii 5 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucţiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13).

Cu privire la al doilea proiect indicat în DUAE şi cu privire la care a depus documentele doveditoare (recomandare de la Beneficiar precum şi un proces verbal - "acord de referinţă pentru terminarea lucrării subcontractorului de proiectare" emis de Beneficiarul Final - autoritatea publică din Turcia), ce are o valoare care de asemenea depăşeşte cerinţa de calificare (mai mult de 8 milioane de lei). Din documentele transmise rezultă în mod clar tipul drumului proiectat, denumirea proiectantului (respectiv de YUKSEL PROJE, terţul susţinător al intervenientei), valoarea şi durata.

Aceeaşi analiză poate fi făcută pentru toate proiectele prezentate, dar nu are relevanţă pentru obiectul prezentei contestaţii, fiind evidentă îndeplinirea cerinţei de calificare cu mult mai multe proiecte decât cele care ar fi fost în mod normal necesare.

2. În ceea ce priveşte dotarea tehnică, intervenienta susţine că a depus documente relevante pentru a demonstra cerinţa din fişa de date.

Autoritatea contractantă nu a limitat tipul documentelor pe care le poate prezenta ofertantul pentru a dovedi îndeplinirea acestei cerinţe, o astfel de limitare nefiind, de altfel, legală. Asfel, în fişa de date s-a stabilit doar că ofertantul trebuie să prezinte *"documente care să ateste că are la dispoziţie/ are acces la utilajele, instalaţiile şi echipamentele tehnice pentru executarea contractului, tipul echipamentului/ utilajului, producătorul şi modelul echipamentului/ utilajului, seria şi numărul echipamentului/ utilajului".*

Documentul prezentat nu este o simplă declaraţie a ofertantului, ci este, aşa cum rezultă şi din cuprinsul lui, un document notarial intitulat proces verbal prin care notarul public, a certificat existenţa utilajelor în proprietatea ...o, aceste utilaje fiind inclusiv inregistrate în registrul de amortizări. Menţiunea din cuprinsul documentului este explicită consemnâdu-se în mod expres că *"Lista mijloacelor fixe din anexă, care aparţin societăţii ... a fost constatată pentru a fi legalizatp."*

În traducerea rectificată depusă ulterior de intervenientă este menţionat acelaşi aspect, exprimarea fiind aproape identică *"Se*

*autentifică lista mijloacelor fixe enumerate în lista anexată, prin care se constată faptul că la data prezentei, aparţin societăţii ...*

În ceea ce priveşte utilajul Compactor "picior oaie", autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului însă, cu încălcarea evidentă a dispoziţiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, a permis acestuia să depună un alt document de deţinere, respectiv un contract de închiriere, încheiat în mod evident pro causa, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, respectiv în 2 aprilie 2018.

Cu privire la acest aspect, documentul prezentat iniţial, la momentul depunerii documentelor în susţinerea declaraţiilor din DUAE, intitulat "contract de închiriere" se încadrează în cerinţa din fişa de date de "document care să ateste că are la dispoziţie/ are acces la utilajele (...)", solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare fiind doar în sensul de a se preciza confirmarea disponibilităţii utilajelor puse la dispoziţie pentru lotul 2 (sublinierea comisiei de evaluare din solicitarea de clarificare). Aceasta deoarece contractul prezentat iniţial, datat înainte de data depunerii ofertelor prevedea că este întocmit în vederea depunerii de oferte atât pentru procedura în cauză cât şi pentru o alta, respectiv "*Proiectare şi Execuţie Drum Expres Craiova Piteşti*".

Documentul iniţial depus atesta în mod clar că, în măsura în care ofertantul va fi declarat câştigător, acesta va avea acces la aceste utilaje, urmând a fi încheiat un contract de închiriere detaliat.

La momentul depunerii ofertelor ofertanţii trebuiau să deţină documente din care să reiasă că au acces la aceste utilaje, cerinţa nefiind în niciun caz să prezinte în mod exclusiv doar un anumit tip de document.

Autoritatea contractantă a permis în mod expres ofertanţilor să prezinte aceleaşi utilaje/echipamente pe toate cele 3 loturi ale procedurii (răspunsul 7 din clarificarea 10)

Intervenienta susţine că nu a făcut altceva decât să se conformeze solicitării de clarificare şi să prezinte, urmare a faptului că a fost desemnat de comisia de evaluare pe primul loc în această procedură, un contract de închiriere detaliat semnat cu societatea care i-a pus la dispoziţie încă de la început respectivele utilaje. În cadrul contractului de închiriere prezentat iniţial era oricum prevăzut acest aspect, respectiv că urmează a se semna ulterior şi un contract detaliat de închiriere, ceea ce s-a şi întâmplat.

Documentul nu este întocmit pro causa aşa cum încearcă să acrediteze contestatoarea, ci este un document derivat din cel iniţial, semnat în completarea acestuia, ca urmare a desemnării contestatoarei ca potenţial câştigător al procedurii.

3. În ceea ce priveşte oferta tehnică, contestatoarea încearcă să inducă Consiliul în eroare şi să acrediteze ideea că intervenienta nu ar fi prezentat documente ce fuseseră solicitate în mod obligatoriu, la momentul depunerii ofertelor, ci acestea au fost prezentate doar ca

urmare a solicitărilor de clarificari ale comisiei de evaluare, ceea ce este fals.

Aşa cum se poate observa atât din solicitarea de clarificare, cât şi din răspunsul său, intervenienta nu a completat propunerea tehnică prin răspunsul la clarificări, ci doar a lămurit aspectele indicate de comisia de evaluare.

Astfel, a identificat din proiectele indicate de către experţi în CV-urile deja depuse în propunerea tehnică - mai multe decât cele solicitate pentru îndeplinirea cerinţelor - care sunt acele proiecte selectate strict pentru îndeplinirea acestor cerinţe şi a reataşat documentele pentru această selecţie de proiecte precum şi extrase din aceste proiecte care deja erau menţionate în documentele depuse iniţial în propunerea tehnică.

Toate informaţiile existau deja în propunerea tehnică, toţi experţii fuseseră identificaţi, CV-urile în care erau menţionate detaliat proiectele fuseseră depuse, documentele suport - diplome, recomandări etc. - se regăseau deja în cadrul propunerii tehnice, acestea făcând doar obiectul unor clarificări cu rolul de a sublinia sau lămuri comisia de evaluare.

În al doilea rând, propunerea tehnică a respectat toate cerinţele obligatorii prevăzute în documentaţia de atribuire, aspecte ce au fost clarificate nereferindu-se la o eventuală lipsă a unor elemente obligatorii ale propunerii tehnice.

„Multiplele neconformităţi" sunt, simple erori de redactare la nivelul propunerii tehnice, ce au fost îndreptate urmare a solicitării de clarificare transmisă în mod legal de către comisia de evaluare.

Astfel, prin răspunsul la clarificări au fost corectate simple erori de redactare a numerelor standardelor indicate, respectiv de traducere a stratului de legătură (s-a menţionat din eroare, că urmare a traducerii din engleză în română, liant fundaţie de piloţi (crib binder) în loc de binder de criblură; astfel traducerea cuvântului "binder" este "liant", de aici plecând confuzia iniţială). Aşa cum rezultă din întreaga metodologie, intervenienta a descris stratul de legătură din binder, doar într-un singur loc apărând această eroare de denumire, aspect ce a fost deplin înţeles de comisia de evaluare care a analizat întreaga propunere tehnică în ansamblul său.

Comisia de evaluare a înţeles că propunerea tehnică a fost în mod corect întocmită, respectând standardele în vigoare, existând o simplă neconcordanţă în ceea ce priveşte numărul unora din aceste standarde.

Aceste explicaţii ale intervenientei au fost acceptate în mod corect de către comisia de evaluare având în vedere că erau susţinute în mod neechivoc de toate celelalte informaţii din cuprinsul propunerii tehnice, neexistând nicio omisiune a vreunei părţi sau cerinţe obligatorii din cuprinsul documentelor prezentate.

În concluzie, intervenienta nu a procedat la completarea ofertei ci doar la clarificarea anumitor aspecte din cadrul propunerii tehnice,

confirmând şi reconfirmând în orice solicitare de clarificare că propunerea tehnică a fost întocmită în conformitate cu Cerinţele Beneficiarului.

Referitor la neconformitatea propunerii financiare, intervenienta a răspuns solicitării comisiei şi a prezentat toate informaţiile şi documentele necesare justificării preţului pentru aceste două categorii.

În prezenta procedură de atribuire comisia de evaluare şi-a exercitat prerogativele de a solicita toate clarificările pe care le-a considerat necesare, în limita prevederilor legale, respectiv strict cu privire la elementele în privinţa cărora lămurilrile îi erau necesare.

În temeiul art. 126 din HG nr. 395/1016, comisia de evaluare este constituită din persoane responsabile, în mod special, pentru evaluarea ofertelor, iar expertizei acestora nu li se pot opune simplele speculaţii ale contestatoarei, în mod evident lipsite de orice temei.

Documentul de răspuns şi anexele aferente, ce însumează 24 de pagini, a fost analizat de către comisia de evaluare care nu putea să ajungă decât la concluzia că răspunsurile sunt concludente şi că oferta financiară a intervenientei se corelează cu elemetele propunerii tehnice, neexistând niciun risc de îndeplinire necorespunzătoare a contractului.

Astfel, intervenienta a prezentat explicaţii însoţite de documente privind modul de formare al preţului atât pentru categoriile de lucrări DRUM - ref. 3.1.1, ca şi pentru CONSOLIDĂRI — ref. 4.5: cantităţile de lucrări ce au fost evaluate, lista şi preţul tuturor activităţilor descrise în ofertă, descrierile tuturor preţurilor precum şi oferte de piaţă pentru principalele categorii de materiale ce vor fi utilizate.

În ceea ce priveşte categoriile de lucrări şi estimarea volumelor, acestea au fost determinate în urma studiilor şi măsurătorilor efectuate în teren şi analizei soluţiilor tehnice proiectate la faza studiului de fezabilitate, cu respectarea normativelor, standardelor în vigoare şi Cerinţelor Beneficiarului.

Mai mult decât atât, aşa cum se menţionează la pagina 8 din procesul verbal de evaluare nr. 11 din 21.03.2018*, "Comisia de evaluare a primit de la direcţia funcţională responsabilă din cadrul CNAIR SA, cu adresa 15B/16.03.2018, cantităţile detaliate pe loturi şi sectoare pentru categoriile de lucrări solicitate ofertanţilor în conformitate cu referinţele din Graficele de Plăţi, parte a documentaţiei de atribuire pentru corelarea cu estimările de preţuri şi l-a utilizat în evaluarea răspunsurilor ofertanţilor".*

Referitor la respingerea ca neîntemeiate a capetelor 1 şi 4 ale contestaţiei, intervenienta menţionează că primul aspect invocat este motivarea necorespunzatoare a deciziilor de respingere a ofertelor, ori, aşa cum se poate observa din aceste decizii sunt indicate în mod expres motivele, atât de fapt cât şi de drept, care au stat la baza deciziei comisiei de evaluare, acestea referindu-se la *„modificarea anumitor preţuri din propunerea financiară prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri, demers care a afectat conţinutul propunerii financiare."*

De altfel, acest prim motiv este contrazis chiar de restul argumentelor prezentate în contestaţie, contestatoarele arătând că au înţeles exact din cuprinsul adreselor care anume sunt motivele ce au condus la respingerea ofertelor.

Dincolo de acest argument, principalul motiv invocat de contestatoare este că respingerea ofertelor ar fi efectul unei „interpretări eronate a dispoziţiilor legale incidente şi a conţinutului ofertelor".

Decizia de a cota cu „0" anumite activităţi din cadrul propunerii financiare (Graficul de Plăţi) a fost una conştientă, deşi ofertantul ştia sau ar fi trebuit să ştie că trebuie să respecte cerinţele obligatorii din documentaţia de atribuire care statuează că Graficul de Plăţi reprezintă un minim obligatoriu, ofertanţii având doar posibilitatea de a efectua completări.

Toate textele legale invocate referitoare la existenţa unui pretins viciu de formă nu sunt incidente în cauză având în vedere cele susţinute de chiar contestatoare, mai sus citate

Ofertantul nu a oferit nicio explicaţie, chiar şi formală pentru faptul că a încalcat în mod clar o obligaţie expresă, de a cota toate activităţile indicate în Graficul de Plăţi

Ofertantul încearcă să acrediteze ideea că, având în vedere specificul contractului FIDIC Galben, nu ar fi trebuit, de fapt, să conteze decât preţul total al propunerii financiare, nu şi componentele acesteia, indicate şi defalcate în mod expres de către autoritatea contractantă.

Aşa cum spune chiar ofertantul, nu în ultimul rând, se impune a fi avut în vedere rolul documentului a cărui modificare se invocă, respectiv propunerea financiară - Graficul de Plăţi.

O astfel de apreciere a Graficului de Plăţi cum este cea a ofertantului, mai sus citată, denotă o gravă necunoaştere şi lipsă de experienţă cu privire la un astfel de contract şi, în cele din urmă, cu privire la contractele de achiziţie publică în general. Astfel, Graficul de Plăţi nu are „rolul de a şti achizitorul când şi cât să plătească", ci rolul sau este mult mai complex, fiind oglinda în plan financiar a tuturor activităţilor principale ce compun obiectul contractului. Conţinutul Graficului de Plăţi este determinat de ceea ce a dorit autoritatea publică să achiziţioneze, modificarea unui astfel de document putând a fi efectuată în timpul implementării doar în anumite condiţii expres prevăzute de legislaţia de achiziţii publice, cu verificarea existenţei de modificări substanţiale sau nesubstantiale.

Astfel, prevederile Sub-Clauzei 14.1 lit c) din Condiţiile speciale ale contractului ce face obiectul acestei proceduri de achiziţie publică (Condiţii adoptate prin act normativ - Ordinul MT 600/2017) dispun în mod expres ca *„la propunerea Antreprenorului, Graficul de plăţi se va putea actualiza (...), cu condiţia încadrării în valoarea de contract acceptată şi în valoarea aferentă fiecărei categorii de lucrări în parte, aşa cum a fost aceasta definită în Graficul de plăţi."*

Dincolo de principiul proportionalităţii invocat de contestatoare, comisia de evaluare avea obligaţia respectării prevederilor legale, precum şi cerinţele obligatorii ale fişei de date, important de subliniat este că în ceea ce priveşte cerinţele minime obligatorii impuse, autoritatea contractantă nu a prevăzut, cum, de altfel, nici legea nu permite, o interpretare în sensul în care cerinţele minim obligatorii, sunt în realitate, „obligatorii", după proporţia de impact în valoarea totală a ofertei financiare. Altfel spus, nu are relevanţă faptul că articolele cotate "0" de ofertant au o pondere scăzută în economia propunerii financiare, legiuitorul nefăcând nicăieri o astfel de distincţie, astfel că "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus".

Dacă legiuitorul ar fi dorit să permită modificarea în interiorul valorii totale a propunerii financiare, în mod evident formularea textului legal ar fi fost cu totul alta.

Contrar opiniei contestatoarei, particularităţile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţie publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităţilor contractante, cât şi, mai ales, din partea celor care doresc să obţină aceste contracte finanţate din fonduri publice. În aceste condiţii, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligenţă sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarităţi cu privire la oferta sa şi, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Prin adresa nr. 23257/...C4/11.06.2018, Consiliul a solicitat IC ... următoarele:

*Având în vedere că pe rolul Consiliului, în legătură cu procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»", organizată de către ... aţi promovat două contestaţii, respectiv:*

*- prima contestaţie, având nr. 525/16.04.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 15175/16.04.2018, vizând rezultatul evaluării propunerii financiare aferent lotului 2, prin care oferta dvs. a fost respinsă,*

*- a doua contestaţie având nr. 737/24.05.2018 înregistrată la Consiliu sub nr. 20989/25.05.2018, vizând rezultatul final al procedurii aferent lotului 2,*

*În temeiul art. 2 şi art. 11 din Legea nr. 101/2016 cu modificările şi completările ulterioare, vă solicităm punctul de vedere cu privire la interesul dvs. în promovarea celei de-a doua contestaţii, respectiv beneficiul urmărit de dvs. prin respectivul act, prin raportare la următoarele:*

*- în situaţia în care prima contestaţie ar fi admisă, soluţia logică şi firească ar fi aceea a anulării tuturor actelor ulterioare, deci inclusiv a*

*rapoartului final al procedurii, act atacat prin cea de-a doua contestaţie, situaţie în care aceasta din urmă ar fi lipsită de obiect,*

*- în situaţia în care prima contestaţie ar fi respinsă, deci oferta dvs. ar rămâne definitiv respinsă în etapa financiară, se pune problema interesului dvs. în promovarea celei de-a doua contestaţii, din moment ce nu ar exista şanse să ajungeţi câştigătoare a procedurii.*

Prin adresa nr. 860/15.06.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 24373/18.06.2018, ... a răspuns solicitării Consiliului precizând că prima contestaţie depusă de aceasta a vizat comunicarea denumită Informare finalizare etapa evaluare propunere financiară nr. 12B/3587/21.03.2018 pentru lotul 2 al procedurii de atribuire.

Prin această adresă, ... i-a comunicat că oferta sa a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Prin respectiva contestaţie a solicitat anularea deciziei de respingere şi a actelor care au stat la baza emiterii acesteia precum şi reevaluarea ofertei de la etapa verificării admisibilităţii acesteia.

Cele două contestaţii formulate vizează acte distincte ale autorităţii contractante, emise în diferite etape ale procedurii de atribuire. De asemenea, obiectul celor două contestaţii este parţial diferit în condiţiile în care în care în prima contestaţie se solicită doar anularea deciziei de respingere a ofertei şi a actelor care au stat la baza acesteia iar în contestaţia ulterioară se cere anularea inclusiv a raportului procedurii şi a proceselor de evaluare a ofertelor precum şi a deciziei de declarare ca fiind câştigătoare a unei oferte inadmisibile.

Raportat la obligaţia respectării principiului disponibilităţii, în temeiul art. 26 din Legea nr. 101/2016, Consiliul nu poate dispune decât anularea actelor atacate prin contestaţie şi nu a celor subsecvente acestora. Astfel, în situaţia în care se admite prima contestaţie, Consiliul nu poate dispune şi anularea raportului procedurii de atribuire şi a rezultatului final al acesteia (inclusiv declararea ofertei câştigătoare), motiv pentru care există un interes legitim în contestarea unor acte ulterioare deciziei iniţiale de respingere a ofertelor, acte care nu sunt anulate în mod automat în cazul admiterii primei contestaţii, un astfel de demers rămânând la latitudinea subiectivă a autorităţii contractante.

Acest interes în promovarea celei de-a doua contestaţii se menţine şi în ipoteza respingerii primei contestaţii având în vedere lipsa caracterului definitiv al deciziei de respingere a ofertei. Astfel, având în vedere că o eventuală decizie a CNSC de respingere a primei contestaţii este atacabilă pe calea plângerii la instanţă, la momentul pronunţării unei astfel de soluţii posibile, respingerea ofertei sale nu va fi definitivă, fiind supusă unei căi de atac.

În acest context, contestatoarea solicită aplicarea în speţă a jurisprudenţei Curţii de Justiţie a Uniunii Europene (CJUE) care a reţinut constant că un ofertant care este implicat în procedura de atribuire (nu a fost definitiv respins) are interes să critice un act vătămător al autorităţii

contractante. Cu titlu de exemplu, relevantă în acest sens este decizia CJUE pronunţată la data de 11 mai 2017 în Cauza C-131/16 Archus.

Din lecturarea coroborată a pct. 56-58 din această decizie reiese în mod evident dreptul la exercitarea unei căi de atac al unui ofertant care nu a fost definitiv exclus (decizia de respingere nu a fost contestată sau calea de atac a fost definitiv respinsă) din procedură împotriva deciziei autorităţii contractante de a declara ca fiind câştigătoare o ofertă concurentă.

În concluzie, raportat la obiectul distinct al contestaţiilor formulate faţă de acte diferite adoptate de autoritatea contractantă în diverse etape ale procedurii şi faţă de stadiul soluţionării căilor de atac exercitate, contestatoarea apreciază că este întrunită în cauză condiţia existenţei interesului formulării unei contestaţii împotriva rezultatului final al procedurii de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

...SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" - Lotul 1: Sector 1. Km 52+070 – Km 52+770 aferent Centura Nord şi Sector 2. Km 52+770 – Km 69+000 aferent Centura Sud; Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300 aferent Centura Sud; Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»". În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 2.671.075.471 lei.

După cum rezultă din procesul-verbal nr. 1 înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 12B/9382/13.11.2017, în cadrul procedurii, pentru lotul 3, au fost depuse 8 oferte, iar ca urmare a evaluării propunerilor financiare, au fost respinse ca neconforme ofertele depuse de SC ... SRL și de asocierea SC ... SA. Ca urmare a acestui rezultat, au formulat contestații de SC ...SRL, ... SpA și SC ... SA.

Ulterior, ca urmare a comunicării rezultatului final al procedurii pentru partea dedicată lotului 3, s-au mai formulat contestații de către SC ... SA, ... și SC ...

În partea dedicată lotului 2 s-au depus contestații referitoare la modalitatea de evaluare a propunerii financiare de către asocierea SC ... SA – ... AS – ...SA și de ... AS în calitate de lider al asocierii ... iar în ceea ce privește rezultatul final, s-au depus contestații de către asocierea SC ... SA, ... și ... în calitate de lider al asocierii ....

Consiliul va analiza contestațiile începând cu cel mai mic număr de dosar, respectiv contestația nr. 14483/11.04.2018, formulată de către SC ... SRL în partea dedicată lotului 3, continuând cu contestația nr. 15565/18.04.2018, formulată de către SC ... SA, lider al Asocierii SC

...SpA, toate vizând rezultatul evaluării propunerilor financiare pentru lotul 3, urmate de contestațiile vizând rezultatul final pentru lotul 3.

**Dosar nr. 1234/2018**

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL, această societate critică măsura respingerii ofertei sale ca neconformă pentru lipsa gardului cu înălțime de 1,80 m, din cadrul sectorului 2 de autostradă, considerând-o o măsură excesivă, neproporțională. Mai susține contestatoarea că gardul în cauză ar fi fost cotat în valoarea aferentă aceluiași reper din cadrul sectorului 1 de autostradă, valoarea propunerii financiare totale nefiind modificată. Autoritatea contractantă susține că ofertanta și-a modificat propunerea financiară, respectiv a modificat valoarea 0,0 lei aferentă gardului de 1,80, cu 11.241,33 lei, prin diminuarea valorii aferente categoriei 2.3.4-Împrejmuire gard 1,80 m din A. Graficul de plăți –Grafic de plăți sector 1, Km. 85+300-km 100-765 aferent Centura Sud.

Argumentele formulate de contestatoare sunt numeroase, invocându-se un viciu de formă sau o abatere tehnică minoră, nefiind afectată nici calitatea și nici valoarea ofertei, viciu a cărui corectare a presupus spargerea unei categorii de lucrări din graficul dedicat sectorului 1, respectiv 2.3.4-Împrejmuire gard 1,80 m din A. Graficul de plăți –Grafic de plăți sector 1, Km. 85+300-km 100-765 aferent Centura Sud, în două părți, proporțional cu suprafața de gard aferentă fiecăruia dintre cele două sectoare, schimbându-se astfel, valoarea de 72.516,24 lei, aferentă categoriei menționate, în 61.274,91 lei, iar diferența de 11.241,33 lei fiind translatată la cap. 2.3.4-Împrejmuire gard 1,80 m din A. Graficul de plăți –Grafic de plăți sector 2, Km. 0+000-km 2-500, aferent Centura Nord. Contestatoarea mai susține că valoarea ofertei pentru întreg lotul nu a fost modificată, că prețul aferent gardului de 1,80 m, de asemenea, nu a fost modificat, fiind același, singura diferență fiind împărțirea valorii respective în cele două poziții, concurența nefiind vătămată în niciun fel.

Consiliul, verificând propunerea financiară depusă de contestatoare, reține că, neexistând liste de cantități, contractul fiind unul de proiectare și execuție, nu se poate stabili, pe baza datelor din propunerea financiară, dacă întreaga cantitate de gard de 1,80 m, este, într-adevăr, cuprinsă în cadrul primului grafic de plăți. În măsura în care nu poate stabili, cu certitudine, acest lucru, înseamnă că nu se poate stabili nici contrariul, respectiv că susținerile contestatoarei sunt neadevărate, lipsind cantitatea respectivă. Este adevărat că sarcina probei aparține contestatoarei, și nu autorității contractante, aceasta din urmă având de partea sa documentele întocmite de contestatoare, respectiv graficul de plăți aferent celor două tronsoane din cadrul lotului 3, din care, aparent, lipsește cantitatea de gard aferentă sectorului 2 de autostradă, 260 metri. Astfel cum se arată situația în documente, pare a lipsi cantitatea de gard aferentă sectorului 2 din lotul 3, documentele depuse în cadrul propunerii financiare nefiind, în mod indubitabil, în sprijinul existenței

unui viciu de formă. În același timp, explicațiile furnizate de operatorul economic, respectiv oferta de preț și detalierea calculului de realizare a gardului, se arată a fi concludente în sensul suficienței prețului pentru întreaga cantitate de gard, respectiv 1850 metri, aferentă celor două tronsoane din cadrul lotului.

Verificând, însă, propunerea tehnică, Consiliul reține că, în cadrul Cap. 4.4 –Împrejmuire și bariere de mediu, la pagina 66, se arată că ,,Împrejmuirea autostrăzii cu gard de protecţie cu înălţimea de 1,80 m în zonele împădurite şi 1,50 m în zonele neimpădurire în vederea eliminării accesului accidental al animalelor sau a persoanelor neparticipante la traficul rutier, pe platforma drumului. Împrejmuirea autostrăzii cu gard de protecţie cu înălţimea de 1,80 m în zonele împădurite şi 1,50 m în zonele neimpădurire în vederea eliminării accesului accidental al animalelor sau a persoanelor neparticipante la traficul rutier, pe platforma drumului'', deci ofertantul declară că va monta gardul respectiv de 1,80 m în toate zonele împădurite. În avizul de mediu se menționează că pentru sectorul 2 aferent lotului 3, se instalează gard de 1,80 m între km 2+345 și 2+475, pe ambele laturi ale drumului, deci în total 260 metri gard de 1,80 m înălțime.

În aceste condiții, pare o evaluare neserioasă și formalistă respingerea unei oferte pentru un tronson de autostradă doar pentru lipsa unei cantități de gard de 260 metri, din totalul de 1850 metri, fiind, evident, un viciu formal, o lipsă total nesemnificativă față de valoarea lucrării a cărei atribuire se urmărește, în condițiile în care propunerea financiară a contestatoarei este într-un cuantum de 659.095.135 lei. Deci, au fost mutate o parte din valoarea aferentă gardului de 1,80m, respectiv 260 m, tot în locul gardului de 1,80m, **modificarea fiind una formală**, autoritatea fiind obligată să o accepte, în temeiul art. 134 din HG nr. 395/2016: (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte''.

Noua legislație a achizițiilor publice permite corecturi ale ofertei reduse ca importanță tehnică sau financiară. Astfel, deși strict prin raportare la prevederile legale situația practică ivită pare a nu se încadra întocmai în definiția viciilor de formă, nimic nu se opune a o încadra în această categorie sau în categoria abaterilor tehnice minore, deși este vorba de omisiuni din cadrul propunerii financiare. Situația de fapt a ofertantului este mai puțin gravă decât toate ipotezele prevăzute de textul art. 134 din HG nr. 395/2016, nefiind modificat prețul total, nefiind modificate cantități sau prețuri unitare, așa cum s-a arătat, singura operațiune fiind defalcarea categoriei de lucrări 2.3.4-Împrejmuire gard 1,80 m din A, Graficul de plăți –Grafic de plăți sector 1, în două părți, prin preluarea sumei aferente unei cantități de 260 metri liniari și mutarea sa la aceeași categorie din cadrul sectorului 2, fiind o eroare formală de completare a celor două tabele.

În condițiile în care dispozițiile legale permit modificarea conținutului propunerii tehnice sau financiare, ar fi în afara oricărei logici respingerea ofertei pentru un motiv atât de insignifiant valoric sau ca și consecințe, în condițiile în care ofertantul a făcut dovada că va executa întreaga cantitate de gard, fără modificarea propunerii financiare.

Consiliul reține că, și în ipoteza în care cei 260 metri ar lipsi în totalitate, nefiind cuprinși în partea dedicată sectorului 1, acest lucru nu ar putea conduce la respingerea ofertei, fiind în mod evident, o abatere tehnică minoră. Chiar dacă poziția respectivă se regăsește în propunerea financiară, nicio dispoziție nu se opune încadrării ei în categoria abaterilor tehnice minore, lipsa unor materiale sau lucrări având, în mod cert, influență asupra propunerii tehnice.

Consiliul reține relevanța în cauză a dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora ,,(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă.

(7) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificări operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a preţului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei iniţiale în următoarele situaţii:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depăşeşte 1% din preţul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligaţii ale autorităţii contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanţilor;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparaţie cu oferta iniţială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentaţia de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanţii să se abată de la cerinţele exacte ale respectivei documentaţii, iar oferta iniţială nu a fost în conformitate cu aceste cerinţe''.

Consiliul va reține, în soluționare, că motivul invocat de autoritatea contractantă pentru eliminarea unui ofertant dintr-o competiție de o importanță strategică atât ca valoare, cât și ca tehnicitate, este unul ce nu poate subzista unei analize prin prisma principiilor care guvernează materia achizițiilor publice, în special proporționalitatea, măsura respingerii ofertei fiind una extremă.

Consiliul mai reține că mențiunea din capătul tabelelor din propunerea financiară conform căreia ,,Acest grafic de plăți este minim și obligatoriu'' nu poate fi interpretată în sensul dorit de autoritatea contractantă, respectiv că nu există posibilitatea unei omisiuni oricât de mici de la lucrările respective, deoarece o astfel de interpretare ar fi în contradicție cu prevederile legale referitoare la modalitatea de evaluare a ofertelor, posibilitatea solicitării de clarificări și interpretarea acestora, respectiv prevederile Secțiunii a 10-a din HG nr. 395/2016 și ale Secțiunii a 11-a din Legea nr. 98/2016, fapt ce ar conduce la încălcarea gravă a principiilor statuate de legislația achizițiilor publice. Lipsa a 260 metri de gard nu poate fi considerată o neconformitate insurmontabilă doar pentru existența acelei mențiuni în tabel, fiind o interpretare forțată încadrarea acestei situații în prevederile art. 134 alin. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016, citat mai sus.

Totodată, fișa de date a achiziției prevede clar următoarele: *,,Nota 3: Oferta nu va fi considerata neconformă în masura în care modificările operate de ofertant în legatură cu propunerea sa tehnica se încadrează în una din categoriile de mai jos:*

*a) pot fi incadrate în categoria viciilor de forma; sau*

*b) reprezintă corectari ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a pretului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.*

*Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.*

*O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerata o abatere tehnica minora a ofertei initiale in urmatoarele situatii:*

*a) cuantificarea teoretica în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depaseste 1% din prețul total al ofertei;*

*b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicarii acelor prevederi ale legii care*

*instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;*

*c) în urma corectarii respectivei abateri/omisiuni, se constată ca s-ar schimba clasamentul ofertanților;*

*d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;*

*e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta initială nu a fost în conformitate cu aceste cerinte.*

*Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a caror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente initial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect in raport cu ceilalti participanti la procedura de atribuire"*.

Este nerelevat că respectivele omisiuni sunt în propunerea financiară, și nu în propunerea tehnică, lipsa unei unei componente tehnice reflecându-se în propunerea financiară dar și lipsa unor cantități cu prețurile aferente din propunerea financiară se reflectă în propunerea tehnică, mai cu seamă pentru acest model de contract, în care nu există proiect și liste de cantități. De altfel, chiar dacă o ofertă a fost declarată conformă în evaluarea tehnică, dacă în evaluarea financiară se constată cantități lipsă sau componente care nu corespund cerințelor documentației de atribuire, nicio dispoziție nu se opune ca autoritatea să se întoarcă în evaluarea tehnică și să declare oferta neconformă. În această procedură, dacă, de pildă, ofertantul omite să coteze un pod, oferta sa trebuie declarată neconformă, deoarece nu corespunde documentației de atribuire. Dacă, de pildă, a omis 3 intersecții din 6, oferta nu este aparent neobișnuit de scăzută, ci neconformă.

În situația de față, când ofertantul a omis 260 m gard fonoabsorband de 1,80 m, cu siguranță avem de-a face cu o abatere tehnică minoră, lipsa respectivă neavând nicio influență asupra prețului.

De asemenea, practica instanțelor este în sensul celor menționate de Consiliu, în acest sens fiind relevantă şi Decizia civilă nr. 303 din 26 februarie 2016 a Curţii de Apel Alba lulia - Secţia de contencios administrativ şi fiscal care a reţinut următoarele: *„Curtea îmbrăţişează opinia jurisprudenţială potrivit căreia nu este legală şi nici oportună respingerea unei oferte pentru deficienţe minore, fiind necesară a se păstra un just echilibru între deficienţele constatate şi măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancţionatorie aplicată pentru deficienţe minore încalcă principiul proporţionalităţii, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalităţii acţiunilor instituţiilor statului".*

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, a tuturor actelor subsecvente și ulterioare acestuia, și reevaluarea ofertei financiare a acestei societăți, în partea dedicată lotului 3.

- **Dosar nr. 1321/2018**

În ceea ce privește contestația nr. 15565/18.04.2018, formulată de către SC ... SA, lider al Asocierii ... Consiliul reține că și această societate invocă o situație similară celei din contestația precedentă, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 12B/3592/21.03.2018 fiind reținute următoarele motive de respingere a ofertei contestatoarei:

,,1. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări şi retransmiterea graficului de plăţi şi Graficul de preţ, s-a modificat conţinutul propunerii financiare, astfel:

B. Grafic de Plăţi Sector 2km 0+000-KM 2+500 aferent Centura Nord

- 6.1. ITS AUTOSTRADA, iniţial 0,00 lei, retransmis 150.185,01 lei (diminuat din categoria 8.2. ITS AUTOSTRADA -A. Grafic de plăţi sector 1 km 85+300 - km 100+765 aferent Centura Sud
- 7.1. ILUMINAT NODURI, iniţial 0,00 lei, retransmis 68.080,19 lei (diminuat din categoria 9.2. ILUMINAT NODURI - A. Grafic de plăţi sector 1 km 85+300 - km 100 +765 aferent Centura Sud.

2. Modificările de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând, astfel, conţinutul propunerii financiare''.

Deci, și în ceea ce o privește pe contestatoarea SC ...valoarea propunerii financiare nu a fost modificată, ci au fost defalcate cele două poziții menționate mai sus între cele două sectoare din cadrul lotului 3.

Consiliul reține ca relevant argumentul contestatoarei potrivit căruia valoarea ofertei sale pentru lotul 3, fiind de 775.226.528,05 lei, chiar și în situația în care cantitățile respective ar fi lipsit în totalitate, oricum lipsurile ar fi fost unele nesemnificative. În același timp, după cum rezultă din raportul procedurii nr. 12B5247/25.04.2018, oferta contestatoarei a obținut cel mai mare punctaj tehnic, respectiv 40 puncte, rezultând, astfel, că pentru o serie de erori minore a fost respinsă cea mai bună ofertă din punct de vedere tehnic.

Un ultim argument reținut de Consiliu, relevant în ceea ce privește evaluarea neunitară și disproporționată a ofertelor, este cel referitor la cotarea inițială cu 0,00 lei a categoriei de lucrări 7.1. ILUMINAT NODURI. Prin comparație cu oferta contestatoarei precedente, ofertele par a fi evaluate de persoane diferite.

După cum rezultă din documentele achiziției, autoritatea contractantă a considerat relevant răspunsul contestatoarei SC .... din Sectorul 1, aceasta arătând că singurul nod din lotul 3 se află în sectorul 2, din acest motiv a cotat 0,00 la sectorul 1, nefiind reținut un astfel de motiv pentru respingerea ofertei respective.

Situația ofertantei SC ... SA este aceeași, dar în oglindă, aceasta prevăzând costuri cu iluminatul nodurilor în cadrul sectorului 1, și nu în cadrul sectorului 2. Verificând Memoriul de prezentare, Consiliul reține că în cadrul respectivului lot se regăsește un singur nod, respectiv cel cu numărul 5, la intersecția cu A1, descris la pag. 41 ,,treflă cloverleaf'', la

km 100+765. În avizul de mediu, însă, nodul aflat la intersecția cu A1 este menționat ca fiind la km 0+000. În același timp, analizând Planul de ansamblu general, existent în documentația de atribuire, Consiliul reține că cele două sectoare, respectiv sectorul 1 km 85+300 - km 100 +765 aferent Centura Sud și Sector 2 km 0+000-KM 2+500 aferent Centura Nord sunt continue, punctul de sfârșit al centurii sud, respectiv km 100 +765 fiind și punctul de început al Centurii de nord, respectiv km 0+000. În aceste condiții, că un ofertant consideră că modul se află în sectorul 1, iar altul că se află în sectorul 2, sau că valoarea trebuia împărțită proporțional între cele două sectoare, este mai puțin important, din moment ce el se află exact pe graniță. Ceea ce trebuia să îi preocupe pe membrii comisiei de evaluare era ca iluminatul acestui nod să fie cotat, indiferent dacă este în sectorul 1 sau sectorul 2, mai cu seamă că documentele procedurii îl plasează ori la km 100 +765, deci în sectorul 1, ori la km 0+000, deci în sectorul 2, puncte care, de altfel, coincid. Probabil că la momentul împărțirii pe loturi, autoritatea a avut în vedere existența acestui nod fix pe granița dintre cele două centuri, alegând să constituie lotul în acest mod: 15 km și 465 metri din Centura de sud și 2 km și 500 metri din Centura de nord. Deci, din moment ce a considerat relevant răspunsul ofertantului SC ...SRL, autoritatea nu îl putea respinge pe ofertantul SC ... SA, care a gândit inițial nodul ca fiind inclus în sectorul 1, pentru ca ulterior, în urma solicitării de clarificări să despartă valoarea respectivă între cele două sectoare, cele două oferte fiind într-o situație identică.

Consiliul mai reține că toate argumentele prezentate odată cu analiza contestației formulată de SC ... SRL sunt valabile și în ceea ce privește contestația formulată de SC ... SA.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ... SA și va dispune reevaluarea ofertei financiare a acestei societăți, în partea dedicată lotului 3.

- **Dosar nr. 1528/2018 (lot 3, lot 2)**

În ceea ce privește contestația formulată de .... SpA, această societate critică respingerea ofertelor sale pentru cele 3 loturi. Din cadrul contestației, au fost disjunse capetele de cerere referitoare la lotul 1, fiind transmise spre soluționare Tribunalului București, învestit cu o contestație împotriva rezultatului evaluării etapei financiare, cerere ce formează obiectul dosarului nr. 12274/3/2018.

În ceea ce privește capetele de cerere din cadrul contestației vizând lotul 3, contestatoarea aduce argumente prin care susține caracterul abuziv al evaluării ofertelor sale, considerând motivele invocate de autoritatea contractantă total nefundamentate.

Ca urmare a depunerii contestației de către ... SpA, a formulat cerere de intervenţie, pentru lotul 3, ... SRL, prin care solicită respingerea contestaţiei ...ca tardiv formulată, respingerea capătului de

cerere nr. 2 ca inadmisibil, pe fond, respingerea contestaţiei ca neîntemeiată/nefondată şi admiterea cererii de intervenţie.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție, Consiliul reține că societatea intervenientă nu justifică un interes în promovarea acesteia, nici la momentul introducerii cererii și nici la momentul prezentei. Așa cum s-a arătat mai sus, la momentul actual oferta intervenientei este respinsă, Consiliul dispunând reevaluarea ofertei sale. Dreptul intervenientei de a ataca oferta depusă de .... s-ar naște în ipoteza în care respectiva ofertantă ar fi declarată câștigătoare sau s-ar clasa pe o poziție superioară ofertei sale în clasament. În condițiile în care atât oferta intervenientei, cât și cea a contestatoarei sunt respinse, ca neconforme, niciuna dintre ele nu ar putea interveni în judecarea contestației celeilalte.

Singurii ofertanți care pot justifica un interes ar fi ofertanții declarați admisibili, în special ofertanta câștigătoare, care ar trebui să aibă interes în menținerea rezultatului procedurii.

În același timp, principiul bunei- credințe prevăzut la art. 12 din Codul de procedură civilă impune exercitarea drepturilor procesuale potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege, fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți. Așa cum este gândită instituția cererii de intervenție în sistemul achizițiilor din România, operatorii economici o folosesc în vederea protejării unor drepturi deja câștigate și menținerea unor acte ale autorității contractante. Or, în cazul de față, intervenienta are o ofertă declarată neconformă pentru vicii minore, situație, de altfel, invocată și de ... SpA, contestatoare care și ea are dreptul la judecarea cererii sale.

Prin urmare, în temeiul art. 64 din codul de procedură civilă, Consiliul va respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de SC ...

Cu toate că a respins cererea de intervenție formulată, Consiliul va analiza, însă, excepțiile invocate, fiind obligat, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să analizeze cu prioritate, din oficiu sau la sesizarea părților, incidența excepțiilor. Deci, indiferent de respingerea cererii intervenientei SC ... SRL în contestația formulată de .... SpA, Consiliul trebuie să analizeze excepțiile invocate, urmând a se respinge excepția inadmisibilității excepțiilor invocată de contestatoare.

Consiliul reține că autoritatea contractantă i-a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii în partea dedicată lotului 3, prin adresa nr. 12B/3589/21.03.2018, transmisă în aceeași zi. Contestatoarea a a transmis notificarea prealabilă din 02.04.2018 prin scrisoare recomandată cu AR nr. VA 09983215667/02.04.2018, recepționată de autoritatea contractantă în data de 04.04.2018. Cum termenul de răspus s-a împlinit în perioada sărbătorilor pascale, perioada 6-9 aprilie fiind declarată liberă, autoritatea contractantă trebuia să răspundă în data de 10.04.2018, potrivit art. 181 din Codul de procedură civilă, ,,Când ultima zi a unui termen cade într-o zi nelucrătoare,

termenul se prelungeste până în prima zi lucrătoare care urmează''. Prin urmare, depunerea contestației în data de 20 aprilie 2018 respectă termenul de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește inadmisibilitatea capătului 2 de cerere, respectiv să se constate caracterul admisibil al celor trei oferte ale contestatoarei în cadrul etapei de analiză a propunerii financiare, Consiliul va interpreta respectiva solicitare în sensul rezultat din întregul probatoriu aflat la dosarul cauzei. *Tale quale*, solicitarea ar fi una într-adevăr, inadmisibilă, nu Consiliul fiind cel care stabilește admisibilitatea sau inadmisibilitatea unei oferte, rolul său fiind acela de a verifica în ce măsură actul emis de autoritate este unul legale. Cu toate acestea, văzând că în conținutul notificării prealabile cel de-al doilea capăt de cerere este formulat în mod identic, rezultă, în mod clar, că solicitarea de declarare a conformității ofertei se adresează comisiei de evaluare a autorității contractante, obiectul contestației urmând a fi citit în sensul obligării autorității la declararea admisibilă a ofertei sale. În orice situație, cu sau fără acest capăt de cerere, Consiliul oricum trebuie să analizeze admisibilitatea ofertelor prin prisma motivelor de neconformittae invocate de autoritatea contractantă, în adresele de comunicare a rezultatului procedurii, deoarece, în caz contrar, nu s-ar putea soluționa capetele de cerere 1 și 3, primul referitor la anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, iar cel de-al treilea la obligarea autorității la reevaluarea ofertelor sale. De altfel, toate cele trei capete de cerere se rezumă, de fapt, la unul singur, respectiv anularea rezultatului comunicat și reevaluarea ofertelor. Faptul că sistematic, a fost despărțit în 3 capete distincte de către contestatoare, nu înseamnă că acestea vor fi analizate separat, de sine stătător, ci dimpotrivă, că urmează a fi analizate motivele de neconformitate, în măsura în care criticile cu privire la acestea sunt întemeiate, se va dispune anularea actelor de stabilire a rezultatului procedurii și reevaluarea ofertelor. Aceasta fiind ordinea firească a soluționării contestației, este lipsită de relevanță împărțirea contestației pe 3 capete de cerere distincte, excepția urmând a fi respinsă.

Consiliul va respinge solicitarea intervenientei referitoare la expirarea garanției de participare a ofertantei ... SpA, din moment ce ea însăși recunoaște că la dosar nu se află solicitări ale autorității contractante de prelungire a acesteia.

Singura care poate stabili, însă, perioada de valabilitate a ofertelor și a garanțiilor este autoritatea contractantă, cu respectarea art. 124 din HG nr. 395/2016, potrivit căruia ,,(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunţul/invitaţia de participare şi în documentaţia de atribuire, **trebuie**

**să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.**

(3) Atunci când stabileşte perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza şi evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activităţi, precum şi perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestaţii. Autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita prelungirea valabilităţii ofertelor, precum şi, după caz, a garanţiei de participare, în situaţii excepţionale care impun o astfel de prelungire''. Prin urmare, în situația în care chiar intervenienta susține că nu s-ar fi solicitat o astfel de prelungire, nu poate fi reținută culpa contestatoarei pentru nerespectarea acestei obligații. De altfel, o asemenea solicitare de respingere a ofertei contestatoarei este și inadmisibilă, în contextul în care se solicită, pe propria cale de atac ... SpA, respingerea ofertei sale pentru lipsa garanției, deci înrăutățirea situației sale. Este discutabilă teoria conform căreia operatorii economici sunt cei care trebuie să facă demersuri pentru menținerea validă a garanțiilor lor, deoarece autoritatea este cea care trebuie să clarifice orice aspect referitor la modul de desfășurare a procedurii. Interpretând în acest mod prevederile incidente, ar însemna că fiecare ofertant își va prelungi garanția cu cât crede de cuvuiință, aspect care ar face și mai grea urmărirea acestor documente de către autoritatea contractantă. Prin urmare, Consiliul nu găsește de cuviință a prelungi soluționarea contestațiilor prin efectuarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă pe acest aspect, fiind cert că nu se poate constata, de către Consiliu, caracterul inacceptabil al ofertei ... SpA pentru lipsa garanției de participare.

Pe fondul contestației formulată de ... SpA, în ceea ce privește rezultatul evaluării financiare pentru lotul 3, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei deoarece analiza de preţ pentru Agregate pentru betoane produse de aceasta, documentele anexate şi cele două răspunsuri de clarificare ale contestatoarei nu ar fi fost concludente în vederea corelării analizei financiare cu elementele propunerii tehnice, precum şi pentru că Răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru o serie de categorii de lucrări ar fi doar parţial şi, deci, neconcludent.

Motivele reținute de autoritate sunt următoarele:

*,,1. Analizele de preţ transmise și documentele anexate la răspunsul la solicitarea de clarificări I pentru materialele specificate ca „ făcute de noi":*

*-convulutul ACB-L3 TEH 1.8.pdf pag. 12 din pdf (Propunerea Tehnică) în care Ofertantul declară că Balastul va fi achiziţionat de la firma Valima Ferm, având o distanța până la traseul proiectului de 12,4 km;*

*-convulutul ACB-L3 TEH 1.8, descrierea Organizării de Şantier pag. 2-3, Planul de Situație al Organizării de Şantier pag. 6 (Propunerea*

*Tehnică), prin care Ofertantul nu a prevăzut stații de sortare/concasare, în planul de situație al Organizării de Şantier, fiind prevăzute doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate; comisia de evaluare nu regăsește informaţiile conform cărora balastul natural în şantier este procesat în agregate pentru betoane (făcute de noi);*

*-oferta de Agregate Material de la Valina Ferm, nr. 468/17.10.2017, prin care se pune la dispoziţie Ofertantului Sortul - Balast cu preţul în lei fara TVA/to si pret transport iniei fara TVA/km, transmisa in cadrul răspunsului nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare;*

*-constituirea preţului pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi) care are la bază Balast natural în şantier cu preţul diferit de oferta de preț anexată, transmisă în cadrul răspunsului nr. 009/ACJ3-L3 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare; comisia de evaluare a sesizat necorelare preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preț de la Valina Ferm - furnizor conform Propunerii Tehnice;*

*-solicitarea de clarificare nr. 12B/3127 din data 13.03.2018, prin care Comisia de Evaluare a revenit și a cerut clarificări privind indicarea/corelarea preturilor utilizate pentru justificarea fundamentării economice a modului de formare a preţului, pentru analizele de pret transmise și documentele anexate la răspunsul la solicitarea de clarificari;*

*-răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificare a comisie de evaluare nr. 010/ACB/L-3 din data 16.03.2018 prin care ofertantul face trimitere la răspunsul anterior;*

*-în analiza de preț înaintată de ofertant pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi), preturi pentru agregate care se regăsesc în analizele de preț (făcute de noi), pentru beton C20/25 în coloană forate, C12/15, C25/30, C30/37; C35/45, materiale ce intră atât în componența realizării lucrărilor de artă, cât și a podeţelor;*

*-faptul că în descrierea de preț pentru betoanele (făcute de noi), anterior mentionate, Ofertantul nu a prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului și obţinerea parametrilor tehnici, conform claselor de rezistență și standardelor de calitate pe care le-a menționat în răspuns.*

*Comisia de evaluare, constată că atât analiza de preț înaintată pentru Agregate pentru betoane (făcute de noi) împreună cu documentele transmise de Ofertant, cât și cele doua răspunsuri înaintate de Ofertant la solicitările de clarificare ale Comisiei de evaluare,* ***nu au fost concludente*** *analizele financiare prezentate* ***nefiind corelate cu elementele propunerii tehnice,***

*Răspunsul nr. 2 privind fundamentarea preţului pentru Categoria de lucrări DRUM - ref.3.1.1. terasamente și scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri), Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. ; 4.5.Imbunătățire baza rambleu Autostradă cu lianţi hidraulici conf.*

*Cerinţe Beneficiar aferente A.Grafic de plății Sector 1. Km 85+300 - Km 100+765 aferent Centura Sud si Categoria de lucrări DRUM – ref. 3.1.1. terasamente și scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri) Categoria de lucrări CONSOLIDĂRI - ref. 4.4. Îmbunătățire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conf. Cerinţe Beneficiar aferente B.Grafic de Plaţi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord, este neconcludent deoarece la solicitarea de clarificări suplimentară ofertantul a răspuns parţial, astfel:*

*-în rapoartele cu cantități pentru ref. 3.1.1 Terasamente și scurgerea apelor (casiuri, rigole, şanţuri), este prezentate modalitatea de stabilire a cantitatilor utilizate în analizele de preț, cantități doar pentru operaţiunile de* ***decapare strat vegetal, săpătură, umplutura;***

*- totalul privind săpătură nu este însumat la sfârsitul tabelelor de calcul anexate ,*

*- lipsesc catitățile estimate pentru* ***scurgerea apelor*** *(3.1.1.4: rigole de acostament, element turnat monolit pentru racordare rigola, dispersoare energie la picior casiu, caiuri pe taluz, şanţuri pereate, element turnat monolit pentru racordare casiu, rigola pereata în zona mediana, dren longitudinal) categorii de lucrări pe care ofertantul le-a cuprins în analiza de preț transmisa cu nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificari nr. 12B /2205/23.02.2018.''*

Consiliul reține că autoritatea contractantă, pentru a stabili acest rezultat, a solicitat clarificări pentru justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut. Cu toate acestea, în adresa de comunicare a finalizării evaluării financiare nu se menționează că oferta s-ar încadra în această categorie, fiind reținută doar neconcludența răspunsului contestatoarei.

Solicitările de clarificări formulate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 12B/2205/23.02.2018 sunt unele generale, prin reproducerea fidelă a dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și prin solicitarea justificării a 6 categorii de lucrări: Terasamente și scurgerea apelor, Consolidări, poduri și pasaje, suprastructură, pentru ambele sectoare de drum. De altfel, în condițiile în care la momentul actual nu există proiect, clarificarea în cauză nu putea fi decât una generală, respectiv cum și-a estimat ofertanta prețul ofertei. Contestatoarea a răspuns, transmițând contestatoarei un volum important de documente, amploarea solicitărilor fiind de natură a conduce la o serie de omisiuni. Cu toate acestea, având în vedere amploarea procedurii, condițiile concrete ale acesteia, respectiv ofertarea pe baza estimărilor realizate de ofertanți, autoritatea trebuia să verifice răspunsul respectiv și să solicite clarificări concrete, exact pentru elementele considerat lipsă sau neconcludente.

Ulterior, prin solicitarea de clarificări nr. 12B/3127/13.03.2018, autoritatea revine cu solicitări de clarificări, respectiv analizele de preț pentru produsele proprii ale contestatoarei și fundamentarea prețului pentru categoria de lucrări Drum (terasamente și scurgerea apelor) și categoria de lucrări Consolidări din cadrul ambelor sectoare de drum.

Astfel, nici în această a doua solicitare de clarificări autoritatea nu solicită concret, lămuriri, ofertantului, respectiv analiză de preț pentru produsul X, respectiv ***catitățile estimate pentru scurgerea apelor*** (3.1.1.4: rigole de acostament, element turnat monolit pentru racordare rigola, dispersoare energie la picior casiu, caiuri pe taluz, şanţuri pereate, element turnat monolit pentru racordare casiu, rigola pereata în zona *mediana, dren longitudinal*) categorii de lucrări pe care ofertantul le-a cuprins în analiza de preț transmisa cu nr. 009/ACB-L3 din data 01.03.2018 la solicitarea de clarificari nr. 12B /2205/23.02.2018, adică exact elementele concrete care ar fi putut să fie lămurite de ofertant. Astfel, deși autoritatea susține în comunicarea rezultatului procedurii că ofertanta a cuprins în analiza sa rigole de acostament, element turnat monolit pentru racordare rigola, dispersoare energie la picior casiu, casiuri pe taluz, şanţuri pereate, element turnat monolit pentru racordare casiu, rigola pereata în zona mediana, dren longitudinal, totuși, se arată nemulțumită că nu a trimis estimarea cantităților pentru scurgerea apelor, deși nu a solicitat expres estimarea cantităților respective.

Astfel, întrebarea din solicitarea de clarificări a avut următorul conținut:

*,,Comisia de evaluare solicită ofertantului să clarifice cum a fundamentat prețul pentru*

*A)Grafic de Plăți sector 1, km 85+300-km 100+765, aferent centura sud,*

*-categoria de lucrări Drum ref. 3.1.1. terasamente și scurgerea apelor (casiuri, rigole, șanțuri)*

*-categoria de lucrări consolidări, ref. 4.5, Îmbunătățire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conf. Cerinţe Beneficiar,*

*B) Grafic de Plaţi Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord*

*-categoria de lucrări Drum ref. 3.1.1. terasamente și scurgerea apelor (casiuri, rigole, șanțuri)*

*-categoria de lucrări consolidări, ref. 4.5, Îmbunătățire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conf. Cerinţe Beneficiar.*

*prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate, respectiv metodele de construcție utilizate, cu precizarea cotelor utilizate la estimarea volumelor, având în vedere respectarea cerințelor din documentația de atribuire.''*

Prin adresa nr. 010/ACB –L3, contestatoarea trimite analize de preț pentru Beton C8/10, Beton C12/15, Beton C35/45, Beton C30/37, Beton C25/30, Beton C25/30 în coloane forate, Emulsie bituminoasă, agregate pentru betoane, sort pentru stabilizat cu ciment.

În ceea ce privește fundamentarea prețurilor pentru categoria de lucrări Drum (terasamente și scurgerea apelor) și categoria de lucrări Consolidări din cadrul ambelor sectoare de drum, contestatoarea a arătat

că a transmis în răspunsurile anterioare explicațiile respective, indicând paginile din răspunsul anterior.

Așa cum s-a arătat mai sus, autoritatea a considerat răspunsul incomplet, deoarece nu a menționat catitățile estimate pentru scurgerea apelor. În condițiile în care în primul său răspuns contestatoarea trimisese deja, informațiile referitoare la cele două categorii de lucrări, lipsind doar estimarea cantităților pentru scurgeri ape, ce anume a împiedicat comisia de evaluare să solicite în conținutul celei de-a doua adrese o solicitare concretă, prin menționarea exactă a cantităților pentru scurgerea apei? Autoritatea contractantă insistă în punctul de vedere că societatea respectivă a avut șansa de a răspunde solicitărilor de clarificări repetate, și, cu toate acestea, răspunsul său a fost incomplet. Este de neînțeles motivul pentru care autoritatea contractantă nu a valorificat primul răspuns, pentru ca ulterior, prin a doua solicitare de clarificări să vină cu întrebări concrete, pe baza răspunsurilor anterioare, respectiv lămurirea aspectelor considerate nesatisfăcătoare în primul răspuns. Autoritatea a acționat ca și când în primul răspuns ofertanta nu ar fi menționat nimic despre cele două categorii de lucrări, respectiv *categoria de lucrări Drum ref. 3.1.1. terasamente și scurgerea apelor (casiuri, rigole, șanțuri) și categoria de lucrări consolidări, ref. 4.5, Îmbunătațire baza rambleu Autostrada cu lianţi hidraulici conf. Cerinţe Beneficiar,* din cadrul ambelor sectoare de autostradă, solicitând din nou fundamentarea prețului. Probabil că în urma unei solicitări concrete, răspunsul ofertantei ar fi fost ori concludent, în sensul suficienței prețului, ar fi adus elemente doveditoare suplimentare care ar fi consolidat opinia comisiei de evaluare, în ceea ce privește insuficiența prețului, în condițiile în care acesta este 66% din valoarea estimată.

Consiliul reține că într-o procedură de asemenea importanță, este contraproductiv a realiza o evaluare orientată programatic spre respingerea, cu orice preț, a ofertanților cu prețuri mai scăzute, prețul mare neînsemnând, invariabil, și o calitate proporțională, fiind necesar a lămuri, înainte de a lua decizia de respingere a ofertei, orice aspect neclar. După cum rezultă din raportul procedurii, propunerea tehnică a contestatoarei este una conformă, punctată cu 34 puncte din 40, or respingerea sa pentru motive atât de fluide, fără a exista ceritudinea insuficienței prețului, apare ca fiind nelegală. Este de observat că lucrarea a cărei atribuire se urmărește va fi realizată printr-un contract de proiectare și excuție, pe model FIDIC Cartea Galbenă, la momentul actual toate cantitățile fiind estimative, ofertanții estimându-le pe baza volumelor și calculelor. Prin urmare, în situația în care pentru două categorii importante de lucrări autoritatea apreciază că prețul declarat ar fi fost subevaluat, trebuia să manifeste diligență și să vină cu solicitări concrete, mai cu seamă că ofertantul trimisese, deja, un volum mare de informații. În situația în care, în urma verificărilor concrete și exprese, se dovedea pe deplin că oferta are un preț aparent neobișnuit de scăzut, acesta fiind scopul celor două solicitări de clarificări, autoritatea

contractantă trebuia să menționeze expres acest aspect în comunicarea rezultatului procedurii.

Mai mult, autoritatea avea obligația de a verifica și dacă lipsurile din ofertă pot fi încadrate în categoria abaterilor tehnice minore, evaluarea realizată de autoritate nefiind doveditoare în acest sens.

În ceea ce privește primul motiv indicat de autoritatea contractantă, respectiv în cadrul analizei de preţ pentru Agregate pentru betoane produse de contestatoare, în Planul de Situaţie al Organizării de Şantier, nu ar fi prevăzut staţii de sortare/concasare, ci doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate, iar comisia de evaluare nu ar fi regăsit informaţiile conform cărora balastul natural în şantier ar fi procesat în agregate pentru betoane (făcute de contestatoare), Consiliul reține că în fișa de date a achiziției, pentru lotul 3, nu se solicită dotarea cu concasoare în organizarea de șantier. Totodată, autoritatea contractantă nu este în măsură să indice vreo prevedere din caietul de sarcini care să oblige ofertanții să cuprindă în organizarea de șantier, concasoare. Contestatoarea arată că motivul pentru care staţia de sortare/concasare nu a fost alocată organizării de şantier este acela că aceste staţii se poziţionează direct în balastieră, pentru a evita transportul materialelor inutile şi al deşeurilor, fapt ce ar ridica în mod nejustificat costul materiei prime - şi pentru a transporta doar materialul curat, care se prelucrează pentru beton sau pentru stabilizat cu ciment, aşa încât beneficiarul să se bucure de cea mai bună ofertă prin prisma raportului calitate-preţ. Această soluţie a fost agreată cu Valina Ferm SRL încă din 17.10.2017, această societate obligându-se să îi închirieze contestatoarei staţia de sortare/concasare din balastiera situată în Mihăileşti, Giurgiu, în eventualitatea câştigării licitaţiei. Consiliul reține ca fiind relevant argumentul contestatoarei, concasoarele făcând parte din dotarea standard a oricărei balastiere. Mai mult, din moment ce în documentația de atribuire nu s-a solicitat deținerea unor concasoare, este lipsit de relevanță, unde, anume, sunt amplasate cele folosite la concasarea pietrei de râu necesară lucrării. Prin urmare, un asemenea motiv (lipsa concasoarelor) nu numai că excede documentației de atribuire, dar chiar dacă era prevăzut, nu exista nicio obligație a fi montat în organizarea de șantier, așa cum în mod greșit susține autoritatea contractantă.

Consiliul mai reține că și motivul referitor la distanța mai mare de transport de la balastieră pentru agregatele ce vor fi folosite la lucrare, apare ca fiind unul neserios, în condițiile în care ofera furnizorului este pentru lucrarea a cărei atribuire se urmărește. Este clar că pentru o lucrare de asemenea anvergură orice furnizor va oferi un preț competitiv.

Prin adresa nr. ACB L3 009-01.03.2018 Răsp. sol. clarif. financiar_2 (document pdf) contestatoarea a transmis oferte de preţ pentru a justifica aprovizionările de materiale necesare lucrărilor, referitor la articolele pentru care fuseseră cerute justificări.

Între acestea, a fost prezentată şi oferta furnizorului Heidelberg Cement care a ofertat produse pentru carieră şi produse pentru balastieră (balast natural şi sorturi). Așa cum susține în contestație, acest furnizor a fost declarat doar pentru produsele de carieră, deoarece pentru cele de balastieră nu era competitiv cu piaţa (în oferta tehnică fiind declarat, așa cum susține și autoritatea contractantp, Valina Ferm SRL, şi un cost de transport mediu de 14 lei/tonă pentru toate cele 3 loturi), societate ce are balastiera situată în Mihăileşti, Giurgiu, fiind în imediata apropiere a lotului 3, după cum rezultă din Planul General aflat în documentația de atribuire.

Că prețul aferent funcţionării staţiei de sortare/concasare nu a fost inclus în organizarea de șantier, este de la sine înțeles, din moment ce ele au fost incluse în analiza de preţ pentru obţinerea sorturilor. În același timp, existând o ofertă de preț din partea unui furnizor, aceasta nu poate fi pusă la îndoială, fără a avea vreo probă concretă în acest sens. Contestatoarea precizează că padocurile pentru sorturi/agregate şi staţiile pentru producţia materiei prime (beton şi stabilizat cu ciment/asfalt) au fost incluse în planul Organizării de Şantier doar pentru că fişa de date le prevede ca fiind cerinţe minim obligatorii, iar nu pentru că aici ar fi urmat să fie poziţionată staţia de sortare/concasare, explicație concludentă .

În ceea ce privește susținerea autorității potrivit căreia Oferta de Agregate Material de la Valina Ferm, prin care se pune la dispoziţia contestatoarei Sortul-Balast, ar prevedea preţul în lei fără indicarea TVA/to şi preţul de transport în lei fără indicarea TVA/km și Constituirea preţului pentru Agregate pentru betoane ar avea la bază necorelarea preţului pentru Balast natural în şantier cu oferta de preţ de la Valina Ferm -furnizor conform propunerii tehnice, Consiliul reține că motivul reținut pentru respingerea ofertei nu este unul clar. Că oferta de preț nu cuprinde TVA, acest aspect nu poate fi considerat un viciu al acesteia, mai cu seamă că, fiind vorba de materii prime, ele intră în componența prețului lucrării fără TVA. Deci, un astfel de motiv nu poate fi reținut drept concludent. În ceea ce privește așa-numita necorelare de preț, aceasta ar reprezenta o concluzie a autorității contractante, dar, așa cum s-a arătat, autoritatea nu a dorit lămurirea acestor ,,necorelări'', formulând solicitări de clarificări neclare, fără respectarea prevederilor art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia ,,Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare''.

Un alt motiv de respingere a ofertei contestatoarei este cel potrivit căruia în descrierea de preţ pentru betoane, aceasta nu ar fi prevăzut folosirea apei, element esenţial în fabricarea betonului şi obţinerea parametrilor tehnici. Este cert că nimeni nu își închipuie că betoanele vor fi realizate fără apă. Cu toate acestea, autoritatea nu a formulat o întrebare concretă în acest sens. Contestatoarea susține că apa

constituie un element fundamental nu numai pentru producţia betonului, ci pentru întreaga funcţionare a organizării de şantier (birouri, utilizarea staţiilor, spălarea betonierelor), ce poate fi rezolvată prin realizarea puţurilor şi/sau conexiunea la reţeaua publică, **motiv pentru care costurile aferente au fost alocate articolului 2.1. Organizarea Şantierului.** Consiliul reține că era necesară o solicitare de clarificări punctuală pe acest aspect, înainte de a lua decizia respingerii operatorului economic.

Consiliul reține că modalitatea în care a fost evaluată propunerea financiară a contestatoarei nu face dovada insuficienței prețului, iar în ceea ce privește neconcludența răspunsurilor la solicitările de clarificări, nici acest motiv nu este unul solid, din moment ce solicitările nu au fost unele clare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19657/16.05.2018, ...formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către ... SpA. Pentru aceleași motive cu cele de mai sus, văzând că ofertanta respectivă are interesul în menținerea rezultatului procedurii, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de ..... AS, ca cerere de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, în temeiul art. 63 ș 64 din Codul de procedură civilă.

În ceea ce privește contestația formulată de ...în ceea ce privește respingerea ofertei sale pentru lotul al doilea, Consiliul reține că acestea sunt identice celor deja analizate cu privire la lotul 3, motiv pentru care considerentele expuse mai sus sunt pe deplin valabile și în ceea ce privește lotul 2.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de ..., în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea ofertei financiare a acestei societăți, în partea dedicată loturilor 2 și 3.

Având în vedere soluția pronunțată, în temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, Consiliul va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de cererea de intervenție formulată de ... în contradictoriu cu ... în partea dedicată lotului 2.

- **DOSAR nr. 1638/2018**

Cu privire la contestația formulată de ...în calitate de lider al asocierii ... ofertantă clasată pe locul 3, această societate critică ofertele clasate pe locul 1 și 2, depuse de Asocierea SC ...SRL și de Asocierea SC ...întrucât prețurile lor depășesc valoarea estimată a procedurii în partea dedicată lotului 3.

Ca urmare a depunerii contestației, a formulat cerere de intervenție asocierea SC ...SRL, ofertanta declarată câștigătoare, solicitând respingerea contestației ca lipsită de interes, pentru lipsa

calității procesuale active, lipsa calității de reprezentant pentru SC ...SRL-societate în insolvență și ca tardivă în raport cu documentația de atribuire, iar pe fond, respingerea ca nefondată a acesteia.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție formulată de asocierea SC ...L, Consiliul reține că această asociere are interes să stea în proces, fiind interesată în menținerea calității sale de câștigătoare a procedurii. Prin urmare, în temeiul art. 62 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție ca intervenție principală.

Având a se pronunța asupra excepției lipsei de interes a contestatoarei ... în promovarea contestației, intervenienta invocă faptul că oferta depusă de asociere ar fi inacceptabilă, întrucât Tribunalul București a dispus deschiderea procedurii generale de insolvență împotriva SC .. ... SRL, în data de 13.02.2018, iar ofertanta nu a fost declarată inadmisibilă pentru unicul motiv că ar fi ascuns acest lucru.

Consiliul va respinge excepția invocată pentru următoarele motive: la data depunerii ofertelor, respectiv 23.10.2017, când ofertanta a depus DUAE, nu era deschisă procedura generală a insolvenței. După cum rezultă din dispozițiile legale incidente, documentele suport DUAE se depun doar de ofertanta câștigătoare, nu și de ceilalți ofertanți. În condițiile în care nu a avut loc o evaluare a documentelor de calificare ale respectivei ofertante, Consiliul nu se poate substitui comisiei de evaluare și să stabilească el admisibilitatea sau inadmisibilitatea ofertei respective. În același timp, dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 stabilesc situații de excepție în baza cărora ofertantul nu este respins de la procedură într-o atare situație. În același timp, Consiliul reține că în propria cale de atac, nu i se poate îngreuna situația contestatoarei, respectiv după soluționarea contestației, oferta sa devină inacceptabilă. În al treilea rând, în aplicarea principiului disponibilităţii, reclamantul este cel care stabileşte cadrul procesual şi limitele cererii de chemare în judecată, și nu intervenientul. Prin urmare, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes, fiind cert că societatea respectivă criticând admiterea unor oferte care depășesc valoarea estimată, are interes să stea în cauză. Este posibil ca in situația în care autoritatea declară admisibile și alte oferte, în urma reevaluării dispuse de Consiliu, ca ofertanta-contestatoare să nu mai aibă interesul să conteste ofertele cu o valoare estimată mai mare, dar în acest moment, ea este interesată în promovarea căii de atac.

În ceea ce privește excepția lipsei calității procesuale active, intervenienta susține că ... nu a fost niciodată ofertant, pentru a putea depune contestație, ofertant fiind asocierea SC ....

Potrivit dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 101/2016, ,,(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la

adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

**(2) Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege.**''

-art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, ,,În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

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

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

Întrucât oricare dintre asociați are interesul să depună contestație, legea reglementând în mod clar, dreptul oricărui asociat de a depune contestație, rezultă că o contestație formulată de liderul asocierii prin reprezentantul său convențional este formulată de o persoană cu calitate procesuală activă.

Similar, în ceea ce privește lipsa calității de reprezentant pentru SC ...SRL-societate în insolvență, Consiliul reține că din moment ce nu există obligația legală ca o contestație să fie semnată de oricare dintre asociați și din moment ce ea este semnată de ...) prin reprezentantul său convențional, nu se poate pune în discuție lipsa semnăturii administratorului special.

În ceea ce privește tardivitatea contestației, prin raportare la documentația de atribuire, Consiliul reține că obiectul contestației este unul clar, nimic din conținutul acesteia nu lasă să se înțeleagă că aceasta ar viza documentația de atribuire, aceasta fiind îndreptată împotriva rezultatului procedurii. Prin urmare, niciuna dintre excepțiile invocate nu este întemeiată, Consiliul urmând a analiza contestația pe fond.

Pe fondul contestației, contestatoarea critică decizia autorității de a declara admisibile două oferte care au depășit valoarea estimată, respectiv ofertele depuse de Asocierea ...SRL și Asocierea SC ...AS, considerând că cele două oferte trebuiau respinse, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. e) și f) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă nu a formulat punct de vedere cu privire la contestația formulată de ... până la data prezentei, dar a transmis, la solicitarea Consiliului nr. ...2018, adresa nr. 50520/18.07.2018, referitoare la evoluția valorii estimate.

Intervenienta susține că nu a depășit valoarea estimată, ci dimpotrivă, este mai mică cu 25.226.799,39 lei, diferența de 41.254.110 fiind suma aferentă rezervelor de implementare introduse prin clarificarea din oficiu nr. 5/07.09.2017.

Deci, ofertanta câștigătoare a considerat că rezervele de implementare se adaugă valorii estimate.

Prin urmare, Consiliul trebuie să stabilească dacă rezervele de implementare au fost sau nu incluse în valoarea estimată sau valoarea lor se adaugă valorii estimate.

Potrivit clarificării nr. 5/07.09.2017, *,,În virtutea art. XI, alin (3) din OUG 83/2016 privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative, Autoritatea Contractanta publică, în cadrul Anexei I la Acordul Contractual, Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevazute in Graficul de plăți aferent prezentului contract. A se vedea, în acest sens, Anexa 1 la prezenta. În consecință, Graficul de plăti se completeaza cu Anexa "Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțeaza din rezervele de implementare", care va fi completata în mod obligatoriu de ofertanți și va fi inclusă în Propunerea Financiară a acestora pentru fiecare lot în parte. A se vedea în acest sens Anexa 2 la prezenta''.*

De asemenea, Consiliul reține că atașat acestei clarificări, există documentul intitulat Anexa Grafic de Plăti, cu următorul conținut:

**PROIECTARE SI EXECUTIE**
**AUTOSTRADA DE CENTURA BUCURESTI KM 0+000 – KM 100+900**
**Lotul 3: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud**
**si**
**Sector 2. Km 0+000 - Km 2+500 aferent Centura Nord**

**Lista categoriilor de cheltuieli care se finanteaza din rezervele de implementare**

| Nr. crt. | Categoria de cheltuieli | Pret lei fara TVA (doua zecimale) |
|---|---|---|
| 1. | Cheltuieli privind protectia mediului | |
| 2. | Cheltuieli privind relocările de utilităţi | |
| 3. | Cheltuieli privind descărcarea de sarcini arheologice | |
| 4. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea efectuarii unor servicii de cadastru si evaluare din cauza aparitiei exproprierilor suplimentare fata de coridorul de expropriere pus la dispozitie de Beneficiar | |
| 5. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea efectuarii unor studii suplimentare | |
| 6. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea elaborarii unor documentatii tehnice solicitate de diverse institutii / autoritati / entitati pentru obtinerea avizelor / acordurilor / autorizatiilor | |
| 7. | Cheltuieli care rezulta din implementarea solicitarilor provenite de la diverse institutii / autoritati / entitaticare au atributii in legatura cu obiectivul de investitie | |
| 8. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea efectuarii unor expertize tehnice | |
| 9. | Cheltuieli care rezulta din modificari ale terenului, retelei hidrografices upraterane si subterane necunoscute la data elaborarii | |

| | | |
|---|---|---|
| | proiectului | |
| 10. | Cheltuieli care rezulta din recomandarile/observatiile/conditiile formulate in cadrul CTE Siguranta Circulatiei al CNAIR SA de catre Politia Romana la avizarea Proiectului Tehnic exceptie facand erorile de proiectare | |
| 11. | Cheltuieli care rezulta din modificari necesar a fi efectuate pentru adaptarea proiectului tehnic la realitatea din teren, inclusiv schimbari de solutii tehnice punctuale | |
| 12. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea efectuarii unor accese la proprietati suplimentare datorita situatiei existente in teren ulterior semnarii contractului | |
| 13. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea mutarii/stramutarii unor obiecte aflate in/pe subsol/sol | |
| 14. | Cheltuieli care rezulta din necesitatea implementarii recomandarilor/observatiilor/conditiilor stabilite de catre Autoritatea Rutiera Romana in auditurile/studiile efectuate cu privire la Siguranta rutiera, exceptie facand erorile de proiectare | |
| 15. | Cheltuieli care rezulta din implementarea unor modificari legislative sau de Norme tehnice/Normative/Standarde/STAS-uri pe parcursul derularii contractului | |
| 16. | Cheltuieli care rezulta din modificari ale cotelor, pozitiilor si/sau dimensiunilor unor lucrari ca urmare a situatiei din teren | |
| | **Rezerve de implementare conform OUG 83 / 2016** | **41.254.110** |

**Nota 1:***Categoriile de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare sunt numai cele incluse in* ***Lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare ce va fi parte integranta din documentatia de atribuire****. Sumele aferente acestor categorii de cheltuieli sunt cele propuse de fiecare ofertant in propunerea sa financiara.*

***Nota 2:*** *Valoarea totala a acestor categorii de cheltuieli, respectiv* **41.254.110** *Lei fara TVA va fi defalcata de fiecare Ofertant in cadrul celor 16 categorii de cheltuieli din prezenta anexa.*

***Nota 3:*** *Categoriile de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare nu fac obiectul unor actualizari/ indexari/ ajustari ale preturilor".*

De asemenea, în Acordul contractual, la clauza 24, se menționează următoarele: ,,Pe parcursul derulării contractului, în situatia în care se utilizează rezevele de implementare incluse în Graficul de Plăți și în Anexa la Graficul de Plăți, părțile se obligă să respecte prevederile Metodologiei de utilizare a rezervelor de implementare inclusă în Anexa 1 la prezentul Acord Contractual''.

Totodată, Consiliul reține incidența în cauză și a prevederilor art. XI din OUG nr. 83/2016 privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative, care stabilesc următoarele:

,,(1) Pentru categoriile de cheltuieli aferente obiectivelor de investiții în domeniul infrastructurii publice de transport finanțate din fonduri structurale, referitoare la cheltuielile privind protecția mediului, cheltuielile privind relocările de utilități, cheltuielile privind descărcarea de sarcini arheologice, precum și alte categorii de cheltuieli asemenea,

**care sunt independente de voința beneficiarului sau a executantului de lucrări sau care nu pot fi prevăzute cu exactitate la data organizării procedurii legale de achiziție publică, dar care devin strict necesare pentru implementarea proiectelor de infrastructură de transport de interes național strategic, beneficiarii pot include, odată cu inițierea procedurilor de achiziție publică, rezerve de implementare a proiectelor, care fac parte din investiția de bază, exprimate în procente din valoarea estimată a cheltuielilor pentru investiția de bază sau în sume fixe, dacă este cazul, din care urmează a fi finanțate aceste categorii de cheltuieli.**

(2) **Rezervele de implementare a proiectelor sunt evidențiate distinct de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire a lucrărilor ca articole generale sau sub orice altă formă considerată de către beneficiar în conformitate cu prevederile legale în vigoare și fac parte din valoarea estimată a contractului.**

(3) Utilizarea rezervelor de implementare a proiectelor de către executanții de lucrări/prestatorii de servicii se face pe baza unei metodologii aprobate de beneficiar cu avizul prealabil al Ministerului Transporturilor în calitate de ordonator principal de credite și cu respectarea principiilor de transparență și eficiență a utilizării fondurilor. ***Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare a proiectelor face parte din documentația de achiziție publică, ce se comunică ofertanților odată cu organizarea procedurii de achiziție publică.***

**(4) Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, precum și sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli se evidențiază distinct în documentația de atribuire a lucrărilor odată cu inițierea procedurilor de achiziție publică.**

**(5) Utilizarea mecanismului rezervelor de implementare a proiectelor se poate face numai pentru contractele de execuție lucrări/prestare de servicii, dacă aceste sume sunt prevăzute distinct în contractele legal încheiate''.**

Consiliul reține că în documentația de atribuire, astfel cum este aceasta prevăzută în SEAP, nu sunt evidențiate rezerve de implementare.

Față de neevidențierea acestora în SEAP, în cadrul documentației de atribuire, precum și față de lipsa unei mențiuni din clarificarea nr. 5/07.09.2017, din care să rezulte că rezervele de implementare sunt cuprinse în valoarea estimată, înseamnă că respectiva clarificare completează valoarea estimată cu această sumă, care trebuie să se regăsească, constant, în toate ofertele prezentate. Că această sumă nu a fost introdusă în valoarea estimată, este cât se poate de cert, din moment ce nu este evidențiată separat nici la valoarea estimată a

întregii proceduri, nici la valoarea loturilor, prima mențiune referitoare la aceasta fiind făcută odată cu clarificarea nr. 5.

De asemenea, din documentele atașate de autoritatea contractantă adresei nr. 50520/18.07.2018, referitoare la evoluția valorii disponibile a investiției, rezultă că aceasta a fost stabilită la nivelul anului 2008, prin anexele (clasificate) la Hortărârea de Guvern nr. 233/2008, sume actualizate la nivelul anului 2017, prin Ordinul Ministrului Transporturilor 764/11.07.2017, cu mult peste valoarea estimată publicată în SEAP, existând fonduri suficiente și pentru rezervele de implementare.

În același timp, chiar dacă s-ar considera că nemenționarea rezervelor de implementare în anunțul de participare și fișa de date nu echivalează cu adăugarea acestora la valoarea estimată, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a publicat un anunț tip erată care să modifice valoarea estimată, acest lucru nu poate conduce la excluderea unui ofertant care a depășit valoarea estimată publicată inițial în SEAP, existând dubiu în interpretarea clarificării nr. 5. Este, în mod cert, eronată nemenționarea explicită, în cuprinsul clarificării, a modificării valorii estimate, ori prin adăugarea rezervelor de implementare la valoarea estimată, ori prin defalcarea acestora și menționarea separată în cuprinsul valorii estimate. În condițiile în care niciun ofertant nu a avut nelămuriri și nu a solicitat clarificări, se înțelege că fiecare și-a prevăzut costurile proprii în ofertă, unii considerând suficientă valoarea estimată fără a fi necesară adăugarea rezervelor de implementare, ofertând chiar valori aparent neobișnuit de scăzute, alții, dimpotrivă, au înțeles să depună oferte mai costisitoare.

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect în luarea deciziei referitoare la menținerea ofertanților Asocierea ... în procedura de atribuire, aceștia interpretând clarificarea nr. 5 în sensul că valoarea rezervelor de implementare se adaugă valorii estimate.

Pe de altă parte, legislația achizițiilor nu pune semnul egalității între valoarea estimată și fondurile care pot fi disponibilizate, tocmai dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016, conform cărora ,,(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

(2) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:

e) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară **depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare** pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv;

f) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară **depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare şi, deşi există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la**

**modificarea substanţială în sensul art. 55 alin. (2) lit. a)”**, făcând distincție clară între cele două noțiuni.

De asemenea, art. 55 din HG nr. 395/2016 prevede următoarele: ,,(2) În condiţiile art. 153 din Lege, autoritatea contractantă are obligaţia de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificaţiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacţia potenţialilor ofertanţi, cu excepţia modificărilor substanţiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziţiei publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiţie sau schimbă piaţa de profil la care se adresează”.

În situația de speță, există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare, iar acceptarea ofertei nu conduce la modificarea substanțială a nivelului de competiţie și nu schimbă piaţa de profil căreia i se adresează, mai cu seamă că datele referitoare la rezervele de implementare au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor, prin clarificarea nr. 5.

Astfel, Consiliul stabilește că decizia autorității de a declara admisibile ofertele depuse de Asocierea ... SRL și Asocierea SC ... a fost corectă, motiv pentru care va respinge, ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, contestația formulată de ...

Față de soluția pronunțată, în temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de Asocierea ...SRL în contradictoriu cu ... S.A.).

- **DOSAR nr. 1674/2018**

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL împotriva rezultatului final al procedurii în partea dedicată lotului 3, contestatoarea a solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. 92/30014/26.04.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea părţii relevante din raportul procedurii în ceea ce priveşte respingerea ofertei contestatoarei, declararea ofertei Asocierii ... SA ca admisibilă sub aspectul propunerii tehnice, declararea ofertei Asocierii ... SRL câştigătoare, precum şi a tuturor deciziilor şi actelor incidente, anterioare şi subsecvente (inclusiv a oricăror precese - verbale de evaluare şi comunicări adresate în acest sens, inclusiv celorlalţi participanţi în procedură,
- reluarea evaluării propunerii financiare a contestatoarei cu consecinţa constatării caracterului conform şi acceptabil al acesteia,
- reluarea evaluării propunerii tehnice a Asocierii ... cu constatarea caracterului neconform şi inacceptabil al acesteia,

- continuarea procedurii prin aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile după efectuarea reevaluărilor solicitate mai sus.

Întrucât contestatoarea a formulat și contestație și cu privire la respingerea ofertei sale, ca urmare a comunicării rezultatului evaluării financiare, prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei următoarele lămuriri:

*,,Având în vedere că pe rolul Consiliului, în legătură cu procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare şi execuţie «Autostrada de Centură Bucureşti km 0+000 – km 100+900" **Lotul 3**: Sector 1. Km 85+300 – Km 100+765 aferent Centura Sud şi Sector 2. Km 0+000 – Km 2+500 aferent Centura Nord»", organizată de către COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, ați promovat 2 contestații, respectiv:*

*- **prima contestație** având nr. 1167/11.04.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 14483/11.04.2018, vizând rezultatul evaluării propunerii financiare, prin care oferta dvs a fost respinsă;*

*- **a doua contestație** având nr. 2399/17.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 19948/18.05.2018, vizând rezultatul final al procedurii, în care criticați, sub aspectul admisibilității, oferta depusă de Tirrena Scavi SpA, ofertă, de asemenea, respinsă în etapa evaluării propunerilor tehnice,*

*în temeiul art. 2 și 11 din Legea nr. 101/2016, vă solicităm punctul de vedere cu privire la interesul dvs. în promovarea **celei de-a doua contestații**, respectiv beneficiul urmărit de dvs. prin respectivul act, prin raportare la următoarele:*

*- în situația în care **prima contestație** ar fi admisă, soluția logică și firească ar fi aceea a anulării tuturor actelor ulterioare, deci inclusiv a raportului final al procedurii, act atacat prin **cea de-a doua contestație**, situația în care aceasta din urmă ar fi lipsită de obiect;*

*-în situația în care **prima contestație** ar fi respinsă, deci oferta dvs. ar rămâne definitiv respinsă în etapa financiară, se pune problema interesului dvs. în promovarea celei de-a doua contestații, din moment ce nu ar exista șanse să ajungeți câștigătoare a procedurii;*

*-interesul dvs. cu privire la promovarea criticilor referitoare la oferta Tirrena Scavi SpA, sub aspectul actualității acestuia, în condițiile în care această ofertă este respinsă ca neconformă, în acest moment, respectiv care ar putea fi soluția dispusă de Consiliu în raport cu criticile dvs, în legătură cu raportul procedurii".*

Prin adresa nr. 2599/29.05.2018, înregistrată la Consiliu cu 21348/30.05.2018, contestatoarea a răspuns după cum urmează:

- Prima contestaţie vizează decizia … prin care oferta … a fost declarată neconformă;
- Spre deosebire de aceasta, contestaţia 2 vizează:

- actele ulterioare întreprinse de ... în privinţa respingerii ofertei PORR, aspect în privinţa căruia, necunoscând abordarea CNSC în cazuri în care au existat atât comunicări intermediare, cât şi comunicări ale rezultatului final al procedurii, a solicitat, pe de o parte, completarea actelor vizate prin prima contestaţie iar, pe de altă parte (pentru a nu i se reproşa criticarea acestor acte noi fără îndeplinirea procedurii notificării prealabile) a formulat notificare prealabilă şi şi cea de-a doua contestaţie;
- actele/deciziile ... prin care propunerea tehnică a Asocierii ... a fost declarată admisibilă, precum şi acceptarea garanţiei de participare;
- aplicarea criteriului de atribuire cu consecinţa stabilirii ofertei asocierii ...câştigătoare fără a se lua în calcul soluţionarea contestaţiilor aflate pe rolul CNSC;

- încălcarea prevederilor legale în materia permiterii accesului de către ... la documentele dosarului achiziţiei publice.

- Astfel, între cele două contestaţii există diferenţe în privinţa actelor/deciziilor criticate relevante sub aspectul obiectului acţiunii juridice.

-prin cea de-a doua contestaţie a fost criticată şi decizia ...de acceptare a ofertei Asocierii ... în privinţa admisibilităţii propunerii tehnice şi a garanţiei de participare. Această din urmă critică nu face obiectul nici al primei contestaţii şi nici al cererii de intervenţie formulată în dosarul CNSC ..., în care se soluţionează contestaţia împotriva deciziei ... de respingere a ofertei Asocierii ... în privinţa propunerii financiare.

-întrunirea condiţiilor prevăzute de art. 32 şi 33 C.proc.civ., se analizează cu privire la fiecare contestaţie în parte şi la particularităţile acesteia la momentul soluţionării ei.

-atât timp cât Consiliul nu a soluţionat încă prima contestaţie, cea de-a doua contestaţie deţine obiect (cu atât mai mult cu cât obiectul cele de-a doua contestaţie nu se confundă şi nu se suprapune peste obiectul primei contestaţii).

-pe de altă parte, simpla împrejurare că prin a doua contestaţie s-au contestat şi alte acte/măsuri în afară de actele ulterioare notificării intermediare contestate prin intermediul primei contestaţii, împiedică respingerea celei de-a doua contestaţii ca lipsită de obiect indiferent de modalitatea de soluţionare a primei contestaţii.

-referitor la condiţia interesului celei de-a doua contestaţii în ipoteza respingerii primei contestaţii, contestatoarea arată că potrivit art. 3 alin. (3) din Legea 101/2016: *"în sensul alin. (1) lit.f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac."*

- chiar în ipoteza respingerii primei contestaţii... are calitatea de persoană care are un interes în procedura de atribuire atât timp cât decizia CNSC nu a rămas definitivă, putând forma obiectul plângerii la Curtea de Apel.

-...nu ar putea face dovada interesului său numai în ipoteza în care nu ar ataca decizia CNSC ipotetic defavorabilă sau în ipoteza în care decizia Curţii de Apel nu ar mai putea face obiectul niciunei căi de atac (ordinare sau extraordinare).

-Considerarea neîndeplinirii condiţiei interesului cu privire la cea de-a doua contestaţie, prin raportare la o eventuală decizie nefavorabilă a primei contestaţii, este vădit nelegală şi ar reprezenta aplicarea prematură a unei sancţiuni neprevăzute de lege la acest moment.

-Pe cale de consecinţă, în acelaşi sens trebuie interpretată şi şansa obţinerii atribuirii contractului licitat care nu dispare decât în condiţiile în care decizia de respingere a autorităţii nu mai poate fi atacată (doar în acel moment se poate discuta despre un ofertant respins în mod definitiv).

-Chiar dacă cele două contestaţii au fost conexate, acestea urmând a fi soluţionate împreună, CNSC nu ar putea respinge cea de-a doua contestaţie ca lipsită de interes prin raportare la o soluţie contemporană de respingere a primei contestaţii:

- pe de-o parte, pentru că cele două contestaţii privesc acte/măsuri diferite, obiectul şi cauza acestora fiind diferite;
- pe de altă parte, pentru că în persoana contestatorului există din punct de vedere teoretic, interes atât timp cât există remedii judiciare la care legea îi permite accesul.

-Prin urmare, până la soluţionarea definitivă de către instanţele de judecată a aspectelor supuse în prezent analizei CNSC, există interesul în promovarea fiecăruia dintre cele două demersuri juridice.

-Referitor la condiţia actualităţii interesului în criticarea ofertei Asocierii ...contestatoarea susţine că a arătat atât prin cererea de intervenţie formulată în dosarul CNSC ... (reconstituit în urma operaţiunilor de conexare şi desprindere în dosarul ... cât şi prin cea de a doua contestaţie, că interesul în formularea demersurilor litigioase rezidă în faptul că în cazul care oferta Asocierii ... va fi declarată admisibilă, s-ar situa în clasament pe prima poziţie, în faţa ofertei ....

-Drept pentru care, pentru obţinerea atribuirii contractului de achiziţie nu este suficientă doar declararea ofertei ... ca admisibilă, ci şi respingerea definitivă din procedură a ofertei Asocierii ....

-Respingerea ofertei Asocierii ... din procedură nu este definitivă în acest moment pentru aceleaşi motive şi prevederi legale indicate mai sus. Până la rămânerea definitivă a excluderii acestui ofertant... are interesul legitim şi actual de a îndeplini orice demers permis de lege în vederea menţinerii şi/sau obţinerii respingerii ofertei acestui ofertant.

-A doua contestaţie priveşte declararea ca admisibilă a propunerii tehnice a Asocierii ... în condiţiile în care neregulile identificate de comisia de evaluare în ceea ce priveşte propunerea financiară determină în mod vădit şi o neconformitate/inacceptabilitate a propunerii tehnice. De asemenea, sunt aduse critici şi împotriva garanţiei de participare.

-Obiectul urmărit este completarea/suplinirea motivelor pentru care oferta Asocierii ... trebuia respinsă în contextul în care nimic nu se opune ca ofertanţii interesaţi să solicite, prin intermediul demersului de contestare, completarea motivelor pentru care ceilalţi ofertanţi au fost respinşi, tocmai, în vederea consolidării unei astfel de decizii de respingere.

-Mai mult, instanţele din România au validat acest fapt reţinând interesul ofertantului în a promova un demers juridic împotriva celorlalţi ofertanţi, putând invoca şi alte motive de inacceptabilitate/neconformitate decât cele reţinute de autoritatea contractantă.

-Pe cale de consecinţă contestatoarea apreciază că cea de-a doua contestaţie ar trebui admisă cu reţinerea ca întemeiate a tuturor criticilor formulate.

Din argumentele expuse de contestatoare, Consiliul reține că aceasta își susține interesul prin prisma obiectului diferit al celor două acte, și nu prin prisma consecințelor și folosului practic obținut ca urmare a promovării celei de-a doua căi de atac.

Astfel, primul capăt de cerere privind anularea adresei nr. 92/30014/26.04.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, este, în mod evident, fără obiect, din moment ce Consiliul a dispus reevaluarea ofertei contestatoarei

În ceea ce privește capătul 2 de cerere referitor la solicitarea referitoare la anularea părţii relevante din raportul procedurii în ceea ce priveşte respingerea ofertei contestatoarei, declararea ofertei Asocierii ... SA ca admisibilă sub aspectul propunerii tehnice, declararea ofertei Asocierii ... SRL câştigătoare, precum şi a tuturor deciziilor şi actelor incidente, anterioare şi subsecvente (inclusiv a oricăror procese - verbale de evaluare şi comunicări adresate în acest sens, inclusiv celorlalţi participanţi în procedură, Consiliul reține că acesta este parțial lipsit de obiect, în condițiile în care, dispunându-se reevaluarea ofertei contestatoarei, raportul procedurii criticat este anulat, iar în ceea ce privește anularea raportului în partea privind declararea ofertei Asocierii ... ca admisibilă sub aspectul propunerii tehnice, Consiliul

constată lipsa de interes a contestatoarei, întrucât în momentul actual, așa cum s-a arătat anterior, oferta respectivă se află în aceeași situație cu cea a contestatoarei, respectiv sunt respinse în etapa evaluării propunerilor financiare, consiliul dispunând reevaluarea ei. În același timp, o astfel de solicitare ar putea fi și prematură, dreptul contstatoarei de a contesta oferta Asocierii ...născându-se doar în situația în care aceasta ar deveni câștigătoare a procedurii, or, în situația de față, oferta respectivă este respinsă, Consiliul neputând dispune respingerea unei oferte deja respinse.

În ceea ce privește reluarea evaluării propunerii financiare a contestatoarei cu consecinţa constatării caracterului conform şi acceptabil al acesteia, și acest capăt de cerere este rămas fără obiect, în contextul în care Consiliul deja a dispus această măsură.

În ceea ce privește reluarea evaluării propunerii tehnice a Asocierii ... SA cu constatarea caracterului neconform şi inacceptabil al acesteia și continuarea procedurii prin aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile după efectuarea reevaluărilor solicitate mai sus, și aceste capete de cerere sunt lipsite de interes și de obiect, pentru motivele prezentate mai sus.

Prin urmare, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația nr. 19948/18.05.2018 formulată de către ... SRL, în contradictoriu cu ..., în parte ca lipsită de obiect, în parte ca lipsită de interes, așa cum rezultă din cele de mai sus.

- **DOSAR nr. .../2018**

Consiliul reține aceeași situație și pentru contestația nr. 20571/23.05.2018, formulată de SC ... SA, Consiliul punând în discuția contestatoarei aceleași excepții, prin adresa nr. ... la care contestatoarea a răspuns prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 23524/12.06.2018.

Astfel, în ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la anularea adresei nr. 92/30013/26.04.2018 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, Consiliul reține că aceasta a rămas fără obiect, în urma soluționării contestației nr. 15565/18.04.2018, situație similară și în ceea ce privește capetele de cerere referitoare la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 12B/5247/25.04.2018 cât privește oferta contestatoarei şi oferta depusă de către ofertantul câştigător Asocierea SC ... SRL precum şi a tuturor actelor subsecvente emise de către autoritatea contractantă după transmiterea adresei nr. 92/30013/26.04.2018 pentru motive de netemeinicie şi nelegalitate și reevaluarea ofertei asocierii SC ...

Prin urmare, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația nr. 20571/23.05.2018 formulată de către SC ... SA, în contradictoriu cu ..., ca rămasă fără obiect.

Cu privire la contestațiile formulate împotriva modalității de evaluare a ofertelor depuse **pentru lotul 2**, Consiliul le va analiza în ordinea înregistrării lor.

Înainte de a trece la analiza contestațiilor, Consiliul reține că SC ... ... AS, ofertanta declarată câștigătoare a procedurii, a formulat cereri de intervenție în contradictoriu cu fiecare dintre cele trei contestatoare din cadrul lotului 2.

Contestatoarea a solicitat suspendarea soluționării cauzelor în partea dedicată lotului 2, până la pronunțarea soluției pentru lotul 1, în cadrul dosarului nr. 12274/3/2018. Consiliul reține că prin Hotarârea nr. 4975/ 24.07.2018, Curtea a soluționat doar contestația cu care a fost învestită, respectiv cea formulată de reclamanta ... S.A, ... C SPA, în calitate de lider al Asocierii Impresa ... S.A, în contradictoriu cu pârâta .... şi intervenienta ... A.S, considerând că restul cauzelor trebuie restituite Consiliului.

Soluția instanței este următoarea: ,,Respinge ca inadmisibilă excepţia de nelegalitate. Respinge ca neîntemeiată acţiunea formulata de reclamanta ... S.A, prin ..., în calitate de lider al Asocierii ... şi Pizzarotti S.A, în contradictoriu cu pârâta .... şi intervenienta .... Admite cererea de intervenție accesorie. Cu recurs în termen de 10 zile de la comunicare, cererea de recurs urmând a fi depusă la Tribunalul Bucureşti''.

În condițiile în care instanța de judecată a reținut doar dosarul cu care a fost învestit, considerând că celelalte cauze vizează alte acte, Consiliul nu are niciun motiv să suspende soluționarea dosarelor, până la primirea motivării hotărârii, prin urmare, respinge cererea de suspendare a soluționării. Celelalte dosare aferente lotului 1 urmează a fi soluționate de Consiliu ulterior, după transmiterea lor de către Tribunal. De altfel, suspendarea cauzelor ar fi o măsură contrară interesului public, în măsura în care investiția respectivă stagnează în toată această perioadă.

Cu privire la cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 19667/16.05.2018, ...solicită admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către SC ... SA împotriva evaluării ofertei financiare.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție, Consiliul reține că aceasta a fost formulată la mai mult de 10 zile după depunerea contestației. Cu toate acestea, Consiliul reține că dreptul intervenientei de a formula cererea de intervenție nu s-a născut la momentul depunerii contestației, ci la momentul comunicării rezultatului procedurii prin care a fost înștiințată că este câștigătoare a lotului 2, respectiv 08.05.2018. Raportat la această dată, termenul de 10 zile prevăzut la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 a fost respectat. Față de cele constatate, văzând că ofertanta respectivă are interesul în menținerea rezultatului procedurii, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de ... AS, ca cerere de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, în temeiul art. 63 ș 64 din Codul de procedură civilă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19662/16.05.2018, ...formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită admiterea în principiu şi pe fond

a cererii de intervenţie, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către Asocierea IC ... Pentru aceleași motive cu cele de mai sus, văzând că ofertanta respectivă are interesul în menținerea rezultatului procedurii, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de A....., ca cerere de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, în temeiul art. 63 ș 64 din Codul de procedură civilă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23700/13.06.2018, .....AS formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie, suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei, respingerea ca tardivă a contestaţiei formulată de către SC ...SA, în subsidiar respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei. Pentru aceleași motive cu cele de mai sus, văzând că ofertanta respectivă are interesul în menținerea rezultatului procedurii, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de ... AS, ca cerere de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, în temeiul art. 63 ș 64 din Codul de procedură civilă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 22150/05.06.2018, ... formulează cerere de intervenţie în cadrul procedurii de atribuire antemenţionată – lotul 2, în care solicită admiterea în principiu şi pe fond a cererii de intervenţie, suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei, respingerea ca tardive a capetelor de cerere 1 şi 4 din contestaţie, respingerea ca neîntemeiată a contestaţiei formulată de către Asocierea IC .... Pentru aceleași motive cu cele de mai sus, văzând că ofertanta respectivă are interesul în menținerea rezultatului procedurii, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de ..., ca cerere de intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante, în temeiul art. 63 ș 64 din Codul de procedură civilă.

- **DOSARUL …/2018**

În ceea ce privește contestația nr. 15592/18.04.2018, formulată de SC ... SA, în calitate de lider al asocierii SC ... SA, Consiliul reține că și prin aceasta critică respingerea ofertei sale pentru lipsuri considerate minore.

Astfel, în cadrul adresei nr. 12B/3586/21.03.2018, autoritatea contractantă a reținut următoarele motive de respingere ca neconformă a ofertei:

,,1. *Prin răspunsul la solicitarea de clarificări şi retransmiterea Graficului de plăţi şi Graficul de preţ, s-a modificat conţinutul propunerii financiare, astfel:*

*Grafic de Plăţi Lot 2: Km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud*

*- 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 126.594,95 lei;*

*- 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 183.215,24 lei;*

*2. Modificările de preţuri au fost realizate prin diminuarea/mărirea altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare".*

Analizând modalitatea în care autoritatea contractantă a ajuns la această concluzie, Consiliul constată că autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei clarificări prin adresa nr. 12B/1563/07.02.2018, respectiv „clarificarea existenţei articolelor preţuite cu valorea 0,00 (zero) în cadrul propunerii financiare depuse". Urmare a solicitării, contestatoarea a depus răspunsul nr. 344/12.02.2018 în cadrul căruia a indicat în mod clar că *„Articolele mai sus enumerate au fost preţuite cu valoare 0,00 (zero) din următoarele considerente:*

*3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.1.4 Nod DN5 pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodului rutier.*

*3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei - aceste activităţi au fost cotate integral la art. 3.2.3.4 Nod DN6 pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 fiind realizate în cadrul amenajarii generale a nodului rutier.*

Autoritatea contractantă a revenit cu solicitarea de clarificări nr. 12B/2197/20.02.2018 și 12B/2305/20.02.2018, solicitând *„... detalierea preţului pentru 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, lucrări incluse în alte categorii, astfel încât ofertantul să justifice cum a fost format/cumulat preţul, precum şi preţul aferent fiecărei categori de lucrări, aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire — anexa 2 la Formularul 8"*. Faţă de această solicitare, contestatoarea a formulat răspunsul nr. 572/01.03.2018 în cadrul căruia a menţionat că sunt „... *ataşat Anexa 2 la Formularul nr. 8 - ataşat Anexa 1 şi Anexa 3 la Formularul nr. 8 - ataşat Anexa 2, revizuite, de unde reiese preţul aferent fiecărei categorii de lucrări aşa cum acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire".*

Consiliul reține că valoarea totală a ofertei nu s-a modificat, contestatoarea procedând doar la defalcarea cheltuielilor respective :

- Suma de 126.594,95 lei aferentă categoriei 3.2.2.4 Siguranţa circulaţiei, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLĂŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări din oferta iniţială la categoria 3.2.1.4 Nod DN5 ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLAŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD, nefiind modificată oferta financiară.

- Suma de 183.215,24 lei aferentă categoriei 3.2.4.4 Siguranţa circulaţiei, ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLAŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD indicată în graficul la răspunsul la solicitarea de clarificări din oferta iniţială la categoria 3.2.3.4 Nod DN6

ANEXA 2 LIT. B. GRAFIC DE PLAŢI Lot 2 Km 69+000 - km 85+300 aferent CENTURA SUD, nefiind modificată oferta financiară.

- Valoarea totală a ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată, în condiţiile în care nicio sumă nu a fost adăugată/eliminată cât priveşte preţul total al categoriilor de lucrări, respectiv preţul total prevăzut în Formularul nr. 8 (716.066.255,66 lei, fără TVA).

Astfel, contestatoarea explică faptul că în graficul de plăţi depus iniţial (în faza de licitatie), se regăsesc următoarele valori pe categorii de lucrări, respectiv :

- 3.2.2.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 126.594,95 lei;
- 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei, iniţial 0,00 lei, retransmis 183.215,24 lei.

Totodată, contestatoarea susține că la 3.2.2.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) au fost cotate cu zero deoarece 3.2.2.4.Siguranţa circulaţiei şi 3.2.4.4.Siguranţa circulaţiei - **aceste activităţi au fost cotate integral la articolul 3.2.1.4. Nod DN5 şi respectiv la articolul 3.2.3.4 Nod DN6, pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 şi respectiv DN6 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodurilor rutiere. Marcajele şi indicatoarele de semnalizare rutieră ce se vor amplasa în lungul traseelor drumurilor DN5 şi DN6 (3.2.2.4 si 3.2.4.4.) asigură presemnalizarea aproprierii nodului rutier, făcând astfel parte din amenajarea acestuia. Valorile articolelor 3.2.2.4 şi 3.2.4.4 s-au împărţit ponderat, datorită cererii exprese venite din partea autorităţii contractante.**

Pentru o mai bună înțelegere, Consiliul va prelua partea din graficul de plăți, pentru a se observa în ce măsură modificările efectuate de ofertant au fost unele importante, de natură a atrage modificarea propunerii financiare:

Graficul de plăți depus inițial

| | | |
|---|---|---|
| **3.2** | **Noduri rutiere** | **46,883,763.49** |
| ***3.2.1*** | ***Nod DN 5*** | **17,517,876.54** |
| 3.2.1.1 | Terasamente si scurgerea apelor (casiuri,rigole,santuri) | 9,760,580.48 |
| 3.2.1.2 | Podete | 476,775.62 |
| 3.2.1.3 | Suprastructura | 5,698,089.99 |
| 3.2.1.4 | Siguranta circulatiei | 1,582,430.45 |
| *3.2.1.4.1* | *Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)* | *1,098,015.22* |
| *3.2.1.4.2* | *Parapeti* | *484,415.23* |
| **3.2.2** | **DN 5 si Varianta de Circulatie** | **1,401,435.84** |
| 3.2.2.1 | Terasamente si scurgerea apelor (casiuri,rigole,santuri) | 486,955.84 |
| 3.2.2.2 | Podete | 0.00 |
| 3.2.2.3 | Suprastructura | 914,480.00 |
| 3.2.2.4 | Siguranta circulatiei | 0.00 |
| *3.2.2.4.1* | *Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)* | *0.00* |
| *3.2.2.4.2* | *Parapeti* | *0.00* |
| **3.2.3** | **Nod DN 6** | **26,087,431.69** |
| 3.2.3.1 | Terasamente si scurgerea apelor (casiuri,rigole,santuri) | 14,753,879.84 |
| 3.2.3.2 | Podete | 460,173.35 |
| 3.2.3.3 | Suprastructura | 8,326,992.86 |
| 3.2.3.4 | Siguranta circulatiei | 2,546,385.64 |
| *3.2.3.4.1* | *Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)* | *1,266,058.32* |
| *3.2.3.4.2* | *Parapeti* | *1,280,327.33* |
| **3.2.4** | **DN 6 si Varianta de Circulatie** | **1,877,019.42** |
| 3.2.4.1 | Terasamente si scurgerea apelor (casiuri,rigole,santuri) | 1,042,707.68 |
| 3.2.4.2 | Podete | 0.00 |
| 3.2.4.3 | Suprastructura | 834,311.74 |
| 3.2.4.4 | Siguranta circulatiei | 0.00 |
| *3.2.4.4.1* | *Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)* | *0.00* |
| *3.2.4.4.2* | *Parapeti* | *0.00* |

După solicitarea de clarificări, tabelul prezentat de contestatoare a fost modificat după cum urmează:

| | | |
|---|---|---|
| 3.2 | Noduri rutiere | 46,883,763.49 |
| 3.2.1 | Nod DN 5 | 17,391,281.59 |
| 3.2.1.1 | Terasamente și scurgerea apelor(casiuri, rigole și șanțuri) | 9,760,580.48 |
| 3.2.1.2 | Podețe | 476,775.62 |
| 3.2.1.3 | suprastructură | 5,698,089.99 |
| 3.2.1.4 | Siguranța circulației | 1,455,835.50 |
| 3.2.1.4.1 | Marcaje orizontale și verticale (inclusiv marcaje orizontale și verticale temporare) | 1,010,173.64 |
| 3.2.1.4.2 | parapeți | 445,661.86 |
| 3.2.2 | DN 5 și varianta de circulație | 1,528,030.79 |
| 3.2.2.1 | Terasamente și scurgerea apelor(casiuri, rigole și șanțuri) | 486,955.84 |
| 3.2.2.2 | Podețe | 0,00 |
| 3.2.2.3 | Suprastructura | 914,480.00 |
| 3.2.2.4 | Siguranța circulației | 126,594.95 |

| | | |
|---|---|---|
| 3.2.2.4.1 | Marcaje orizontale și verticale (inclusiv marcaje orizontale și verticale temporare) | 87,841.57 |
| 3.2.2.4.2 | parapeți | 38,753.38 |
| 3.2.3 | Nod DN 6 | 25,904,216.45 |
| 3.2.3.1 | Terasamente și scurgerea apelor(casiuri, rigole și șanțuri) | 14,753,879.84 |
| 3.2.3.2 | Podețe | 460,173.35 |
| 3.2.3.3 | suprastructură | 8,326,992.86 |
| 3.2.3.4 | Siguranța circulației | 2,363,170.40 |
| 3.2.3.4.1 | Marcaje orizontale și verticale (inclusiv marcaje orizontale și verticale temporare) | 1,174,964.03 |
| 3.2.3.4.2 | parapeți | 1,188,206,34 |
| 3.2.4 | DN 6 și varianta de circulație | 2,060,234.66 |
| 3.2.4.1 | Terasamente și scurgerea apelor(casiuri, rigole și șanțuri) | 1,042,707.68 |
| 3.2.4.2 | Podețe | 0,00 |
| 3.2.4.3 | Suprastructura | 834,311.74 |
| 3.2.4.4 | Siguranța circulației | 183,215.24 |
| 3.2.4.4.1 | Marcaje orizontale și verticale (inclusiv marcaje orizontale și verticale temporare) | 91,094.28 |
| 3.2.4.4.2 | parapeți | 92,120.96 |

Din calculul sumelor declarate ca răspuns la clarificarea formulată de autoritatea contractantă, rezultă, cu certitudine, că ofertantul a modificat respectivele date doar prin mutarea unor cheltuieli de același fel, în cadrul aceleeași categorii de lucrări, respectiv Noduri rutiere, dar în subcategorii diferite, fiind vorba de aceleași componente: marcaje și parapeți, valoarea propunerii financiare fiind aceeași. Deci, au fost mutate o parte din valorile aferente marcajelor și parapeților, tot în locul marcajelor și parapeților, **modificarea fiind una formală**, autoritatea fiind obligată să o accepte, în temeiul art. 134 din HG nr. 395/2016: (1) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte''.

De asemenea, Consiliul reține ca fiind concludente explicațiile furnizate de operatorul economic, respectiv că *,,la 3.2.2.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) au fost cotate cu zero deoarece aceste activităţi au fost cotate integral la*

*articolul 3.2.1.4. Nod DN5 şi respectiv la articolul 3.2.3.4 Nod DN6, pentru că nu pot fi izolate doar pentru drumul naţional, lucrările pe DN5 şi respectiv DN6 fiind realizate în cadrul amenajării generale a nodurilor rutiere. Marcajele şi indicatoarele de semnalizare rutieră ce se vor amplasa în lungul traseelor drumurilor DN5 şi DN6 (3.2.2.4 si 3.2.4.4.) asigură presemnalizarea aproprierii nodului rutier, făcând astfel parte din amenajarea acestuia. Valorile articolelor 3.2.2.4 şi 3.2.4.4 s-au împărţit ponderat, datorită cererii exprese venite din partea autorităţii contractante"*, deoarece, așa cum rezultă din compararea tabelelor atașate, sumele aferente 3.2.2.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud) şi 3.2.4.4. Siguranţa circulaţiei (km 69+000 - km 85+300 aferent Centura Sud), astfel cum au fost prezentate în Graficul de plăți depus atașat răspunsului la solicitările de clarificări, sunt în cuantum de 126.594,96 lei (aferent 3.2.2.4.) exact cât a fost diferența dintre categoria 3.2.1.4. din Graficul depus inițial și 3.2.1.4. din Graficul depus în urma solicitării de clarificări, situația fiind similară și în ceea ce privește categoria de lucrări 3.2.4.4-Siguranța circulației.

Ca și în cazul primelor două contestații, Consiliul constată că, fiind vorba de un contract pe model FIDIC Cartea galbenă, în care nu există proiect, liste de cantități, nu există niciun motiv aparent pentru care oferta depusă de contestatoare să fie considerată neconformă. Dacă autoritatea considera că sumele aferente pentru siguranța circulației sunt insuficiente, trebuia să solicite clarificări, referitare la modalitatea de dimensionare a acestora, oferte de preț de la furnizori și alte asemenea, și nu să respingă oferta fără o minimă verificare în acest sens. Chiar în situația în care s-ar admite că operatorul a omis respectivele cantități, valoarea lor este atât de mică raportat la valoarea contractului, încât respingerea ofertei pe acest motiv apare ca fiind neserioasă. Consiliul mai reține că toate argumentele menționate cu ocazia soluționării primelor două contestații aferente lotului 3, sunt valabile și pentru prezenta.

Practica judiciară invocată de intervenientă referitoare la relocarea costurilor pe diferite elemente de cost este irelevantă în cauză, din moment ce în speță nu sunt elemente diferite, ci este vorba de valoarea parapeților și marcajelor, fiind defalcată tot pentru parapeți și marcaje, în condițiile în care au fost cotate greșit în altă subcategorie de lucrări.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia nr. 15592/18.04.2018, formulată de către SC ... SA, lider al Asocierii SC ... SA, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea comunicării rezultatului evaluării propunerilor financiare aferente lotului 2, a tuturor actelor subsecvente întocmite de autoritatea contractantă în legătură cu acest lot, precum și reevaluarea ofertei contestatoarei.

Față de cele decise, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ... în contradictoriu cu SC ...SA, lider al Asocierii SC ...

- **DOSAR .../2018**

În ceea ce privește contestația nr. 19572/15.05.2018 formulată de ... lider al asocierii ..., această asociere critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca neconformă oferta depusă pentru lotul 2, reclamând respingerea ofertei sale pentru aspecte minore, fără implicații asupra propunerii financiare.

Astfel, aceasta arată că prin adresa Informare finalizare etapă evaluare propunere financiară nr. 12B/3587/21.03.2018, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta depusă de asociere a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Contestatoarea arată că nu rezultă în mod concret şi precis care au fost motivele de respingere a ofertelor. Astfel, autoritatatea contractantă se limitează să constate că prin răspunsurile la solicitările de clarificări ar fi fost modificate valorile iniţiale din ofertă pentru anumite categorii de lucrări, modificări care au fost realizate prin diminuarea/mărirea/redistribuirea „altor categorii de preţuri existente în cadrul propunerii financiare depuse iniţial în SEAP, afectând astfel conţinutul propunerii financiare", nefiind menţionate acele alte categorii de preţuri la care se face referire.

Consiliul consideră că lipsa respectivă invocată de contestatoare nu a împiedicat-o pe aceasta să își formuleze contestația, prin referire exactă la elementele modificate din Graficul de plăţi, respectiv poziţia 3.2.1.4.2 Parapete și 3.2.2.4.2 Parapete, respectiv marcaje rutiere, dare în exploatare, parapeţi, iluminat. Cu toate acestea, contestatoarea formulează apărări exprese doar cu privire la parapete, nu și cu privire la celelalte modificări ale propunerii financiare, motivând aceasta prin faptul că apărările ar fi exemplificative.

Consiliul reține că la pagina 8 paragraful 2 din contestație, contestatoarea arată că transferurile de valori între anumite categorii de lucrări au fost destinate exclusiv explicitării includerii preţurilor aferente unor operaţiuni de importanţă redusă (marcaje rutiere, dare în exploatare, parapeţi, iluminat) în alte componente ale ofertei, fiind indicate exact categoriile de lucrări unde au apărut modificări. Prin urmare, Consiliul reține că ar fi un formalism excesiv ca într-o procedură de asemenea nivel să dispună anularea comunicării rezultatului procedurii doar pentru nemenționarea exactă a categoriilor de lucrări modificate ca valoare de către contestatoare, cu atât mai mult cu cât ea este autorul atât al graficului de plăți transmis inițial, cât și a celui modificat și, mai mult decât atât, nu neagă modificarea prețurilor unor categorii de lucrări, ci doar insistă pe lipsa lor de importanță.

Ca și în contestația anterioară, și ... A.S. arată că propunerea financiară nu a fost modificată, că din răspunsurile la clarificări rezultă că preţurile pentru activităţile cotate iniţial cu valoarea „0" în cuprinsul

Anexei la Formularul 8 au fost incluse de la momentul ofertării în propunerea financiară, nefiind în situaţia unei subevaluări a costurilor aferente executării contractelor de achiziţie publică. mai arată că, spre deosebire de aceste situaţii, atunci când nu a fost necesară cotarea anumitor poziţii, în răspunsurile la solicitările de clarificări a precizat în mod expres faptul că activităţile respective nu se vor realiza în cadrul contractelor (spre exemplu, construirea de podeţe), că nu au fost schimbate nici preţurile unitare ale cantităţilor de lucrări ce compun categoriile de lucrări şi nici preţul total al ofertei, arătând că doar au fost transferate valori între anumite categorii de lucrări, fiind destinate exclusiv explicitării includerii preţurilor aferente unor operaţiuni de importanţă redusă (marcaje rutiere, dare în exploatare, parapeţi, iluminat) în alte componente ale ofertei.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă arată că propunerea financiară a fost modificată după cum urmează:

3.2.1.4.2
Ref
Activitate/Categorie de lucrări
Pret iniţial (Lei faraTVA)
Pret modificat (Lei faraTVA)
3.2.1.4
Siguranta circulatiei
2,518,372.00
2,393,010.27
3.2.1.4.1
Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)
1,604,797.00
1,543,702.27
Parapeti
913,575.00
849,308.00
3.2.2
DN 5 si Varianta de Circulaţie
1,331,613.20
1,456,974.93
3.2.2.4
Siguranţa circulaţiei
0.00
125,361.73
3.2.2.4.1
Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)
0.00
61,094.73
3.2.2.4.2
Parapeti
0.00
64,267.00
3.2.3.4

Siguranţa circulaţiei
3,440,676.51
3,318,085.40
3.2.3.4.1
Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)
1,803,160.31
1,724,638.00
3.2.3.4.2
Parapeti
1,637,516.20
1,593,447.40
3.2.4

3.2.4.4
Siguranţa circulaţiei
0.00
122,591.11
3.2.4.4.1
Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale și verticale temporare, dupa caz)
0.00
78,522.31
3.2.4.4.2
Parapeti
0.00
44,068.80
7
Categoria de lucrări: DOTĂRI PE AUTOSTRADA
10,644,831.43
10,644,831.43
7.1
CENTRU DE INTRETINERE SI COORDONARE KM 74+100
10,644,831.43
7,591,378.04
7.2
PARCARE DE SCURTA DURATA KM 78+100
0.00
3,053,453.39
8
Categoria de lucrări: ITS
13,527,071.79
12,486,683.35
8.1
CIC KM 74+200
5,177,739.16
4,137,350.72
8.2
AUTOSTRADA
8,349,332.63
8,349,332.63
9
Categorie de lucrari:LUCRARI AUXILIARE
6,336,580.40
7,376,968.84
9.1
IluminatPoduri si Pasaje
3,809,952.68
1,464,049.79
9.2
IluminatNoduri
0.00
2,345,902.89
9.4
Darea in exploatare
0.00
1,040,388.44
DN 6 si Varianta de Circulaţie

2,064,258.00
2,186,849.11
Analizând tipurile de lucrări din tabelul prezentat de autoritate, Consiliul reține că sumele mai mici din cadrul categoriilor de lucrări 3.2.1.4 Siguranta circulatiei, împărțită în 3.2.1.4.1 Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz) și 3.2.1.4.2 Parapeti (toate din cadrul categoriei de lucrări Nod DN 5) sunt mai mici ca urmare a defalcării categoriei 3.2.2. Siguranta circulatiei, împărțită în 3.2.2.4.1 Marcaje orizontale si verticale (inclusiv marcaje orizontale si verticale temporare, dupa caz)