

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 788 / C7 / 731

Data: 06.04.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 14661/20.03.2023, depusă de (...) SA, cu sediul în ..., privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de servicii integrate de telefonie mobilă, fixă și transmisii de date mobile, cod CPV 64212000-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 05.08.2022, anunț de participare nr. CN1044503/ 01.07.2022, organizată de (...) SA, cu sediul în ..., contestatoarea a solicitat, în principal, anularea raportului procedurii nr. 82.11/09.03.2023, în ceea ce privește evaluarea ofertei (...) SA, și în subsidiar obligarea entității contractante la reevaluarea acesteia.

La 29.03.2023, (...) SA, cu sediul str. ..., a înaintat cererea de intervenție voluntară accesorie înregistrată la Consiliu cu nr. 17104/29.03.2023, prin care solicită respingerea contestației (...) SA.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul (...) SA reclamă decizia entității contractante (...) SA de desemnare admisibilă și câștigătoare a ofertei (...) SA, învederând în motivare că entitatea contractantă nu a reanalizat în mod temeinic propunerea financiară a operatorului menționat, contrar deciziei Consiliului nr. (...)/C7/(...)/ 08.12.2022.

La solicitarea de clarificări nr. 531/21.02.2023, cu privire la prețul neobișnuit de scăzut, (...) SA a răspuns la 23.02.2023.

Ulterior, entitatea i-a transmis o nouă solicitare de clarificări (nr. 600/24.02.2023), iar în urma răspunsului furnizat la 01.03.2023, comisia de evaluare a redactat procesul-verbal nr. 82.8/01.03.2023, admitând și clasând pe primul loc oferta (...) SA, deși ea trebuia respinsă ca inacceptabilă, având un preț neobișnuit de scăzut, ce nu poate fi justificat.

Având în vedere tarifele de interconectare practicate de către operatorii de telecomunicații din România, precum și discount-ul acordat prin intermediul punctelor de loialitate calculate la valoarea lunară a facturii, se poate concluziona că prețul (...) SA este sub costurile aferente executării acordului-cadru.

Cantitatea maximă de abonamente SIM de voce este de 400, iar conform statisticilor de consum lunar un utilizator consuma 273 minute în afara propriei rețele. Înmulțind aceste minute cu tariful de interconectare calculat ca medie aritmetică pe următorii 2 ani, respectiv de 0,003 euro/min, rezultă un cost de 0,819 euro/lună/SIM. Înmulțind aceasta valoare cu numărul maxim de SIM-uri și cu durata acordului-cadru, respectiv 24 luni, rezultă un cost total privind tarifele de interconectare de 7.862,40 euro ($0,819 \times 400 \times 24 = 7862,40$ euro).

În ceea ce privește costurile cu minutele naționale către rețele naționale în afara „(...)”, cantitatea maximă solicitată de către entitatea contractantă este de 2.880.000. Prin înmulțirea acestei valori cu tariful de mediu de interconectare pentru următorii doi ani, respectiv 0,003 euro/min, se ajunge la un cost lunar pentru operator de 8.640 euro.

Aplicând același calcul, pentru situația minutelor naționale către destinații fixe cantitatea maximă solicitată de către entitatea contractantă este de 360.000. Înmulțind această cantitate cu 0,0007 euro/min rezultă un cost lunar de 252 euro.

Valoarea totală a costurilor menționate, neluând în calcul și costurile aferente SMS-urilor, este 16.754,40 euro. La aceste costuri se adaugă costurile rezultate prin aplicarea discount-ului „puncte de loialitate” 75%, procent care se aplică la valoarea facturii, respectiv 57.044,40 euro (valoarea oferta facturabilă) $\times 75\% = 42.783,30$ euro (valoare pe care (...) SA o oferă clientului sub forma de puncte de loialitate).

Valoarea ce rămâne de încasat de către (...) SA este de 14.261,10 euro ($57.044,40 - 42.783,30 = 14.261,10$ euro). Având în vedere faptul că valoarea costurilor asumate de (...) SA este de minimum 16.754,40 euro, rezultă că a ofertat sub costurile pe care le are cu executarea acordului-cadru.

În aceste calcule au fost luate în considerare exclusiv costurile pe care ofertantul le are în ceea ce privește minutele în afara propriei rețele, minutele naționale către rețele naționale în afara „(...)” și minutele naționale către destinații fixe. Nu au fost luate în considerare alte costuri care decurg din acordul-cadru (cu titlu de exemplu: costul cu minutele în

roaming, abonamentele de date etc), fiind evident că, în final, costurile sunt mult mai mari, iar entitatea contractantă nu a verificat în mod temeinic admisibilitatea ofertei (...) SA, în conformitate cu art. 221 și 222 din Legea nr. 99/2016 și cu decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022.

Prin răspunsul furnizat la 23.02.2023, (...) SA a transmis doar informații cu caracter general, fără niciun fel de detalii sau documente care să justifice prețul. Prezintă relevanță explicația ofertantului conform căreia procesul prin care a fost alcătuit prețul „are în vedere mai multe componente”, între care „componenta de oportunitate”. În lipsa prezentării unor probe concludente, este evident că entitatea nu a verificat în mod temeinic și legal fundamentarea economică a ofertei, aceasta neanalizând prețurile tuturor serviciilor prevăzute în ofertă și, implicit, nu a realizat faptul că acestea nu pot fi justificate în totalitate. Răspunsul conține exclusiv informații cu caracter general, care nu pot justifica prețul neobișnuit de scăzut. După cum a reținut și Curtea de Apel (...), entitatea avea obligația de a verifica realitatea prețurilor, prin raportare la furnizarea unor justificări pertinente și la art. 142 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Prin procesul-verbal nr. 82.8/01.03.2023, entitatea admite în mod indirect că informațiile puse la dispoziție de către (...) SA nu au fost suficiente pentru justificarea prețului neobișnuit de scăzut, consemnând: *„datorită faptului că nu sunt cunoscute elemente cuantificabile ale componentelor ce formează prețul contractului, în situația în care pentru serviciile oferite este folosită rețeaua existentă fără a fi necesar din partea ofertanților alocarea de resurse suplimentare semnificative valoric, decizia privind nivelul prețului contractului este strict comercială. Astfel justificarea prețului și analiza justificării este realizată doar din punct de vedere calitativ, o analiză cantitativă nefiind posibilă în mod real”*. Așadar, entitatea contractantă arată că informațiile puse la dispoziție de către ofertant prin răspunsurile la solicitările de clarificare nu au fost suficiente, astfel încât să realizeze atât o analiză calitativă, cât și o analiză cantitativă a prețului ofertat. Or, în situația în care ofertantul nu a clarificat prețul nejustificat de scăzut, entitatea nu avea dreptul de a califica oferta.

Aspectele de mai sus contravin celor reținute de către Curtea de Apel (...), conform căreia *„doar asumarea ofertei nu poate prin ea însăși să fie echivalentă justificării prețului, un demers exclusiv pur formal și nu o evaluare completă și temeinică neputând să fie considerate ca fiind în acord cu dispozițiile legale incidente din materia achizițiilor publice”*.

În punctul său de vedere nr. AB-SJ 1210/22.03.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 15606/22.03.2023, entitatea contractantă susține în apărare că (...) SA nu a oferit prin contestație elemente probatorii care să permită formarea unui dubiu asupra legalității actelor Companiei. După expunerea istoricului procedurii, arată

că (...) SA a răspuns adresei nr. 531/ 21.02.2023, argumentând prețul său neobișnuit de scăzut astfel:

[...] procesul prin care se alcătuiește prețul pentru un client are o complexitate deosebită și are în vedere mai multe componente:

1. Componenta de oportunitate: oportunitatea de a readuce clientul în portofoliul (...). În cazul de față s-a avut în vedere asigurarea continuării unei relații de parteneriat între cele două părți care s-a desfășurat de-a lungul anilor precedenți, și în considerarea acestei relații, (...) a acordat prețuri unitare competitive prin oferta depusă care este o ofertă fiabilă și serioasă și care nu afectează în niciun mod posibilitatea (...) de a îndeplini obiectul contractului de achiziție.

2. Componenta de calcul efectiv:

a. Volumele solicitate de către client (servicii, echipamente)

b. Costurile implementării soluției produselor și serviciilor la client.

i. Costuri fixe (de exemplu costurile de rețea)

ii. Costurile variabile (generate de implementare, de exemplu: echipamente, manoperă, instalare, plăți către furnizori diverși, comisioanele de vânzare ale agenților)

iii. Costurile generate de comportamentul clientului (de exemplu nr. minute vorbite în rețeaua proprie, număr minute vorbite în alte rețele, consum de minute în roaming, etc)

c. Costurile asociate riscurilor implementării soluțiilor (risc valutar, risc de țară, inflație - toate aceste costuri sunt reunite într-un cost numit discount rate - cost care ajustează în plus costul standard.

d. Discount-uri de volum - reducerea prețurilor standard.

3. Adăugarea unei marje de profit

4. Stabilirea prețului de vânzare pe fiecare componentă/serviciu, dar și pe total servicii implementate la client în funcție de indicatorii financiari se face prin procesul de DOA (Delegated Authority) aprobat la nivelul (...).

5. Odată ajuns în (...) - clientul primește în funcție de volumele tranzacționate puncte de loialitate în funcție de care își poate achiziționa echipamente pe parcursul contractului.

(...) SA a ținut cont de evoluția în scădere a tarifelor pe segmentul pieței de telecomunicații din România, de investițiile în noile tehnologii în infrastructură de comunicații, precum și de durata contractuală, numărul de abonamente și traficul estimat.

În acest sens s-a urmărit dezvoltarea unei relații reciproc avantajoase între părți, luându-se în calcul atât tarifele curente, cât și tarifele previzionate în rețelele de telefonie din România, toate acestea permițând oferirea unor tarife la un nivel mai mic decât cele standard.

În cadrul ofertei depuse de către (...) SA, trebuie luat în considerare faptul că:

- costurile fixe înregistrate cu furnizarea serviciilor se recuperează tocmai din creșterea cantității de trafic suplimentar care este consumată de clienți și astfel cu cât achiziționăm un trafic mai mare, cu atât se recuperează din costurile fixe generate de furnizarea serviciilor (cum ar fi costurile cu întreținerea rețelei)

- în prețul serviciilor nu este inclus niciun fel de terminal și astfel în cadrul ofertei se regăsesc exclusiv costurile cu serviciile de telefonie mobilă oferite, așa cum am precizat mai sus clientul primește în funcție de volumele tranzacționate puncte de loialitate în funcție de care își poate achiziționa echipamente pe parcursul contractului

- pentru fiecare dintre locațiile în care autoritatea contractantă dorește să efectueze sau să primească apel/SMS, (...) deține deja parteneriate cu furnizorii de telefonie mobilă, prețurile de interconectare cu partenerii noștri fiind avantajoase

- acordurile de roaming și internațional pe care (...) le are cu principalii furnizori de telefonie mobilă la nivel internațional, dar și datorită prezenței (...) Grup în piețele în care autoritatea contractantă dorește să efectueze/primească apeluri/SMS-uri.

Un alt aspect important este prezentat de cantitățile pe care autoritatea contractantă le-a definit prin intermediul documentației de atribuire ca fiind cantități maxime, iar abonamentele oferite pot susține din punct de vedere financiar traficul declarat ca fiind maxim atât din abonamentul de baza cât și din prețul/minut pentru apelurile efectuate/primate cerute de către autoritatea contractantă.

Precizăm că executarea contractului nu presupune investiții majore, rețeaua (...) având acoperire la nivel național. Totodată contractul în cauză, nu este un contract de execuție de lucrări, care să presupună costuri de planificare și implementare. În acest caz avem un contract de echipamente și servicii prestate pe baza de abonamente și tarife ale traficului în

rețelele de telefonie proprii, alte rețele mobile și fixe. Totodată, reiteram faptul că (...) va presta serviciile ce fac obiectul achiziției cu profesionalism și în deplină conformitate cu cerințele solicitate de autoritatea contractantă și va stăm la dispoziție pentru orice clarificări suplimentare, necesare unei corecte evaluări a ofertei noastre.

(...) SA a ținut cont de evoluția în scădere a tarifelor pe segmentul pieței de telecomunicații din România, de investițiile în noile tehnologii în infrastructura de comunicații, precum și de durata contractuală, numărul de abonamente și traficul estimat.

În acest sens s-a urmărit dezvoltarea unei relații reciproc avantajoase între părți, luându-se în calcul atât tarifele curente, cât și tarifele previzionate în rețelele de telefonie din România, toate acestea permițând oferirea unor tarife la un nivel mai mic decât cele standard.

Având în vedere acest răspuns, Compania a considerat că este oportună transmiterea adresei nr. 600/24.02.2023, ca (...) SA să aducă clarificări cu privire la componentele de calcul efectiv luate în considerare la alcătuirea prețului pentru un client, respectiv:

- înregistrați alte costuri fixe (rețea) decât cele pe care le aveți fără ca achizitorul să fie clientul dvs.

- înregistrați costuri variabile suplimentare față de existent pentru implementarea soluției la achizitor.

Dacă da, atunci va rugăm să precizați care este ordinul de mărime, discount-rate menționat de dvs. este diferit de 0, aplicați discount-uri de volum.

Totodată, vă solicităm să precizați dacă:

- tarifele ofertate sunt mai mici decât tarifele de interconectare pe care vi le percep operatorii de servicii de telefonie fixă, mobilă și transmisii de date mobile. Dacă da, atunci explicați cum compensați aceasta diferență sau dacă este pur și simplu asumarea (...) pentru ca achizitorul să redevină clientul (...).

- tarifele ofertate permit acordarea cuantumului punctelor de loialitate așa cum este prezentat în ofertă.

(...) SA a răspuns la 27.02.2023, specificând:

Având în vedere cerințele din Fișa de Date punctul IV. 4.2 conform căroră:

- Ofertantul va evidenția prețul total ofertat care va include și costul menținerii numerelor pe care achizitorul le deține pentru telefonie mobilă; și

- Evaluarea ofertelor se va realiza prin compararea propunerilor financiare totale determinate prin înmulțirea prețului unitar cu cantitățile menționate în cadrul documentației de atribuire,

(...) a reușit să depună o ofertă financiară totală profitabilă pentru companie care nu doar că acoperă costurile fixe și variabile aferente serviciilor ofertate dar asigură și marja de profit. Așadar, tarifele unitare pentru anumite servicii considerate în mod individual (cum ar fi valoarea minutelor de convorbiri prevăzute în oferta care au în spate anumite tarife de Interconectare pe care (...) le plătește la rândul sau operatorilor) nu prezintă relevanță din perspectiva demonstrării seriozității ofertei totale a (...), atâta vreme cât (...) își recuperează toate costurile înregistrate cu furnizarea serviciilor incluse în pachetul ofertat. Astfel, deși este posibil ca tariful unitar ofertat de (...) cu privire la o anumită categorie de trafic să fie discountat în relație cu tariful de Interconectare pe care (...) îl plătește operatorilor, oferta (...) rămâne profitabilă în considerarea volumelor mai mari de minute pe care autoritatea se obliga să le achiziționeze conform documentației de atribuire și astfel, costurile se compensează între diferite categorii de servicii cu volumele aferente

Menționăm că, față de costurile pe care le avem fără ca achizitorul să fie clientul (...), nu înregistrăm alte costuri fixe și nici alte costurile variabile suplimentare față de cel existent pentru implementarea soluției.

În ceea ce privește costurile de interconnect am luat în considerare de asemenea și veniturile din incoming, modalitate care ne-a permis să ofertăm un preț competitiv pe interconnect cost.

În ceea ce privește punctele de loialitate - acestea permit clientului achiziția de telefoane la preturi avantajoase pentru el, dar în limitele profitabilității pentru (...).

Comisia de evaluare a analizat răspunsurile (...) SA atât tehnic, cât și financiar, față de art. 139 și 142 din Hotărârea Guvernului nr.

394/2016, coroborate cu art. 221 și 222 alin. (1)-(3) din Legea nr. 99/2016.

Privind pretinsa nepunere în aplicarea a celor dispuse de Consiliu, se constată netemeinicia acestor susțineri, întrucât, din conținutul documentelor emise ca urmare a reanalizării ofertei financiare, rezultă că fundamentarea prețului neobișnuit de scăzut oferat de către (...) SA respectă dispozițiile legislației achizițiilor sectoriale.

Prețul oferat este real și confirmat de documentele transmise de ofertant. O eventuală excludere a ofertei pe baza motivelor indicate de către contestator nu este fondată.

În cadrul contestației, nu a fost expus niciun argument de drept care să evidențieze caracterul nelegal al actului/actelor entității contractante, prin prisma rezultatului procedurii, ca urmare a reanalizării documentelor depuse de către (...) SA. Nu a fost justificată nici nedreptățirea/vătămarea contestatoarei prin actul (...) (...). Nu este suficient ca (...) SA să afirme existența unor motive de nelegalitate, ci trebuie să ofere unele elemente probatorii care, fără o cercetare aprofundată, să permită formarea unui dubiu (serios) asupra legalității actului Companiei.

La 29.03.2023, (...) SA a înaintat cererea de intervenție voluntară accesorie în favoarea entității contractante înregistrată la Consiliu cu nr. 17104/29.03.2023, prin care solicită respingerea contestației, ca vădit nefondată și nelegală, întrucât nu explică de ce ar fi aplicabile prevederile art. 143 alin. (3) lit. g) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Contestatorul nu poate explica de ce consideră că prețul oferat ar duce la neasigurarea îndeplinirii contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, acesta fiind singurul motiv legal care ar fi obligat entitatea contractantă să declare oferta sa ca fiind neconformă, cu consecința eliminării sale din procedură și a eventualei atribuirii a contractului către contestator. Nu orice ofertă care are aparent un preț neobișnuit de scăzut trebuie respinsă, ci doar acele oferte cu preț neobișnuit de scăzut care ar duce la neasigurarea îndeplinirii contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. În ceea ce privește oferta (...) SA, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 222 alin. (4) sau (5) din Legea 99/2016 ori ale art. 143 alin. (3) lit. c) din normele metodologice ale legii.

Prin decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022, Consiliul a stabilit, cu autoritate de lucru judecat, că prețul trebuie analizat de entitatea contractantă exclusiv din punctul de vedere al sustenabilității, intervenientul redând anumite paragrafe din decizie.

Prețul oferat a fost și este justificat, sens în care intervenientul precizează că atât entitatea contractantă, cât și el și-au îndeplinit obligațiile.

Conform deciziilor Consiliului și Curții de Apel (...), sustenabilitatea prețului trebuia verificată, adică dacă (...) SA poate furniza serviciile menționate în caietul de sarcini la prețul oferit. Or, prin răspunsurile date la solicitările de clarificări, a demonstrat că este capabilă să furnizeze aceste servicii pentru prețul respectiv, chiar dacă este mai scăzut decât prețul celorlalți ofertanți, întrucât:

- costurile fixe înregistrate cu furnizarea serviciilor se recuperează tocmai din creșterea cantității de trafic suplimentar care este consumată de clienți și astfel cu cât se achiziționează un trafic mai mare, cu atât se recuperează din costurile fixe generate de furnizarea serviciilor (cum ar fi eventualele costuri legate de întreținerea rețelei);

- acordurile de roaming și internațional pe care (...) le are cu principalii furnizori de telefonie mobilă la nivel internațional, dar și datorită prezentei (...) Grup în piețele în care Autoritatea contractantă dorește să efectueze/primească apeluri/SMS-uri;

- având în vedere cantitățile pe care autoritatea contractantă le-a definit prin intermediul documentației de atribuire ca fiind cantități maxime, abonamentele oferite pot sustine din punct de vedere financiar traficul declarat ca fiind maxim, atât din abonamentul de bază cât și din prețul/minut pentru apelurile efectuate/primite cerute de către autoritatea contractantă;

- executarea contractului nu presupune investiții majore, rețeaua (...) având acoperire la nivel național. Totodată contractul în cauză, nu este un contract de execuție de lucrări, care să presupună costuri de planificare și implementare;

- (...) a reușit să depună o ofertă financiară totală profitabilă pentru companie care nu doar că acoperă costurile fixe și variabile aferente serviciilor oferite dar asigură și marja de profit. Asadar, tarifele unitare pentru anumite servicii considerate în mod individual nu prezintă relevanță din perspectiva demonstrării seriozității ofertei totale a (...), atâta vreme cât (...) își recuperează toate costurile înregistrate cu furnizarea serviciilor incluse în pachetul oferit. Astfel, oferta (...) rămâne profitabilă în considerarea volumelor mai mari de minute pe care autoritatea se obligă să le achiziționeze conform documentației de atribuire și astfel, costurile se compensează între diferite categorii de servicii cu volumele aferente;

- față de costurile suportate fără ca achizitorul să fie clientul (...), nu înregistrăm alte costuri fixe și nici alte costuri variabile suplimentare față de cel existent pentru implementarea soluției. În ceea ce privește costurile de interconectare, acestea se compensează cu veniturile din incoming, modalitate care ne-a permis să oferim un preț competitiv;

- în ceea ce privește punctele de loialitate - acestea permit clientului achiziția de telefoane la prețuri avantajoase pentru el, asigurând (...) o marja de profit, conform cerințelor interne.

Prin adresa nr. 972/27.03.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 16396/27.03.2023, entitatea contractantă a transmis dosarul achiziției sectoriale.

La data 31.03.2023, prin adresa e-mail înregistrată la Consiliu sub nr. 17438/31.03.2023, (...) SA precizează că renunță la studierea dosarului achiziției.

Cu nr. 17786/03.04.2023, sunt înregistrate la Consiliu concluzii scrise din partea (...) SA în urma studierii documentelor fără caracter confidențial aflate la dosarul cauzei, concluzii al căror conținut nu va fi redat aici, pentru a nu încălca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, însă vor fi avute în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr.

CN1044503, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 01.07.2022, entitatea contractantă (...) SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii unui acord-cadru de servicii integrate de telefonie mobilă și fixă, respectiv transmisii de date mobile, pentru o perioadă de 24 de luni, servicii estimate valoric la 136.608 euro, fără TVA.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, (...) SA și (...) SA, oferta acestuia din urmă fiind declarată câștigătoare, iar oferta (...) SA clasată pe locul secund, potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 82.7/ 20.10.2022. Împotriva acestui rezultat, (...) SA a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. 53809/02.11.2022, care a fost soluționată prin decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022, după cum urmează:

Admite contestația formulată de către (...) S.A. [...], în contradictoriu cu (...) S.A. [...].

Anulează, în parte, procesul verbal de evaluare nr. 82.4/13.10.2022, raportul procedurii nr. 82.7/20.10.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la propunerea financiară prezentată de (...) SA.

Obligă (...) S.A. ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reanalizarea propunerii financiare prezentate de (...) SA, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, inclusiv pentru (...) SA, care a avut calitatea de entitate contractantă în cauza soluționată prin amintita decizie. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 și 30.000 de lei, sub imperiul art. 245 alin. (2) lit. k) și alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/ entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 14 septembrie 1999, Comisia/AssiDomän Kraft Products și alții, C-310/ 97 P, EU:C:1999:407, punctul 54, Hotărârea din 1 iunie 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, EU:C:2006:356, punctul 44, precum și în Hotărârea din 19 aprilie 2012, Artegoda/Comisia, C-221/10 P, EU:C:2012:216, punctul 87, potrivit căreia autoritatea de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi dissociate. Pentru a garanta atât stabilitatea dreptului și a raporturilor juridice, cât și o bună administrare a justiției, este necesar ca hotărârile judecătorești rămase definitive după epuizarea căilor de atac disponibile sau după

expirarea termenelor de exercitare prevăzute pentru aceste căi de atac să nu mai poată fi repuse în discuție (a se vedea Hotărârea Artegodan/Comisia, precitată, punctul 86, precum și Hotărârea din 8 februarie 2018, Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Marpefa (Vieta), T-879/16, EU:T:2018:77, punctul 30).

Împotriva deciziei a fost formulată plângere de către entitatea contractantă, care a fost respinsă de Curtea de Apel (...), decizia Consiliului rămânând astfel definitivă.

Decizia a fost postată în SEAP, la 16.12.2022, fișier denumit *[CN1044503/00047] Decizie CNSC nr. (...).pdf*, situație în care ea este opozabilă și prin prisma considerentelor accesibile oricui în format electronic, inclusiv (...) SA, față de art. 431 alin. (2) C. proc. civ. („*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.*”) și art. 435 alin. (2) C. proc. civ. („*Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.*”).

În considerentele deciziei, Consiliul a reținut, între altele:

Având în vedere valoarea estimată de achiziitoare pentru serviciile ce fac obiectul contractului, Consiliul determină că în contextul diferenței substanțiale între valoarea estimată stabilită de entitatea contractantă (136.608 euro, fără TVA), valoarea ofertată de (...) SA (57.044,40 euro, fără TVA) și valoarea ofertată de contracandidatul acestui ofertant, (...) S.A., (93.912 Euro, fără TVA), achizițtoarea trebuia să aprecieze că există un risc privind sustenabilitatea propunerii financiare depuse de (...) SA, iar în temeiul dispozițiilor art. 142 alin.(1) din H.G. nr. 394/2016 avea obligația legală să clarifice cu ofertanta acest aspect, înainte de a declara oferta câștigătoare.

Raportat la aceste aspecte, Consiliul are în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 14 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are obligația de a calcula valoarea estimată a unei achiziții sectoriale având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de entitatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și orice eventuale prelungiri ale contractului, menționate în mod explicit în documentele achiziției sectoriale.

Prin urmare, entitatea contractantă este ținută de lege să estimeze valoarea contractului luând în considerare toate costurile pe care acesta le presupune și pe care, ulterior, le va suporta chiar entitatea prin plățile către prestator, iar ofertanții sunt nevoiți să se raporteze la valoarea estimată, întrucât propunerea unui preț aparent neobișnuit de scăzut poate avea drept consecință respingerea ofertei.

Având în vedere cadrul juridic anterior fixat, Consiliul apreciază că valoarea estimată reprezintă pe de-o parte, un instrument aflat la dispoziția entității contractante pentru a determina cuantumul sumelor ce urmează a fi disponibilizate, iar, pe de altă parte, reprezintă un barometru utilizat de entitatea contractantă în vederea evaluării propunerilor financiare depuse. Cu alte cuvinte este în sarcina achizițtoarei să determine în mod corect valoarea estimată a contractului de achiziție sectorială, pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, luând în considerare orice forme de opțiuni.

Aceasta este și rațiunea pentru care legiuitorul la art. 142. alin. (1) din HG nr. 394/2016 a prevăzut: „*În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire*” și la art. 222 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a prevăzut că „*entitatea contractantă are obligația de a lua în considerare justificările primite de la ofertant, în condițiile alin. (1), îndeosebi cele care se referă la: a) fundamentarea economică a modului de formare*

a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate; b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor, pentru furnizarea produselor sau prestarea serviciilor; c) originalitatea ofertei din punct de vedere al îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini; d) respectarea dispozițiilor privind protecția muncii și condițiile de lucru aplicabile pentru executarea lucrării, prestarea serviciului sau furnizarea produselor; e) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat”.

Din economia textelor legale mai sus amintite rezultă că legiuitorul a stabilit în sarcina entităților contractante analizarea/evaluarea elementelor de preț ale unei oferte, neinterzicând să solicite lămuriri asupra unor elemente de preț din cadrul ofertelor financiare și să analizeze răspunsurile formulate de ofertanți.

Or, sub acest aspect, analizând conținutul dosarului achiziției, transmis în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că entitatea contractantă nu prezintă Consiliului nicaieri cum și-a îndeplinit atribuțiile prevăzute la dispozițiile art. 132 alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 139 din H.G. nr. 394/2016 așa cum a fost mai sus reținut, rezultând că analiza membrilor comisiei de evaluare a fost pur formală.

Văzând și dispozițiile art. 209 alin. (1) partea introductivă din Legea nr. 98/2016, în secțiunea dedicată criteriilor de atribuire – „Fără a aduce atingere dispozițiilor legale sau administrative privind prețul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii [...]” –, Consiliul apreciază că entitatea contractantă are obligația de a clarifica legalitatea oricărui preț aparent neobișnuit de scăzut ofertat anterior luării unei decizii în privința ofertei. Prețul propus nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de cuantumul său, ci reprezintă un element esențial al propunerii financiare ale cărui realitate și legalitate trebuie să fie verificate de comisia de evaluare și confirmate de ofertant prin documentele înaintate achizitoarei.

Orice decizie a entității contractante trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe simple aprecieri ale membrilor comisiei de evaluare.

Altfel spus, entitatea este ținută să solicite justificări ale prețurilor ofertate atunci când sesizează valori diminuate prin raportare la valoarea estimată, nefiind suficient constatarea că acestea se încadrează în valoarea estimată, indiferent de cuantumul lor.

Demersul de clarificare a prețurilor se impune și potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, care prevăd, „fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”

Cu alte cuvinte, în absența analizei membrilor comisiei de evaluare, cele raționate de entitate în punctul său de vedere nu pot fi reținute de Consiliu.

Este firesc faptul ca ofertanții să practice prețuri cât mai reduse, la toate sau doar la unele elemente ale ofertei, pentru a-și maximiza astfel șansele de a obține contractul supus licitației. Având structuri de costuri diferite, putând beneficia de economii de scară importante sau intenționând să își reducă marjele de profit pentru a putea penetra mai eficient pe piața de referință, ar fi în măsură să facă o ofertă competitivă și, în același timp, serioasă și fiabilă, de care entitatea contractantă trebuie să țină seama. Este atât logic, cât și foarte probabil ca, la licitații, ofertanții să propună prețuri mai mari la unele elemente de cost și, eventual, în compensare, mai mici la altele, politica de prețuri ținând de fiecare ofertant în parte și de condițiile cererii și ofertei.

Însă revine entității contractante obligația să verifice realitatea prețurilor ofertate de operatorii economici. Art. 222 din Legea nr. 99/2016 urmărește să prevină situațiile în care entitatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea entităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează).

Or, din această perspectivă, analizând cuprinsul procesului verbal de evaluare nr. 82.4/13.10.2022, Consiliul constată că deși comisia de evaluare a solicitat ofertantului (...) SA, prin adresa nr. 2942/04.10.2022, fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat și prezentarea de dovezi care să justifice nivelul scăzut al prețului, în cuprinsul procesului verbal privind evaluarea propunerilor financiare nu se regăsește nicio analiză a răspunsului transmis de ofertantul în cauză.

Mai mult, deși comisia de evaluare a solicitat prin adresa 2942/04.10.2022 prezentarea de dovezi concludente, în conformitate cu prevederile art. 142 alin. (2) din HG nr. 394/2016, în fapt, prin răspunsul formulat, (...) SA a precizat doar că „a ținut cont de evoluția în scădere a tarifelor pe segmentul pieței de telecomunicații din România, de investițiile în noile tehnologii în infrastructura de comunicații, precum și de durata contractuală, numărul de abonamente și traficul estimat. În acest sens s-a urmărit dezvoltarea unei relații reciproc avantajoase între părți, luându-se în calcul atât tarifele curente, cât și tarifele previzionate în rețelele de telefonie din România, toate acestea permițând oferirea unor tarife la un nivel mai mic decât cele standard.

Referitor la soluțiile tehnice, menționăm că (...) este lider de piață în domeniul furnizării de servicii telecom de business, oferta de servicii se bazează pe o infrastructura telecom moderna proprie cu cele mai noi tehnologii de transmisii bazate pe support radio și fibra optică. S-a acordat o atenție deosebită investițiilor la nivel național, astfel s-a depășit nivelul de 92% pentru acoperirea teritorială și 99% la nivel populație. Menționăm că nu sunt părți subcontractate în scopul furnizării serviciilor solicitate.

Oferta prezentată nu este o ofertă standard (...), având ca fundament principal al prețului ofertei dorința de a permite accesul facil la tehnologie și informație pentru cât mai mulți utilizatori.

(...) nu beneficiază de ajutoare de stat.

Menționăm că executarea contractului nu presupune investiții majore, rețeaua (...) având acoperire la nivel național. Totodată contractul în cauză, nu este un contract de execuție de lucrări, care să presupună costuri de planificare și implementare. Este un contract de echipamente și servicii prestate pe baza de abonamente și tarife ale traficului în rețelele de telefonie proprii, alte rețele mobile și fixe”, fără a prezenta „dovezi concludente”, așa cum s-a solicitat prin solicitarea de clarificări.

Într-o atare situație, Consiliul reține că nu se poate substitui în atribuții comisiei de evaluare, motiv pentru care se impune reevaluarea propunerii financiare depusă de (...) SA, prin verificarea de către membrii comisiei de evaluare a tuturor aspectelor mai sus reținute, motiv pentru care admite criticile formulate de contestator sub acest aspect.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de (...) S.A., în contradictoriu cu (...) S.A.

Anulează, în parte, procesul verbal de evaluare nr. 82.4/13.10.2022 , raportul procedurii nr. 82.7/20.10.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la propunerea financiară prezentată de (...) SA.

Obligă (...) S.A. ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reanalizarea propunerii financiare prezentate de (...) SA, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

La rândul său, în soluționarea plângerii depuse de (...) SA, Curtea de Apel (...), Secția a X-a contencios administrativ și fiscal, a reținut, în considerentele deciziei civile nr. 6 din 2 februarie 2023 (cod ReJust 8649e74d5, <https://www.rejust.ro/juris/8649e74d5>, precum și fișier accesibil în SEAP [CN1044503/00048] Decizie Curtea de apel dosar 8959_2_2022.pdf):

Curtea reține că în cauză comisia de evaluare a solicitat ofertantului (...) S.A, prin adresa nr. 2942/04.10.2022, conform dispozițiilor art. 142 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 coroborat cu art. 222 alin. (1)-(3) din Legea nr. 99/2016, clarificări privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat și prezentarea de dovezi care să justifice nivelul scăzut al acestuia. Curtea constată, contrar susținerilor petentei, că în cuprinsul procesului verbal de evaluare nr. 82.4/13.10.2022 nu se regăsește analiza răspunsului transmis de (...) S.A la solicitarea de clarificări adresată ofertantului prin adresa nr. 2942/04.10.2022. Curtea mai reține că analiza trebuie să fie una efectivă, nu doar formală, nefiind suficient doar să se consemneze faptul că pe baza documentelor, informațiilor și a dovezilor furnizate se justifică în mod corespunzător prețul, luând în calcul elementele prevăzute de art. 222 alin. (2) din Legea 99/2016.

Curtea arată că, deși petenta susține că atât fundamentarea economică, cât și modul de formare a prețului ofertat de (...) S.A și prezentarea de dovezi care să justifice nivelul scăzut al prețului ar fi suficiente, prin raportare la legislația achizițiilor publice, luându-se în calcul elementele prevăzute de art. 222 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, aceasta rămâne la stadiul de alegație, cât timp nu există o analiză propriu-zisă (și nu doar formală) privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului și dovezi concrete care să justifice nivelul aparent scăzut al acestuia.

Curtea reține că entitatea contractantă avea obligația de a verifica realitatea prețurilor oferite de operatorii economici, prin raportare la furnizarea unor justificări pertinente de către ofertant. Curtea arată că această verificare nu trebuie să fie una pur formală (cum este cea din cauză), ci una care să reflecte analiza efectuată de comisia de evaluare prin raportare la clarificările ofertanților și la dovezile prezentate, dovezi care trebuie să fie unele concludente, aceasta fiind de altfel și rațiunea dispozițiilor art. 142 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016.

În cauză, contrar susținerilor petentei, Curtea constată că, din analiza răspunsului (...) S.A la solicitarea de clarificări cuprinsă în adresa nr. 2942/ 04.10.2022, rezultă că aceasta nu a prezentat dovezi concludente care să justifice/să arate fundamentarea economică a prețului oferit, ofertanta limitându-se la a expune doar informații de natură generală, care nu pot fi apreciate ca justificând prețul ofertat.

[...]

Curtea constată, raportat la răspunsul ofertantei (...) S.A. la adresa nr. 2942/04.10.2022, că aceasta a făcut într-adevăr, exclusiv referiri și trimiteri generale, fără a lămurii și a detalia din punct de vedere a fundamentării economice, prețul ofertat. Totodată, Curtea arată că doar asumarea ofertei nu poate prin ea însăși să fie echivalentă justificării prețului, un demers exclusiv pur formal și nu o evaluare completă și temeinică neputând să fie considerate ca fiind în acord cu dispozițiile legale incidente din materia achizițiilor publice și care au fost redate de instanță în considerentele prezentei decizii. Curtea arată că autoritățile contractante au obligația nu doar de a solicita, în mod formal, justificarea ofertelor cu un preț aparent neobișnuit de scăzut, ci trebuie să procedeze la verificarea temeinică a argumentelor prezentate de ofertanți, pentru a evita situațiile în care decizia, din acest motiv, a unor oferte să fie catalogată drept arbitrară. În speță, autoritatea contractantă s-a achitat în mod formal de obligația sa, în sensul că, deși au fost cerute clarificări privind fundamentarea economică a prețului aparent neobișnuit de scăzut al ofertantului (...) S.A., în ceea ce privește verificarea răspunsului s-a limitat doar la a lua act de faptul că ofertantul a răspuns, deși răspunsul nu a permis o evaluare temeinică care să justifice prețul.

Curtea reține că și CJUE a interpretat art. 55 Directiva 2004/18/CE (anterioară Directivei 2014/24) în cauza *AG ELV Slovensko ș.a. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, (cererea C-599/10) subliniind că legiuitorul Uniunii a înțeles să oblige autoritatea contractantă să verifice elementele ofertelor care prezintă un caracter anormal de scăzut impunându-i obligația de a solicita candidaților să furnizeze dovezile necesare pentru a demonstra că aceste oferte sunt serioase, aceasta din urmă constituind o cerință a Directivei în vederea evitării arbitrariului din partea autorității contractante și a garantării unei concurențe sănătoase (paragrafele 28, 29). Chiar dacă autoritatea contractantă solicită ofertantului în cauză clarificări cu privire la justificarea prețului ofertat, ulterior, are obligația de a verifica, cu temeinicie, răspunsurile și documentele care justifică prețul respectiv. Drept urmare, prezintă interes modalitatea concretă în care autoritatea contractantă verifică răspunsurile și documentele care justifică prețul respectiv, în măsura în care acestea există. Curtea reține că în cauză a existat o verificare pur formală, care nu complinește cerințele dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice incidente, privind evaluarea comisiei de evaluare.

Față de toate considerentele de mai sus, Curtea apreciază că soluția din Decizia CNSC nr.(...)/C7/(...) din data de 08.12.2022 este legală și temeinică, astfel că, în temeiul art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va respinge plângerea formulată de petenta (...) S.A., ca nefondată.

Ulterior primirii actelor jurisdicționale evocate, entitatea contractantă a resolicitat de două ori justificarea prețului propus de (...) SA prin adresa nr. 531/21.02.2023 și, nemulțumită fiind de răspunsul furnizat, prin adresa nr. 600/ 24.02.2023. A întocmit raportul procedurii nr. 82.11/09.03.2023, prin care a menținut rezultat stabilit inițial –

câștigătoare oferta (...) SA și locul secund oferta (...) SA. Împotriva acestui nou rezultat, pentru motivele evocate mai sus, această din urmă societate ofertantă a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 13.427 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 208987928/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Victoria, la data de 17.03.2023.

Forul administrativ-jurisdicțional constată și primirea cererii de intervenție accesorie nr. 17104/29.03.2023, aparținând (...) SA, la analiza condițiilor de formulare a căreia, în raport cu prevederile în vigoare ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, se observă admisibilitatea ei în principiu:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/testestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

(...) SA are calitatea de ofertantă câștigătoare la procedura de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Interesul intervenientei de a își păstra poziția și de a semna acordul-cadru care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.). Din parcurgerea cuprinsului cererii intervenientei, se vedește că este în sensul sprijinirii poziției entității contractante, fără nicio pretenție proprie, cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este intervenție voluntară accesorie în favoarea entității contractante, după cum este intitulată în prima pagină.

În analiza aspectelor sesizate de reclamanta (...) SA, este de remarcat că atât Consiliul, cât și Curtea de Apel (...), cu prilejul tranșării litigiului anterior, au constatat cu autoritate de lucru judecat că oferta (...) SA se circumscrie celor cu preț aparent neobișnuit de scăzut, în sensul art. 222 din Legea nr. 99/2016, secondat de art. 142 din normele de aplicarea a legii (în redactarea de la momentul inițierii licitației), invocate în cuprinsul actelor jurisdicționale. Așadar, o primă concluzie indiscutabilă este că prețul (...) SA este aparent neobișnuit de scăzut.

De asemenea, din parcurgerea aceluiași acte reiese că niciunde nu s-a dispus (...) (...) SA să îi resolicite (...) SA justificarea prețului propus, ci dimpotrivă. Astfel:

- la pag. 22 din decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022 s-a constatat „că entitatea contractantă nu prezintă Consiliului nicăieri cum și-a îndeplinit atribuțiile prevăzute la dispozițiile art. 13[3] alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 139 din H.G. nr. 394/2016 așa cum a fost mai sus reținut, rezultând că analiza membrilor comisiei de evaluare a fost pur formală.”

- la pag. 22 din decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022 a fost reținut că, „în **absența** analizei membrilor comisiei de evaluare, cele raționate de entitate în punctul său de vedere nu pot fi reținute de Consiliu.”

- la pag. 22 și 23 din decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022 se consemnează că, „analizând cuprinsul procesului verbal de evaluare nr. 82.4/13.10.2022, Consiliul constată că deși comisia de evaluare a solicitat ofertantului (...) SA, prin adresa nr. 2942/04.10.2022, fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat și prezentarea de dovezi care să justifice nivelul scăzut al prețului, în

**p
riv
i
nd
ev
a
l
cauză.”**

- la pag. 23 din decizia nr. (...)/C7/(...)/08.12.2022: „deși comisia de evaluare a solicitat prin adresa 2942/04.10.2022 prezentarea de dovezi concludente, în conformitate cu prevederile art. 142 alin. (2) din HG nr. 394/2016, în fapt, prin răspunsul formulat, (...) **SA a**

**p
r
e
c
iz
a
t
doar**

[...],

fără

a

**p
r
clarifi
c**

ări. Într-o atare situație, Consiliul reține că nu se poate substitui în atribuții comisiei de evaluare, motiv pentru care

**s
e**

r , motiv pentru care admite criticile formulate de contestator sub acest aspect."

- la pag. 16 din decizia civilă nr. 6 din 2 februarie 2023 se arată: „În ceea ce privește susținerile petentei referitoare la faptul că în cauză

co
a modului în care (...) S.A. și-a fundamentat din perspectivă economică modul de formare a prețului ofertat și că această analiză ar avea la bază înscrisurile care au fost depuse de către (...) S.A, anexat răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 2942/04.10.2022, **Cur**

nef

o

nd

a

t

e

, pentru considerentele care vor fi arătate în continuare."

- la pag. 17 și 18 din decizia civilă nr. 6 din 2 februarie 2023, Curtea a reținut că, „în cauză comisia de evaluare a solicitat ofertantului (...) S.A., prin adresa nr. 2942/ 04.10.2022, conform dispozițiilor art. 142 alin. (4) din H.G. nr. 394/ 2016 coroborat cu art. 222 alin. (1)-(3) din Legea nr. 99/2016, clarificări privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat și prezentarea de dovezi care să justifice nivelul scăzut al acestuia. Curtea constată, contrar susținerilor petentei,

că

în

cu

p

r

i

nsul

p

rocesulu

răs transmis de (...) S.A la solicitarea de clarificări adresată ofertantului prin adresa nr. 2942/04.10.2022. Curtea mai reține că **an**

u

na

n

u

efectivă,

doar

form

a

lă, nefiind suficient doar să se consemneze faptul că pe baza documentelor, informațiilor și a dovezilor furnizate se justifică în mod corespunzător prețul, luând în calcul elementele prevăzute de art. 222 alin. (2) din Legea 99/2016.

Curtea arată că, deși petenta susține că atât fundamentarea economică, cât și modul de formare a prețului ofertat de (...) S.A și prezentarea de dovezi care să justifice nivelul scăzut al prețului ar fi suficiente, prin raportare la legislația achizițiilor publice, luându-se în calcul elementele prevăzute de art. 222 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, aceasta rămâne la stadiul de alegație, cât timp **nu există o analiză propriu-zisă (și nu doar formală) privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului și dovezi concrete care să justifice nivelul aparent scăzut al acestuia.**

Curtea reține că entitatea contractantă avea obligația de a verifica realitatea prețurilor oferite de operatorii economici, prin raportare la furnizarea unor justificări pertinente de către ofertant. Curtea arată că această verificare nu trebuie să fie una pur formală (cum este cea din cauză), ci una care să reflecte **analiza efectuată de comisia de evaluare prin raportare la clarificările ofertanților și la dovezile prezentate**, dovezi care trebuie să fie unele **concludente**, aceasta fiind de altfel și rațiunea dispozițiilor art. 142 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016.

În cauză, contrar susținerilor petentei, Curtea constată că, din analiza răspunsului (...) S.A la solicitarea de clarificări cuprinsă în adresa nr. 2942/04.10.2022, rezultă că **aceas**

c

a, ofertanta limitându-se la a expune doar informații de natură generală, care nu pot fi apreciate ca justificând prețul ofertat."

- la pag. 18 din decizia civilă nr. 6 din 2 februarie 2023, Curtea adaugă: „autoritățile contractante au obligația nu doar de a solicita, în mod formal, justificarea ofertelor cu un preț aparent neobișnuit de scăzut,

ci

t

r

e

b

ui

e

să

p

ofer

t

anți, pentru a evita situațiile în care decizia, din acest motiv, a unor oferte să fie catalogată drept arbitrară. În speță, autoritatea contractantă s-a achitat în mod formal de obligația sa, în sensul că, deși au fost cerute clarificări privind fundamentarea economică a prețului aparent neobișnuit de scăzut al ofertantului (...) S.A., în ceea ce privește verificarea

răspunsului

s-a

I

i , deși
răspunsul nu a permis o evaluare temeinică care să justifice prețul."

- la pag. 19 din decizia civilă nr. 6 din 2 februarie 2023: „Chiar dacă autoritatea contractantă solicită ofertantului în cauză clarificări cu privire la justificarea prețului ofertat, ulterior, a

r
espectiv. Drept urmare, prezintă interes modalitatea concretă în care autoritatea contractantă verifică răspunsurile și documentele care justifică prețul respectiv, în măsura în care acestea există. Curtea reține că în

form

a

lă, care nu complinește cerințele dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice incidente, privind evaluarea comisiei de evaluare."

considerente din care rezultă că instanța administrativ-jurisdicțională și cea judiciară au avut în vedere expres ca entitatea contractantă să analizeze răspunsul (...) SA la solicitarea de clarificări nr. 2942/04.10.2022, iar nu să îi ceară din nou justificarea prețului.

În dosarul achiziției sectoriale transmis Consiliului de către (...) SA nu se regăsește niciun document prin care cei trei membri ai comisiei evaluatorii să își fi îndeplinit atribuția trasată de Consiliu și Curtea de Apel (...), de a analiza justificarea primită ca răspuns la solicitarea nr. 2942/ 04.10.2022. În baza art. 133 alin. (1) lit. n) din normele metodologice, una dintre atribuțiile comisiei de evaluare este de elaborare a proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, însă nu există niciun astfel de proces-verbal al vreunei ședințe de analiză a răspunsului amintit, ceea ce probează că nu au fost respectate cele două decizii.

În fapt, fără să existe un document al vreunei ședințe a comisiei care să o preceadă, aceasta a transmis (...) SA o solicitare similară celei nr. 2942/04.10.2022:

[...] comisia de evaluare, in temeiul dispozițiilor art.139 din Normele metodologice [...], coroborat cu prevederile art.221 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, vă solicită următoarele clarificari referitoare la oferta depusa de dvs.:

Având in vedere faptul ca prețul propus in propunerea financiara prezentata este neobișnuit de scăzut, acesta reprezentând aproximativ 41,76% din valoarea estimata, in temeiul prevederilor art.142 alin.(4) din H.G. 394/2016, coroborat cu art.222 alin.(1-3) din Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, va solicitam clarificari cu privire la prețul propus, respectiv **fundamentarea economică a modului de formare a prețului si prezentarea de dovezi care sa justifice în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.**

respectiv solicitarea nr. 531/21.02.2023:

Având in vedere Hotararea Curtii de apel nr.6/2023, Dosarul nr.8959/2/2022, comisia de evaluare, in conformitate cu Decizia CNSC nr.(...)/C7/(...) din data 08.12.2022 a procedat la reanalizarea ofertei financiare depusa de (...) si in temeiul dispozițiilor art. 139 din Normele metodologice [...], coroborat cu prevederile art. 221 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, vă solicită următoarele clarificari referitoare la oferta depusa de dvs.:

Având in vedere faptul ca prețul propus in propunerea financiara prezentata este neobișnuit de scăzut, acesta reprezentând aproximativ 41,76% din valoarea estimata, in temeiul prevederilor art.142 alin.(4) din H.G. 394/2016, coroborat cu art.222 alin.(1-3) din

Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, va solicitam clarificari cu privire la prețul propus, respectiv **fundamentarea economică a modului de formare a prețului și prezentarea de dovezi care sa justifice în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.**

Fundamentarea economica a modului de formare a prețului va fi prezentata in mod detaliat si va conține in masura in care este posibil elemente de cost masurabile raportate la cerințele caietului de sarcini.

Nemulțumită de răspunsul primit la această resolicitare, comisia a revenit și a transmis (...) SA o altă solicitare, a treia, având nr. 600/24.02.2023, cu următorul cuprins:

Avand in vedere Hotararea Curții de apel nr.6/2023, Dosarul nr.8959/2/2022, comisia de evaluare, in conformitate cu Decizia CNSC nr.(...)/C7/(...) din data 08.12.2022 a procedat la reanalizarea ofertei financiare depusa de (...) si in temeiul dispozițiilor art.139 din Normele metodologice [...], coroborat cu prevederile art.221 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, vă solicită următoarele clarificari referitoare la oferta depusa de dvs si răspunsurile la solicitările privind fundamentarea valorii oferate.:

Referitor la componentele de calcul efectiv luate in considerare la alcatuirea prețului pentru un client va rugam sa precizați daca pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul acestei achiziții:

- inregistrati alte costuri fixe (rețea) decât cele pe care le aveți fara ca achizitorul sa fie clientul dvs.

- inregistrati costuri variabile suplimentare fata de existent pentru implementarea soluției la achizitor. Daca da, atunci va rugam sa precizați care este ordinul de mărime.

- discount rate mentionat de dvs este diferit de 0

- aplicați discount-uri de volum.

Totodata, va solicitam sa precizați daca:

- tarifele ofertate sunt mai mici decât tarifele de interconectare pe care vi le percep operatorii de servicii de telefonie fixa, mobila si transmisii de date mobile. Daca da, atunci explicati cum compensați aceasta diferență sau daca este pur si simplu asumarea (...) pentru ca achizitorul sa redevină clientul (...).

- tarifele ofertate permit acordarea cuantumului punctelor de loialitate asa cum este prezentat in oferta.

După ce a primit răspunsuri la cele două solicitări din etapa de reevaluare, comisia a întocmit procesul-verbal nr. 82.8/01.03.2023, în care a consemnat:

Analizand răspunsul, coroborat cu răspunsul la solicitările de clarificare depus de ofertant in SEAP cu nr. CN1044503/00035 comisia de evaluare a constatat:

1. Ofertantul declara ca a dorit sa exploateze oportunitatea de a readuce clientul in portofoliul (...) si in acest sens a acordat preturi unitare competitive prin oferta depusa, astfel incat aceasta sa fie totodata fiabila si serioasa., (...) precizeaza ca astfel nu este afectata in niciun fel posibilitatea de a indeplini obiectul contractului de achiziție. Comisia considera concludenta declarația.

2. Operatorul declara ca in calculul prețului contractului a tinut cont de evoluția in scădere a tarifelor pe segmentul pieței de telecomunicații din Romania, de investițiile in noile tehnologii in infrastructura de comunicații, precum si de durata contractuala, numărul de abonamente si traficul estimat, luând in calcul totodata tarifele curente si tarifele previzionate in rețelele de telefonie din Romania. (...) declara ca toate acestea i-au permis oferirea unor tarife la un nivel mai mic decât cele standard. Comisia considera concludenta declarația.

3. (...) afirma ca prin readucerea clientului (...) in rețea se realizeaza un volum suplimentar de trafic prin infrastructura existenta si ca acest fapt nu implica o creștere a costurilor fixe existente, creșterea traficului ducând doar la recuperarea mai rapida a acestora. Totodata afirma ca executarea contractului nu presupune investitii majore, costuri de planificare si implementare, rețeaua (...) avand acoperire la nivel național,. Comisia considera concludenta afirmația.

4. (...) precizeaza ca prețul de vanzare pe fiecare componenta/ serviciu, dar si pe total servicii implementate la client in funcție de indicatorii financiari se face prin procesul de DOA

(Delegate of Authority) aprobat la nivelul (...). Acest fapt nu poate fi evaluat de către comisie, dar este acceptat.

5. Operatorul precizează ca la calculul prețului contractului a avut în vedere acordurile de roaming și internațional pe care (...) le are cu principalii furnizori de telefonie mobilă la nivel internațional, dar și prezenta (...) Grup în piețele în care clientul (...) dorește să efectueze/primească apeluri/SMS-uri. Comisia consideră concludența precizarea.

6. (...) afirmă că oferta depusă este profitabilă în limitele standard impuse de către (...), fapt care nu poate fi evaluat de către comisie, dar este acceptat.

7. Ofertantul a prezentat componentele de calcul efectiv care sunt luate în considerare la stabilirea prețului:

a. *Volumele solicitate de către client (servicii, echipamente)*

b. *Costurile implementării soluției produselor și serviciilor la client.*

i. *Costuri fixe (de exemplu costurile de rețea)*

ii. *Costurile variabile (generate de implementare, de exemplu: echipamente, manopera instalare, plăți către furnizori diverși, comisioanele de vânzare ale agenților)*

iii. *Costurile generate de comportamentul clientului (de exemplu nr minute vorbite în rețeaua proprie, număr minute vorbite în alte rețele, consum de minute în roaming, etc)*

c. *Costurile asociate riscurilor implementării soluțiilor (risc valutar, risc de țară, inflație-toate aceste costuri sunt reunite într-un cost numit discount rate - cost care ajustează în plus costul standard.*

d. *Discounturi de volum- reducerea prețurilor standard.*

Referitor la aceste componente comisia de evaluare a considerat necesară formularea unor clarificări suplimentare și în acest sens în data de 24.02.2023 a transmis solicitarea de clarificări nr. 600/24.02.2023 prin care s-au solicitat următoarele:

Referitor la componentele de calcul efectiv luate în considerare la alcatuirea prețului pentru un client vă rugăm să precizați dacă pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul acestei achiziții:

- înregistrați alte costuri fixe (rețea) decât cele pe care le aveți fără ca achizitorul să fie clientul dvs.

- înregistrați costuri variabile suplimentare față de existente pentru implementarea soluției la achizitor. Dacă da, atunci vă rugăm să precizați care este ordinul de mărime, discount rate menționat de dvs este diferit de 0 aplicați discount-uri de volum

Totodată, vă solicităm să precizați dacă:

- tarifele oferite sunt mai mici decât tarifele de interconectare pe care vi le percep operatorii de servicii de telefonie fixă, mobilă și transmisii de date mobile. Dacă da, atunci explicitați cum compensați această diferență sau dacă este pur și simplu asumarea (...) pentru ca achizitorul să redevină clientul (...).

- tarifele oferite permit acordarea cuantumului punctelor de loialitate așa cum este prezentat în oferta.

(...) a răspuns în data de 27.02.2023 la solicitarea de clarificare nr. 600/24.02.2023 depunând în SEAP document înregistrat cu nr CN1044503/00058.

Analizând răspunsul, comisia de evaluare a constatat:

1. Operatorul afirmă că față de costurile pe care le are, fără ca (...) să fie clientul (...), nu înregistrează alte costuri fixe și nici alte costuri variabile suplimentare față de cele existente pentru implementarea soluției. Comisia consideră concludența afirmația.

2. (...) invocă faptul că tarifele unitare pentru anumite servicii considerate în mod individual (cum ar fi valoarea minutelor de convorbiri prevăzute în oferta care au în spate anumite tarife de Interconectare pe care (...) le plătește la rândul său operatorilor) nu prezintă relevanță din perspectiva demonstrării seriozității ofertei totale a (...), atâta vreme cât (...) își recuperează toate costurile înregistrate cu furnizarea serviciilor incluse în pachetul oferit. Totodată precizează că deși este posibil ca tariful unitar oferit de (...) cu privire la o anumită categorie de trafic să fie discountat, în oferta, în relație cu tariful de interconectare pe care (...) îl plătește operatorilor, oferta (...) rămâne profitabilă în considerarea volumelor mai mari de minute pe care (...) intenționează să le achiziționeze conform documentației de atribuire și astfel, costurile se compensează între diferite categorii de servicii cu volumele aferente.

Totodată ofertantul precizează faptul că în ceea ce privește costurile de interconectare a luat în calculul prețului contractului și faptul că acestea sunt diminuate sau chiar depășite de veniturile din incoming (apeluri primite de abonații clientului incluși în respectivul contract).

Comisia concluzionează ca nu sunt relevante tarifele de interconectare reglementate de ANCOM in constituirea prețului contractului si considera concludenta argumentația.

3. Ofertantul afirma ca punctele de loialitate permit clientului achiziția de telefoane la preturi avantajoase pentru el, dar in limitele profitabilitatii pentru (...) fapt care nu poate fi evaluat de către comisie, dar este acceptat.

Comisia de evaluare retine:

- ca oferta inaintata de (...) a fost realizata astfel incat sa ii asigure ofertantului sansa readucerii in rețea a clientului (...).

- prețul de vanzare pe fiecare componenta/serviciu, dar si pe total servicii implementate la client in funcție de indicatorii financiari se face prin procesul de DOA (Delegate of Authority) aprobat la nivelul (...) si oferta (...) nu este o oferta standard, prețul practicat in oferta nu poate fi comparat cu cele practicate in mod curent pe piața.

- datorita faptului ca nu sunt cunoscute elemente cuantificabile ale componentelor ce formeaza prețul contractului, in stituatia in care pentru serviciile oferite este folosita rețeaua existenta fara a fi necesar din partea ofertanților alocarea de resurse suplimentare semnificative valoric, decizia privind nivelul prețului contractului este strict comerciala. Astfel justificarea prețului si analiza justificării este realizata doar din punct de vedere calitativ, o analiza cantitativa nefiind posibila in mod real.

Se cuvine a fi reținut că entitatea contractantă, prin comisia evaluatorie, a solicitat (...) SA fundamentarea economică a prețului neobișnuit de scăzut, nicidecum generalitățile regăsite în răspunsul la adresa nr. 2942/04.10.2022, răspuns lipsit de orice dovadă care să îl susțină:

1. Menționam ca (...) SA a tinut cont de evoluția in scădere a tarifelor pe segmentul pieței de telecomunicații din Romania, de investițiile in noile tehnologii in infrastructura de comunicații, precum si de durata contractuala, numărul de abonamente si traficul estimat. In acest sens s-a urmărit dezvoltarea unei relații reciproc avantajoase intre parti, luandu-se in calcul atat tarifele curente, cat si tarifele previzionate in rețelele de telefonie din Romania, toate acestea permițând oferirea unor tarife la un nivel mai mic decât cele standard.

2. Referitor la soluțiile tehnice precizam ca (...) este lider de piața in domeniul furnizării de servicii telecom de business, oferta de servicii se bazeaza pe o infrastructura telecom moderna proprie cu cele mai noi tehnologii de transmisii bazate pe suport radio si fibra optica. S-a acordat o atentie deosebita investițiilor la nivel național astfel s-a depășit nivelul de 92% pentru acoperire teritoriala si 99% la nivel populație. Menționam ca nu sunt parti subcontractate in scopul furnizării serviciilor solicitate.

3. Oferta prezentata nu este o oferta standard (...), avand ca fundament principal al prețului ofertei dorința de a permite accesul facil la tehnologie si informație pentru cat mai mulți utilizatori.

4. Menționam ca (...) SA nu beneficiaza de ajutoare de la stat.

5. Precizam ca executarea contractului nu presupune investitii majore, rețeaua (...) avand acoperire la nivel național. Totodata contractul in cauza, nu este un contract de execuție de lucrări, care sa presupună costuri de planificare si implementare. In acest caz avem un contract de echipamente si servicii prestate pe baza de abonamente si tarife ale traficului in rețelele de telefonie proprii, alte rețele mobile si fixe.

Referitor la respectarea condițiilor de lucru aplicabile prestării serviciilor oferite, menționam ca in oferta noastra s-a prezentat declarația de respectare a acestora, suplimentar va aducem la cunostinta ca (...) SA este certificata ISO 9001, ISO 22301, ISO 14001, ISO 27001 si ISO 20001

Mai mult decât atat, oferta depusa de către (...) este profitabila in limitele standard impuse de către (...).

Totodata, reiteram faptul că (...) va presta serviciile ce fac obiectul achiziției cu profesionalism si in deplina conformitate cu cerințele solicitate de autoritatea contractanta si va stam la dispoziție pentru orice clarificari suplimentare, necesare unei corecte evaluari a ofertei noastre.

Așadar, (...) SA nu a prezentat nicio fundamentare economică punctuală și credibilă a modului de formare a prețului ofertat și nicio

dovadă care să îl susțină, cu toate că cerința Companiei era limpede („fundamentarea economică a modului de formare a prețului și prezentarea de dovezi care să justifice în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse”) și făcea trimitere expresă la art. 222 din Legea nr. 99/2016 și la art. 142 din normele de aplicare a legii. De altminteri, inclusiv Curtea de Apel (...) a constatat – irevocabil – că, „din analiza răspunsului (...) SA la solicitarea de clarificări cuprinsă în adresa nr. 2942/04.10.2022, rezultă că aceasta

n

u

a, ofertanta limitându-se la a expune doar informații de natură generală, care

n

u

pot

f

i

a

p

r

e

ofer

t

a

t.”

În consecință, răspunsul (...) SA este unul vădit neconcludent, care nu a respectat nu doar solicitarea expresă a (...) (...) SA, ci și:

- art. 222 alin. (2) din Legea nr. 99/2016:

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

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

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 64 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 232;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

- art. 136 alin. (2) din normele metodologice ale legii:

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

Prin urmare, în această situație, sunt aplicabile art. 222 alin. (3) din lege: „(3) Entitatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a căruia ofertă are un preț aparent

neobișnuit de scăzut și r numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele prevăzute la alin. (2)." și art. 142 alin. (3) din norme: „(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, **ofer nec**

o

nformă.", oferta în discuție trebuind să fie respinsă, ca neconformă.

Textele legale evocate sunt imperativ-operative, **neacordând posibilitatea entității contractante să solicite din nou justificarea prețului și dovezi concludente.**

După cum a sesizat recent Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 170 din 20 martie 2023, cod ReJust 864596587, „nu poate fi primită nici apărarea reclamantei conform căreia în cazul în care autoritatea ar fi apreciat răspunsul său ca nefiind concludent ar fi trebuit să revină cu o solicitare de clarificări, întrucât o astfel de abordare este sinonimă cu invocarea propriei culpe a ofertantului care nu poate fi sub nicio formă exoneratoare de răspundere. Consecința absenței unor detalieri concludente ale prețului neobișnuit de scăzut ofertat este indicată de legiuitor”.

Relevant este și raționamentul din decizia civilă nr. 273 din 13 martie 2023 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4e677962e: „reținând că legiuitorul a stabilit atât modalitatea de evaluare a ofertelor, cât și sancțiunile aplicabile în procesul de evaluare, iar Autoritatea Contractantă are dreptul de a solicita clarificări ofertanților în procesul de evaluare a ofertelor depuse, fără însă ca acest drept să fie exercitat de o manieră abuzivă, în mod discreționar, arbitrar, ci cu respectarea prevederilor care guvernează achizițiile publice, inclusiv a principiului tratamentului egal, Curtea constată că în speță, Autoritatea Contractantă a procedat de o manieră conformă cu principiile consacrate în materia achizițiilor publice atunci când a constatat lipsa de concludență a răspunsurilor prezentate de petentă și a respins oferta depusă ca nefiind conformă, în considerarea faptului că tarifele orare practicate pentru anumite utilaje nu au putut fi justificate. [...]

Ofertarea unor tarife care nu pot fi justificate, raportat la ceea ce urmează a fi realizat, este un element definitoriu ce prezintă o importanță deosebită în materia achizițiilor publice, pe care legiuitorul l-a avut în vedere atunci când a prevăzut posibilitatea autorității contractante de a solicita clarificări în situația semnalării unei oferte ce conține un preț aparent neobișnuit de scăzut, tocmai în considerarea faptului că o astfel de ofertă poate pune în pericol însăși executarea contractului în condițiile stabilite prin documentația de atribuire,

sanctiunea aplicabilă într-o astfel de situație fiind așadar fără echivoc și constând în respingerea unei atari oferte ca neconformă."

Decizia civilă nr. 102 din 31 ianuarie 2023 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 98d7d3d83, este elocventă în privința interdicției resolicitării justificării prețului: „Curtea nu poate confirma aprecierea completului investit cu soluționarea contestației din cadrul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor – cum că se impune ca autoritatea contractantă să procedeze la transmiterea unei noi adrese de clarificări, prin care să solicite ofertantului [...] SRL prezentarea de documente justificative –, în condițiile în care autoritatea contractantă a transmis deja o solicitare de clarificări în acest sens, ambelor societăți contestatoare. Astfel, Curtea apreciază că, **trans**

c
o
ndiț
i
il
e

în
ca
r
e
ofer
t

a, prin intermediul răspunsului nr. 118/11.10.2022 dat la solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă."

De reținut este și decizia nr. 20/R din 12 ianuarie 2023 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2387ed348:

Prin cea de-a doua decizie a CNSC a fost din nou infirmat rezultatul procedurii prin care a fost desemnată câștigătoare tot oferta [...] SRL, iar autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertei câștigătoare, decizia nefiind atacată cu plângere. În adoptarea deciziei s-a avut în vedere că autoritatea contractantă a transmis ofertantei [...] SRL la 24.08, 25.08, 31.08 și 05.09 2022 patru adrese conținând solicitări de clarificări, iar adresele de clarificări subsecvente reprezintă, în fapt, o reluare a solicitărilor anterioare, fiind solicitate în mod repetat spre exemplu copii de pe facturile de achiziție sau oferte de preț de la furnizori, respectiv justificarea tarifului orar al manoperei. S-a reținut pe baza celor prezentate anterior că entitatea contractantă a acționat cu nesocotirea prevederilor legale pe linia achizițiilor publice și implicit a deciziei anterioare a Consiliului, **avantajând ofertantul în discuție prin solicitarea de clarificări repetate cu privire la aceleași aspecte**. S-a reținut incidența prevederilor art. 142 alin. 3 din HG nr. 394/2016, ofertanta [...] SRL transmițând un răspuns neconcludent sau incomplet **ce este sancționat de legislația în materia achizițiilor publice, posibilitatea reiterării de solicitări de clarificări până la obținerea răspunsului așteptat fiind exclusă potrivit art. 221 alin. 2 din Legea nr. 99/2016**. S-a mai apreciat că nesocotirea prevederilor legale incidente nu poate fi justificată prin invocarea principiului asumării răspunderii cu privire la rezultatul procedurii.

Procedând la reevaluarea ofertei [...] SRL autoritatea contractantă a declarat-o câștigătoare prin raportul procedurii nr. 26721/04.11.2022, act anulat prin decizia CNSC atacată cu plângere în prezentul dosar.

Curtea reține că în mod corect prin decizia atacată au fost avute în vedere prevederile art. 28 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei câtă vreme din deciziile anterioare ale CNSC, dar mai ales din decizia nr. 2046/C2/2254/29.09.2022, rezultă că în mod definitiv s-a stabilit că la reevaluarea ofertei [...] SRL trebuie avute în vedere dispozițiile art. 142 alin. 3 din HG nr. 394/2016.

Acestea dispun în sensul că în cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă.

„În lipsa dovezilor care să susțină informațiile declarate cu privire la elementele componente ale prețului ofertei, Consiliul a apreciat în mod judicios faptul că autoritatea contractantă avea toate motivele să considere răspunsul ofertantei neconcludent față de nevoia de justificare a prețului propus, considerând întemeiate criticile contestatoarei.” (decizia civilă nr. 3289 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel (...), Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de9357e59)

Chiar dacă a fost pronunțată sub imperiul legislației anterioare, deopotrivă de relevantă este decizia nr. 1393/R-CONT din 19 aprilie 2013 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 95659dd7, în care instanța a subliniat expres că **niciun text de lege nu conferă autorității contractante posibilitatea de a solicita din nou clarificări ale justificărilor de preț oferite.**

Față de cele expuse și prin prisma multiplului precedent judiciar, Consiliul concluzionează că se impunea respingerea ofertei (...) SA, nicidecum avantajarea ei prin repetarea solicitării de justificare a prețului nu o dată, ci de două ori, contrare art. 222 alin. (3) din lege și art. 142 alin. (3) din norme. Separat de această concluzie, se cuvine a fi notat că nici răspunsurile (fără număr de înregistrare la emitent) la solicitările a doua și a treia adresate de entitate nu pot fi considerate edificatoare, întrucât nu doar că (...) SA nu explică prin niciun calcul cum reușește să își „diminueze” costurile astfel încât prețul ofertat, pentru cantitățile maxime, să fie de 57.044,40 euro.

Încă din prima contestație, (...) SA a expus un calcul al costurilor evidente, cum sunt cele date de tariful de interconectare, cifrate la aproximativ 16 mii de euro, la care se adaugă cele de achiziționare a SIM-urilor și a altor echipamente, costuri pe care (...) SA nu le-a explicat, deși puteau fi estimate (cum le-a estimat contestatoarea însăși) și exista un conflict juridic asupra lor. Explicațiile din răspunsurile subsecvente primului sunt deopotrivă generale și neconcludente, în sensul legii, și, mai ales, nu beneficiază de nicio dovadă care să le însoțească. Ele nu depășesc nivelul de narațiuni fără valoare explicativă concretă. Aspectul că „procesul prin care se alcătuiește prețul pentru un client are o complexitate deosebită” nu îl scutește pe ofertant să respecte dispozițiile legale precitate și să răspundă concludent și cu acte doveditoare solicitării entității contractante.

Dincolo de cele expuse, nici prin argumentarea probatorie din cererea de intervenție, lipsită de mijloacele de probă anexate, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, (...) SA nu reușește să probeze sustenabilitatea prețului de 57.044,40 euro, prin prisma cheltuielilor pe care le presupune executarea serviciilor licitate. Este insuficient și neconcludent răspunsul redat în cuprinsul cererii de intervenție:

- costurile fixe înregistrate cu furnizarea serviciilor se recuperează tocmai din creșterea cantității de trafic suplimentar care este consumată de clienți și astfel cu cât se achiziționează un trafic mai mare, cu atât se recuperează din costurile fixe generate de furnizarea serviciilor (cum ar fi eventualele costuri legate de întreținerea rețelei);

- acordurile de roaming și internațional pe care (...) le are cu principalii furnizori de telefonie mobilă la nivel internațional, dar și datorită prezentei (...) Grup în piețele în care Autoritatea contractantă dorește să efectueze/primească apeluri/SMS-uri;

- având în vedere cantitățile pe care autoritatea contractantă le-a definit prin intermediul documentației de atribuire ca fiind cantități maxime, abonamentele oferite pot susține din punct de vedere financiar traficul declarat ca fiind maxim, atât din abonamentul de bază cât și din prețul/minut pentru apelurile efectuate/primite cerute de către autoritatea contractantă;

- executarea contractului nu presupune investiții majore, rețeaua (...) având acoperire la nivel național. Totodată contractul în cauză, nu este un contract de execuție de lucrări, care să presupună costuri de planificare și implementare;

- (...) a reușit să depună o ofertă financiară totală profitabilă pentru companie care nu doar că acoperă costurile fixe și variabile aferente serviciilor oferite dar asigură și marja de profit. Asadar, tarifele unitare pentru anumite servicii considerate în mod individual nu prezintă relevanță din perspectiva demonstrării seriozității ofertei totale a (...), atâta vreme cât (...) își recuperează toate costurile înregistrate cu furnizarea serviciilor incluse în pachetul oferit. Astfel, oferta (...) rămâne profitabilă în considerarea volumelor mai mari de minute pe care autoritatea se obligă să le achiziționeze conform documentației de atribuire și astfel, costurile se compensează între diferite categorii de servicii cu volumele aferente;

- față de costurile suportate fără ca achizitorul să fie clientul (...), nu înregistram alte costuri fixe și nici alte costuri variabile suplimentare față de cel existent pentru implementarea soluției. În ceea ce privește costurile de interconectare, acestea se compensează cu veniturile din incoming, modalitate care ne-a permis să oferim un preț competitiv;

- în ceea ce privește punctele de loialitate - acestea permit clientului achiziția de telefoane la prețuri avantajoase pentru el, asigurând (...) o marja de profit, conform cerințelor interne.

Particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților/entităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei.

De altminteri, nici (...), în punctul său de vedere nr. AB-SJ 1210/22.03.2023 asupra contestației, nu reușește să indice care sunt costurile (...) SA pe care le presupune pentru acesta îndeplinirea acordului-cadru de servicii, ca sumă globală, nemaivorbind de indicarea vreunei cote de profit al operatorului.

Astfel fiind, Consiliul determină că și prin raportare la răspunsurile secund și terț furnizate de către (...) SA, în urma primului litigiu vizând prețul său aparent neobișnuit de scăzut, ofertei îi sunt aplicabile

dispozițiile art. 222 alin. (3) din lege și ale art. 142 alin. (3) din normele de aplicare a legii, oferta sa trebuind să fie respinsă, ca neconformă, nicidecum admisă și declarată câștigătoare. Discuția că societatea contestatoare nu a probat faptul că prețul nu asigură îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini este lipsită de relevanță, atâta vreme cât dispozițiile legale citate impun respingerea ofertei, respingere necondiționată de probarea amintită.

Vizavi de justificarea nedreptățirii/vătămării contestatoarei prin actul (...) (...), aceasta este vădită, în condițiile în care oferta (...) SA a fost clasată pe locul secund, iar eliminarea actualei oferte câștigătoare i-ar permite avansarea pe prima poziție și obținerea acordului-cadru.

În considerarea celor evocate și a art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația (...) SA nr. 14661/20.03.2023, în contradictoriu cu (...) SA și cu (...) SA, va anula raportul procedurii nr. 82.11/09.03.2023 și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei (...) SA și la emiterea unui nou raport al procedurii, în termen de douăzeci de zile, *cu respectarea celor ce preced*, a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga entitatea să le comunice noul rezultat al procedurii de atribuire, după aprobarea viitorului raport, conform Legii nr. 99/2016 și normelor de aplicare.

Relativ la cererea de intervenție voluntară accesorie aparținând (...) SA, față de cele reținute cu prilejul examinării contestației (...) SA, Consiliul apreciază nefondată respectiva cerere de intervenție, motiv pentru care o va respinge ca atare.

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

Admite contestația (...) SA nr. 14661/20.03.2023, în contradictoriu cu (...) SA și cu (...) SA. Anulează raportul procedurii nr. 82.11/09.03.2023, precum și adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă entitatea la reevaluarea ofertei (...) SA și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea viitorului raport al procedurii, entitatea va comunica rezultatul procedurii potrivit legislației aplicabile.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 17104/29.03.2023, depusă de (...) SA, și o respinge ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.