Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
Nr. înregistrare 021 36994

Catre **CURTEA DE APEL Bucuresti**
Sectia de Contencios administrativ si fiscal

Ref: **Procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică având ca obiect** „Proiectare si executie Autostrada de Centura Bucuresti km 0+000-100+900 – **Lotul1: Sector 1.Km 52+070-Km 52+770** aferent Centura Nord si **Sector 2.Km 52+770-Km 69+000** aferent Centura Sud; **Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300. Lotul 3: Sector 1.Km 85+300- Km 100+765** aferent Centura Sud si **Sector 2.Km 0+000- Km2+500** aferent Centura Nord",

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa Alsim Alarko Sanayi Tesisleri ve Ticaret A.S., sediu Dikilitaş Mah. Emirhan Cad. Barbaros Plaza İş Merkezi No:113/C Kat 2 34349 Beşiktaş – İSTANBUL – TÜRKİYE., reprezentată legal prin M. Alper KAPTANOGLU si Necati AKGUN, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedura in Bucuresti, Strada Mircea Vulcanescu, Nr.49,Bucuresti,Sector 1,Romania,Cod postal 010 812, email. murat.manav@alsim.alarko.com.tr , fax. +90 212 953 58 83, +40 (31) 438 04 43, telefon 0721375753, reprezentata conventional prin SCA „IVAN SI ASOCIATII",

în calitate ofertant declarat castigator al procedurii "Proiectare si executie „Autostrada de Centura Bucuresti km 0+000-km 100+900"-**Lotul1**:Sector 1.Km 52+070-Km 52+770 aferent Centura Nord si Sector 2.Km 52+770-Km 69+000 aferent Centura Sud;**Lotul 2**:Km 69+000-Km 85+300 aferent Centura Sud; în *temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016 formulăm prezenta,*

PLANGERE

impotriva Deciziei nr. 2125/C4/1234,1321, 1323, 1597, 1598, 1638, 1674, 1746, 1747, 1774/26.07.2018 pronuntata de Completul 4 al CNSC referitoare la procedura de licitatie deschisa online privind atribuirea contractului avand ca obiect "Proiectare si executie „Autostrada de Centura Bucuresti km 0+000-km 100+900"-Lotul1:Sector 1.Km 52+070-Km 52+770 aferent Centura Nord si 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 si Sector 2.Km 0+000-Km2+500 aferent Centura Nord",organizata de catre COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA.

, prin care vă solicităm ca, prin decizia pe care o veți pronunța, în temeiul art. 34 alin. 1 lit a din Legea nr. 101/2016 să dispuneți:

1. Admiterea prezentei plangeri

2. Modificarea in parte a decizie CNSC in ceea ce priveste admiterea contestatiilor formulate de catre **Asocierea Constructii Erbasu SA - Vahostav SK as - Trameco SA prin liderul Constructii Erbasu SA** si de catre **Tirrena Scavi Spa, pentru Lotul 2: Km 69+000-Km 85+300 aferent Centura Sud,**

3. Respingerea contestatiilor formulate de catre Asocierea Constructii Erbasu SA - Vahostav SK as - Trameco SA prin liderul Constructii Erbasu SA si de catre **Tirrena Scavi Spa, pentru Lotul 2: Km 69+000-Km 85+300 aferent Centura Sud,**

4. Admiterea cererii de interventie formulate de catre subscrisa.

Aspecte prealabile:

Pe data de 03.05.2018 a fost emis si Raportul procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica avand ca obiect „Proiectare si executie Autostrada de Centura Bucuresti km 0+000-100+900 –Lotul 2: Km 69+000 - Km 85+300.

Pe data de 08.05.2018 a fost comunicat subscrisei Rezultatul procedurii de atribuire pentru **Lotul 2** prin care am fost anuntati ca oferta noastra a fost declarata castigatoare, obtinand cel mai mare punctaj ca urmare a aplicarii criteriului de atribuire.

1. In ceea ce priveste admiterea contestatiei inaintata de catre Asocierea Constructii Erbasu SA - Vahostav SK as - Trameco SA prin liderul Constructii Erbasu SA, la care urmeaza a ne referi ca "Erbasu":

- **Solicitam onoratei Curti de Apel sa constate ca CNSC nu a respectat dispozitiile art. 26 alin. 11 si art. 27 alin. 5 din Legea nr. 101/2016 rap. la art. 425 NCPC**

Potrivit art. 26 alin. 11 din Legea nr. 101/2016 privind remediile si caile de atac "*Consiliul are obligația de a motiva în mod clar, fără echivoc, deciziile/încheierile adoptate.*"

Potrivit art. 27 alin. 5 din Legea nr. 101/2016: *„Hotărârea Consiliului cuprinde: (...) b) considerentele, în care se arată obiectul contestației și susținerile pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de Consiliu pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților*"

In conformitate cu dispozitiile art. 68 din acelasi act normativ : „*dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare.*"

Dispozitiile art. 425 NCPC arata ca hotărârea va cuprinde (...) „*expunerea situației de fapt reținută de instanță pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților*"

Clarificand care sunt obligatiile CNSC in ceea ce priveste pronuntarea deciziilor adoptate, din lectura Deciziei atacate, se poate constata ca Onoratul Consiliul a incercat motivarea privind admiterea/respingerea unor contestatii, urmand ca ulterior, in ceea ce-i priveste pe restul de contestatari, respectiv restul de contestatii, s-a limitat la a face trimitere la explicatiile date in cazul analizei anteriore.

In mod aplicat, fata de admiterea contestatiei formulate de catre Erbasu, Consiliul face unele aprecieri de natura unor considerente (pag. 198-203 din Decizie), pentru ca in finalul aceste „motivari" sa statueaze „*Consiliul retine ca toate argumentele mentionate cu ocazia solutionarii primelor doua contestatii aferente lotului 3, sunt valabile si pentru prezenta*"

Chiar daca pare subtantianala raportat la numarul de pagini pe care se intinde, in realitate motivarea CNSC se rezuma la redarea sustinerilor contestatoarei Erbasu, la redarea pe parcursul a 2 pagini a Graficelor de plati (inainte si dupa modificarea acestora) si la prezentarea unei concluzii cu caracter general.

Nu se regasesc in cuprinsul acestei motivari, niciunde sustinerile subscrisei, argumentele si incalcarile flagrante ale dispozitiilor legale subliniate prin Cererea de intarventie, cu atat mai mult cu cat Consiliul a admis in principiu cererea de interventie formulata.

De altfel, lipsa unei motivari in sine sau existenta unei motivari „***prin analogie***" constituie o incalcare a drepturilor procesuale, inclusiv a dreptului la aparare prevazut de art. 13 NCPC, intrucat pune partile in situatia de a nu intelege „logica sau rationamentul" care au stat la baza pronuntarii hotararii, astfel incat sa poata declara si sustine motivele unei cai de atac.

În acest sens, invederam instantei de control judiciar ca Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a hotărât in Decizia nr. 1954 din 30 mai 2014 pronunţată în recurs de Secţia a II-a civilă având ca obiect pretenții că „*obligaţia de motivare a unei hotărâri trebuie înţeleasă ca un silogism logic, de natură a explica inteligibil hotărârea luată, ceea ce nu înseamnă un răspuns exhaustiv la toate argumentele aduse de parte, dar nici ignorarea lor, ci o expunere a argumentelor fundamentale, care, prin conținutul lor sunt susceptibile să influenţeze soluţia.* În speță, *Înalta Curte a constatat că* ***instanţa de apel nu a reţinut şi nici nu a înlăturat susţinerile părţilor şi nu a explicat de o manieră convingătoare raţionamentul juridic pe care l-a adoptat,*** *astfel că hotărârea pronunțată nu creează*

transparenţă asupra silogismului judiciar care trebuie să explice şi să justifice dispozitivul şi ***care să permită realizarea controlului judiciar****, impunându-se, în aceste condiţii, admiterea recursului, casarea deciziei recurate şi trimiterea cauzei instanţei de apel spre rejudecare."*

Mai mult decat atat, aceeasi instanta suprema a hotărât că motivarea unei hotărâri judecătorești, în condițiile în care nu sunt analizate raporturile juridice dintre părţi prin prisma susţinerilor, apărărilor şi probelor de la dosar, nu se circumscrie exigentelor art. 261 pct. 5 C. proc. civ. cu privire la elementele pe care trebuie să le cuprindă orice hotărâre judecătorească pentru exercitarea unui control judiciar. În acest sens, *Înalta Curte a precizat că motivarea unei hotărâri nu este o problemă de volum, ci una de esenţă, de conţinut, aceasta trebuind să fie clară, concisă şi concretă, în concordanţă cu probele şi actele de la dosar.* ***Înalta Curte a mai statuat că motivarea hotărârii constituie o garanţie pentru părţi în faţa eventualului arbitrariu, judecătoresc, precum şi singurul mijloc prin care se dă posibilitatea de a se putea exercita controlul judiciar, circumscriindu-se astfel noţiunii de proces echitabil în condiţiile prevăzute de art. 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului.***

In aceslasi sens a statuat si Curtea Europeană a Drepturilor Omului prin Hotararea din 28 aprilie 2005 în Cauza Albina împotriva României Publicată în: Monitorul Oficial Nr. 1.049 din 25 noiembrie 2005 (Cererea nr. 57.808/00) Definitivă la 28 iulie 2005, prin care a constatat ca „că hotărârea Curţii de Apel Galaţi nu era suficient motivată şi că cererea sa, în procedura de revendicare finalizată prin această hotărâre, nu a fost examinată în mod echitabil. În concluzie, art. 6.1 din Convenţie a fost încălcat."

Astfel fata de toate argumentele prezentate anterior, sumarizand, consideram ca obligatia Consiliului de a motiva deciziile adoptate se subscrie atat prevederilor legii speciale, respectiv Legii nr. 101/2016, precum si normelor cu caracter general in materie de procedura civil, respectiv dispozitiile citate ale Codului de procedura civila, obligatie in privinta indeplinirii careia CNSC a esuat, impunandu-se, pe cale de consecinta, modificarea deciziei Consiliului in sensul respingerii contestatiei formulate de catre Erbasu.

- **Onorata Curte de Apel urmeaza sa constate ca CNSC a ignorat prevederile legale in materia achizitiilor publice atunci cand a dispus admiterea contestatiei formulata de catre SC CONSTRUCTII ERBASU SA.**

Din analiza considerentelor prezentate, atat cat a inteles Consiliul sa prezinte ca si motivare pentru admiterea contestatiei formulate de catre Erbasu, instanta de control judiciar

urmeaza sa constate ca rationamentul prezentat este unul infrant de dispozitiile legale in materie precum si de cerintele specifice prevazute de documentatia de atribuire.

In acest sens, apreciem a avea o importanta deosebita calificarea juridica a documentului prezentat de catre contestatoare a carui modificare a condus la excluderea acesteia- Graficul de plati.

Potrivit CNSC *„Consiliul mai retine ca mentiunea din capatul tabelelor din propunerea financiara conform careia „Acest grafic de plati este minim si obligatoriu" nu poate fi interpretata in sensul dorit de autoritatea contractanta, respectiv ca nu exista posibilitatea unei omisiuni, oricat de mici de la lucrarile respective, deoarece o astfel de interpretare ar fi in contradictie cu prevederile legale referitoare la modalitatea de evaluare a ofertelor, posibilitatea solicitarii de clarificarisi interpretarea acestora, respectiv prevederile Sectiunii a 10-a din HG nr. 395/2016 si ale Sectiunii a 11-a din Legea nr. 98/2016, fapt ce ar conduce la incalcarea grava a principiilor statuate de legislatia achizitiilor publice*" (pag. 174 – motivarea privind contestatia formulata de Porr la care se face trimitere prin mentiunea CNSC citata anterior, referitoare la argumentele prezentate in cazul primelor doua contestatii ale lotului 3, care se aplica si prezentei contestatii)

In legatura cu acesta concluzie, deosebit de importanta in economia rationamentului prezentat de catre CNSC se impun a fi facute doua precizari:

- Graficul de plati, pentru toate cele 3 loturi ale procedurii de atribuire, constituie in realitate Anexa 2 la Formularul de Oferta Financiara, parte a documentatiei de atribuire.

In legatura cu prevederile/continutul/legalitatea/rezonabilitatea etc documentelor care constituie documentatia de atribuire in cazul unei proceduri de achizitie publica, Legea nr. 101/2016 prevede posibilitatea contestarii in etapa preliminara derularii procedurii de achizitie publica, in termen de 10 zile de la publicarea acesteia.

In prezenta procedura de achizitie publica **niciun operator enomonic nu a contestat in fata CNSC continutul documentatiei de atribuire, respectiv a Graficului de plati, astfel incat sa existe posibilitatea legala de modificare a continutului sau statutului acestui document.** In lipsa exercitarii acestui drept oferit in mod expres de lege, Graficul de plati a ramas pentru toti ofertantii, autoritatea contractanta, si insusi Onoratul CNSC MINIM SI OBLIGATORIU!

In legatura cu acest aspect nu este nimic de „interpretat" – autoritatea contractanta a solicitat in cadrul documentatiei completarea unui formular astfel cum a fost el atasat documentatiei de atribuire, atragand chiar atentia operatorilor economici – viitorii ofertanti ca acest document este ***minim obligatoriu.*** De altfel, Consiliul nu a binevoit sa citeze mentiunea autoritatii contractante pana la final, acesta fiind **„Acest grafic de plati este minim obligatoriu. Ofertantii pot aduce doar completari." (Subliniere autoritatii contractante)**

Fata de aceste precizari apreciem ca statutul si calificarea Anexei 2 la Formularul de Oferta Financiara este clara si neechivoca, sustinerile Consiliului privind ipoteza in care nu s-ar mai putea solicitari fiind in mod substantiala gresita, ceea ce denota necunoasterea modalitatii de construire a pretului in contracte de genul celui ce face obiectul prezentei proceduri.

Chiar daca, *ad absurdum,* concluzia care s-ar desprinde prin calificarea documentului ca fiind obligatoriu ar fi imposibilitatea formularii de clarificari, **etapa analizarii legalitatii si/sau conformitatii documentului este depasita demult, de altfel Consiliul nefiind chemat sa se pronunte cu privire la legalitatea sau conformitatea acestui document.**

Revenind, imprejurarea ca un document din cadrul documentatiei de atribuire este stabilit de catre autoritatea contractanta ca fiind de *„ne-modificat, respectiv obligatoriu"* nu echivaleaza cu infrangerea principiilor achizitiilor publice, respectiv imposibilitatea exercitarii dreptului de emitere a solicitarilor de clarificari. In mod cert clarificari se pot solicita in legatura cu mentiunile inserate de catre ofertanti in cadrul acestui formular, si clarificari au si fost solicitate in legatura cu modalitatea de completare a acestui Grafic de plati, inclusiv ofertantilor diligenti, ca subscrisa, care a inteles atat statutul cat si importanta acestuia.

Mai mult decat atat, Onorata Curte de Apel urmeaza sa constate ca existe o serie de documente/formulare din cadrul documentatiei de atribuire care nu pot suferi modificari in nicio situatie, exemplul clasic in acesta materie fiind Formularul privind Garantia de participare la procedura de achiztiei publica. Prezentarea acestuia intr-o alta forma decat cea solicitata de catre autoritatea contractanta va conduce la respingerea ofertei ca inacceptabile. In toate aceste cazuri, autoritatea contractanta a fost libera sa emita solicitari de clarificare cu privire la aspectele/mentiunile care au fost completate de catre ofertanti in cuprinsul acestor formulare.

Sumarizand, subscrisa apreciaza ca CNSC nu a inteles ce reprezinta mentiunea facuta in cuprinsul Graficului de plati, de ce exista acesta mentiune, aspect, de altfel inteles de catre toti ofertantii, inclusiv contestatoarea – de subliniat ca **SC CONSTRUCTII ERBASU SA nu a invocat niciun moment ca nu a cunoscut statutul juridic al documentului denumit Grafic de plati si nici nu a contestat legalitatea acestui statut! Fata de acest aspect, Consiliul apare ca aparatorul contestatoarei, infrangand principiul disponibilitatii, prevazut in mod expres atat de Legea nr. 101/2016 cat si de Codul de procedura civila**

- Graficul de plati are o importanta deosebita in economia Contractului care urmeaza a fi atribuit prin acesta procedura de achizitie publica

Astfel, o depreciere a importantei Graficului de Plati precum realizata de Consiliul, denota o grava necunoastere si lipsa de experienta cu privire la un astfel de contract. Astfel, Graficul de Plati este oglinda in plan financiar a tuturor activitatilor principale ce compun obiectul contractului. Continutul Graficului de Plati este determinat de ceea ce a dorit autoritea

publica sa achizitioneze, modificarea unui astfel de document putand a fi efectuata – in timpul implementarii – doar in anumite conditii expres prevazute de legislatia de achizitii publice, cu verificarea existentei de modificari substantiale sau nesubstantiale.

Astfel, **prevederile Sub-Clauzei 14.1 lit c) din Conditiile Speciale ale Contractului** ce face obiectul acestei proceduri de achizitie publica (Conditii adoptate prin act normativ – Ordinul MT 600/2017) dispun in mod expres ca *„la propunerea Antreprenorului, Graficul de plati se va putea actualiza (...), cu conditia incadrarii in Valoarea de Contract Acceptata si in valoarea aferenta fiecarei categorii de lucrari in parte, asa cum a fost aceasta definita in Graficul de plati."*

- Prin calificarea facuta Graficului de plati de catre CNSC astfel cum a fost citata anterior a fost incalcat principiul nediscriminarii,transparentei si tratamentului egal fata de ceilalti participanti

Fata de mentiunile facute de catre CNSC, subscrisa se considera direct vatamata, avand in vedere ca am actionat ca un **ofertant diligent**, am intocmit in etapa ofertarii o serie de studii aprofundate ale obiectului procedurii de achizitie publica, astfel incat sa pot pune la dispozitia autoritatii contratante preturi clare pentru toate categoriile si subcategoriile/activitatile din Graficul de Plati, intelegand ca mentiunea „**minim obligatoriu**" inseamna acelasi lucru pentru toata lumea!

Eforturile subscrisei nu pot fi aruncate in derizoriu si ridiculizate de catre CNSC, spunand ca, de fapt, atunci cand este facuta mentiunea „obligatoriu", in realitate nu este deloc obligatoriu, si, ca atare, cei care au inteles asta sunt plasati intr-un dezavantaj concret si real!

Potrivit Dictionarului Explicativ al Limbii Romane „**OBLIGATÓRIU, -IE, obligatorii, adj. Care trebuie urmat întocmai, care trebuie făcut, îndeplinit; impus. ♦ (Rar) Care nu poate lipsi; indispensabil. [Var.: obligatór, -óare adj.] – Din lat. obligatorius, fr. obligatoire**."

Cu alte cuvinte, explicatia cuvantului „obligatoriu", mai ales urmata de mentiunea „Ofertantii pot aduce doar completari", este neechivoca si ar trebui sa fie asa pentru toti actorii acestei proceduri de achizitie publica, mai putin pentru Consiliu, care spulbera semnificatia limbii romane intr-o incercare nereusita de a valida rationamentele strambe ale contestatoarei.

Abia prin acesta mentiune facuta de catre CNSC se incalca principiile de baza ale achizitiilor publice, precum ***nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii.***

Dincolo de asertiunile Consiliului in legatura cu valoarea juridica a Anexei 2 la Formularul de Oferta Financiara, se impun a fi subliniate si urmatoarele:

a) Consiliul a calificat ca „*mutarea **unor cheltuieli** de acelasi fel in cadrul aceleiasi categorii de lucrari ... reprezinta o modificare formala, autoritatea fiind obligata sa o accepte, in temeiul art. 134 din HG nr. 395/2015*"(pag. 202)

Asa cum aratat anterior, este de neinteles ca CNSC nu cunoaste rolul Graficului de plati atat din punctul de vedere al procedurii de achizitie publica cat si din punctul de vedere al implementarii contractului.

Din acest punct de vedere, Graficul de plati reprezinta oglinda Ofertei tehnice, intrucat prezinta preturile ofertate pentru categoriile de lucrari care urmeaza sa fie executate in cadrul contractului.

Astfel, in nicio situatie Graficul de plati nu va contine „cheltuieli" asa cum sustine Consiliul, intre cele doua notiuni fiind de asemenea o diferenta substantiala din punct de vedere atat semnatic cat si comercial/economic.

Stabilind ca, **in realitate graficul de plati contine preturile** lucrarilor care urmeaza a fi executate, atunci devine evidenta atitudinea Comisiei de evaluare care a inteles pe deplin ca Erbasu nu a fost in masura sa compuna preturi pentri o serie de activitati pe care ar fi trebuit sa le execute conform contractului.

De altfel, contestatoarea a afirmat in cadrul sustineriloor sale scrise ca:

- Cu ocazia Solicitarilor de clarificari din 07.02.2018 a sustinut ca existenta articolelor pretuite cu valoare „0" este justificata de imprejurarea ca „*aceste activitati au fost cotate integral la art (...) **pentru ca nu pot fi izolate doar pentru drumul national** (...)*"
- „***Subscrisa nu a procedat, prin raspunsurile la solicitarile de clarificari la modificarea ofertei financiare**, ci doar a dat curs cerintelor Autoritatii Contractante, in sensul lamuririi, justificarii modalitatii in care a fost format /cumulat pretul, precum si pretul aferent fiecarei categorii de lucrari, **lamurire care a condus la indreptarea viciului de forma**"*
- *„Valoarea **totala** ofertei financiare nu s-a modificat in urma raspunsului la solicitarea de clarificari, aceasta ramanand nemodificata"*
- *„3.2.2.4 Siguranta circulatiei si 3.2.4.4. Siguranta circulatiei – aceste activitati au fost cotate integral la articolul 3.2.1.4. Nod DN5 si respectiv la articolul 3.2.3.4. Nod DN 6, **pentru ca nu pot fi izolate doar pentru drumul national**"*
- *„Valorile articolelor (...) **s-au impartit ponderat, datorita cererii exprese** venite din partea Autoritatii Contractante"*

- *„Asadar, in mod nelegal s-a dispus respingerea ofertei subscrisei, intrucat **in prezenta speta ne aflam in situatia corectarii unor vicii de forma**, decizia de respingere a ofertei subscrisei ca neconforma fiind nelegala".*

Din chiar sustinerile contestatoarei din cuprinsul contestatiei analizate de catre Consiliu rezulta in mod neechivoc ca :

1. Contestatoarea a incercat sa ofere o serie de explicatii „din punct de vedere tehnic" pentru faptul ca a cotat cu „0" anumite categorii de lucrari, explicatii ce nu se regasesc nici in cuprinsul Propunerii Tehnice – unde trebuiau descrise toate elementele tehnice ce tin de executia lucrarilor – si nici cu ocazia transmiterii Graficului de Plati in cadrul Propunerii Financiare

Din aceste explicatii rezulta fara dubiu ca decizia de a cota cu „0" anumite activitati din cadrul Propunerii Financiare (Graficul de Plati) a fost una constienta, desi ofertantul stia sau ar fi trebuit sa stie ca trebuie sa respecte cerintele obligatorii din Documentatia de Atribuire care statueaza ca Graficul de Plati reprezinta un minim OBLIGATORIU, ofertantii avand doar posibilitatea de a efectua completari.

Fata de aceste concluzii care nu pot fi combatute, interpretarea Consiliului in sensul ca „modificarea ar fi una formala" ramane fara substanta. De altfel, **legislatia achizitiilor publice nu face vorbire despre „modificari formale" ci despre „clarificari sau completari formale sau de confirmare"**

Potrivit art. 134 din HG 395/2016 *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia."*

De asemenea, potrivit art 135 din acelasi act normativ *„În condițiile art. 209 din Lege, **comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia**. ... (3) În sensul dispozițiilor alin. (1), **viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial 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 ceilalți participanți la procedura de atribuire."***

Din analiza textelor de lege care fac vorbire despre posibila incidenta a unor „aspecte formale" care pot aparea in cadrul unei proceduri de achizitie publica, **rezulta ca legiuitorul**

a avut in vedere doar situatia in care comisia de evaluare, fiind cea care constata existenta/incidenta acestor clarificari/completari formale sau chiar vicii de forma, este cea care care dreptul de a solicita ofertantului fie clarificarile/completarile fie corectarea acestora.

Legiuitorul din materia achizitiilor publice nu a avut in nicio situatie in vedere situatia in care ofertantul sa impuna calificarea unor omisiuni ca fiind vicii de forma sau clarificari formale antrenand astfel obligatia comisiei de evaluare de a accepta atat aceasta calificare cat si includerea acestor omisiuni in oferta respectivului ofertant.

De altfel, Consiliul este pe deplin constient de reglementarea citata, si cu, toate acestea, face urmatoarea precizare (pag. 172-173 – motivarea privind contestatia formulata de Porr la care se face trimitere prin mentiunea CNSC citata anterior, referitoare la argumentele prezentate in cazul primelor doua contestatii ale lotului 3, care se aplica si prezentei contestatii) : „astfel, *desi prin raportare la prevederile legale* ***situatia practica ivita pare a nu se incadra intocmai in definitia viciilor de forma, nimic nu se opune a o incadra in aceasta categorie sau in categoria abaterilor tehnice minore, desi este vorba de omisiuni din cadrul propunerii financiare***"

In dezacord cu opinia Consiliului, care utilizeaza inca o data metoda „analogiei", subscrisa apreciaza ca ceea ce impiedica incadrarea situatiei in care se regaseste contestatoarea in cuprinsul prevederilor legale referitoare la viciile de forma sau abaterile tehnice minore este chiar reglementarea data de lege celor doua notiuni.

Orice alta argumentare a pozitiei subscrisei, in acord cu dispozitiile legale, este de prisos, mai ales daca avem in vedere si principiul ***ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.***

Definitoriu pentru sumarizarea acestei argumentatii sunt dispozitiile alin. 10 din art. 134 care dispun: *„Prin excepție de la dispozițiile 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 prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant."*

In acelasi sens a conluzionat si ANAP in speta nr. 390[1] care a avut ca obiect „**Consiliere metodologică cu privire la interpretarea noțiunii și modul de calcul pentru „abatere tehnică minoră"** : *„autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are responsabilitatea*

[1] https://www.achizitiipublice.gov.ro/questions/view/92

de analiza în cunoștință de cauză (având în vedere că dispune de toate informațiile/documentele achiziției) încadrarea situațiilor apărute în categoria abaterilor tehnice minore, iar în acest sens, ***subliniem că modificările efectuate de ofertant ca urmare a solicitărilor de clarificări, prin adăugarea, respectiv eliminarea unor articole/cantități, cu modificarea prețurilor unitare (valorii financiare) pot conduce la modificări substanțiale ale ofertei depuse inițial,*** *în sensul în care aceasta poate fi considerată o noua ofertă, prin crearea unui avantaj evident în favoarea ofertantului respectiv*"

Un alt aspect extrem de important, ignorat cu desavarsire de Consiuliu este acela ca exceptiile sunt de stricta interpretare si aplicare, iar alineatul articolului pe care isi intemeiaza practic admiterea contestatiei este o astfel de exceptie, ce nu poate avea aplicabilitate in cauza, referindu-se in mod expres la o alta situatie.

Pentru a fi cat mai expliciti, redam mai jos partea relevanta din prevederea art. 134 alin. 6 si urmatoarele:

„(...)

(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 inacceptabilă.

(7) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în ***<u>în legătură cu propunerea sa tehnică</u>*** *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: (...)

Este evident ca regula o constituie declararea ofertei ca inacceptabila in cazul in care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare. Prin exceptie de la aceasta regula, legiuitorul s tabilit situatiile in care oferta poate fi considerata admisibila **<u>daca modificarile sunt in legătură cu propunerea sa tehnică!</u>**

Dincolo de toate aspectele mentionate anterior, chiar in situatia absurda in care dispozitiile referitoare la modalitatea de evaluare a ofertei tehnice s-ar putea avea in vedere pentru evaluarea ofertei financiare, invederam Onoratei Curti dispozitiile art. 134 alin. 9 din HG nr.

395/2016 care dispun: „***O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale*** în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că 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 inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe."

In mod evident, „abaterea tehnica minora" de a modifica „Graficul de plati" – document cu privire la care documentatia de atribuire a exclus (asa cum am aratat anterior) posibilitatea ca ofertantii sa se abata de la cerintele exacte ale acestuia exclud calificarea modificarii ca facand parte din categoria abaterilor tehnice minore.

b) Imprejurarea ca suntem in prezenta unui Contract de tipul „Fidic Galben" nu poate valida rationamentul prezentat de catre Consiliu in sensul urmator „***ca si in cazul primelor doua contestatii, Consiliul constata ca, fiind vorba de un contract pe model Fidic Cartea galbena, in care nu exista proiect, liste de cantitati, nu exista motiv aparent pentru care oferta depusa de contestatoare sa fie considerata neconforma***"

Analizand considerentele Consiliului, se desprind doua concluzii:

- Ca s-ar fi impus declararea ca neconforma a ofertei contestatoarei daca ne-am fi aflat in situatia unui Contract de tip Fidic Rosu – ce implica existenta unui proiect si a unei liste de cantitati pus la dispozitia ofertantilor

- Ca in situatia Contractului de tip Fidic Galben acelasi rationament nu se poate aplica, intrucat nu exista un proiect si niste liste de cantitati.

Daca subscrisa declara in mod clar ca este de acord cu prima concluzie subliniata, in ceea **ce priveste cea de-a doua concluzie dorim sa subliniem ca rationamentul trebuie sa fie si este unul identic!**

Pentru a justifica cele mentionate subscrisa va explica pe scurt procesul ce conduce la formarea preturilor in cazul unui Contract de tipul Fidic Galben:

Autoritatea contractanta pune la dispozitia ofertantilor, la nivel de documentatie tehnica, un studiu de fezabilitate. Studiul de fezabilitate contine un „proiect ilustrativ", respectiv o serie de informatii care sunt de natura a prefigura caracteristicile tehnice si/sau arhitecturale ale viitorului proiect, incluzand o devizul general al investitiei, ceea ce constituie punctul de plecare al ofertantilor in construirea ofertei financiare.

Pentru a clarifica complexitatea informatiilor cuprinse intr-un studiu de fezabilitate vom anexa prezentei Anexa 4 a HG nr. 907/2016 care prezinta continutul acestuia.

Pornind de la datele puse la dispozitie in cuprinsul documentatiei de atribuire, fiecare ofertant va dezvolta o serie de studii din care sa rezulte, in mod estimativ, „listele de cantitati" de care vorbeste Consiliul, iar prin insumarea volumelor de lucrari din aceste liste cu pretul ofertat pentru fiecare categorie/activitate care este cuprinsa in obiectul contractului, rezulta preturile pentru toti indicatorii propusi de autoritatea contractanta in cuprinsul Graficului de plati.

In acest fel, autoritatea contractanta poata analiza daca ceea ce a fost descris in cuprinsul ofertei tehnice, a fost si pretuit corespunzator in oferta financiara.

Mai mult decat atat, solicitam Onoratei Curti sa constate ca **preturile ofertate in cuprinsul Graficului de plati vor fi cele pe baza carora Ofertantul castigator va executa contractul**, indiferent de rezultatele de detaliu ce rezulta dupa intocmirea proiectului tehnic si a detaliilor de executie.

Contrar parerii Consiliului, aceste preturi nu sunt „estimative" si nu sunt nici „orientative" sunt cele pe baza carora urmeaza a se executa efectiv contractul, dupa intocmirea proiectului tehnic.

Daca ar fi cunoscut intregul proces ce sta la baza intocmirii unei oferte, mai ales in cazul unui contract de tipul proiectare si executie, onoratul Consiliu nu ar fi minimalizat importanta preturilor continute in Graficul de plati si nici nu ar fi considerat ca simpla nepretuire a unor activitati nu are nicio valoare juridica.

Cu atat mai mult cu cat este vorba de un contract FIDIC carte galbena, unde nu exista proiect, un ofetant va trebui sa depuna o diligenta sporita in evaluarea fiecarui element al proiectului, atata timp cat in cadrul propunerii sale tehnice / financiare va trebui sa acopere toate riscurile ce-i incuba unui astfel tip de contract, inclusiv riscul unei documentatii de licitatie incomplete, desuete. De aceea este recomandata studierea cu atentie a caracteristicilor proiectului, estimarea volumelor de lucru de la momentul intocmirii ofertelor. In cazul de fata, cand avem un Ofertnat care nu a reusit in perioada de pregatire a ofertei, sa rezolve acest mister al impatiriii unei simple cantitati de lucrari in cate 2 sectiuni, ne face

sa ne intrebam cum au reusit sa isi creeze o parere cat de cat reala despre celelalte categorii de lucrari, de importanta majora in realizarea proiectului.

Trebuie mentionat, in acest punct, faptul ca, chiar daca vorbim de niste valori minore fata de economia contractului, chiar acest lucru acuza cu atat mai mult.

Asa zisa incapacitate de a defalca niste cantitati face referire la o simpla estimare, la nivel de proiectare primara, in care vor trebui cuantificate masuri de siguranta traficului pe un Drum National!! (cantitati de parapeti, cantitati de semnalizare rutiera).

Problema inginereasca pe care nu a reusit Contestatarul sa o rezolve este cat se pare de simpla.

Vorbim de Drumul NationaL DN 5 (Bucuresti – Giurgiu) care va fi intersectat de viitorul traseu al autostrazii, iar in punctul de intersectie urmeeaza a se construi un nod rutier. Atasam Extras din Documentatia de atribuire – Nodul Rutier DN 5.

Ceea ce nu a reusit sa faca Contestatarul, a fost sa cuantifice masurile de siguranta traficului pe sectorul afectat de contract al acestui drum (de la km 14+066 – km 15+400), respectiv **sa determine din timpul pregatirii ofertei nr. km echivalenti parapeti, si km echivalenti marcaje rutiere si semne de circulatie pe acest sector de drum**.

Nu a avut de ales decat sa le introduca in capitolul aferent Nodului Rutier DN 5, iar apoi, la „insistentele" Comisiei de evaluare, sa faca un calcul „ponderat" din care sa extraga nr. de semne de circulatie!!!

Ceea ce vrem sa subliniem este faptul ca departe de valoarea acestor lucrari, prin modalitatea in care Contestatarul incearca sa-si justifice incapacitatea tehnica de a estima o chestiune minora, nu face decat sa avertizeze daca nu asupra incapacitatii sale tehnice de a aborda un asemenea proiect, cel putin asupra capacitatii sale de a disimula o eroare, nu majora, dar grava in ceea ce priveste explicatia „Tehnica" oferita.

Din punctul de vedere al implementarii unei proiect de o asemenea complexitate a accepta o oferta financiara care contine activitati cotate „0" presupune ca autoritatea contractanta confirma ca acele lucrari nu vor fi executate de catre viitorul antreprenor!

Mai mult decat atat, in cuprinsul motivarii admiterii contestatiei lui Erbasu, la pagina 176 (contestatia pentru lotul 3 avand aceeasi motivare aplicabila „prin analogie" si lotului 2) Consiliul merge pana intr-atat incat sa afirme ca „Consiliul retine ca relevant argumentul contestatoarei potrivit caruia, (...) chiar si in situatia in care cantitatile respective ar fi lipsit in totalitate, oricum lipsurile ar fi fost unele nesemnficative"!

Ceea ce este mai grav in cazul contestatoarei, iar analiza Consiliului nu a vizat aceste aspecte invocate de catre subscrisa in cuprinsul cererii de interventie este ca:

- Contestatoarea a sustinut ca la intocmirea Ofertei a considerat ca din punct de vedere functional, articolele privind siguranta circulatiei **nu pot fi izolate doar pentru drumul national acesta fiind motivut cotarii acestor activitati in categoria privind nodurile rutiere**

- **Ulterior,** datorita repetatelor clarificari ale Comisiei de evaluare, Contestatoarea **a cotat „ponderat" acele articole, insa fara a avea la baza vreun mod de calcul, ci doar din dorinta de a suplini grava incalcarea cerintelor minime obligatorii de care a devenit constient ca urmare a acestor clarificari**

Din chiar sustinerile contestatoarei rezulta ca **nici in cadrul categoriei in care a sustinut ca a fost inclusa valoarea acestor articole cotate „0"nu a fost prevazuta o valoarea reala privind executia acestor lucrari, din moment ce se sustine ca nu poate aprecia**

exact cuantumul valoric al acestor articole. Si atunci cum s-au cotat de la bun inceput aceste activitati?!

Cu alte cuvinte, autoritatea contractanta, prin comisia de evaluare, a inteles ca pretul ofertat de catre contestatoare, atat de scazut raportat la valoarea estimata a proiectului, este cauzat de lipsa oricaror aprofundari ale documentatiei tehnice pusa la dispozitie in cadrul procedurii, respectiv ca sunt preturi fictive, estimate.

Daca ar fi avut minima diligenta, Consiliul ar fi constatat ca in cazul altor ofertanti, inclusiv in cazul subscrisei, atunci cand s-a solicitat fundamentarea economica a pretului pe anumite categorii, ceilalti ofertanti au prezentat, printre altele, inclusiv cantitati stabilite de catre acestia, breviare de calcul si altele, alaturi de oferte de pret, asa cum dispune legea.

Fara a prezenta cantitatile pe care le-a avut in vedere un ofertant, cum poate comisia de evaluare sa verifice realitatea pretului ofertat, respectiv:

Pret total= pret unitar*cantitate

Cu alte cuvinte, este inutila demonstrarea pretului unitar pentru un anumit articol/categorie de lucrari fara cantitatea estimata a acestuia astfel incat prin inmultirea celor doua sa rezulte pretul indicat de catre ofertant in categoriile incluse in Graficul de plati.

Un alt aspect de subliniat, validat de catre Consiliu este incercarea contestatoarei de a acredita ideea absurda ca nu ar fi trebuit, de fapt, sa conteze decat Pretul Total al Propunerii Financiare, nu si componentele acesteia, indicate si defalcate in mod expres de catre Autoritatea Contractanta

Mergand pe acelasi rationament, am putea extrapola si concluziona ca ofertantii ar fi putut sa coteze un articol cu intreaga valoare a contractului, pe celelalte urmand a le cota cu „0" in aceasta faza si a le completa ulterior in faza de implementare a contractului, or aceasta este absurd si nu poate fi retinut ca argument, indiferent de tipul contractului utilizat.

Exact impotriva acestei situatii legiuitorul a prevazut ca trebuie sa existe o corelare a propunerii tehnice cu propunerea financiara, comisiiile de evaluare avand un instrument de a verifica realitatea si sustenabilitatea pretului ofertat. De altfel, propunerea financiara trebuie sa aiba la baza o analiza temeinica si complexa a ofertantilor cu privire categoriile de activitati indicate in Graficul de Plati.

Contestatoarea a incearcat sa acrediteze si ideea ca modificarea continutului Propunerii Financiare s-a facut la solicitarea expresa a autoritatii contractante, ceea ce este complet fals, Comisia de Evaluare nesolicitand niciodata ofertantului sa isi modifice continutul Graficelor de Plati si doar clarificand, asa cum o obligau

prevederile legale, modalitatea in care a inteles ofertantul sa isi alcatuiasca Propunerea Financiara.

Mai mult, sustinerea contestatoarei, preluata *mutandis mutandi* de catre Consiliu in sensul ca valoarea toatala a ofertei ramane neschimbata, sumele mentionate in comunicarea rezultatului regasindu-se in oferta financiara, este nesustinuta de toate argumentele prezentate anterior.

Asa cum am aratat, prevederile legale interzic modificarea continutului propunerii financiare NU a valorii totale cum pare sa inteleaga atat contestatoarea cat si Consiliul

Art. 134 alin 6) din HG 395/2016 dispune ca „In cazul in care ofertantul modifica prin raspunsurile pe care le prezinta comisiei de evaluare (...) **continutul** propunerii tehnice sau propunerii financiare oferta sa va fi considerata neconforma."

Daca legiuitorul ar fi dorit sa permita modificarea in interiorul valorii totale a propunerii financiare, in mod evident formularea textului legal ar fi fost cu totul alta.

Ceea ce este de neinteles este ca, desi Consiulul a luat act de practica judiciara invocata de subscrisa, ce statueaza ca nu are relevanta importanta sau valoarea modificarii continutului propunerii financiare, concluzia la care ajunge este una opusa. Astfel, Consiliul arata ca practica citata nu este relevanta deoarece in speta noastra nu ar fi vorba de elemente de cost diferite, ci de subcategorii ale aceluiasi element de cost! Dar, asa cum rezulta din simpla lectura a art. 134 alin. 6, legea nu distinge in a defini CONTINUTUL propunerii financiare, respectiv daca este vorba de o sectiune sau subsectiune, categorie de cost sau subcategorie de cost, aceasta interpretare a textului de lege fiind nelegala si cu incalcarea principiului ***ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.***

In acelasi sens a dispus in nenumarate randuri atat Consiliul National pentru Solutionarea Contestatiilor cat si instanta de judecata, apreciind ca *„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 VIII-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****."*

Intr-o alta decizie de speta, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că **garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importa**nță.

In ceea ce priveste textele de lege invocate, cu privire la pretinsa corectare a unor vicii de forma, acestea nu sunt incidente in cauza deoarece, asa cum am mai indicat, contestatoarea invoca faptul ca in mod constient a cotat cu „0" mai multe categorii de lucrari, „impinsa fiind de o imposibilitate de ordin tehnic", pentru ca apoi, sa invoce clarificarile autoritatii contractante ca fiind motivul pentru care a fost „fortata" la „corectarea viciilor de forma".

Devine evident ca se incearca ascunderea unei incapacitati privind intocmirea ofertei financiare sub pretextul unor asa zise vicii de forma ce ar putea fi corectate raportat la prevederile art. 134 citat de contestatoare.

Un ultim aspect pe care dorim sa il subliniem este acela ca, **atata vreme cat contestoarea nu a putut sa coteze in oferta initiala**, din punct de vedere tehnic, separat articolele respective, explicand pe larg aceasta imposibilitate, **se desprinde concluzia ca noile preturi inserate in propunerea financiara pentru acele articole,** ca urmare a clarificarilor comisiei de evaluare, **nu au nici un fundament sau calcule reale, ci sunt pur fictive, din nevoia de a acoperi lipsurile constatate in continutul Propunerii financiare.**

De altfel, dorim sa subliniem inclusiv faptul ca, prin incercarea constanta de a se sustine ca in etapa solicitarilor de clarificari se pot opera modificari in cadrul categoriilor din cadrul Graficului de Plati, urmand ca institutiile abilitate (Comisia de evaluare, CNSC, instanta de judecata) sa constate ca urmare a acestor modificari nu

a fost modificat in nici un fel clasamentul ofertantilor, se incearca justificarea unor propuneri financiare nefundamentate, pentru sustinerea carora sunt create explicatii pe masura ce comisiile de evaluare solicita clarificari, in detrimentul ofertantilor cu adevarat profesionisti, care fundamenteaza propriile propuneri financiare pe baza unor costuri reale, nefiind altfel in masura sa inainteze oferte cu preturi mult sub valoarea estimata propusa de catre Autoritatea Contractanta.

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. **Curtea de Apel Iaşi, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012, s-a pronunţat în aceeaşi direcţie**: *"Raportat la obiectivul general constând în prevenirea şi sancţionarea încălcării dispoziţiilor legale în materia procedurilor de achiziţie publică, nu i se poate reproşa autorităţii contractante că a analizat ofertele participanţilor la procedură în raport de cerinţele minime de participare necontestate, sancţionând neîndeplinirea acestora"*

2. In ceea ce priveste admiterea contestatiei inaintata de catre TIRRENA SCAVI SPA, la care urmeaza a ne referi ca "Tirrena":

- **Solicitam onoratei Curti de Apel sa constate ca CNSC nu s-a pronuntat cu privire la ceea ce contestatoarea a solicitat in mod expres, ignorand astfel dispozitiile art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 rap. la art. 9 NCPC**

Din chiar analiza sustinerilor contestatoarei rezulta cu claritate ca aceasta a solicitat Onoratului Consiliu sa: -„ *dispuna anularea deciziilor de declarare ca neconforme a ofertelor subscrisei (...); - sa constate caracterul admisibil al celor trei oferte ale subscriei in cadrul etapei de analiza a Propunerii Financiare; - sa dispuneti obligarea autoritatii contractante sa procedeze la analiza ofertelor subscrisei in cadrul etapei de analiza a Propunerii Financiare, pentru fiecare din Loturile 1, 2 si 3*".

Fata de solicitarile neechivoce ale contestatoarei si analizand exceptiile invocate prin cererea de interventie formulata de catre SC PORR CONSTRUCT SRL, Consiliul apreciaza ca, in ciuda respingerii ca inadmisibila a acestei cereri, in considerentul obligatiei prevazute de art. 26 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, va analiza, cu prioritate, din oficiu, incidenta exceptiilor. (pag. 178).

Fata de acesta precizare a Onoratului Consiliu, subscrisa apreciaza ca poate formula critici fata de modalitatea de solutionare a acestor exceptii.

Astfel, fata de exceptia inadmisibilitatii capatului 2 de cerere, analizata „din oficiu", subliniem asertiunea Consiliului: *„tale quale, solicitarea ar fi una intr-adevar, inadmisibila, nu Consiliul fiind cel care stabileste admisibilitatea sau inadmisibilitatea unei oferte, rolul sau fiind acela de a verifica in ce masura actul emis de autoritate este unul legal. Cu toate acestea, vazand ca in continutul notificarii prealabile cel de-al doilea capat de cerere este formulat in mod identic, rezulta, in mod clar ca solicitarea de declarare a conformitatii ofertei se adreseaza comisiei de evaluare a autoritatii contractante, obiectul contestatiei urmand a fi citit in sensul obligarii autoritatii la declararea admisibila a ofertei sale."*

Subscrisa considera ca motivarea Consiliului pentru respingerea inadmisibilitatii capatului 2 de cerere al contestatoarei este fara substanta, din mai multe considerente:

In primul rand, contestatia a fost formulata prin avocat, ceea ce exclude posibilitatea ca Tirrena sa nu fi cunoscut care sunt atributiile Consiliului astfel incat sa poata formula un capat de cerere admisibil fata de respingerea ofertei sale financiare.

In cel de-al doilea rand, prezumtia Consiliului cu privire la care ar fi in realitate obiectul contestatiei formulata de catre Tirrena, nu poate infrange dispozitiile art. 10 cu privire la continutul contestatiei formulate in fata acestuia. Potrivit art. 10 alin. 1 lit e contestatia trebuie sa contina "obiectul", respectiv petitul sau capetele de cerere, iar potrivit lit. f al aceluiasi articol trebuie indicata "motivarea in fapt si in drept" al acestui obiect.

Fata de prevederile indicate, cat si raportat la dispoziile prevazute de Codul de procedura civila corespondente, referitoare la continutul cererii de chemare in judecata respectiv art. 194 NCPC, subscrisa apreciaza ca Onoratul Consiliu ar fi trebuit sa constate inadmisibilitatea capatului 2 de cerere si sa analizeze sustinerile contestatoarei prin raportare la celelalte capete de cerere formulate.

Mai mult decat atat, "*in situatia in care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația este anulată.*"(art. 11 din lege)

Or, din considerentele expuse prin decizia atacata nu rezulta ca s-ar fi solicitat contestatoarei lamurirea obiectului cererii sale, atata vreme cat, inclusiv potrivit concluziilor Consiliului, capatul 2 de cerere al acesteia este inadmisibil.

De altfel, continuarea motivelor Consiliului respectiv *„in orice situatie, cu sau fara acest capat de cerere, Consiliul oricum trebuie sa analizeze admisibilitatea ofertelor prin prisma motivelor de neconformitate invocate de autoritatea contractanta, in adresele de comunicare a rezultatului procedurii, deoarece, in caz contrar, nu s-ar putea solutiona capetele de cerere 1 si 3* (...)"(pag. 178-179) arata ca, dintr-un motiv care nu poate fi cunoscut subscrisei, CNSC desi constient de solutia legala, raportat la exceptia

inadmisibilitatii invocata din oficiu, se erijeaza in aparatorul contestatoarei, inlatura impedimentele de natura procedurala astfel incat sa poata analiza sustinerile acestei contestatoare!

In mod evident, solutia legala care se impunea era aceea a constatarii inadmisibilitatii capatului de de cerere si pe cale de consecinta, fiind in imposibilitatea de a solutiona capetele de cerere 1 si 3, respingerea contestatiei ca nefondata.

In sens contrar, Consiliul a trecut in mod fatis peste impedimentele prezentate si a inceput o analiza a motivelor pentru care oferta contestatoarei a fost declarata neconforma.

In analiza sa, Consiliul a incalcat principiul disponibilitatii care trebuie sa guverneze inclusiv procedura administrativ-jurisdictionala.

Chiar trecand, ad absurdum, peste inadmisibilitatea capatului 2 de cerere din contestatia supusa analizei Consiliului, este neechivoc ca Tirrena nu a reclamat si nu a solicitat sa fie clarificata suplimentar cu privire la motivele de excludere ale acesteia.

Din intreaga analiza a contestatiei rezulta fara dubiu ca ceea ce este chemat Consiliul sa constate este suficienta argumentelor prezentate si, nicidecum, imprejurarea ca aceasta contestatoare nu a avut posibilitatea de a oferi informatii suficiente astfel incat sa formeze convingerea comisiei de evaluare cu privire la admisibilitatea ofertei sale financiare.

Consacrarea principiului disponibilitatii in practica judiciara se circumscrie aceleiasi obligatii generale ca „judecatorul" sa se pronunte asupra cauzei raportat la ***obiectul şi limitele procesului care sunt stabilite prin cererile şi apărările părţilor.***

Astfel[2], „instanţa de fond a pronunţat sentinţa cu încălcarea principiului disponibilităţii reglementat în dispoziţiile art. 9 din Codul de procedură civilă, potrivit cu care părţile pot determina nu numai existenţa procesului, prin declanşarea procedurii judiciare şi prin libertatea de a pune capăt procesului înainte de a interveni o hotărâre asupra fondului pretenţiei supuse judecăţii, **ci şi conţinutul procesului, prin stabilirea cadrului procesual, în privinţa părţilor, obiectului şi cauzei, precum şi a etapelor pe care l-ar parcurge**.

Potrivit art. 9 alin.2 Cpr civ. ***obiectul şi limitele procesului sunt stabilite prin cererile şi apărările părţilor*** *şi în acelaşi context, conform art. 22 alin.6 cod pr.civ,* ***judecătorul trebuie să se pronunţe asupra a tot ceea ce s-a cerut , fără a depăşi limitele învestirii,*** *în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel.*

Ca atare, deşi dispoziţiile legale sus enunţate arată că instanţa judecătorească este obligată

---

[2] *Tribunalul Gorj, Secția I civilă, Decizia nr. 691/2015,* portal.just.ro

să statueze asupra celor solicitate de părţi, fără a putea depăşi cadrul procesual trasat de către acestea în exercitarea acţiunii civile, atât sub forma cererilor în justiţie cât şi a apărărilor, instanţa de fond a încălcat aceste dispoziţii prin pronunţarea sentinţei atacate".

Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a hotărât că[3], în conformitate cu principiul disponibilităţii, părţile pot determina conţinutul procesului prin stabilirea cadrului procesual în privinţa obiectului şi al participanţilor la proces, a fazelor şi etapelor pe care procesul le-ar putea parcurge. În aplicarea acestui principiu, ***instanţa este obligată să se pronunţe numai cu privire la ceea ce s-a cerut, astfel cum această solicitare a fost expusă în cuprinsul cererii de chemare în judecată***.

Raportat la elementele de fapt expuse de catre contestatoare rezulta inclusiv ca, in opinia acesteia, raspunsurile la clarificari trebuiau sa fie considerate ca fiind suficiente astfel incat sa fundamenteze admisibilitatea ofertei sale: „*In cele ce urmeaza, vom arata ca, dimpotriva,* ***exista o perfecta corelatie intre propunerea financiara si cea tehnica in cadrul procedurii de atribuire a fiecaruia din cele 3 Loturi****, precum si ca* ***aceste chestiuni au fost pe deplin clarificate in raspunsurile subscrisei la solicitarile de clarificare emise de catre CNAIR, a caror lectura corecta si completa ar fi trebuit sa releve ca pretul ofertat nu este unul nejustificat, ci expresia vastei experiente a subscriei in elaborarea de oferte pentru contracte similare celui de fata***."(pag. 4 din Contestatia depusa de Tirrena)

Mai mult decat atat, pentru a sustine ca toate aspectele au fost clarificate si dovedite, contestatoarea a intocmit chiar si un raport de expertiza extrajudiciara in care a chemat un expert tehnic sa constate ca raspunsurile sale corespundeau tuturor cerintelor autoritatii contractante, acesta concluzionand apoteotic asupra conformitatii cu legislatia achizitiilor publice a tuturor documentelor transmise de catre contestatoare. (sic!)

Apreciaza subscrisa ca este evident, fata de cele analizate anterior, ca discursul contestatoarei nu putea indreptati Consiliul sa dispuna reevaluarea ofertei acesteia sub aspectul solicitarilor suplimentare de clarificari, decat prin infrangerea principiului disponibilitatii.

De altfel, din intregul cuprins al motivarii admiterii acestei contestatii (pag. 178-186 din decizia atacata) reiese atitudinea contradictorie a Consiliului fata de solicitarile de clarificari emise de catre comisia de evaluare.

Sustineri ale Consiliului de genul:

---

[3] Decizia nr. 1263 din 12 martie 2014 pronunţată în recurs de Secţia de contencios administrativ şi fiscal a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie *având ca obiect drepturi salariale procurori*

„De altfel, in conditiile in care, la momentul actual nu exista proiect, **clarificarea nu putea fi decat una generala,** respectiv cum si-a estimat ofertanta pretul ofertei"(pag. 181 ultimul paragraf)

Urmata la distanta de o fraza de:

„Cu toate acestea, avand in vedere amploarea procedurii, conditiile concrete ale acesteia, respectiv ofertarea pe baza estimarilor realizate de ofertanti, autoritatea trebuia sa verifice raspunsul respectiv si **sa solicite clarificari concrete**, exact pentru elementele considerate lipsa sau neconcludente"

Contradictorialitatea afirmatiilor Consiliului este menita sa justifice, in mod inexplicabil, imposibilitatea contestatoarei de a oferi detaliile solicitate de comisia de evaluare, pe de o parter, si sa ii dea si posibilitatea acesteia de a oferi raspunsuri suplimentare, pe de o alta parte.

Raspunsul la „dilema" Consiliului este data de dispozitiile:

- art. 209 din Legea nr. 98/2016 care reglementeaza statutul si rolul clarificarilor astfel: " *În cazul în care informațiile 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 ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.***"

- Potrivit art. 134 alin (5) "*În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau* ***clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă***".

Textele citate reglementeaza dreptul autoritatii contractante de a solicita clarificari in anumite situatii clar definite. In mod evident niciun text de lege nu poate reglementa situatia in care comisia de evaluare sa fie obligata la solicitarea de clarificari repetate *sine die,* pentru ca, poate, intr-un final, ofertantul sa ofere acele justificari/completari etc care sa-i permita sa devina ofertant castigator!

De altfel, acesta ipoteza nici nu poate fi avuta in vedere in prezenta cauza, luand in considerare „vasta experienta" pe care o reclama contestatoarea in executia unor contracte similare, deci pe cale de consecinta, si in ceea ce priveste atat legislatia in materia achizitiilor publice, cat si modalitatea de derulare a acestor proceduri. Concluzia este cu atat

mai evidenta cu cat, acele contracte s-au derulat cu aceeasi autoritate contractanta ca cea din prezenta cauza.

- **Dincolo de analiza sistematica efectuata de catre Consiliu cu privire la claritatea/neclaritatea, respectiv exactitatea/inexactitatea solicitarilor de clarificari, subscrisa solicitam Onoratei Curti sa constate ca nu au fost avute in vedere de catre Consiliu acele motive concrete care au format convingerea comisiei de evaluare cu privire la declararea ofertei contestatoarei ca fiind neconforma, precum si argumentele subscrisei prezentate in cadrul cererii de inetervetie, respectiv:**

(1) „analiza de pret pentru „Agregate pentru betoane" (facute de contestatoare - nota noastra), documentele anexate si cele 2 raspunsurile de clarificare ale subscrisei nu au fost concludente in vederea corelarii analizei finaciare cu elementele propunerii tehnice"

Relevanta in analiza argumentelor contestatoarei au prevederile legale avute in vedere de autoritatea contractanta la declararea ca inacceptabila si neconforma.

Astfel, potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016 o oferta este considerată neconformă în condiţiile art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016, daca nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini, respectiv **dacă propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, situație care ar putea conduce la o executare defectuoasa a contractului.**

In ceea ce „analiza de pret pentru „Agregate pentru betoane" (facute de contestatoare), contestatoarea incearca sa induca in eroare Consiliul facand pe de o parte afirmatii cu caracter contradictoriu si pe alta parte aducand argumente ce nu au corespondent in cadrul propunerii tehnice depuse de aceasta.

In acest sens, Autoritatea Contractanta a invocat mai multe argumente:

Un argument este acela ca prin „*Planul de Situatie al Organizării de Santier, subscrisa nu a prevăzut statii de sortare/concasare, ci doar padocuri pentru depozitarea sorturilor de agregate, iar comisia de evaluare* ***nu ar fi regasit informatiile conform cărora balastul natural în santier ar fi procesat în agregate pentru betoane facute de contestatoare***"

Apararea Contestatoarei este aceea de a acredita ideea conform careia Autoritatea Contractanta nu a avut clarificari/comentarii cu privire la Propunerea Tehnica si ca, in cadrul analizei Propunerii Financiare nu mai puteau fi aduse in discutie componente ale Propunerii Tehnice.

Nimic mai eronat decat atat, intrucat prevederea alin 5 din art. 215 din Legea 98/2016 atunci cand face vorbire despre corelarea elementelor din cele doua propuneri (tehnica si

financiara) obliga autoritatea contractanta sa se raporteze exact la elementele Propunerii Tehnice pentru a verifica transpunerea acestora in cadrul Propunerii Financiare.

De altfel, comisia de evaluare nu a schimbat calificativul de „conforma" atribuit Propunerii Tehnice a contestatoarei ci doar a identificat o serie lunga de necorelari intre cele sustinute in cadrul Propunerii Tehnice si explicatii oferite de Contestatoare in etapa analizarii Propunerii Financiare.

In acest sens, autoritatea contractanta a aflat in acesta etapa finala – evaluarea propunerii financiare, de sustinerea contestatoarei conform careia balastul ar urma sa fie procesat in agregate pentru betoane facute de acesta. **Nicaieri in Propunerea Tehnica, asa cum a retinut in mod corect si comisia de evaluare, contestatoarea nu a descris metodologia specifica unei astfel de operatiuni asa cum era obligata**. Or la acest moment, *contestatoarea nu-si poate invoca propria culpa incercand sa transfere in sarcina comisiei de evaluare vina de a nu fi observat explicatii care nu exista, pe care aceasta nu le-a oferit in cadrul Propunerii Tehnice.*

Explicatia contestatoarei conform careia „***padocurile pentru sorturi/ agregate si statiile pentru productia materii prime (beton si stabilizat cu ciment / asfalt) au fost incluse in Planul Organizarii de Santier doar pentru ca Fisa de Date le prevede ca fiind cerinte minim obligatorii, iar nu pentru ca aici ar fi urmat sa fie pozitionata si statia de sortare/concasare***" arata seriozitatea contestatoarei raportat la solicitarile autoritatii contractante, pe care a urmarit doar sa le ‚bifeze' in mod formal in cadrul Propunerii Tehnice, fara ca aceste mentiuni sa corespunda realitatii.

De altfel, Consiliul, in loc sa sanctioneze acest gen de atitudine, arata ca „*totodata, autoritatea contractanta nu este in masura sa indice vreo prevedere din caietul de sarcini care sa oblige ofertantii sa cuprinda in organizarea de santier, concasoare. (...) prin urmare, un asemenea motiv (lipsa concasoarelor) nu numai ca excede documentatiei de atribuire, dar chiar daca era prevazut, nu exista nicio obligatie a fi montat in organizarea de santier, asa cum in mod gresit sustine autoritatea contractanta*"(pag 184)

In mod evident, aspectele pur tehnice nu sunt familiare Consiliului, neexistand totusi alta explicatie pentru prezentarea sustinerilor citate, caci altfel ar fi trebui sa cunoasca ca oferta tehnica include si metodologia de executie a lucrarilor in care sunt detaliate toate aspectele privind executia lucrarilor si, in cadrul careia, contestatoarea putea mentiona motivul pentru care padocurile pentru sorturi/agregate se afla in Organizarea de Santier iar statia de sortare/concasare nu. Cu alte cuvinte, contestatoarea si-a prevazut in Organizarea de Santier spatii speciale pentru depozitarea sorturilor care sunt scoase de catre statia de sortare/concasare, fara ca statia sa fie amplasata in acelasi loc.

Abia in etapa clarificarilor la Propunerea Financiara a gasit de cuviinta Contestatoarea sa invoce un acord al unei societati pentru inchirierea statiei de sortare/concasare din

balastiera aflata la o anumita distanta fata de Organizarea de Santier. Nu exista nici o referire cu privire la acesta informatie in cadrul Propunerii Tehnice cu toate ca, daca asa ar fi stat lucrurile in realitate, Contestatoarea avea obligatia si interesul totodata, de a include aceste informatii in Propunerea Tehnica.

Referitor la costurile aferente functionarii statiei de sortare/concasare Contestatoarea sustine in cuprinsul paragrafului 3 de la pag. 6 din contestatia acesteia ca

1) *„au fost incluse în **analiza de pret pentru obtinerea sorturilor**, ceea ce înseamna ca aceste costuri au fost justificate sub toate aspectele (cost material natural, prelucrare si transport)*", pentru ca in paragraful imediat urmator sa sustina ca

2) *„in ceea ce priveste costul montajului tuturor statiilor, precizam că în art. 2.1 Organizarea santierului (articol in privinta caruia nu s-a solicitat nicio clarificare) **sunt prevazute mai multe costuri ale organizarii de santier, printre care si montarea si utilizarea statiilor***".

   Ori, statia de sortare/concasare nu necesita montaj, conform declaratiei proprii, aceasta urmand a fi **inchiriata de catre o societate cu privire la care a fost prezentat un acord din data** de 17.10.2017 in care se mentioneaza ca aceasta societate va inchiria contestatoarei statia ce functioneaza in balastiera.

Dincolo de contradictia informatiilor oferite de catre Contestatoarea ceea ce se desprinde din raspunsurile acesteia sunt urmatoarele:

- Statia de sortare/concasare **nu** a fost prevazuta in Organizarea de Santier, a carei descriere este parte a Propunerii Tehnice, ci Comisia de Evaluare a luat la cunostinta de abordarea Contestatoarei la momentul evaluarii propunerii sale **FINANCIARE**.
- Contestatatoare, in justificarea pretului neobisnuit de scazut, incerca sa induca falsa ipoteza ca toate informatiile pe care le prezenta la acel moment, se regaseau in Propunerea Tehnica, insa aceasta ipoteza nu poate fi sustinuta cu dovezi concrete / trimiteri directe la paragrafe din Propunerea Tehnica.
- Singura ipoteza ce se poate retine este ca in incercarea de a justifica pretul neobisnuit de scazut, Contestatatoarea a fost nevoita sa apeleze la aceste explicatii, care nu se dovedesc sustinute de catre documentele prezentate la momentul depunerii ofertelor.

Un alt argument prezentat de Comisia de Evaluare se refera la constatarea privind necorelarea pretului pentru Balast natural în santier cu Oferta de pret de la furnizor in ceea ce priveste justificarea pretului 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 ca, necorelarea cu oferta furnizorului ar fi rezultat din faptul ca costul transportului de balast a fost calculat de ofertant la "ora", apreciind ca distanta intre balastiera si Organizarea de Santier ar fi de "45 de minute" si ca aceasta unitate de masura este corect a fi luata in considerare **si nu, cea indicata de Comisia de Evaluare si de propriul furnizor, respectiv pret/km. Cu alte cuvinte, desi oferta de pret prezentata pentru justificarea pretului pentru balast continea mentiunea furnizorului Valina Ferm privind costul total al articolului compus din pret/to +pret/km, contestatoarea a incercat sa convinga comisia de evaluare ca pretul total pentru acest articol este dat de pret/to+pret/ora!**

Din nou dorim sa subliniem "naivitatea" argumentelor oferite de catre Contestatoare avand in vedere ca, in cuprinsul Propunerii Tehnice au fost prezentate informatii cu caracter obligatoriu, solicitate de catre Autoritatea Contractanta referitoare la identificarea traseelor, respectiv a distantelor necesare pentru aprovizionarea cu principalele resurse de materiale in Santier. ***Altfel spus, documentatia de atribuire prevederea obligatia ofertantilor de a indica toate traseele pe care le vor folosi pentru aprovizionarea cu materiale, distantele fiind prezentate in km si nu per ora.***

Mai mult decat atat, chiar si acceptand „explicatia" contestatoarei privind un traseu de transport agregate de 45 minute, totusi este de notorietate pentru piata de specialitate ca sursele agregate din zona proiectului nu inceplinesc caracteristiciile fizio-mecanice si este necesara aprovizionarea din alte surse aflate la distante considerabil mai mari.

In legatura cu aceste aspecte, sesizate si in cuprinsul cererii de interventie a subscrisei, admise in principiu (pag 186), Consiliul face o serie de asertiuni in legatura cu includerea sau nu a TVA-ului in pretul pentru sortul balast, afirmand in mod clar ca nu intelege ce a dorit sa sustina comisia de evaluare.

Raspunsul l-ar fi primit daca ar fi parcurs, macar in parte, cererea de interventie a subscrisei, in care am explicat, ca de altfel si mai sus, ca ceea ce a dorit sa sublinieze comisia de evaluare este faptul ca pentru acest sort contestatoarea a prezentat un pret pe tona si pentru transportul sau un pret per ora, desi oferta furnizorului sau facea referire la pret/tona si pret/km. Mentiunea cu privire la TVA neavand nicio relevanta in acest caz.

De asemenea, in descrierea de pret pentru betoanele facute de Contestatoare, acesta nu a prevazut folosirea apei, element esential în fabricarea betonului si obtinerea parametrilor tehnici

Dupa cum este cunoscut, pretul unitar al unui articol, este format din cheltuieli directe si cheltuieli indirecte.

Cheltuielile directe sunt acele cheltuieli care se pot identifica si repartiza direct pe unitatea de produs, si cuprind cheltuieli rezultate din costul materiilor prime si materialelor ce intra in structura produsului, cheltuieli rezultate din functionarea / amortismentul utilajelor cu care se

actioneaza pentru realizarea articolului de lucrare respective, cheltuieli rezultate din manopera necesara realizarii produsului si cheltuieli legate de transportul produsului de la punctul de fabricare la punctul de punere in opera.

Avand in vedere faptul ca in compozitia betonului, asa cum rezulta din orice reteta de preparare a betonului, intra urmatoarele materii prime/materiale in proportii definite in baza studiului de laborator, respectiv: ciment, pietris- diverse sorturi, nisip – diverse sorturi **si apa**, rezulta faptul ca raportul ciment/agregate/apa - esential in producerea betonului, asa cum a precizat si Autoritatea Contractanta, nu a fost real evaluat de catre contestatoare, fiind exlus costul apei din aceasta analiza, obtinandu-se astfel intra-devar un cost mai mic, dar nu real.

Faptul ca Contestatoarea alege sa declare ca acest cost al apei se regaseste in costul Organizarii de Santier, este cu atat mai grav, aceasta dand dovada de o eronata abordare tehnica a unui cost cu impact **major** in economia contractului!!

Sustine contestatoarea ca „***este absurdă ideea potrivit căreia costul apei ar trebui să fie inclus în costurile de productie ale betonului***, *pentru simplul motiv ca în analiza de pret pentru realizarea betonului ar trebui inclus si costul pentru chiria terenului unde este pozitionata statia de beton, precum si alte costuri pentru servicii la statia de beton...*" (pag, 10 din contestatia Tirrena Scavi)

Ceea ce ignora contestatoarea, cu toata „vasta sa experienta in constructia de autostrazi" este faptul ca apa, spre deosebire de chiria terenului, este o materie prima ce intra in mod obligatoriu in compozitia betonului asa cum rezulta din orice reteta de preparare la care ar dori sa se raporteze Tirrena Scavi, determinandu-i astfel proprietatile sale fizice, respectiv clitatea materiei obtinute. Pe cale de consecinta, pentru a justifica pretul ofertat in ceea ce priveste betonul, era obligatia contestatoarei de a indica si dovedi in concret ca a luat in calcul toate costurile materiilor prime/materialelor ce intra in mod obligatoriu in compozitia acestuia si ca ofera un produs nu numai competitiv, ci si CALITATIV.

Faptul ca Contestatoarea alege sa declare ca acest cost al apei se regaseste in costul Organizarii de Santier, (unde consumul de apa al statiei de betoane este cel majoritar si nu consumul birourilor si al spalatului betonierelor) este cu atat mai grav, aceasta dand dovada de o eronata abordare tehnica a unui resurse/componente unitare, care are un impact major in cel mai sensibil articol de constructie, respectiv Betonul, care este un cost semnificativ (aproximativ 30-40%) din costul Proiectului.

Sustinerea Consiliului in sensul ca "*este cert ca nimeni nu-si inchipuie ca betoanele vor fi realizate fara apa. Cu toate acestea, autoritatea nu a formulat o intrebare concreta in acest sens.*" apare ca fiind lipsita de sens, atata vreme cat raspunsul, de altfel, validat de catre Consiliu, este ca valoarea/costul apei a fost inclus in Organizarea de Santier.

Se naste intrebarea, retorica, desigur, ce alta intrebare ar fi putut adresa comisia de evaluare acestui ofertant extrem de experimentat?!

(2) In ceea ce priveste Raspunsul nr. 2, facem urmatoarele precizari:

Ca urmare a estimarii volumelor si suprafetelor din Documentatia tehnica faza SF (parte a Documentatiei de atribuire), Comisia de evaluare a constatat o diferenta semnificativa privind cantitatile utilizate in analizele de pret pentru Categoria de lucrari

si pentru Categoria de lucrari

conform Cerintelor Beneficiarului.

Comisia de evaluare **a transmis o noua solictare ofertantului** solicitandu-i clarificari suplimentare, clare si neechivoce, cu privire la aspectele semnalate, cu toate ca si in prima soliciare de clarificari ofertantului ii fusese ceruta in mod explicit si **detaliat** "fundamentarea economica a modului de formare a pretului (**material, manopera, utilaj, transport), prin raportare la** serviciile furnizate sau **metodele de constructie utilizate."**

Comisia de evaluare nu poate, prin solicitarile de clarificare, sa creeze un avantaj suplimentar ofertantului, cu incalcarea tratamentului egal, toti ofertantii avand obligatia de a raspunde in mod complet, de la inceput, solicitarilor de clarificare.

Subliniem ca era obligatia contestatoarei de a aduce dovezi, asa cum o obligau prevederile legale, simplele afirmatii ce emana de la aceasta neputand constitui dovezi in sensul solicitat de art. 210 alin. 3 din Legea 98/2016.

De altfel, in mod surprinzator, si in acest caz argumentele ofertantului s-au bazat tot pe "*vasta si indelungata experienta a liderului Asocierii, „Tirrena Scavi S.p.A." in domeniul proiectarii si constructiei de infrastructura de transport rutier, experienta demonstrata si materializata si in Romania",* acesta alegand din nou aceasta afirmatie in locul dovezilor ce i-au fost solicitate de Comisia de evaluare.

Astfel, desi i-a fost solicitat in mod expres sa **precizeze cotele utilizate la estimarea tuturor volumelor,** avand in vedere respectarea cerintelor din Documentatia de atribuire, din raspunsul prezentat **lipsesc cantitatile estimate pentru scurgerea apelor**, raspunsul fiind considerat pe buna dreptate incomplet de catre Comisia de evaluare.

Mai mult, pare sa fie doar o incercare deliberata a contestatoarei de a incerca sa ascunda pretul nesustenabil ofertat pentru una dintre categoriile de lucrari (3.1.1-Terasamente **si scurgerea apelor**), prin omiterea intentionata a unor lucrari/costuri foarte importante din punct de vedere tehnic/durabilitate/durata de viata a lucrarii, mimand o neintelegere a cererilor de clarificare, intemeiate, ale Comisie de Evaluare.

La fel de surprinzator este ca, in analiza sa, Consiliul ignora cu desavarsire raspunsul contestatoarei in sensul citat mai sus, dar sustine ca "***intr-o procedura de asemenea***

importanta, este contraproductiv a realiza o evaluare orientata programatic spre respingerea, cu orice pret, a ofertantilor cu preturi mai scazute (...)"

Astfel, in situatia in care nu se poate identifica logica conform careia dupa un raspuns de genul celui prezentat de contestatoare, Consiliul sustine in continuare ca trebuia insistat in solicitarea de clarificari concrete, solicitam Onoratei Curti sa cenzureze astfel de afirmatii ce nu pot constitui "motivarea" unei decizii emise de CNSC.

În susţinerea argumentelor anterior prezentate, apreciem necesară administrarea probei cu înscrisurile aflate în dosarul achiziției publice

În drept, invocăm disp. art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Cu deosebită considerație,

Alsim Alarko Sanayi Tesisleri ve Ticaret A.S.

Prin SCA IVAN SI ASOCIATII
Prin avocat