Catre:
TRIBUNALUL BUCURESTI
Sectia a II-a Contencios Administrativ si Fiscal
Dosar nr. 9660/3/2018

Procedura de atribuire a Contractului avand ca obiect „ Proiectare si executie "Varianta de ocolire Timisoara Sud" ,
Anunt de participare numarul 174865/22.04.2017

DOMNULE PRESEDINTE,

Subscrisa cu sediul în , reprezentata de reprezentant in prezenta cauza al asocierii , in calitate de recurent recurent,

in contradictoriu cu:

COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A./Directia Achizitii Infrastructura Rutiera (autoritate contractante/AC/CNAIR), cu sediul in Bucuresti, B-dul Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, tel. +40 212643299, fax: +40 212643298, e-mail: , in calitate de intimat intimat , ofertant declarat castigator in cadrul procedurii de achizitie publica, cu sediul ales la

in calitate de intimat parat,

in temeiul dispozitiilor art. 51 aliniat 3) din Legea nr. 101/2016 privind remediile si caile de atac in materie de atribuire a contractelor de achizitie publica, a contractelor sectoriale si a contractelor de concesiune de lucrari si concesiune de servicii, precum si pentru organizarea si functionarea Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor („Legea nr. 101/2016/Lege"), formulam prezentul:

RECURS

Impotriva Hotararii nr. 3334/18.05.2018 pronuntata de Tribunalul Bucuresti Sectia a II-a Contencios Administrativ si Fiscal, in dosarul nr. 9660/3/2018,
prin care va rugam sa dispuneti:
1. Admiterea recursului astfel cum a fost formulat si motivat si, pe cale de consecinta, desfiintarea in parte a hotararii susmentionate, respectiv in ceea ce priveste solutia de respingere a contestatiei

formulata de în calitate de LIDER DE ASOCIERE si reprezentant in prezenta cauza al asocierii

2. Rejudecarea litigiului in fond si admiterea contestatiei formulata de , în calitate de LIDER DE ASOCIERE si reprezentant in prezenta cauza al asocierii

Si,

pentru urmatoarele considerente:

PREZENTAREA SITUATIEI DE FAPT

COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. ("CNAIR"/AC) a publicat in data de 22.04.2017 sub nr. 174865 in SEAP, Anuntul de participare privind Procedura de atribuirea a Contractului de achizitie publica avand ca obiect: „ Proiectare si executie "Varianta de ocolire Timisoara Sud"." ("Procedura de atribuire").

Prin Adresa nr. 92/12989/27.02.2018 CNAIR SA ne comunica urmatoarele:

Referitor la procedura de atribuire a contractului Proiectare si executie "Varianta de ocolire Timisoara Sud" suntem informati ca in urma finalizarii procesului de evaluare, prin aplicarea criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate-pret", oferta noastra a fost admisibila si s-a clasat pe locul 2.

Totodata se mentioneaza faptul ca oferta declarata castigatoare este cea depusa de avand pretul de fara TVA, fiind corespunzatoare din punct de vedere al cerintelor Documentatiei de atribuire.

Deoarece ne-am considerat persoana vatamata ca urmare a continutului Adresei nr. 92/12989/27.02.2018, am inteles sa formulam, in interiorul termenului legal de 10 zile, Notificare prealabila prin care am solicitat Autoritatii contractante sa adopte masuri de remediere a incalcarilor legislatiei privind achizitiile publice prin emiterea actului contestat.

Autoritatea contractanta a raspuns la Notificarea prealabila mentionand ca "autoritatea contractanta nu va adopta masuri de remediere, in sensul anularii adresei nr.92/12989/27.02.2018 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire".

Fata de acest aspect subscrisa am formulat in termenul legal contestatie si, urmare a solutionarii acesteia, instanta de fond a hotarat respingerea actiunii noastre, hotarare pe care o consideram netemeinica si nelegala.

PREZENTAREA MOTIVELOR DE RECURS

Consideram ca hotararea pronuntata de instanta de judecata nu este motivata.

Astfel, in cuprinsul hotararii sunt redate de catre judecatorul fondului o serie de articole din legislatia de achizitii, concluzia lapidara a instantei fiind ca:

"Din textele legate citate mai sus reiese, deci, ca autoritatea contractanta are obligatia de a solicita clarificari motivat, numai la acele categorii din oferta in care pretul apare ca neobisnuit de scazut in conditii de Piata.

In speta dedusa judecatii, autoritatea contractanta a solicitat de la parata

clarificari doar cu privire la categoriile de pret de la punctele 2.2, 5,1, 8.1 si 8,3, doar cu privire la acestea apreciind ca preturile ofertate sunt nejustificat de scazute cu privire la pretul pietei.

Ofertantul mentionat a justificat pretul la aceste categorii atat in scris, cat si cu documente care atesta posibilitatea sustinerii sale.

Critica reclamantelor ca autoritatea contractanta avea obligatia sa ceara justificari de pret la toate categoriile de pret este neintemeiata, textele citate neinstituind o astfel de obligatie cu caracter general in sarcina Autoritatii contractante.

Din contra, acestea stabilesc faptul ca verificarile trebuie sa priveasca doar acele situatii in care se „constată că elemente de pret ale unei Oferte sunt aparent neobisnuit de scăzute, prin raportare la preturile pietei, utilizându- se ca referinta în acest sens informatii cum ar fi buletine statistice sau cotatii ale burselor de mărfuri."

Reclamantele nu fac referiri concrete cu privire la elementele de pret stabilite prin propunerea de oferta financiara tip din cadrul documentatiei de atribuire care nu pot fi la nivelul de 71% din valoarea estimata cu pastrarea conditiilor de calitate.

Acestea critica generic faptul ca autoritatea contractanta nu a cerut clarificari in ce priveste toate elementele de pret, precum si faptul ca nu este prevazut in mod separat ca element de pret costul aferent inlocuirii de doua ori a stratului de uzura in perioada de garantie."

Aceasta este, de fapt, "motivarea" instantei de judecata in baza careia a inlaturat sustinerile noastre si a respins contestatia formulata, din hotarare desprinzandu-se practic concluzia ca, in opinia instantei, comisia de evaluare are puteri discretionare in a aprecia daca se impune sau nu a fi clarifica un ofertant, aceasta decizie neputand fi cenzurata de catre instantele de judecata.

Din aceasta "motivare" a instantei se desprinde concluzia ca, in masura in care comisia de evaluare a apreciat ca doar cu privire la un procent de sub 5% din valoarea contractului se impune a se justifica pretul aparent neobisnuit de scazut, aceasta decizie a comisiei nu poate fi contestata.

Ori, acesta este, in opinia noastra, un rationament nu doar gresit, dar si extrem de periculos, achizitiile din fonduri publice trebuind sa poata fi supuse sub toate aspectele, inclusiv al pretului ofertat, cenzurii instantei de judecata.

Am arata in cadrul contestatiei ca, dupa cum rezulta din Raportul procedurii, clarificarile au vizat doar 4 articole, toate cu pondere extrem de mica in alcatuirea pretului total al ofertei – investigatii arheologice, relocare si protejare retele electrice si lucrari la 2 intersectii denivelate.

Mai mult decat atat, cu privire la 2 dintre articole - investigatii arheologice, relocare si protejare retele electrice – ofertantul a prezentat doar acorduri de subcontractare, valoarea acestor lucrari fiind cunoscuta de comisia de evaluare inca de la data declararii acestor subcontractori in DUAE.

Subliniem inca o data ca cele patru categorii de lucrari insumeaza sub 5% din valoarea contractului, procent ce nu este relevant pentru a analiza sustenatibilitatea pretului total ofertat!

Mai mult, asa cum am aratat inclusiv in cadrul concluziilor scrise, dupa studierea explicatiilor oferite de ofertantul castigator cu privire la aceste minime si insuficiente clarificari, am constatat ca nici macar in ceea ce priveste aceste articole nu exista justificari corespunzatoare. Astfel, printre documentele depuse de ofertant se regasesc facturi emise in anii anteriori precum si facturi emise dupa data de depunere a ofertelor, acestea din urma neputand sa fi fost luate in considerare la formarea pretului. Ofertantii aveau toti obligatia sa isi formeze pretul si, la solicitarea comisiei de evaluare, sa il justifice, bazandu-se pe oferte ferme si actuale ale furnizorilor sau pe alte documente (de exemplu, facturi) de la data intocmirii ofertei pentru a demonstra autoritatii contractante ca pretul ofertat este sustenabil.

Subscrisa nu am facut referiri generice asa cum sustine instanta de fond, ci am contestat in concret ca autoritatea contractanta nu si-a indeplinit obligatia de a clarifica in mod corect si complet propunerea financiara in conditiile in care a constatat ca aceasta este aparent neobisnuit de scazuta.

Aceasta in conditiile in care in raspunsul la notificarea prealabila autoritatea contractanta a precizat ca ***"prin comisia de evaluare are un rol activ in cunoasterea valorile tuturor elementelor care au stat la baza stabilirii valorii estimate a contractului si independent de lipsa unor astfel de informatii, pretul care pare neobisnuit de scazut se impune a fi analizat si clarificat in detaliu."***

Ceea ce pare insa instanta fondului sa ignore este ca autoritatea contractanta, prin comisia de evaluare, este tinuta sa se asigure, dincolo de orice indoiala, ca ofertantul castigator poate sa execute in pretul ofertata contractul de achizitie publica.

O astfel de diferenta, de peste 20 de procente din valoarea estimata, intre locul 1 si locul 2, nu a mai existat, din cunostintele noastre, in nici una dintre procedurile derulate de catre CNAIR SA derulate in ultimii ani. O asemenea oferta, cu o valoarea atat de scazuta, instituie o prezumtie rezonabila ca oferta depusa de nu este sustenabila si bazata pe elemente licite, preturile ofertate neputand acoperi obligatiile contractuale.

In opinia noastra instanta de judecata avea obligatia sa analizeze argumentele noastre si nu sa le elimine *de plano* ca fiind generice, printre aceste argumente fiind acela ca era necesar ca autoritatea contractantă să-i solicite în mod expres ofertantului prezentarea de justificari insotite de documentelor probatoare pentru principalele elemente constitutive ale pretului ofertat, de exemplu in ceea ce priveste structurile (ce au ca pondere aproximativ 20% din valoarea totala a lucrarilor) sau lucrarile de drum (ce au ca pondere aproximativ 40% din valoarea totala a lucrarilor).

Argumente mai in detaliu vizand oferta castigatoare subscrisa nu puteam avea in vedere ca aceeasi instanta de judecata ne-a interzis accesul la Propunerea financiara considerand ca este confidentiala, dar chiar in aceste conditii instanta avea obligatia de a analiza sustinerile noastre cu privire la elementele de pret cu pondere mare in pretul total ofertat ce nu au fost niciodata clarificate.

Tocmai in acest sens consideram mai sus ca rationamentul instantei este si nelegal si periculos pentru ca, cata vreme se interzice accesul la propunerea financiara a ofertantului castigator iar instantele nu cenzureaza deciziile comisiilor de evaluare sub aspectul elementelor de pret pe care acestea le considera sau nu aparent neobisnuit de scazute, se creaza situatia in care deciziile autoritatilor contractante nu vor mai putea fi niciodata verificate de instantele de judecata sub aspectul pretului ofertat. Ori, cata vreme se elimina tocmai aceasta cheie de control judecatoresc exact cu privire la cel mai sensibil element, pretul, se creaza pericolul ca ofertanti cu preturi nesustenabile, pe care comisia de evaluare nu le clarifica, sa castige contracte importante, in acest caz de infrastructura.

Sustinem astfel, si in cadrul acestui recurs, ca autoritatea contractanta – constatand ca oferta depusă prezintă un preț/cost aparent neobișnuit de scăzut față de ceea ce urmează a fi executat – avea obligatia de a solicita clarificari, in principal pentru articolele si partile contractului cu o pondere semnificativa in alcatuirea pretului total.

Prin aceste clarificari autoritatea contractanta avea obligatia de a lamuri dincolo de orice indoiala cum anume urmeaza sa asigure îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați, aceasta fiind in fapt esenta evaluarii ce trebuia efectuata.

Potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016 o oferta este considerată neconformă în condițiile art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016, daca nu satisface în mod corespunzător cerințele 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.**

Comisia de evaluare trebuia să facă o analiză temeinică a ofertei, să identifice care sunt acele elemente esențiale, informații și documente pe care urmărește să le obțină pentru verificarea prețului, să le ceară în consecință, în mod explicit, cu posibilitatea de a fi asigurată corelarea informațiilor prezentate de ofertanți.

Asa cum s-a retinut in jurisprudenta recenta, "faptul că actualmente nu se mai prevede un criteriu matematic prin raportare la care prețul este calificat drept neobișnuit de scăzut nu semnifică instituirea automată în favoarea autorității contractante a unei puteri de apreciere absolute cu privire la calificarea acestuia din moment ce aceasta este ținută să respecte: scopul Legii nr. 98/2016 definit în art. 2 alin. 1, principiul eficienței în cheltuirea fondurilor publice consacrat de Legea nr. 500/2002 și să raporteze suma ofertată la prețul pieței." (Curtea de Apel Iasi, Hotărârea nr. 224 /2017).

Parata a mentionat ca "toate propunerile financiare au fost analizate in ceea ce priveste preturile ofertate pe toate categoriile de cheltuieli prin compararea tuturor categoriilor elementelor care au stat la baza stabilirii valorii estimate a contractului."

Aceasta afirmatie a CNAIR nu a fost sustinuta de nici un element probator care sa combata cele reclamate de subscrisa, respectiv ca, avand in vedere ca deja comisia de evaluare constatase ca oferta

are un pret aparent neobisnuit de scazut (pag 25 paragraf final din Raportul procedurii), avea obligatia de a solicita clarificari cu privire la realitatea si sustenabilitatea pretului ofertat inclusiv in raport de aceasta obligatie asumata in propunerea tehnica.

Nu am vazut la dosarul achizitiei – si nici parata CNAIR nu a indicat in fata instantei – nici un document care sa sustina afirmatia ca toate propunerile financiare ar fi fost analizate in ceea ce priveste preturile ofertate pe toate categoriile de cheltuieli prin compararea tuturor categoriilor care au stat la baza stabilirii valorii estimate a contractului. Daca o astfel de analiza ar fi existat, aceasta ar fi trebuit sa faca parte din dosarul achizitiei publice si sa fie pus la dispozitia instantei de judecata odata cu restul documentelor de catre CNAIR.

Un alt aspect deosebit de important, in opinia subscrisei, este si faptul ca, asa cum rezulta din raportul procedurii, comisia de evaluare nu si-a indeplinit obligatia de a solicita ofertantului declarat castigator explicatii cu privire la posibilitatea indeplinirii contractului in conditiile de calitate impuse prin documentatia de atribuire.

Aceasta deoarece criteriul de atribuire a fost cel mai bun raport calitate pret, autoritatea contractanta acordand puncte importante pentru anumiti factori de evaluare.

Am sustinut in fata instantei de fond ca autoritatea contractanta avea obligatia de a clarifica cum urmeaza sa isi indeplineasca , din punct de vedere al prevederii in pretul ofertat, obligatia asumata de a inlocui stratul de uzura de 2 (doua) ori pe perioada de garantie suplimentara ofertata.

Cat priveste acest argument invocat de noi, instanta de fond a apreciat ca, atata vreme cat

a precizat ca a introdus acest cost in cheltuielile indirecte", nici o alta verificare nu era practic necesara, comisia de evaluare procedand in mod corect cand "a crezut pe cuvant" ofertantul.

"Aceasta critica generic faptul ca autoritatea contractanta nu a cerut clarificari in ce priveste toate elementele de pret, precum si faptul ca nu este prevazut in mod separat ca element de pret costul aferent inlocuirii de doua ori a stratului de uzura in perioada de garantie.

In ce priveste ultimul aspect, neanalizat anterior, instanta constata ca si aceasta critica este neintemeiata.

Parata a precizat ca a introdus acest cost in cheltuielile indirecte.

De altfel, toti ofertantii au introdus in alte categorii de pret pe cele aferente schimbarii stratului de uzura, aceasta fiind cerinta expresa a Autoritatii contractante, asa cum s-a precizat mai sus."

Trebuie sa subliniem ca inlocuirea stratului de uzura de 2 ori in perioada de garantie implica un cost ridicat din valoarea contractului, si, in conditiile in care clasamentul ofertelor s-a realizat inclusiv pe baza perioadei de garantie suplimentara si a inlocuirii stratului de uzura (factori de evaluare), autoritatea contractanta avea obligatia de a verifica modul concret in care ofertantul . urmeaza sa-si indeplineasca aceasta obligatie asumata si, mai ales, sa verifice daca are corespondenta in Propunerea Financiara si, in lipsa unei astfel de dovezi, oferta trebuie respinsa ca avand un pret neobisnuit de scazut.

Imprejurarea ca totii ofertanti au mentionat ca au inclus costul inlocuirii stratului de uzura in cota de cheltuieli indirecte nu inseamna ca atat Comisia de Evaluare cat si instanta de judecata nu aveau obligatia de a verifica veridicitatea unei asemenea afirmatii.

De altfel, pentru a analiza aplicabilitatea dispozitiilor (citate mai sus) referitoare la necesitatea existentei unei corelari intre propunerea propunerea financiară cu elementele propunerii tehnice, Comisia de evaluare ar fi trebuit, cu atat mai mult cu cat costul inlocuirii stratului de uzura nu a fost evidentiat in mod separat, sa verifice cat anume din cota de costuri indirecte este alocata acestei operatiuni, respectiv daca o asemenea afirmatie este sustinuta de cifre exacte.

Solicitam Onoratei Curti sa aiba in vedere ca ceea ce am solicitat a se analiza, respectiv existenta costului inclus pentru refacerea stratului de uzura este deosebit de importanta in economia procedurii de atribuire daca avem in vede ca asumarea turnarii unui nou strat de uzura a fost un factor de evaluare, in baza caruia parata a obtinut un punctaj suplimentar, ceea ce a condus la declararea acesteia ca fiind ofertant castigator.

Aceasta verificare este necesara nu doar pentru a se verifica ca unul dintre factorii de evaluare nu a fost indeplinit "fictiv", fara o baza reala, ci si pentru a se clarifica inclusiv cota reala de costuri indirecte a ofertantului.

Pentru a intelege necesitatea identificarii exacte a acestei cote trebuie privit contractul in ansamblul sau, nu doar prin prisma justificarii pretului ci daca avem, mai ales in vedere , viitoarea modalitate de implementare a acestuia. Ne referim in acest sens la incidentele contractuale (reglementate in principal de Sub-Clauzele 3.5, 13.1, 13.7, 8.4, 20.1 etc. din Conditiile Speciale de Contract asa cum au fost adoptate

prin OMT 600/2017 si care fac parte din documentatia aferenta prezentei proceduri) prin care se iveste necesitatea de a se acorda viitorului antreprenor costuri suplimentare rezultate din diferite situatii practice ce se ivesc in derularea unui contract atat de complex.

Potrivit Sub-Clauzei 1.1.4. din Conditiile Generale de Contract, adoptate prin HG nr. 1405/2010, de asemenea parte a documentatiei de atribuire din prezenta procedura, "Costul" este definit ca fiind "*toate cheltuielile facute (sau care urmeaza sa fie facute) in mod rezonabil de catre Antreprenor, indiferent daca sunt facute pe sau in afara Santierului, INCLUSIV CHELTUIELILE INDIRECTE*".

Fata de aceasta regelementare, in oricare situatie in care se pune problema acordarii unor costuri, inclusiv in cazul variatiei, care apare in toate contractele de acest gen, cota de cheltuieli indirecte care urmeaza a fi acordate nu poate fi cea care contine si o valoare aferenta inlocuirii stratului de uzura, ci doar cota determinata referitoare la cheltuielile indirecte curente precum chiriile sediului, personal Tesa, etc.

Aceeasi situatie trebuia analizata de catre Comisia de Evaluare si de catre instanta de fond in legatura cu perioada ofertata suplimentar de garantie a lucrarilor.

Aceasta perioada a fost de asemenea un factor de evaluare pe baza caruia parata a obtinut punctaj maxim dar cu privire la care nu poate demonstra ca a prevazut costurile necesare in cadrul ofertei financiare.

De asemenea, dorim sa invederam Onoratei Curti ca, fara a exista in Graficul de Plati vreo mentiune cu privire la costurile substantiale pentru acesta activitate, apare ca fiind imposibil a se sustine ca si aceste costuri sunt incluse tot in cheltuielile indirecte.

In spiritul celor mentionate mai sus, devin evidente lipsurile din oferta financiara a paratei, rezultand astfel si unul dintre motivele pentru care parata a prezentat un pret atat de scazut.

In conformitate cu noua legislatie in materia achizitiilor publice, pretul care pare neobisnuit de scazut se impune a fi analizat si clarificat in detaliu. Lista clarificarilor poate viza diferite aspecte, printre care fundamentarea economica a modului de formare a pretului, prin raportare la procesul de productie, serviciile prestate sau metodele de constructie utilizate, solutiile tehnice adoptate si/sau orice conditii deosebit de favorabile de care beneficiaza ofertantul pentru furnizarea produselor, prestarea serviciilor ori executarea lucrarilor, precum si originalitatea lucrarilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant.

Legiuitorul national a lasat autoritatilor contractante o marja de apreciere considerabila, dar care, in practica, pentru a produce efectele asteptate, trebuie dublata de o posibilitate efectiva a autoritatilor contractante de a verifica informatiile/documentele transmise de ofertanti.

Contrar celor reținute de către instanta, consideram ca ofertantul declarat câștigător nu a fost clarificat în mod concludent cu privire la sustenabilitatea prețului ofertat, membrii comisiei de evaluare declarând oferta depusă de către ' ca fiind câștigătoare **fără să fi solicitat toate clarificările care se impuneau în acest sens. În ceea ce privește justificarea prețului ofertat, subscrisa nu a putut identifica clarificari solicitate de autoritatea contractanta pentru principalele categorii de lucrari,**

cu pondere semnificativa in formarea pretului final precum si, asa cum aratat mai sus, in ceea ce priveste inlocuirea stratului de uzura.

În opinia noastra, simpla susţinere a ofertantului, fără documente edificatoare în acest sens, nu demonstrează că ofertantul în cauză poate angaja şi planifica resursele umane şi financiare care să susţină realitatea preţului ofertat. În lipsa unor justificări concludente asupra fundamentării preţului, o ofertă nu poate fi declarată admisibilă.

Dorim sa subliniem in final ca prin acceptarea unei oferte cu un preţ nejustificat de scăzut, având în vedere preţurile pieţei, se încurajează oferirea unor lucrări de o calitate scăzută şi se restrânge în mod evident concurenţa, iar jocul liber pe piaţă nu mai poate fi factorul determinant în stabilirea preţurilor pe piaţă, ofertantii seriosi fiind eliminati in favoarea celor ce propun preturi ce nu pot sustine proiectarea si executia lucrarilor.

Anexam prezentei dovada achitarii taxei judiciare de timbru, conform chitantei seria ON 180702330005 BHAZ din 02.07.2018.

Solicitam cheltuieli de judecata.

Cu stima,