ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREŞTI
SECŢIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL

Dosar nr. 9660/3/2018

ÎNCHEIERE

Şedinţa publică de la data de 08.11.2018
Curtea constituită din:
PREŞEDINTE- NICOLETA NOLDEN
JUDECĂTOR – AMELIA RALUCA ONIŞOR
JUDECĂTOR - ALINA NICOLETA GHICA
GREFIER- MARIANA HULEA

Pe rol soluţionarea recursului declarat de recurenta-reclamantă TRAMECO S.A. în calitate de lider al Asocierii TRAMECO S.A.- VAHOSTAV SK AS- CONSTRUCŢII ERBAŞU S.A.- GRAFIC TENDS S.R.L. împotriva sentinţei civile nr. 3334/18.05.2018 pronunţată de Tribunalul Bucureşti – Secţia a II a Contencios administrativ şi fiscal în dosarul nr. 9660/3/2018, în contradictoriu cu intimatele-pârâte COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. – DIRECŢIA ACHIZIŢII INFRASTRUCTURĂ RUTIERĂ şi TIRRENA SCAVI SPA, având ca obiect „*litigiu achiziţii publice*".

La apelul nominal făcut în şedinţă publică, răspund: recurenta-reclamantă prin avocat Antofie Diana în baza împuternicirii avocaţiale depusă la dosar (fila 90), intimata-pârâtă CNAIR, reprezentată prin consilier juridic Damian Chituc, fără delegaţie de reprezentare la dosar şi intimata-pârâtă Tirrena Scavi Spa, cu împuternicire avocaţială la dosar (fila 55).

Procedura de citare este legal îndeplinită.

Grefierul de şedinţă a făcut referatul cauzei, apoi:

Nefiind chestiuni prealabile de formulat, Curtea acordă cuvântul pe cererea de recurs.

Avocat Antofie Diana pentru recurenta-reclamantă solicită admiterea recursului şi desfiinţarea deciziei CNSC-ului strict în ceea ce priveşte respingerea contestaţiei formulată de către Trameco SA. Învederează că instanţa de fond la pag. 14 din hotărâre a susţinut faptul că în interpretarea nelegală a textelor de lege- art. 210 din legea nr. 98/2016, art. 136 şi 137 din HG nr. 395/2016- în condiţiile în care se constată un preţ aparent neobişnuit de scăzut Comisia de evaluare poate să solicite clarificări discreţionare în legătură cu acele elemente de preţ pe care le consideră aparent neobişnuit de scăzute. Or în speţă, comisia de evaluare a solicitat justificări cu privire la 4 elemente, însumând aproximativ 5% din valoarea estimată a contractului, chestiuni prealabile, execuţie efectivă a variantei de ocolire cum ar fi arheologia sau relocările de utilităţi şi nu a manifestat nicio prioritate cu privire la lucrările esenţiale de drum ale variantei de ocolire care constituiau ponderea cea mai importantă a preţului.

Consideră că s-a făcut o evaluare extrem de superficială şi la fel de superficial şi de nelegal a apreciat şi instanţa de fond pentru că a constata că ar fi trebuit Comisia de evaluare să ceară clarificări strict pe acele elemente pe care le considera aparent neobişnuit de scăzute, fără să existe nicio posibilitate a ofertanţilor şi nici a instanţei să cenzureze această decizie.

Menţionează că hotărârea pronunţată de instanţa de fond arată că dacă o comisie constată că numai 1% din preţ este aparent neobişnuit de scăzut are dreptul discreţionar să solicite clarificări numai pe 1%, chiar dacă anterior prin propria sa solicitare de clarificare a atestat în mod expres că oferta depusă de Tirrena Scavi prezintă un preţ aparent de scăzut. Nu mai există prag în noua lege a achiziţiilor, motiv pentru care Comisia poate decide discreţionar şi dacă 60, 71 sau peste 85 reprezintă preţ aparent neobişnuit de scăzut. A constatat deja şi a solicitat clarificări dar doar pe anumite elemente complet nesemnificative pentru economia contractului de infrastructură.

Pentru aceste aspecte şi pentru cele detaliate pe larg în motivele de recurs, apreciază că se impune admiterea recursului. Solicită cheltuieli de judecată, reprezentând contravaloarea taxei de timbru achitată.

Reprezentantul autorităţii contractante, CNAIR SA, arată că îşi menţine concluziile din întâmpinarea depusă, solicitând respingerea recursului şi menţinerea sentinţei recurate nr. 333418.05.2018 ca fiind temeinică şi legală.

Apărătorul intimatei-pârâte Tirrena Scavi solicită respingerea cererii de recurs ca nefondată şi menţinerea ca temeinică şi legală a hotărârii Tribunalului Bucureşti.

În prealabil doreşte să clarifice un aspect legat de motivele de casare invocate prin cererea de recurs şi anume acela legat de pretinsa nemotivare a hotărârii recurate.

Solicită ca partea adversă să confirme dacă susţine în continuare acest motiv de casare care se desprinde din cererea de recurs, deoarece din concluziile actuale înţelege că este vorba despre aplicarea eronată a art. 210 şi art. 136 din Legislaţia achiziţiilor publice. Din punctul său de vedere dacă este incident şi acest motiv de casare, solicită instanţei să aibă în vedere că prima instanţă expune raţionamentul logico-juridic cu privire la toate cererile şi excepţiile, aceasta nu este ţinută să puncteze fiecare argument al părţilor şi mai mult decât atât, din cererea de recurs, se poate observa că sunt combătute întocmai considerentele a căror inexistenţă se presupune prin prisma acestui motiv de casare.

Referitor la motivul de casare prevăzut de art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod proc. civilă, apreciază că acesta este neîntemeiat prin raportare la faptul că considerentele primei instanţe nu au conţinutul redat de apărătorul recurentei-reclamante.

Învederează că, Comisia de evaluare a solicitat în temeiul art. 136 din HG nr. 395/2016 clarificări cu privire la elementele din oferta sa financiară pe care le-a considerat aparent neobişnuit de scăzute. A depus un răspuns la aceste clarificări prin care a arătat punctual cum a fundamentat preţul pentru respectivele elemente de cost, iar Comisia de evaluare a apreciat întemeiat răspunsul primit şi a constatat în continuare că preţul ofertat nu este unul aparent neobişnuit de scăzut. Or acest lucru a reţinut şi prima instanţă. Îşi rezervă dreptul de a solicita cheltuieli de judecată pe cale separată.

Curtea declară dezbaterile închise şi reţine cauza în pronunţare.

C U R T E A,

Având nevoie de timp pentru a delibera, va amâna pronunţarea astfel încât,

D I S P U N E:

Amână pronunţarea la data de 22.11.2018.

Pronunţată în şedinţă publică, azi 08.11.2018.

Preşedinte
Nicoleta Nolden

Judecător
Amelia Raluca Onişor

Judecător
Alina Nicoleta Ghica

Grefier
Mariana Hulea

Cod ECLI ECLI:RO:CABUC:2018:024.006474

ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREŞTI
SECŢIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL

Dosar nr. 9660/3/2018

DECIZIA CIVILĂ NR. 6474
Şedinţa publică de la data de 22.11.2018
Curtea constituită din:
PREŞEDINTE- NICOLETA NOLDEN
JUDECĂTOR – AMELIA RALUCA ONIŞOR
JUDECĂTOR - ALINA NICOLETA GHICA
GREFIER- MARIANA HULEA

Pe rol pronunţarea asupra recursului declarat de recurenta-reclamantă TRAMECO S.A. în calitate de lider al Asocierii TRAMECO S.A.- VAHOSTAV SK AS- CONSTRUCŢII ERBAŞU S.A.- GRAFIC TENDS S.R.L. împotriva sentinţei civile nr. 3334/18.05.2018 pronunţată de Tribunalul Bucureşti – Secţia a II a Contencios administrativ şi fiscal în dosarul nr. 9660/3/2018, în contradictoriu cu intimatele-pârâte COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. – DIRECŢIA ACHIZIŢII INFRASTRUCTURĂ RUTIERĂ şi TIRRENA SCAVI SPA, având ca obiect „*litigiu achiziţii publice*".

Dezbaterile în cauză au avut loc în şedinţa publică de la data de 08.11.2018, fiind consemnate în încheierea de şedinţă de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunţarea la data de 22.11.2018, când a pronunţat următoarea decizie:

CURTEA,

Asupra recursului de faţă:

Prin Sentinţa civilă nr. 3334, pronunţată la data de 18.05.2018, Tribunalul Bucureşti – Secţia a II-a Contencios Administrativ şi Fiscal a respins excepţiile invocate în cauză, a luat act că SC ALPENSIDE SRL a renunţat la judecata cauzei, a respins acţiunea formulată de reclamanţii Trameco S.A., Vahostav – SK, Construcţii Erbaşu S.A., Grafic Tends S.R.L. cu sediul în sector 2, Bucureşti, CALEA MOŞILOR, nr. 209, bl. 17, ap. 77, Danya Cebus ROM SRL şi SC Alpenside SRL, în contradictoriu cu pârâţii Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A. - Direcţia Achiziţii Infrastructură Rutieră şi Tirrena Scavi SPA şi a respins cererea reclamantei TRAMECO SA de acordare a cheltuielilor de judecata ca neîntemeiată.

Tribunalul a reţinut că la data de 08.05.2018 reclamanta SC ALPENSIDE SRL a arătat ca renunţa la judecata cauzei, cererea sa de renunţare fiind comunicata celorlalte părţi. La data de 11.05.2018 celelalte părţi ale cauzei au arătat ca sunt de acord cu cererea de renunţare la judecata formulata.

În conformitate cu art. 406 CPC: „Reclamantul poate să renunţe oricând la judecată, în tot sau în parte, fie verbal în şedinţa de judecată, fie prin cerere scrisă."

Faţă de manifestarea de voinţă a reclamantei depusă în scris la dosarul cauzei şi în conformitate cu dispoziţiile anterior menţionate, Tribunalul a luat act de renunţarea SC ALPENSIDE SRL la judecata prezentei cauze.

În ce priveşte excepţia tardivităţii formulării contestaţiei de către DANYA CEBUS ROM SRL, instanţa a respins-o, reţinând faptul că, potrivit art. 6 al.1 lit. a din Legea 101/2016 in forma in vigoare la data publicării rezultatului procedurii in SEAP, si anume data de 27.02.2018:

„1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care

se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;".

Tribunalul a reținut că termenele se calculează potrivit art. 5 din același act normativ, astfel că termenul de 10 zile care a început sa curgă la data de 27.02.2018 s-a împlinit la data de 09.03.2018.

Din înscrisurile de la filele 46-49 din volumul 6 al cauzei reiese ca numita DANYA CEBUS ROM SRL a depus notificarea prealabila in data de 09.03.2018, prin posta, in conformitate cu prevederile 183 C.p.c..

In ce privește excepțiile de inadmisibilitate invocate fata de cele doua reclamante, pe considerentul ca motivele invocate in contestații sunt diferite de motivele invocate in notificările prealabile, instanța le-a respins, reținând că ambele reclamante au formulat notificări prealabile fata de raportul procedurii de care au luat cunoștința la data de 27.02.2018.

Ulterior, ambele reclamante au formulat, in termenul legal, contestații fata de procedura.

Prin contestațiile formulate au fost reluate in integralitate motivele invocate in notificările depuse si s-au adus critici concrete în legătură cu cele stabilite de Autoritatea contractanta in răspunsul la notificări. Ca urmare, un prim aspect al excepțiilor invocate, si anume ca aceste contestații nu sunt motivate in concret raportat la procedura, este neîntemeiat. Ca urmare, din aceasta perspectiva, contestațiile formulate sunt admisibile in ce privește analiza acestor motive deja invocate.

Împrejurarea invocată de parata CNAIR ca, in plus fata de motivele respective, s-ar fi invocat motive suplimentare, nu era, oricum, de natura a atrage inadmisibilitatea contestațiilor astfel formulate, care trebuiau analizate in limita motivelor ce corespundeau notificărilor si răspunsului Autorității contractante de către instanța de judecata.

În eventualitatea în care, odată cu analiza contestațiilor, s-ar fi constatat ca, in cuprinsul acestora au fost invocate motive cu totul noi, care nu deriva in mod firesc din cele susținute in notificări, acestea urmau a fi înlăturate de la analiza ca fiind inadmisibile, neputând fi luate in calcul *omissio medio*.

În ceea ce privește excepția lipsei calitatii procesuale active a numitei DANYA CEBUS ROM SRL, aceasta excepție nu a fost invocata de către instanța, însă tribunalul a pus in discuția partilor chestiunea respectivă in vederea lămuririi situației, un aspect de fapt si de drept, si anume care considera aceasta reclamanta ca este folosul sau procesual in caz de admitere a contestației sale, fara a invoca vreo excepție cu privire la aceasta problema juridica, prin urmare, nefiind o excepție invocata, aceasta nu poate primi o soluție procesuala.

Pe fondul cauzei, în esență, tribunalul a reținut că reclamanta Danya Cebus ROM SRL ar fi trebuit sa indice in mod expres echivalarea categoriei de drum fata de care s-au realizat interventii prin acest proiect cu categoriile la care se raporteaza Autoritatea contractanta si legislatia romaneasca.

Neprocedand de aceasta maniera, proiectul respectiv nu a putut fi luat in considerare de catre Autoritatea contractanta.

In ce priveste obligatia de a solicita clarificari, tribunalul a statuat că aceasta este, in fapt, dupa cum reiese din textele legale de mai sus, limitata de cerinta ca, prin clarificarile astfel solicitate, sa nu se creeze un tratament diferentiat intre ofertanti. Ca urmare, aceste clarificari pot privi doar abateri tehnice minore si nu completari de informatii pe care ofertantul ar fi trebuit sa le puna la dispoizitia Autoritatii contractante prin elementele ofertei,

in termenul prevazut in procedura de achizitie, si nu ulterior ca urmare a unei solicitari a Autoritatii contractante.

Sunt excluse de la posibilitatea de a fi luate in calcul acele clarificari care, potrivit art. 134 al.7 lit. c) din normele Metodologice „c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanţilor;". In cazul in speta, daca s-ar fi solicitat clarificarea ceruta de reclamanta Danya Cebus ROM SRL, asa cum precizeaza si aceasta, de pe locul 4 ar fi trecut pe locul 2 al clasamentului, in urma acordarii punctajului maxim pentru experienta managerului de proiect.

In acest mod, culpa acestui ofertant constând in omisiunea de a furniza informațiile necesare privind echivalarea categoriei de drum executata prin proiectul Akko Carmiel – in cazul in speta informatii care sa ateste ca reparatiile efectuate in proiectul Akko Carmiel privesc drumuri care se incadreaza in categoria prevazuta prin documentatia de atribuire – ar fi fost suplinita de demersurile Autoritatii contractante care, astfel, ar fi creat un dezechilibru intre ofertanți in cadrul procedurii de atribuire printr-o intervenție in favoarea unuia dintre ei, intervenție care ar fi modificat clasamentul final al acestora.

Tribunalul a reținut că un astfel de demers este interzis de lege, orice eventuale clarificări putând privi aspecte minore, care sa nu aibă drept consecința modificarea clasamentului ofertanților in urma evaluării si sa nu rupă justul echilibru care trebuie sa existe intre aceștia..

In plus, in cazul dedus judecații, si daca detaliile ofertei erau complete sub acest aspect, ofertantul Danya Cebus ROM SRL tot nu ar fi putut fi declarat ofertant castigator al acestei proceduri, deoarece chiar si in acest caz punctajul sau ar fi fost inferior celui obținut de către TIRRENA SCAVI S.p.A, asa cum, de altfel, recunoaște si aceasta reclamanta.

Pentru cele de mai sus, si constatând, in plus, ca nici unul din cei doi contestatari nu a contestat modalitatea de evaluare a propriei oferte tehnice sau financiare – cu excepția aspectului privind experienta managerului de proiect analizat mai sus-, tribunalul a respins acțiunea formulata de Trameco S.A. -Vahostav SK - Construcţii Erbasu S.A. - Grafic Tends S.R.L si de Danya Cebus ROM SRL ca neîntemeiata, Autoritatea contractanta evaluând corect ofertele depuse si neexistând temei pentru a se anula rezultatul procedurii si dispune refacerea evaluărilor ofertelor.

Fata de prevederile art. 453 C.p.c. a respins si cererea reclamantei TRAMECO SA de acordare a cheltuielilor de judecata ca neîntemeiata.

Împotriva acestei sentințe, reclamanta TRAMECO SA a declarat recurs la data de 04.07.2018, solicitând instanței admiterea recursului astfel cum a fost formulat și, pe cale de consecință, desființarea în parte a hotărârii atacate, respectiv în ceea ce privește soluția de respingere a contestației, precum și rejudecarea litigiului în fond și admiterea contestației formulate.

În motivarea cererii de recurs, a susținut că hotărârea pronunțata de instanța de judecata nu este motivata, în cuprinsul acesteia fiind redate de către judecătorul fondului o serie de articole din legislația de achiziții.

A învederat că nu a făcut referiri generice asa cum susţine instanța de fond, ci a contestat in concret ca autoritatea contractanta nu si-a îndeplinit obligația de a clarifica in mod corect si complet propunerea financiara in condițiile in care a constatat ca aceasta este aparent neobişnuit de scăzută.

Recurenta a apreciat că instanța de judecata avea obligația sa analizeze argumentele acesteia 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 justificări insotite de documentele probatoare pentru principalele elemente constitutive ale preţului ofertat, de exemplu in ceea ce priveşte structurile (ce au ca pondere aproximativ 20% din valoarea totala a lucrărilor) sau lucrările de drum (ce au ca pondere aproximativ 40% din valoarea totala a lucrărilor).

Aceasta a considerat că raționamentul instanței este si nelegal si periculos pentru ca, câtă vreme se interzice accesul la propunerea financiara a ofertantului castigator iar instanțele nu cenzurează deciziile comisiilor de evaluare sub aspectul elementelor de pret pe care

acestea le considera sau nu aparent neobişnuit de scăzute, se creaza situatia in care deciziile autoritatilor contractante nu vor mai putea fi niciodată verificate de instanţele de judecata sub aspectul preţului ofertat. Ori, cata vreme se elimina tocmai aceasta cheie de control judecătoresc exact cu privire la cel mai sensibil element, preţul, se creaza pericolul ca ofertanţi cu preturi nesustenabile, pe care comisia de evaluare nu le clarifica, sa câştige contracte importante, in acest caz de infrastructura.

În acest sens, a apreciat că autoritatea contractanta avea obligaţia de a solicita clarificări, in principal pentru articolele si părţile contractului cu o pondere semnificativa in alcătuirea preţului total pentru a lamuri dincolo de orice îndoială cum anume urmează intimata Tirrena Scavi SpA sa asigure îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi şi calitativi solicitaţi, aceasta fiind in fapt esenţa evaluării ce trebuia efectuata.

În concret, autoritatea contractanta avea obligaţia de a clarifica cum urmează sa isi îndeplinească intimata Tirrena Scavi SpA, din punct de vedere al prevederii in preţul ofertat, obligaţia asumata de a înlocui stratul de uzura de 2 (doua) ori pe perioada de garanţie suplimentara ofertata, comisia de evaluare procedând in mod corect când "a crezut pe cuvânt" ofertantul.

Recurenta a menţionat că înlocuirea stratului de uzura de 2 ori in perioada de garanţie implica un cost ridicat din valoarea contractului, si, in condiţiile in care clasamentul ofertelor s-a realizat inclusiv pe baza perioadei de garanţie suplimentara si a inlocuirii stratului de uzura (factori de evaluare), autoritatea contractanta avea obligaţia de a verifica modul concret in care ofertantul Tirrena Scavi SpA urmează sa-si îndeplinească aceasta obligaţie asumata si, mai ales, sa verifice daca are corespondenta in Propunerea Financiara si, in lipsa unei astfel de dovezi, oferta trebuie respinsa ca având un preţ neobişnuit de scăzut, împrejurarea ca totii ofertanţi au menţionat ca au inclus costul înlocuirii stratului de uzura in cota de cheltuieli indirecte nu înseamnă ca atât Comisia de Evaluare cat si instanţa de judecata nu aveau obligaţia de a verifica veridicitatea unei asemenea afirmaţii.

În opinia sa, 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.

În concluzie, apreciază că 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, ofertanţii serioşi fiind eliminaţi in favoarea celor ce propun preturi ce nu pot susţine proiectarea si execuţia lucrărilor.

Legal citată, intimata – pârâtă Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A. a depus întâmpinare la dosar la data de16.08.2018, solicitând instanţei respingerea cererii de recurs şi menţinerea hotărârii recurate ca legală şi temeinică.

Aceasta a reluat considerentele instanţei de fond şi a arătat că Tribunalul Bucureşti a înţeles pe deplin modul de evaluare al comisiei atunci când a stabilit ca aceasta a evaluat ofertele cu respectarea legii si a Documentaţiei de atribuire si in mod corect a respins contestaţia formulata de Asocierea TRAMECO SA - VAHOSTAV - SK a.s. - SC CONSTRUCŢII ERBASU SA - SC GRAFIC TENDS SRL.

Astfel, a solicitat instanţei sa constatate ca Tribunalul Bucureşti a respins contestaţiile in mod corect si să respingă recursul formulat de către recurentă, corelativ cu menţinerea sentinţei civile recurate ca fiind temeinica si legala.

În drept, a invocat dispoziţiile Legii nr. 98/2016, pe dispoziţiile H.G. nr. 395/2016, cu modificările si completările ulterioare, pe dispoziţiile Legii nr. 101/2016 si pe orice alte dispoziţii legale incidente in cauza.

Legal citată, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a depus întâmpinare la dosar la data de 16.08.2018, solicitând în principal, anularea cererii de recurs, în subsidiar, respingerea cererii de recurs ca nefondată cu consecinţa menţinerii ca temeinică şi legală a

sentinței recurate, precum și obligarea recurentei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Aceasta a precizat că, analizând cererea de recurs, observă că singura mențiune care ar putea fi considerată a se referi la eventuale motive de casare pe care să fie fundamentat recursul este expusă în fraza „considerăm că hotărârea pronunțată de instanță nu este motivată".

În ciuda acestei susțineri, prin intermediul restului cererii de recurs, recurenta nu face altceva decât să argumenteze pretinsa netemeinicie a considerentelor sentinței recurate, reluând, in extenso, toate argumentele de fond redate în fața primei instanțe.

În ceea ce privește nulitatea cererii de recurs, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a aratat că, din analiza cererii de recurs nu se pot desprinde motive de nelegalitate a sentinței recurate, ci numai motive de netemeinicie.

Astfel, recurenta a învederat instanței practica Înaltei Curți de Casație și Justiție în acest sens și a precizat că simpla mențiune din cererea de recurs în sensul că „hotărârea pronunțată de prima instanță de judecată nu este motivată", urmată apoi de critici de fond aduse considerentelor (deci motivării) primei instanțe, nu poate primi valența invocării și dezvoltării motivului de casare prevăzut în cadrul art. 488 alin. 1 pct. 6 C.proc.civ., conform exigențelor art. 489 alin. 1 și 2 C.proc.civ., a căror încălcare atrage sancțiunea nulității cererii de recurs.

Din aceste motive, prin raportare prevederile art. 489 alin. 1 și 2 C.proc.civ., aceasta a apreciat că se impune anularea cererii de recurs a Trameco SA.

În ceea ce privește criticile de nemotivare, a arătat faptul că motivarea (considerentele) instanței de fond este exhaustivă, vizând atât cererile cât și excepțiile invocate de părțile în cauză, întinzându-se pe mai bine de 5 pagini în cuprinsul sentinței recurate.

Intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a precizat că, dincolo de faptul că instanța de judecată nu este ținută să motiveze în detaliu fiecare argument invocat de părți, prin intermediul Sentinței recurate prima instanță a argumentat pe larg criticile recurentei pretins neanalizate.

Prin urmare, aceasta arată că este lesne de observat lipsa vădită de temeinicie a motivului de casare referitor la eventuala nemotivare a sentinței recurate, atâta vreme cât însăși recurenta expune și încearcă să combată prin intermediul cererii sale de recurs tocmai considerentele a căror inexistență o pretinde.

Aceasta a precizat că argumentele de fond ale recurentei gravitează în jurul ideii vagi potrivit căreia autoritatea contractantă nu ar fi solicitat „toate clarificările care se impuneau", nefiind îndeplinit standardul de temeinicie al unei contestații întemeiate pe Legea nr. 101/2016 - pentru ca aceasta să anuleze cu succes acte emise în cursul unei proceduri de atribuire - este mult mai ridicat decât cel cu care se confruntă orice reclamant care poartă sarcina probei în cadrul unei proceduri contencioase oarecare (*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat; onus probandi incumbit actori*).

Intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a aratat că recurenta nu numai că nu face acest lucru, dar criticile sale privind raportul procedurii de atribuire în ceea ce privește atribuirea către subscrisa a contractului licitat nu sunt sprijinite pe niciun element faptic sau probatoriu, ci doar pe simple afirmații și presupoziții.

Prin simpla introducere a contestației, participanții la procedura de atribuire nu pot obține o reevaluare din oficiu a ofertelor lor și a celor aparținând competitorilor aferenți, ci această cale de atac trebuie să fie grefată pe o argumentație suficient de bine articulată încât să răstoarne prezumția de validitate pentru a produce efectul drastic al anulării actelor vizate.

În concluzie, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a precizat că, așa cum arată argumentele de fond ale recurentei, nu este nevoie de nicio apărare din partea CNAIR sau a acesteia pentru ca, în temeiul prezumției de legalitate nerăsturnate, instanța să respingă, *de plano*, contestația ca nefondată.

În aceste condiții, a precizat că temeinicia Sentinței recurate este evidentă.

În concluzie, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA arată că recurenta nu se poate prevala în faţa instanţei de recurs de împrejurarea că aceasta nu a avut acces la secretul comercial al acesteia cuprins în propunerea tehnică şi, respectiv, în cea financiară, care, în orice caz, nu ar fi servit scopului identificării de către recurentă a unor motive suplimentare de contestaţie, ci, cel mai probabil, doar scopului recurentei de a-şi însuşi pe nedrept aceste secrete comerciale ale subscrisei.

În ceea ce priveşte criticile potrivit cărora autoritatea contractanta nu şi-ar fi îndeplinit obligaţia de a clarifica în mod corect şi complet propunerea financiară, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA apreciază că sunt nefondate, arătând faptul că afirmaţiile recurentei din acest punct de vedere pornesc de la faptul că CNAIR a adresat o solicitare de clarificare acesteia având ca obiect justificarea preţului ofertat, în temeiul art. 210 din Legea nr. 98/2016 şi art. 136 din HG nr. 395/2016.

În acest context, arată că recurenta pretinde în mod greşit că autoritatea contractantă ar fi avut obligaţia de a solicita clarificări cu privire la totalitatea elementelor care au compus propunerea financiară.

În realitate, în situaţia unui preţ aparent neobişnuit de scăzut, nici art. 210 din Legea nr. 98/2016 şi nici art. 136 din HG nr. 395/2016 nu obligă comisia de evaluare să solicite clarificări cu privire la toate elementele care au format preţul, ci doar cu privire la acelea care, în raport de preţurile pieţei, par atipic de scăzute.

De altfel, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA apreciază că ar fi absurd şi neeconomic a i se pretinde beneficiarului să solicite clarificări cu privire la totalitatea ofertei financiare a unui participant atunci când doar unele dintre elementele acesteia par problematic de scăzute prin comparaţie cu preţurile pieţei; mai mult, ar fi ilegală solicitarea de clarificare a beneficiarului care ar avea ca obiect elemente cu privire la care comisia de evaluare nu a efectuat, în prealabil, comparaţia cu preţurile pieţei - la care se referă în mod expres art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 - pentru a ajunge la concluzia că este necesară o astfel de clarificare în vederea lămuririi faptului dacă respectivul element de preţ nu este, într-adevăr, neobişnuit de scăzut.

Prin urmare, aceasta învederează că autoritatea contractantă trebuie să ţină cont de toate elementele de formare a preţului atunci când evaluează propunerea financiară a fiecărui ofertant. însă, comisia de evaluare nu are obligaţia să solicite clarificări cu privire la fiecare dintre aceste elemente de formare a preţului, ci numai în privinţa acelora care i-au determinat aprecierea prima facie potrivit căreia, în comparaţie cu preturile pieţei, oferta ar părea neobişnuit de scăzută, acesta fiind singurul caz în care autoritatea are dreptul si obligaţia de a solicita clarificările punctuale respective.

Intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA precizează că în prezenta procedură de atribuire, comisia de evaluare şi-a exercitat prerogativa de a solicita astfel de clarificări în limitele legii, respectiv strict cu privire la elementele în privinţa cărora lămuririle îi erau necesare, anume referitor la articole de preconstrucţie, utilităţi şi intersecţii.

În ceea ce priveşte afirmaţia potrivit căreia oferta acesteia nu ar putea acoperi parametrii calitativi şi cantitativi solicitaţi de autoritatea contractantă este nefondată, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA menţionează că beneficiarul a adresat acesteia o solicitare de clarificare cu privire la articolele de preconstrucţie, utilităţi şi intersecţii, iar răspunsul subscrisei a fost unul extensiv şi concludent, însoţit de dovezi şi respectând exigenţele art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Documentul de răspuns în format electronic şi anexele aferente însumează 92 de pagini şi acesta a fost atent analizat de comisia de evaluare, care a trecut în revistă această analiză inclusiv în Raportul Procedurii de Atribuire.

Intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a învederat instanţei faptul că elementele care au format preţul ofertat de către subscrisa au avut în vedere achiziţii concrete de materiale, de dată recentă, în contextul în care şi în prezent aceasta desfăşoară lucrări pe alte loturi de autostradă, chestiune pe care, în schimb, nu o poate afirma niciuna dintre contestatoare, ale căror oferte se bazează pe elemente de calcul virtual, singurul posibil în cazul lipsei de experienţă concretă în derularea unor lucrări de acest tip în zona geografică a judeţului Timiş.

Intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a precizat că, în vreme ce recurenta operează cu simple supoziţii, comisia de evaluare a analizat justificările de cost solicitate prin acces direct la documentele relevante de suport şi nu putea să ajungă la o altă concluzie decât aceea că oferta financiară a subscrisei se corelează cu elementele propunerii tehnice, neexistând niciun risc de îndeplinire necorespunzătoare a contractului.

Astfel, a apreciat că este lipsită de orice temei afirmaţia potrivit căreia oferta acesteia nu ar putea „acoperi parametrii calitativi şi cantitativi solicitaţi de autoritatea contractantă" şi, sub nicio formă, această afirmaţie nu este de natură să argumenteze lipsa de temeinicie a Sentinţei recurate.

În ceea ce priveşte criticile potrivit cărora aceasta nu ar fi cotat activitatea de schimbare a stratului de uzură de 2 ori în perioada de garanţie, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA a apreciat că sunt nefondate, precizând că a cotat corespunzător acest element la capitolul „cheltuieli indirecte", în conformitate cu Răspunsul nr. 1 al autorităţii contractante la Clarificarea nr. 13 la documentaţia de atribuire pentru acest proiect, care a stabilit că „activitatea de schimbare a stratului de uzură nu va fi introdusa de ofertanţi în Graficul de plăţi", ci va fi o cheltuială suportată de către antreprenor.

Prin raportare la cele de mai sus, a solicitat instanţei dispună, în principal, anularea cererii de recurs, în subsidiar, respingerea cererii de recurs ca nefondată cu consecinţa menţinerii ca temeinică şi legală a Sentinţei recurate, precum și obligarea recurentei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

În drept, a invocat dispoziţiile Legilor nr. 98/2016 şi nr. 101/2016 dar şi prevederile art. 488-489 C.proc.civ.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea constată următoarele:

Cu privire la excepția nulității recursului invocată de intimata-pârâtă TIRRENA SCAVI SPA prin întâmpinare, instanța de recurs o va respinge excepția ca nefondată, având în vedere că, într-adevăr, recurenta a prezentat în cererea sa de recurs care sunt argumentele cu trimitere atât la situația de fapt, cât și la dispozițiile legale incidente în cauză, conturându-se din cele spuse invocarea motivelor de casare prevăzute de art.488 alin.1 pct.6 și 8 Cod proc.civilă, urmând a se stabili dacă într-adevăr argumentele respective corespund sferei de aplicare a acestor motive de casare, dar aceasta reprezintă o chestiune ce se va stabili odată cu soluționarea pe fond a cauzei.

Examinând sentința prin prisma motivelor de recurs invocate, în conformitate cu prevederile art.488 pct.1 alineatele 6 și 8 Cod procedură civilă, în raport de actele și lucrările dosarului, dar și de susținerile părților, Curtea reține următoarele:

Intimata-pârâtă Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A. - Direcţia Achiziţii Infrastructură Rutieră a publicat in data de 22.04.2017 sub nr. 174865 in SEAP, Anunţul de participare privind Procedura de atribuirea a Contractului de achiziţie publica avand ca obiect: *„Proiectare si execuţie "Varianta de ocolire Timişoara Sud"." ("Procedura de atribuire").*

Autoritatea contractanta a incheiat mai multe procese verbale intermediare de evaluare a propunerilor tehnice si financiare, fiind totodată solicitate clarificari in ce priveste pretul neobisnuit de scazut de la trei ofertanti: asocierea ICM SPA- TANCRAD SRL – IMPRESA DI CONSTRUZIONI ING. E. MANTOVANI S.p.A., asocierea SINOHYDRO CORPORATION LIMITED – SC NORD VEST INFRASTRUCTURA SI SERVICII SRL si TIRRENA SCAVI S.p.A.

Toti ofertantii au raspuns la cererea de clarificari, insa Comisia de evaluare a stabilit ca raspunsurile depuse de primii doi dintre acestia nu sunt complete si nu explica in totalitate pretul neobisnuit de scazut, astfel incat ofertele acestora au fost declarate inadmisibile.

Raspunsul intimatei-pârâte TIRRENA SCAVI S.p.A a fost apreciat ca fiind complet, oferta acesteia fiind declarata admisibila si ulterior castigatoare.

Prin Adresa nr. 92/12989/27.02.2018 intimata-pârâtă CNAIR SA a comunicat referitor la procedura de atribuire a contractului Proiectare si execuţie "Varianta de ocolire Timişoara Sud" că în urma finalizării procesului de evaluare, prin aplicarea criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate-pret", oferta recurentei-reclamante **Trameco S.A.** -

Vahostav SK - Construcţii Erbasu S.A. - Grafic Tends S.R.L. a fost admisibila si s-a clasat pe locul 2, ca oferta declarata castigatoare este cea depusa de intimata-pârâtă Tirrena Scavi SpA, avand preţul de 272.432.921,95 fara TVA, fiind corespunzătoare din punct de vedere al cerinţelor Documentaţiei de atribuire.

Criticile formulate de recurenta-reclamantă TRAMECO S.A. în calitate de lider al Asocierii TRAMECO S.A.- VAHOSTAV SK AS- CONSTRUCŢII ERBAŞU S.A.- GRAFIC TENDS S.R.L.,subsumate motivului de casare prevăzut de dispoziţiile art. 488 alin. (1) pct. 6 C. proc. civ., referitoare la nemotivarea hotărârii de către instanţa de fond sunt apreciate nefondate de către Curte.

Astfel, Curtea apreciază că instanţa de fond a analizat cuprinzător toate susţinerile din cererea de chemare în judecată, raportându-se la susţinerile părţilor şi documentaţia avută în vedere de către intimata-pârâtă CNAIR SA în calitate de autoritate contractantă atunci când a evaluat ofertele şi a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, aprecierile instanţei de fond fiind ele însele invocate şi criticate prin cererea de recurs.

Recurenta-reclamantă citează în mai multe rânduri din hotărârea tribunalului, folosind prilejul de a critica concluziile la care a ajuns instanţa de fond, acest argument fiind el însuşi suficient de important pentru a trage concluzia că nu se poate impune reţinerea nemotivării hotărârii.

Pe de altă parte, recurenta-reclamantă nu arată în concret, care sunt aspectele asupra cărora instanţa de fond nu s-a aplecat, ce împrejurări nu au fost motivare în mod corespunzător.

În ceea ce priveşte motivul de casare prevăzut de art.488 alin.1 pct.8 Cod proc.civilă referitor la ipoteza în care hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greşită a normelor de drept material, Curtea constată că nici acesta nu este incident în cauză.

Recurenta-reclamantă TRAMECO S.A. în calitate de lider al Asocierii TRAMECO S.A.- VAHOSTAV SK AS- CONSTRUCŢII ERBAŞU S.A.- GRAFIC TENDS S.R.L. îşi reia prin cererea de recurs cele precizate în cuprinsul cererii de chemare în judecată şi susţine în esenţă că intimata-autoritate contractantă CNAIR nu ar fi solicitat intimatei – pârâte Tirrena Scavi SpA, declarată prin rezultatul procedurii de atribuire câştigătoare a licitaţiei toate clarificările ce se impun, încercând să obţină o reevaluare a ofertei sale, clasată pe locul al doilea, dar şi al ofertei declarate câştigătoare.

Astfel, una din criticile invocate prin cererea de recurs, analizat şi de instanţa de fond este legat de împrejurarea că intimata- autoritatea contractanta nu şi-ar fi îndeplinit obligaţia de a clarifica în mod corect şi complet propunerea financiară a intimatei – pârâte Tirrena Scavi SpA apreciază că sunt nefondate.

Intimata-pârâtă CNAIR a adresat o solicitare de clarificare acesteia având ca obiect justificarea preţului ofertat, în temeiul art. 210 din Legea nr. 98/2016 şi art. 136 din HG nr. 395/2016, dar această solicitare nu a avut în vedere totalitatea elementelor care au compus propunerea financiară, cum susţine în mod eronat recurenta.

Potrivit art. 210 din Legea nr. 98/2016 şi art. 136 din HG nr. 395/2016, în situaţia unui preţ aparent neobişnuit de scăzut, comisia de evaluare nu este obligată să solicite clarificări cu privire la toate elementele care au format preţul, ci doar cu privire la acelea care, în raport de preţurile pieţei, par atipic de scăzute.

În cauză, aşa cum în mod corect a reţinut şi instanţa de fond, comisia de evaluare a solicitat clarificări doar cu privire la categoriile de preţ 2,.2., 5.1., 8.1. şi 8.3, referitor la articole de preconstrucţie, utilităţi şi intersecţii, intimata-pârâtă Tirrena Scavi SpA justificând preţul la aceste categorii atât în scris, cât şi cu documente care au probat temeinicia susţinerilor sale, potrivit dispoziţiilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 (Documentul de răspuns în format electronic şi anexele aferente însumează 92 de pagini).

În ceea ce priveşte criticile potrivit cărora aceasta nu ar fi cotat activitatea de schimbare a stratului de uzură de 2 ori în perioada de garanţie, intimata – pârâtă Tirrena Scavi SpA apreciază că sunt nefondate, precizând că a cotat corespunzător acest element la capitolul „cheltuieli indirecte", în conformitate cu Răspunsul nr. 1 al autorităţii contractante la Clarificarea nr. 13 la documentaţia de atribuire pentru acest proiect, care a stabilit că

„activitatea de schimbare a stratului de uzură nu va fi introdusa de ofertanţi în Graficul de plăţi", ci va fi o cheltuială suportată de către antreprenor.

În consecinţă, pentru considerentele expuse, constatând că motivele de recurs invocate sunt nefondate, în raport de prevederile art. 20 alin. 3 din Legea nr. 554/2004 şi art. 496 NCPC prezentul recurs urmează să fie respins ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE:

Respinge excepţia nulităţii recursului.

Respinge recursul declarat de recurenta-reclamantă TRAMECO S.A. în calitate de lider al Asocierii TRAMECO S.A.- VAHOSTAV SK AS- CONSTRUCŢII ERBAŞU S.A.- GRAFIC TENDS S.R.L., cu sediul în mun. Oradea Şos. Borşului nr. 14/A, jud. Bihor, împotriva sentinţei civile nr. 3334/18.05.2018 pronunţată de Tribunalul Bucureşti – Secţia a II a Contencios administrativ şi fiscal în dosarul nr. 9660/3/2018, în contradictoriu cu intimatele-pârâte COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. – DIRECŢIA ACHIZIŢII INFRASTRUCTURĂ RUTIERĂ, cu sediul în Bucureşti, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, Sector 1 şi TIRRENA SCAVI SPA, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la SCA Şoimulescu, Soltan & Asociaţii, în Bucureşti, Str. Grigore Alexandrescu nr. 66, Sector 1, ca nefondat.

Definitivă.

Pronunţată în şedinţă publică, azi 22.11.2018.

Preşedinte
Nicoleta Nolden

Judecător
Amelia Raluca Onişor

Judecător
Alina Nicoleta Ghica

Grefier
Mariana Hulea

Red. jud. GAN/2 ex.
Jud. fond: Ghiţă Adina Elvira (Tb. Bucureşti – SCAF)