

**Către:** Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor  
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București

**Fax:** 021.310.46.42

**E-mail:** [office@cnscl.ro](mailto:office@cnscl.ro)

**În atenția:** Metrorex S.A.  
București, str. Golescu Dinicu nr. 38, cod poștal 010873

**Fax:** +40 0213125149;

**E-mail:** [alexandru.fieraru@metrorex.ro](mailto:alexandru.fieraru@metrorex.ro)

**De la:**

**Fax:**

**E-mail:**

**RE:** Contestație în legătură cu Procedura de atribuire, prin licitație restrânsă, a contractului având ca obiect „Legătura rețelei de metrou cu Aeroportul Internațional Henri Coandă. (Magistrala 6. 1 Mai – Otopeni). Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1: 1 Mai - Tokyo”

**Anunț de participare nr. CN1009873 /15.03.2019**

**Data:** 26.07.2021

**Pagini:** 19

**Subscribele:**

în calitate de ofertant în cadrul Procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă, a contractului având ca obiect „*Legătura rețelei de metrou cu Aeroportul Internațional Henri Coandă. (Magistrala 6. 1 Mai – Otopeni). Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1: 1 Mai - Tokyo*” („**Procedura de atribuire**”) publicată în SEAP prin Anunțul de participare nr. CN 1009873 din data de 15.03.2019, de către Metrorex S.A. („**Metrorex**” sau „**Entitatea contractantă**”), cu sediul în București, str. Golescu Dinicu, nr. 38, tel: +40 0213193601/5467, fax: +40 0213125149, e-mail: [alexandru.fieraru@metrorex.ro](mailto:alexandru.fieraru@metrorex.ro), reprezentată legal prin dl. Ștefan Paraschiv în calitate de Director General,

în temeiul art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, în termen legal, formulăm prezenta:

### CONTESTAȚIE

solicitându-vă ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să dispuneți:

- (a) **anularea Adresei nr. M.09.03.01 / 181 / 15.07.2021 („Comunicare rezultatului procedurii”)<sup>2</sup>, a Raportului procedurii nr. M.09.03.01 / 177 / 15.07.2021 („Raportul procedurii”)<sup>3</sup> prin care oferta depusă de către Asocierie a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă precum și a oricăror acte interne, anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către Entitatea contractantă în cadrul Procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei Asocierii;**
- (b) **obligarea Entității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii acceptabilității și conformității ofertei Asocierii;**
- (c) **obligarea Entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar, potrivit dovezilor justificative ce vor fi depuse la dosarul cauzei.**

Rugăm Consiliul ca, la soluționarea prezentei contestații, să aibă în vedere argumentele ce vor fi expuse detaliat în continuare.

#### I CONTEXTUL FORMULĂRII PREZENTEI CONTESTAȚII

[1] Relevante pentru corecta circumstanțiere a prezentei dispute sunt următoarele repere:

##### 1 Date privind Procedura de atribuire

La data de 15.03.2019, Entitatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. CN1009873 pentru organizarea Procedurii de atribuire. Potrivit documentației de atribuire valoarea estimată totală a contractului este de 1.269.784.510 lei, criteriul de atribuire fiind cel mai bun raport calitate - preț.

##### 2 Cerințele ale documentației de atribuire și clarificări care sunt relevante pentru actuala contestație

Prin Fișa de Date a Achiziției (în continuare, “FDA”) și clarificările emise cu privire la documentație, ofertanților li s-au adus la cunoștință următoarele cerințe privind modalitatea de prezentare a ofertelor (în special a propunerilor financiare, care prezintă relevanță în speță):

- Cerința IV.4.2. Modul de prezentare a propunerii financiare:

**“Propunerea financiară va cuprinde prețul total exprimat în lei fără T.V.A., care se completează în**

SEAP la rubrica prevăzută în acest sens, precum și documentele suport aferente. [...]

La compararea ofertelor se va lua în considerare prețul total oferit, exprimat în lei, fără T.V.A. [...]

La completarea Formularului de evaluare a prețurilor, ofertantul trebuie să stabilească prețul fiecărei activități.

În cazul în care ofertantul consideră că sunt necesare activități suplimentare în Formularul de evaluare a prețurilor, acesta va introduce activitatea respectivă în rubrica „Alte activități pentru care nu există alte activități stipulate și pe care vrea să le evalueze separat”. Ofertantul poate introduce în această rubrică oricâte activități consideră necesar. [...]

Ofertantului nu i se permite să modifice descrierea Centrului de Cost sau să adauge Centre de Cost suplimentare. [...]

Dacă se observă erori aritmetice privind distribuirea sumei totale menționată în Formularul de Ofertă între Centrele de Cost din cadrul Formularul de Evaluare a Prețurilor, Beneficiarul va face rectificările necesare în mod proporțional față de valoarea fiecărui Centru de Cost astfel încât cuantumul total al sumei alocate Centrelor de Cost să fie egal cu valoarea totală exprimată în litere în Formularul de Ofertă.

Valoarea exprimată în Formularele de evaluare a prețurilor va fi ajustată în conformitate cu procedura menționată mai sus pentru corectarea erorilor și va fi considerată obligatorie pentru ofertant. În cazul în care ofertantul nu acceptă aceste rectificări, oferta acestuia va fi respinsă. (subl.ns.)

- Solicitățile de clarificare adresate de către potențialii ofertanți și răspunsurile oferite de către Entitatea contractantă, relevante pentru soluționarea prezentei contestații, sunt următoarele:
- (a) Adresa nr. M.09.03.01 / 347 / 21.10.2020 (Răspuns consolidat nr. 1):

**„Întrebarea nr 82:** Puteți vă rog să confirmați dacă descrierea planului de lucru trebuie să corespundă descrierii activităților din centrele de cost?

**Răspuns nr. 82:** (...) Considerați de asemenea că tipurile de activități descrise în Centrele de cost nu au rol exhaustiv și deci nu descriu toate activitățile necesare și nici sarcinile ce trebuiesc îndeplinite. (subl. ns.)

- (b) Adresa nr. M.09.03.01 / 370 / 04.11.2020 (Răspuns consolidat nr. 2):

**„Întrebarea nr. 33:** Cu referire la Condițiile generale, Clauza 55.2 (...). Vă rugăm să clarificați sensul „un simplu risc de cheltuieli nu reprezintă un Cost” menționat la articolul 55 și precizați care astfel de cheltuieli nu vor fi luate în considerare în cadrul costului.

**Răspuns nr. 33:** Orice element considerat „Costuri suplimentare” va fi clar descris și cuantificabil. Nu va fi luată în considerare, în cadrul Costurilor suplimentare, orice cheltuială care nu îndeplinește condițiile de la Clauza 55.2. (subl. ns.)

### 3 Solicitarea de clarificare adresată de către Entitatea contractantă și răspunsul Asocierii

- (a) prin Adresa nr. M.09.03.01/135/18.05.2021, Metrorex a solicitat clarificări privind unele dintre valorile indicate de către Asocierie în cadrul Centrelor de cost, mai exact, concret, s-a solicitat:

- **Întrebarea nr. 1 -**

- **Întrebarea nr. 2**

- **Întrebarea nr. 3 -**
- (b) prin Adresa din data de 28.05.2021, Asocieria a transmis răspunsuri concludente la fiecare dintre cele trei întrebări adresate, mai exact:

- **Răspuns întrebarea nr. 1 -**

- **Răspuns întrebarea nr. 2 -**

- **Răspuns întrebarea nr. 3 -**

#### **4 Respingerea ofertei Asocierii. Actele atacate**

Oferta Asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă. Decizia injustă a Entității contractante are ca fundament doar răspunsul Asocierii față de prima întrebare adresată, în raport de care se reține, în mod eronat, că:

- (a) Asocierea ar fi formulat critici (tardive) față de formularele documentației de atribuire; așa cum vom argumenta infra, Asocierea nu a criticat documentația de atribuire, ci a explicat că, raportat la lipsa anumitor rubrici din cuprinsul formularului, s-a procedat la completarea acestuia într-o manieră explicit permisă, respectiv prin inserarea informațiilor detaliate privind valori posibil a fi indicate prin liniile puse la dispoziție, respectiv „Alte activități ale Antreprenorului”;
- (b) Asocierea ar fi răspuns neconcludent la întrebarea adresată; în realitate, Asocierea a răspuns punctual, cu indicarea tuturor informațiilor necesare în vederea edificării Entității contractante, la exact solicitarea primită;
- (c) Asocierea ar fi modificat propunerea financiară; în realitate, nicio modificare a valorii ofertate nu a intervenit, ci doar a fost propusă o distribuție a sumelor incluse în centrul de cost nr. 1 către centrele de cost 2-17, care este explicit definită de către FDA ca fiind permisă și încadrată în categoria erorilor posibil a fi remediate prin clarificări;
- (d)

[2] Sintetizând, oferta Asocierii a fost respinsă în urma unei singure întrebări de clarificare primite, prin raportare la unul singur dintre cele trei subiecte clarificate, fără ca Entitatea contractantă să încerce să explice/clarifice suplimentar situația intervenită, sub pretextul unei modificări de propunere financiară și a neconcludenței unui răspuns care, în realitate, a urmat întocmai și exact conduita permisă ofertanților prin chiar documentația de atribuire.

[3] În aceste condiții, prin contestația promovată urmează să detaliez următoarele linii argumentative de natură a conduce la reevaluarea ofertei:

- a. Documentația de atribuire este cea care, explicit, permite ofertanților să completeze activitățile enumerate în cadrul formularelor puse la dispoziție pentru fiecare centru de cost prin adăugarea acelor valori care nu se regăsesc, explicit, indicate în cuprinsul formularelor;
- b. Documentația de atribuire chiar încurajează ofertanții să indice toate valorile suplimentare aferente activităților neexhaustiv enumerate pentru fiecare centru de cost; explicit se indică prin clarificări faptul că orice cost trebuie indicat și cuantificat exact;
- c. Nicio rubrică a formularelor puse la dispoziție nu permitea evidențierea distinctă, încă de la momentul depunerii ofertelor, a sumelor în discuție; coroborat cu obligația ferm stabilită de indicare a tuturor costurilor posibil a interveni, conduita Asocierii a fost pur și simplu transparentă și conformă, nefiind în niciun caz aptă să afecteze interesul Entității contractante, ci dimpotrivă;
- d. Este expres permisă redistribuirea valorilor indicate între centrele de cost din ofertă, acest demers fiind fără dubiu calificat la nivelul FDA drept o eventuală îndreptare de eroare. Coroborat cu incontestabila menținere a prețului ofertat, nicio modificare a propunerii financiare nu poate fi reținută;
- e. Concludența unui răspuns la clarificare nu poate și nu trebuie să facă abstracție de întrebarea adresată; Asocierea a răspuns la exact întrebările adresate, fără a putea fi ținută responsabilă de raționament subsecvente, conexe și necomunicate ale Entității contractante care, de altfel, nu au făcut niciodată obiectul vreunei întrebări transparent adresate.

## II TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

[4] Punctual, raportat la fiecare dintre pretextele de respingere a ofertei Asocierii, urmează a argumenta că:

A **Răspunsul Asocierii a fost concludent și perfect corelat cu dispozițiile documentației de atribuire, surprinzând exact justificările adecvate contextului în care a fost adresată întrebarea**

[5] Raționamentul prezentat pentru respingerea ofertei este netemeinic și nelegal prin raportare la următoarele aspecte:

(a) **concludența unui răspuns la solicitările de clarificare se analizează în raport de solicitarea efectiv adresată și vizează furnizarea unor informații complete și corecte de natură a stabili starea de fapt relevantă din punct de vedere al documentației de atribuire.** Practic, relevante pentru analiza (ne)concludenței răspunsurilor sunt tocmai solicitările de clarificare pe care Entitatea contractantă are obligația de a le formula clar, concis și de natură a acorda posibilitatea ofertanților de a justifica în mod complet aspectele sesizate, regulă confirmată și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene<sup>5</sup>.

Entitatea trebuie să verifice, practic, dacă răspunsul punctual dat de către ofertant este pe măsura solicitării adresate și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat, până la proba contrară, suficient și credibil<sup>6</sup>. Totodată, referitor la concludența răspunsurilor la solicitările de clarificări<sup>7</sup> s-a statuat că:

*„interpretând gramatical dispoziția art. 79 alin. 1, pornind de la sensul comun al termenului <concludent>, indicat în dicționarul explicativ al limbii române, instanța a constatat că, pentru a fi concludent, un răspuns la solicitarea de clarificări trebuie să conțină datele necesare pentru stabilirea de către entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, a unei stări de fapt, relevantă din punct de vedere al documentației de atribuire. Un răspuns concludent este acela pe baza căruia se poate trage o concluzie asupra unei probleme indicate [...]”<sup>8</sup> (subl. ns.).*

(b) **răspunsurile Asocierii au fost pe măsura întrebărilor adresate și respectă exigențele impuse de practica judiciară** deoarece s-au referit strict la chestiunile necesar a fi fost lămurite potrivit solicitării comisiei de evaluare, fiind concludente în raport de aspectele concrete menționate de către Entitatea contractantă și, totodată, pe deplin clarificatoare în privința aspectelor supuse analizei. Răspunsurile Asocierii nu puteau viza alte aspecte pe care, de fapt, Entitatea contractantă

<sup>5</sup> Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 29 martie 2012 emisă în cauza C-599/10, para. 31:

*„Pe de altă parte, efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că revine Entității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru a-i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor.” (subl. ns.).*

<sup>6</sup> Decizia CNSC nr. 285/C2/81 din data de 09.02.2021 pag. 14.

<sup>7</sup> Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 2087/2015:

*„În acest context, Consiliul apreciază că sintagma „explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente”, invocată ca motiv al respingerii ofertei contestatorului, este bazată pe aprecieri subiective, iar pentru a elimina suspiciunile privind realitatea și sustenabilitatea ofertei contestatoarei (...), entitatea contractantă avea posibilitatea să solicite emitentei acesteia, să confirme prețurile aferente transportului și, ulterior, contestatorului, în baza prevederilor art. 78 din HG nr. 925/2006, să explice pentru fiecare tip de agregat în parte, care este costul aferent procurării și transportului, cu trimitere la documentele existente în ofertă și la calculul transmis anterior, drept clarificare.*

*În aceste condiții, Consiliul stabilește că invocarea, de către entitatea contractantă, a art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, pentru respingerea, ca neconformă, a unei oferte, doar pe motivul simplist că „răspunsul este neconcludent”, nu are nici o relevanță, dacă acesta nu este însoțit de justificări certe în acest sens.” (subl. ns.)*

<sup>8</sup> Decizia civilă nr. 751 din 22 martie 2012 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara.

și-ar fi dorit să le clarifice, întrucât Asociera nu poate și nu trebuie să anticipeze ce, de fapt, este de interes pentru comisia de evaluare (diferit față de întrebarea efectiv adresată). Concret:

iar

- (c) o posibilă nelămurire este datorată exclusiv culpei Entității contractante care nu a reușit să solicite aspectele concrete pe care le dorea clarificate, ci a considerat utilă doar furnizarea unei justificări pe care, deși a primit-o în deplin acord cu întrebarea, a calificat-o ca neconcludentă. Subscrisa nu poate deduce răspunsul așteptat de către entitate, ci doar să lămurească situația pusă în discuție. Practic, este firesc faptul că, dacă Entitatea contractantă solicită doar identificarea unor aspecte, Asociera să se limiteze la aceste demersuri, fără a oferi explicații diferite, nesolicitate.
- (d) primirea unui răspuns suficient în raport de solicitările de clarificare adresate, însă insuficient față de nevoile Entității contractante de a înțelege modalitatea de ofertare, ar fi trebuit să conducă Metrorex la formularea unor noi solicitări de clarificare care să vizeze aspectele necesare a fi lămurite, iar nu la respingerea ofertei în mod automat, cu încălcarea principiului proporționalității măsurii dispuse<sup>9</sup>. Cu atât mai mult cu cât, aparent, altor participanți la

<sup>9</sup> Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 2970/2017:

*„Interesul oricărei autorități contractante este de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare sau specificațiilor tehnice prin solicitări de clarificări temeinice și nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor. (...), autoritățile contractante au obligația ca prin solicitări de clarificări să se asigure asupra îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare sau asupra îndeplinirii/neîndeplinirii specificațiilor tehnice de către operatorii economici participanți la procedură și să accepte toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă” (subl. ns.).*

Hotărârea CJUE din 10 decembrie 2009 pronunțată în cauza T-195/08):

*„Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport*

procedură li s-au adresat multiple întrebări de clarificare, demersul de lămurire completă ar fi fost o corectă expresie a egalității de tratament.

Nimic **nu** împiedica Entitatea contractantă să revină cu o solicitare de clarificare prin care să ceară toate informațiile și datele de care avea nevoie, astfel încât subscrisa să cunoască aspectele pe care Metrorex le dorește lămurite, fără a exista îndoieli sau neclarități. Practic, nelămurirea Entității contractante **nu** poate avea drept consecință sancționarea Asocierii cu respingerea ofertei, ci **strict** clarificarea îndoielilor care persistă, astfel încât caracterul acceptabil al ofertei să fie determinat ulterior primirii explicațiilor relevante din partea subscrisei.

- (e) Oricum, prin actele atacate, **Entitatea contractantă nici măcar nu arată motivele care au condus la constatarea pretensei neconcludențe**, ci se limitează la a prelua aspectele redade în solicitările de clarificări și răspunsurile aferente. Or, pe de o parte, simpla indicare a aspectelor invocate de către subscrisa nu este o motivare corespunzătoare a măsurii de respingere a ofertei. Pe de altă parte, nici nu ar avea cum să demonstreze pretenșa neconcludență atât timp cât Asocieria a răspuns clar la toate solicitările de clarificare, astfel cum am demonstrat anterior, iar Entitatea contractantă a reținut pretenșa neconcludență a răspunsurilor în raport cu întrebări niciodată adresate explicit.
- [6] Dacă principiul proporționalității<sup>10</sup> ar fi fost respectat, Entitatea contractantă trebuia să (i) analizeze răspunsul oferit; și să (ii) solicite o nouă clarificare în cazul în care nu se simțea lămurită. Dat fiind că nicio indicație privind modalitatea de evidențiere a acestor categorii de costuri **nu** era în mod expres impusă prin documentația de atribuire (dimpotrivă, ofertanților li s-a solicitat să detalieze orice cost), Entitatea contractantă avea posibilitatea / obligația ca, dacă aprecia că indicarea acestor costuri într-o secțiune este necorespunzătoare, să solicite acoperirea acestei lacune<sup>11</sup> printr-o clarificare clară, neechivocă, vizând redistribuirea (la rândul ei, permisă explicit de documentația de atribuire). Totuși, **cu încălcarea principiului proporționalității, a preferat să respingă oferta subscrisei fără a încerca măcar să înțeleagă raționamentul prin care a fost structurată, astfel, valoarea ofertată.**
- [7] Motivarea acestui motiv de respingere este ambiguă și necorespunzătoare.
- [8] **Răspunsul la Solicitarea de clarificare nu și-a propus să critice formularul aferent propunerii financiare, așa cum se arată în mod eronat în Comunicarea rezultatului procedurii;** dimpotrivă, Asocieria a evidențiat faptul că formularul aferent propunerii financiare nu conține rubricile din H.G. nr. 907/2016 (ceea ce este adevărat și nici nu avea cum, așa cum vom arăta *infra*) și că acesta

*cu scopurile urmărite (...). Acest principiu impune Entității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia.” (subl. ns.)*

<sup>10</sup> Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

*„Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: (...) e) proporționalitatea;” (subl. ns.)*

<sup>11</sup> Decizia CJUE pronunțată în cauza C-27/15:

*„51. (...) principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate. În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen stabilit de entitatea contractantă.” (subl. ns.)*

a fost completat în acord cu ceea ce era permis.

- [9] **În această fază a proiectului (atribuirea unui contract având ca obiect proiectare și execuție), nu poate fi vorba despre aplicarea prevederilor H.G. nr. 907/2016**, care se referă la etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice. După cum însăși denumirea actului normativ o indică, prevederile H.G. nr. 907/2016 se aplică în faza de implementare/derulare a contractului de proiectare și execuție. Prin urmare, atunci când se face referire la Oferta financiară pentru o procedură de achiziție a unui contract de tipul proiectare și execuție, este total eronat să compari componența acesteia cu un devizul general / pe obiect prevăzut în H.G. nr. 907/2016. Astfel, dacă Oferta financiară se elaborează pentru etapa de atribuire a contractului, devizul se realizează la momentul elaborării Proiectului Tehnic de Execuție, deci în etapa de derulare/implementare a contractului de proiectare și execuție.
- [10] Faptul că formularele aferente propunerii financiare, respectiv divizarea Formularului de evaluare a prețurilor în 18 Centre de cost, au permis tuturor ofertanților modificarea conținutului lor prin adăugarea de noi rubrici denumite "*Alte activități ale Antreprenorului*", a determinat Asocieria să includă în primul centru de cost și costurile sale aferente proiectului referitoare la salarii indirecte ale personalului, costuri de rulare, asigurări, obligațiuni, iar dacă s-ar fi dorit clarificarea acestei categorii de costuri, Entitatea era obligată să revină cu o nouă solicitare de clarificare.
- [11] Singura "definiție" a noilor rubrici care puteau fi introduse de fiecare ofertant în formularele reprezentând Centrele de cost se regăsea chiar în interiorul formularelor respective, și anume: "*Alte activități ale Antreprenorului pentru care nu există alte activități stipulate și pe care Antreprenorul dorește să le evalueze separat (se va plăti conform dispozițiilor Supervisorului pe baza realizării activității în mod satisfactor*" (subl. ns.). Astfel, având în vedere că respectivele costuri sunt destinate, de asemenea, realizării contractului, și nefiind indicate în cadrul formularelor, **Asocieria, din dorința de a fi transparentă, a indicat și aceste costuri, chiar dacă ele nu reprezintă o activitate de sine stătătoare**. Însăși denumirea formularelor "Centru de cost nr. ..." induce ideea de a le completa cu toate costurile aferente proiectului. Chiar și Condițiile generale ale contractului<sup>12</sup>, Clauza 1 – Definiții, sub-clauza 1.1., lit. m), termenul de "*Cost(uri)*" este definit ca reprezentând "*toate cheltuielile suportate (sau care urmează să fie suportate) în mod rezonabil de către Antreprenor, în scopul îndeplinirii obligațiilor Contractului sau în legătură cu Contractul.*"
- [12] Prin urmare, în nicio parte a răspunsului Asocierii la solicitarea de clarificare nr. M.09.03.01/15/18.05.2021 nu este criticat conținutul formularelor aferente propunerii financiare, ci dimpotrivă, față de scopul explicativ al acestui răspuns (reamintim că s-a solicitat doar să se "justifice"), s-au adus clarificări privind modul și motivul pentru care Asocierera a înțeles să completeze aceste formulare într-un anumit fel, respectiv să păstreze structura respectivelor formulare și să justifice modalitatea în care a fost adoptată o anumită soluție financiară.

<sup>12</sup> Conform Răspunsului consolidat nr 1 (Adresa Entității contractante nr. M. 09.03.01/347/21.10.2020), pag. 31/35, Raspuns nr. 112: Se vor lua în considerare Condițiile generale pentru proiectare și execuție de lucrări aprobate prin Anexa 2 din HG nr. 1/2018 publicat în M.Of. nr. 26/11.01.2018

Revenind ca aprecierea Metrorex privind neconcludența răspunsului la clarificare, în contextul în care Asocierii i s-a solicitat să justifice o anumită includere a costurilor într-un anume centru de cost, aceasta justificând și propunând, totodată, inclusiv redistribuirea, însă fără nicio modificare a valorii oferțate, apreciem că decizia este evident disproporționată și discriminatorie, contravenind unei practici majoritate dezvoltate atât la nivelul jurisprudenței naționale (mai sus indicate), dar și cele CJUE<sup>13</sup>; unitar se confirmă faptul că pretensele neclarități puteau fi surmontate în mod facil, anterior respingerii ofertei. O solicitare de clarificări suplimentară, clară, detaliată este obligatorie tocmai pentru a se respecta principiile aplicabile materiei achizițiilor publice atât în raport de dispozițiile naționale<sup>14</sup>, cât și în raport de dreptul UE<sup>15</sup>.

**B** Distribuirea sumelor către alte centre de cost reprezintă un demers permis, calificat în mod expres de documentație ca încadrându-se în categoria viciilor de formă, posibil a fi remediate prin clarificări. Nicio modificare a valorii oferțate nu a intervenit. Toate activitățile solicitate prin Caietul de Sarcini au fost respectate și corelate în cadrul Propunerii financiare.

[13] În primul rând, toate activitățile solicitate prin Caietul de Sarcini au fost incluse în Propunerea Financiară, aceasta fiind pe deplin corelată cu elementele din cadrul Propunerii Tehnice. Toate cerințele din Caietul de Sarcini au fost îndeplinite, dovadă în acest sens fiind chiar evaluarea comisiei de evaluare în ceea ce privește propunerea tehnică, fiind consemnat în cadrul Raportului procedurii că *"În urma evaluării propunerilor tehnice, nicio ofertă nu a fost declarată inacceptabilă/neconformă/neadecvată de către comisia de evaluare."*<sup>16</sup>

[14]

<sup>13</sup> Hotărârea T – 211/2002 în cauza Tideland Signal vs. Comisie:

*„obligația Entității de a solicita clarificări atunci când procedează la analiza conținutului unei oferte, când dintre termenii și circumstanțele cauzei se conturează că este probabil ca ambiguitatea sau neclaritatea să aibă o explicație simplă și există posibilitatea a fi surmontate într-o manieră facilă, ca în cazul în care este posibilă între alegerea mai multor măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile”* (subl. ns.).

Hotărârea CJUE din cauza C-599/10 pct. 31:

*„efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că revine Entității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru a-i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor.”* (subl. ns.).

<sup>14</sup> Art. 2 din Legea nr. 98/2016:

*„Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii.”* (subl. ns.).

<sup>15</sup> Para (1) din Directiva nr. 24/2014:

*„Atribuirea contractelor de achiziții publice de către sau în numele autorităților statelor membre trebuie să respecte principiile Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), mai exact libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, precum și principiile care derivă din acestea, cum ar fi egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența.”* (subl. ns.).

<sup>16</sup> A se vedea Raportul Procedurii, pct 3.2.2. Evaluarea propunerilor tehnice, pag 3

- Fără a reitera faptul ca prevederile H.G. nr. 907/2016 sunt aplicabile la momentul derulării/ implementării contractului de proiectare și execuție, clarificam faptul că Formularul F3 indicat de către Entitatea contractantă în motivarea sa, nu arată corelația dintre propunerea tehnică – secțiunea tehnică (nr. crt., capitolul de lucrări, unitate de măsură și cantitate) și propunerea financiară – secțiunea financiară (Preț unitar, Materiale, Manoperă, Utlaj, Transport, Total), ci reprezintă o LISTA cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări<sup>18</sup>, care este o componentă a Proiectului Tehnic de Execuție;
- Inclusiv trimiterea la Clauza 18 din Condițiile generale ale contractului<sup>19</sup> evidențiază același lucru, respectiv ca este vorba de etapa de proiectare din cadrul contractului. Totodată, din prevederile acestei clauze, reiese indubitabil faptul că **Prețul Contractului ca suma forfetară este cel care nu trebuie să fie modificat.**
- De asemenea, vă rugăm să observați că indicarea prevederilor H.G. nr. 907/2016 se face doar în Caietul de Sarcini, Cap. 1 Cerințele Beneficiarului – Secțiunea C. Cerințe de proiectare, cap. 5.2. Predarea Proiectului Tehnic de execuție<sup>20</sup>, nefiind deloc făcută vreo referire la acest act normativ în vederea completării/ prezentării ofertei financiare în cadrul documentației de atribuire.

[15]

<sup>17</sup> A se vedea Comunicarea rezultatului procedurii, pag 3/5, lit d)

<sup>18</sup> denumire exactă preluată din HG nr. 907/2016, Anexa nr. 10

<sup>19</sup> Clauza 18 – Structura detaliată a prețului din Condițiile generale ale contractului:

**„18.1. În termen de 30 de zile de la aprobarea proiectului tehnic, Antreprenorul va transmite o propunere de prețuri unitare pentru fiecare cantitate din proiectul tehnic, precum și o defalcare a acestor prețuri unitare care va identifica costurile incluse pentru manoperă, Materiale, Utilaje, transport, costuri indirecte și profit. Aceste propuneri nu vor afecta Prețul Contractului ca sumă forfetară (cu excepția Sumelor Provizionate) sau prevederile Contractului.**

**18.2. Supervisorul poate lua în considerare propunerile Antreprenorului transmise potrivit prevederilor subclauzei 18.1, atunci când evaluează impactul financiar al unor Modificări sau valoarea unor părți de lucrări, dar nu va avea nicio obligație în raport cu această” (subl. ns.)**

<sup>20</sup> Caietul de Sarcini, Cap. 1 Cerințele Beneficiarului – Secțiunea C. Cerințe de proiectare, cap. 5.2. Predarea Proiectului Tehnic de execuție, pag 8/15:

**„Conținutul Proiectului tehnic de execuție trebuie să respecte legislația în vigoare (ex. HG 907/2016)”**

<sup>21</sup>A se vedea Comunicarea rezultatului procedurii, pag 4/5, al doilea paragraf

<sup>22</sup> Sub-clauza 16.2, lit b) – Aspecte specifice din Condițiile generale ale contractului:

**„1. Asigurare pentru daune aduse terților**

**Antreprenorul va încheia o asigurare de răspundere civilă ce va acoperi vătămări corporale și daune aduse proprietății ce pot fi provocate terților ca urmare a executării Contractului, inclusiv în Perioada de Garanție. Polița de asigurare trebuie să prevadă că Personalul Beneficiarului, inclusiv cel al Supervisorului, precum și cel al altor antreprenori și terți prezenți pe Șantier, în vecinătatea Șantierului sau în orice alt loc folosit de Antreprenor sunt considerați terți în această asigurare. Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Acordul Contractual, limitele de acoperire pentru această asigurare nu vor fi inferioare celor valabile pentru asigurarea obligatorie de răspundere**

[16] Prin urmare, chiar dacă această activitate nu este indicată în mod expres în Caietul de Sarcini, Asocierea a ținut cont de responsabilitățile pe care le are conform prevederilor contractuale, și a inclus și această activitate în cadrul ofertei sale, cotând-o în mod distinct în Centrul de cost nr. 1 – Organizarea de șantier, întrucât este o activitate care se realizează înainte de începerea execuției lucrărilor. În mod similar a procedat și în cazul celorlalte 3 așa numite activități, acestea generând, de asemenea, un cost pentru Asociere ca urmare a responsabilităților indicate în cadrul contractului de proiectare și execuție, cost pe care Asocierea l-a evidențiat, transparent și asumat, conform instrucțiunilor de completare și structurare a propunerii financiare conținute în documentația de atribuire.

[17] **Prin conduita sa, ofertantul nu a modificat propunerea financiară**, așa cum se arată în Comunicarea rezultatului procedurii, ci a propus redistribuirea unor sume care, oricum, nici în varianta inițială de completare nu contravin unei cerințe exprese din cadrul Documentației de atribuire.

[18]

[19] **În al treilea rând, pentru pretinsa omisiune a Asocierii de a fi respectat condițiile de formă aferente elaborării ofertei, deși invocată declarativ drept motiv de respingere, Entitatea Contractantă nu oferta nicio motivare;** nu indică nicio condiție de formă aferentă elaborării și prezentării Ofertei care nu ar fi îndeplinită și nici ce document din cadrul documentației de atribuire nu ar fi fost respectat de către Asociere. De altfel, ar fi și imposibil să identifice în condițiile mai sus expuse, în care Asocierea a probat și argumentat faptul că a acționat în deplin acord cu cerințele

civilă auto potrivit reglementărilor Uniunii Europene.

#### **2. Asigurarea Lucrărilor**

Antreprenorul va încheia o asigurare de tip "toate riscurile pentru lucrările de construcții-montaj" în beneficiul său individual și în solidar cu Subcontractanții săi, Beneficiarul și Supervizorul. Această asigurare va acoperi toate daunele ce pot fi aduse Lucrărilor incluse în Contract, inclusiv daune generate de vicii sau erori de proiectare privind proiectul tehnic, materialele de construcție sau punerea în operă și pentru care Antreprenorul este responsabil conform Contractului și daune generate de evenimente naturale. Această asigurare va acoperi și prejudiciul adus Documentelor Antreprenorului, bunurilor și proprietăților existente ale Beneficiarului și Supervizorului. De asemenea, Antreprenorul va încheia o asigurare pentru acoperirea Utilajelor și Lucrărilor Provizorii cel puțin până la valoarea totală de înlocuire/reconstrucție.

#### **3. Asigurare auto**

Antreprenorul va încheia (sau se va asigura că sunt încheiate) asigurări de răspundere civilă auto pentru toate vehiculele folosite de Antreprenor sau Subcontractanții săi (indiferent dacă aceste vehicule sunt deținute în proprietate sau nu) în legătură cu Contractul.

#### **4. Asigurare împotriva accidentelor la locul de muncă**

Antreprenorul va încheia polițe de asigurare pentru asigurarea Antreprenorului, Personalului său, inclusiv Subcontractanților săi și oricărei persoane pentru care Antreprenorul este responsabil, în caz de accident la locul de muncă sau în drum spre și de la locul de muncă. Se va asigura că Subcontractanții săi procedează la fel. Antreprenorul va despăgubi Beneficiarul pentru orice reclamații pe care Personalul său, inclusiv angajații săi sau Subcontractanții săi le-ar putea formula în aceste privințe.

#### **5. Asigurarea răspunderii cu privire la calitatea Lucrărilor**

Antreprenorul va încheia o asigurare pentru a acoperi întreaga sa răspundere cu privire la calitatea Lucrărilor, chiar și după Recepția Finală, conform Legii." (subl. ns.)

impuse prin documentația de atribuire.

[20] Ceea ce putem presupune este că Entitatea contractantă a dorit/intenționat, de fapt, să facă referire la pretinsa completare necorespunzătoare a Formularului de evaluare a prețurilor. Însă, așa cum este indicat și în Răspunsul Asocierii la Solicitarea de clarificare, această eroare reprezintă un viciu de formă, fiind deci o eroare minoră, a cărei îndreptare este permisă în mod expres de Fișa de date a achiziției<sup>23</sup> și prevederile legale<sup>24</sup>.

[21] Astfel, pentru a putea vorbi de vicii de formă, în concordanță cu prevederile art. 141 alin (3) din H.G. nr. 394/2016, trebuie îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv: (i) să fie vorba de erori a căror corectare sau completare să fie susținută în mod neechivoc de sensul și conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror completare sau corectare are un rol de clarificare sau de confirmare; și (ii) să nu intervină corectări sau completări susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. Situația existentă în speță se încadrează fără dubii în ipoteza corectării unor vicii de formă dat fiind că:

- chiar documentul prezentat inițial, care conține respectivele valori, demonstrează faptul că acestea nu sunt introduse în mod artificial la momentul transmiterii Răspunsului la Solicitarea de clarificare; valorile în discuție existau indicate încă de la început, fiind doar redistribuite prin clarificare către alte centre de cost;
- Niciun avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire nu este obținut în ipoteza acceptării respectivei redistribuirii, întrucât costurile au fost transparent incluse în propunerea financiară, iar Prețul ofertei nu este modificat. De asemenea, și modalitatea de plată este aceeași pentru toți participanții la procedură, fiind clar definită în cadrul contractului de proiectare și execuție, modalitate de plată care nu poate fi influențată de modul de prezentare a Formularului de evaluare a prețului. Scopul acestui formular este, așa cum îl definește însăși

#### <sup>23</sup> Punctul IV.4.2. din Fișa de date a chiziției - Modul de prezentare a propunerii financiare

„Precizări privind evaluarea propunerilor financiare:

d) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă și va fi respinsă, cu excepția situației în care modificările operate de ofertant reprezintă corectarea unor vicii de formă sau a unor erori aritmetice. În cazul unei oferte care prezintă vicii de formă sau erori aritmetice acestea se pot corecta în condițiile prevăzute de art. 140 alin (9) și art. 141 alin (1) din H.G. nr. 394/2016.

e) Conform art. 141 alin (3) din H.G. nr. 394/2016, viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare / completare este susținută în mod neechivoc de sensul și 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.”

#### <sup>24</sup> Art. 221 alin (1) din Legea 99/2016:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea 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/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.” (subl. ns)

#### Art. 141 din HG 394/2016:

„(1) În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(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.” (subl. ns)

propria denumire, aceea de evaluare a prețurilor oferite, și nu reprezintă nicidecum un instrument în baza căruia ar urma să se realizeze plățile în cadrul contractului.

[22] Suplimentar, referitor la pretinsa modificare operată prin clarificare, mai precizăm și că:

- **Ofertantul nu a redistribuit sumele în discuție către același centru de cost, așa cum în mod eronat se arată în Comunicarea rezultatului procedurii, ci către celelalte centre de cost, adică exact așa cum indică și Entitatea contractantă ca s-ar fi impus.** Prin urmare, raționamentul Entității contractante pleacă de la o premisă evident greșită, caz în care concluzia nu poate fi decât tot greșită.
- **Plata în cadrul prezentului contract de proiectare și execuție se va realiza cu respectarea următoarelor prevederi contractuale:** (i) Condiții specifice, Clauza 45 – Valoarea Contractului, sub-clauza 45.4 *“Dacă o parte din Lucrări urmează a fi plătită conform cantităților furnizate sau lucrărilor efectuate, prevederile referitoare la măsurare și evaluare vor fi menționate în Condițiile Speciale. Valoarea Contractului va fi stabilită în consecință și va face obiectul unor actualizări în conformitate cu prevederile Condițiilor Contractuale. Plata se va realiza procentual pe baza progresului lucrărilor, conform dispozițiilor Supervisorului în conformitate cu cele prevăzute în Formularele de Prețuri”* și (ii) **Condiții generale**<sup>25</sup>, Clauza 49 - Graficul de Eșalonare a Plăților și Sume Provizionate, sub-clauza 49.1., sub-clauză care nu a fost modificată prin Acordul contractual sau Condițiile speciale, care prevede că: *“Prețul Contractului, cu excepția Sumelor Provizionate, reprezintă o sumă forfetară. Graficul de Eșalonare a Plăților va detalia modalitățile în care această sumă forfetară va fi plătită. Aceste modalități vor include: (a) defalcarea sumei forfetare în sume sau procente aferente unor părți de Lucrări sau unor faze de proiectare și/sau execuție a Lucrărilor; (b) stabilirea condițiilor în care fiecare parte de Lucrări sau fază de proiectare și/sau execuție a Lucrărilor va deveni plătită. Cu excepția cazurilor expres prevăzute în Condițiile Contractuale, Antreprenorul nu va fi îndreptățit să solicite o creștere a sumei forfetare invocând motivul că lucrarea sau serviciul a necesitat mai multă muncă sau a costat mai mult decât anticipat inițial, și, de asemenea, Beneficiarul nu va fi îndreptățit să solicite o diminuare a prețului forfetar invocând motive opuse celor menționate mai sus”*.

Ori, dacă sub-clauza 45.4 se referă la o parte din Lucrări care urmează a fi plătită conform cantităților furnizate sau lucrărilor efectuate, sub-clauza 49.1 se referă la întreaga sumă forfetară reprezentând Prețul Contractului. În momentul de față însă, Graficul de Eșalonare a Plăților nu este definit, urmând a fi detaliat în baza informațiilor incluse în propunerea financiară în faza de implementare a contractului.

În același registru se înscrie și Răspunsul nr. 44 din Răspunsul consolidat nr. 2 (Adresa Adresa Entității contractante nr. M.09.03.01 / 370 / 04.11.2020), respectiv *“[...] prețul și modalitatea de plată se va realiza în conformitate cu oferta declarată câștigătoare.”*

[23] Prin urmare, nu este nici legală și nici oportună respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, impunându-se să existe o corelare rezonabilă între abaterea identificată în cadrul ofertei depuse și gravitatea măsurii luate de către Entitatea contractantă. Proportionalitatea reprezintă un criteriu

<sup>25</sup> Conform Răspunsului consolidat nr. 1 (Adresa Entității contractante nr. M. 09.03.01/347/21.10.2020), pag. 31/35, Răspuns nr. 112: *Se vor lua în considerare Condițiile generale pentru proiectare și execuție de lucrări aprobate prin Anexa 2 din HG nr. 1/2018 publicat în M.Of. nr. 26/11.01.2018*

adesea decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului, iar dispozițiile art. 141 din H.G. nr. 394/2016 trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului este de a sancționa doar acele abateri ale ofertei care schimbă echilibrul dintre operatorii economici sau extinde în mod considerabil obiectul contractului sectorial.

- [24] Ca expresie a priorității principiului proporționalității, actele instituțiilor publice trebuie să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea CJUE din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60) pentru a se asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.
- [25] Principiul proporționalității în evaluarea unei oferte presupune ca orice măsură trebuie să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului. Elocventă în acest sens este Decizia civilă nr. 1314 din 22 martie 2012, în care Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a reținut că:

*„procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului ordonanței și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii.”*

- [26] În susținerea afirmației potrivit căreia măsura dispusă de către Entitatea contractantă trebuie să respecte principiul proporționalității pe parcursul derulării procedurii, relevantă este și Hotărârea CJUE din cauza C-538/07 (Assistur SRL vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, pct. 21, 23-24), prin care s-a statuat că asigurarea respectării principiilor egalității de tratament și transparenței constituie temeiul directivelor comunitare privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, cu condiția ca astfel de măsuri să nu depășească ceea ce este necesar pentru a atinge acest obiectiv.

**Raportat la cele mai sus expuse, vă rugăm să observați, în concluzie, că:**

- **Asocierea a indicat, detaliat și transparent, toate categoriile de costuri ce puteau interveni în executarea contractului, exact așa cum li s-a impus ofertanților prin documentația de atribuire;**
- **Dacă centrul de cost ales pentru exprimarea acestor valori nu ar fi fost cel corect, (re)distribuirea reprezenta o simplă îndreptare formală a unei eventuale erori, nefiind de natură să modifice valoarea ofertată;**
- **Prin natura sa, contractul obligă la respectarea H.G. nr. 907/2016 abia pe parcursul derulării sale, iar nu în etapa actuală, de ofertare;**
- **Valoarea propunerii financiare este, potrivit chiar definiției oferite de FDA, prețul total ofertat; acesta nu a suferit absolut nicio modificare prin clarificarea transmisă de către Asociere.**

**C Principiile egalității de tratament, eficienței utilizării a fondurilor publice și proporționalității sunt flagrant încălcate prin actele contestate. Disproporția evidentă între conduita ofertantului și sancțiunea aplicată este de natură a justifica reevaluarea ofertei**

- [27] Este unitar impusă obligația Entității contractante de a respecta principiul proporționalității dar și, în egală măsură, principiul egalității de tratament, eficienței utilizării a fondurilor publice și principiul nediscriminării. Aceste principii conduc atât la o diligentă clarificare a aspectelor relevante, cât și la stabilirea unor sancțiuni corelate cu situațiile identificate, scopul autorității neputând fi recunoscut ca fiind acela de a elimina, cu orice preț, oferte din competiție. Cu atât mai mult cu cât oferta Asocierii era cea mai avantajoasă (atât punctajul tehnic, deja obținut, cât și valoarea oferată plasând-o în prima poziția a clasamentului), decizia de respingere în urma unei singure clarificări este disproporționată. Niciun avantaj nu ar fi fost obținut de către ofertant în urma aceste clarificări, valoarea totală oferată rămânând neschimbată, situație față de care aprecierea contrară a Metrorex apare ca fiind complet nejustificată.
- [28] Pe de altă parte, orice condiție prevăzută în documentația de atribuire trebuie interpretată în funcție de obiectul său, de contextul de ansamblu și de modul său de formulare. În caz de dubii, autoritatea contractantă poate să evalueze aplicabilitatea unei astfel de condiții prin realizarea unei examinări pentru fiecare caz în parte, ținând cont de toate aspectele relevante. Interpretarea pur literală și strictă a condiției prevăzute în documentația de atribuire, ar conduce, ca urmare a detectării unor omisiuni sau a unor erori materiale nesemnificative, la respingerea unor oferte avantajoase din punct de vedere economic, ceea ce nu ar fi, în definitiv, conciliabil cu „principiul economiei”. Exact despre o asemenea situație este vorba în speță, Entitatea contractantă respingând oferta cea mai avantajoasă pe baza unei interpretări incorecte, restrictive și disproporționate cu privire la un singur aspect care, fără să fi fost măcar clarificat în mod elocvent, a fost ulterior invocat drept pretext de respingere în mod discreționar și abuziv.
- [29] Jurisprudențial, modalitatea de recunoaștere a principiilor flagrant încălcate prin actele contestate este recunoscută în contexte multiple dintre care, exemplificativ, vă rugăm să observați câteva extrase relevante, având multiple puncte comune cu situația prezentată în speță:

• *„Trebuie precizat că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului O.U.G. nr.34/2006 (art.2 alin.1) și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art.2 alin.2-în mod special, principiile tratamentului egal, proporționalității și eficienței utilizării fondurilor publice), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii. De altfel, în speță edificator este faptul că printr-o analiză parțială și centrată pe elemente pur formale, decizia C.N.S.C. atacată a stabilit, practic, eliminarea ofertei având prețul cel mai scăzut.”<sup>26</sup>(subl. ns.)*

• *„Este adevărat că dispozițiile legale sus enunțate, ca și dispozițiile art.35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art.2 din ordonanța de urgență care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al „promovării concurenței între operatorii economici” și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se*

<sup>26</sup> Decizia nr. 1314 din 22 martie 2012 pronunțată de Curtea de Apel București

regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici dintre ofertele cărora să o alege pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau prevederilor legale aplicabile.<sup>27</sup>(subl. ns.)

- „Curtea îmbrățișează opinia jurisprudențială potrivit căreia nu este legală și nici oportună respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, fiind necesară a se păstra un just echilibru între deficiențele constatate și măsura aplicată de autoritatea contractantă. **Excluderea din procedură ca măsură sancționatorie aplicată pentru deficiențe minore încalcă principiul proporționalității**, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalității acțiunilor instituțiilor statului.<sup>28</sup>(subl. ns.)

- „Prin urmare, de vreme ce ofertantul a făcut demersurile ce se impun sub aspectul textelor anterior invocate, autoritatea contractantă nu trebuie să dea dovadă de un formalism excesiv ea fiind obligată să mențină un just echilibru între ofertanți fără a omite exigența eficienței utilizării fondurilor publice, cu atât mai mult cu cât sub aspectul prețului oferit, patenta s-a situat la deschiderea ofertelor pe locul întâi.<sup>29</sup>(subl. ns.)

- „În al doilea rând, deși Directiva 2004/17 nu conține o dispoziție echivalentă articolului 51 din Directiva 2004/18, Curtea s-a pronunțat în sensul că niciuna dintre aceste două directive nu se opunea ca datele referitoare la o ofertă a unui ofertant să poată fi corectate sau completate punctual, în special deoarece acestea necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru înlăturarea unor erori materiale evidente, însă cu condiția respectării anumitor cerințe (...).

În al treilea rând, trebuie amintit că, în conformitate cu principiul proporționalității, care constituie un principiu general al dreptului Uniunii care la atribuirea contractelor încheiate în statele membre trebuie să fie respectat, astfel cum reiese atât din considerentul (9) al Directivei 2004/17, cât și din considerentul (2) al Directivei 2004/18, măsurile adoptate de statele membre nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea acestui obiectiv (...).

În lumina considerațiilor de mai sus, revine instanței de trimitere, singura competentă pentru a constata și a aprecia faptele din litigiile principale, sarcina să examineze dacă, având în vedere împrejurările din cele două cauze principale, îndreptările neregularităților solicitate de autoritățile contractante priveau comunicarea unor documente a căror lipsă trebuia să conducă la excluderea ofertanților sau dacă, dimpotrivă, constituiau în mod vădit simple cereri de clarificare a unor oferte care necesitau să fie corectate sau completate punctual ori să facă obiectul unei corectări a unor vădite erori materiale.<sup>30</sup>(subl. ns.)

- „Necesitatea de a respecta principiul proporționalității este reflectată și la articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24, în temeiul căruia orice operator economic care se află în special în situația prevăzută la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă, inclusiv, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 43 din prezenta hotărâre, ca urmare a încălcării constatate în privința unui subcontractant indicat în ofertă, poate furniza dovezi pentru a atesta că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței acestui motiv de excludere. Articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24 precizează că, dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri corective (self-cleaning) care subliniază

<sup>27</sup> Decizia nr. 2164 din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel București

<sup>28</sup> Decizia nr. 303 din 26 februarie 2016 pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia

<sup>29</sup> Decizia nr. 2963 din 19 iulie 2012 pronunțată de Curtea de Apel Oradea

<sup>30</sup> Decizia CJUE din 28 februarie 2018 în cauzele conexe C-523/16 și C-536/16, MA.T.I. SUD SpA vs. Centostazioni SpA., respectiv Duemme SGR SpA vs. CNPR

importanța acordată fiabilității operatorului economic (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 40 și 41). (...)

În aceste condiții, o reglementare națională care prevede o asemenea excludere automată a operatorului economic care a depus oferta încalcă principiul proporționalității, întrucât impune autorităților contractante să efectueze în mod automat această excludere ca urmare a încălcării din partea unui subcontractant și depășește astfel marja de apreciere de care dispun statele membre, în temeiul articolului 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, cu privire la precizarea condițiilor de aplicare a motivului de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă cu respectarea dreptului Uniunii. O astfel de reglementare privează de asemenea operatorul economic de posibilitatea de a demonstra, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, fiabilitatea sa în pofida existenței unei încălcări de către unul dintre subcontractanții săi (a se vedea prin analogie Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punctul 30, Hotărârea din 13 decembrie 2012, Forposta și ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punctele 34 și 35, precum și Hotărârea din 26 septembrie 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punctele 40 și 41). (...)

Articolul 57 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE nu se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia autoritatea contractantă are posibilitatea sau chiar obligația de a exclude operatorul economic care a depus oferta de la participarea la procedura de achiziții publice în cazul în care motivul de excludere prevăzut de această dispoziție este constatat în privința unuia dintre subcontractanții menționați în oferta acestui operator. În schimb, dispoziția menționată coroborată cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă, precum și principiul proporționalității se opun unei reglementări naționale care prevede caracterul automat al unei astfel de excluderi.<sup>31</sup>(subl. ns.)

- „Cu toate acestea, conform principiului proporționalității, care este un principiu general al dreptului comunitar (a se vedea, printre altele, Hotărârea din 14 decembrie 2004, Swedish Match, C-210/03, Rec., p. I-11893, punctul 47), astfel de măsuri nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru a atinge acest obiectiv (a se vedea în acest sens Hotărârea Fabricom, citată anterior, punctul 34).<sup>32</sup>(subl. ns.)

- „Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 57 a statuat, inter alia: [...] când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei [...] arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002 Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781 punctele 37 și 38). [...] principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar, în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționale în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorităților contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 43).<sup>33</sup>(subl. ns.)

<sup>31</sup> Decizia CJUE din 30 ianuarie 2020 în cauza C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA vs. Consip SpA

<sup>32</sup> Decizia CJUE din 16 decembrie 2008 în cauza C-213/07, Michaniki AE vs. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis

<sup>33</sup> Ghidul ANAP de bune practici în domeniul achizițiilor publice aferent proiectelor finanțate din instrumente structurale

### III CONCLUZII

Raportat la toate considerentele expuse supra, rugăm Consiliul să admită contestația și să dispună continuarea evaluării ofertei Asocierii în considerarea faptului că:

- **Măsura de respingere este flagrant disproporționată în raport cu conduita ofertantului;** de altfel, prin modalitatea de structurare a propunerii sale financiare, acesta a demonstrat o transparență deplină și o conduită perfect corelată cu scopul contractului în curs de atribuire, evidențiind toate categoriile de costuri care nu se regăseau, în cadrul formularelor de ofertă, ca fiind indicate expres. Mai mult, procedând astfel, Asociera s-a bazat pe chiar dispozițiile documentației care permiteau completarea / indicarea tuturor categoriilor de costuri (inclusiv a celor în discuție);
- **Asociera a răspuns concludent clarificării adresate;** i s-a solicitat și a indicat *justificarea*, fără însă ca alte clarificări privind natura/tipul costurilor în discuție să fi fost adresată prin întrebarea de clarificare emisă de către Metrorex;
- **Asociera nu a modificat nicidecum propunerea financiară;** explicit și probat, Asociera a propus o redistribuire a unor sume deja conținute în ofertă către alte centre de cost (deși Entitatea contractantă reține eronat că ar fi redistribuit în cadrul aceluiași centru de cost), fără însă a modifica valoarea ofertată. Ori, potrivit chiar dispozițiilor FDA, propunerea financiară este reprezentată de prețul total ofertat (nemodificat);
- **Nicio solicitare de justificare a prețurilor ofertate nu a fost adresată de către Metrorex.** A reține temeuri de respingere cu privire la care nicio conduită anterioară nu reflectă preocuparea reprezentată un abuz;
- **De altfel, măsura de respingere a ofertei Asocierii este contrară și principiilor transparenței, egalității de tratament, nediscriminării și eficienței utilizării a fondurilor publice;** sub un pretext pur formal, bazat pe o interpretare subiectivă a unor cerințe inexistente, de altfel, Metrorex s-a limitat la calificare ca neconcludent a unui răspuns pe care, dacă ar fi existat, într-adevăr, dubii, l-ar fi putut clarifica suplimentar. O singură întrebare de clarificare nu poate justifica eliminarea celei mai competitive oferte în contextul actualei Proceduri de atribuire.

În drept, ne întemeiem prezenta contestație pe dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate dispozițiile legale la care am făcut referire în cuprinsul prezentei contestații.

**Probe:** înscrisurile la care ne-am referit în prezenta contestație precum și înscrisurile din dosarul achiziției publice.

În temeiul art. 61<sup>1</sup> din Legea nr. 101/2016, pentru soluționarea contestației, urmează că depunem recipisa de consemnare a cauțiunii, care va fi consemnată pe seama și la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în termen de maxim cinci zile de la data înregistrării prezentei.

În aplicarea dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, menționăm că un exemplar al prezentei contestații și al înscrisurilor doveditoare a fost comunicat și către Entitatea contractantă.

Cu deosebită considerație,