

D E C I Z I E
BO2012_0108
Data: ■.2012

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. ■/11.05.2012, formulată de ■ SA în calitate de lider al asocierii formată din ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA, cu sediul în ■ și cu sediu ales la SCA ■ în asociere cu ■ LLP, cu sediul în ■, împotriva adresei nr. ■/02.05.2012, emisă în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect "Instalație desulfurare ■", organizată de ■ cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat anularea adresei nr. ■/02.05.2012, anularea raportului procedurii care a stat la baza deciziei autorității contractante pentru anularea procedurii de achiziție publică și obligarea autorității contractante la punerea în executare a „Deciziei CNSC” prin care a fost obligată să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor rămase în cadrul procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ■/11.05.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/11.05.2012, formulată de ■ AB cu sediul în ■, în calitate de lider al Consorțiului ■ AB, ■ SRL, ■ SA, reprezentată convențional prin SCA ■ cu sediul în ■, împotriva adresei nr. ■/02.05.2012, întocmită în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, organizată de ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat anularea adresei nr. ■/11.05.2012, prin care autoritatea a decis anularea procedurii de achiziție publică și continuarea procedurii, în sensul reevaluării ofertelor deja depuse și atribuirea contractului.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexasia lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 al. 1 din OUG 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite contestațiile formulate de ■ AB cu sediul în ■, în calitate de lider al Consorțiului ■ AB, ■ SRL, ■ SA, reprezentată convențional prin SCA ■, cu sediul în ■ și ■ SA, în calitate de lider al asocierii formată din ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA, cu sediul în ■ și cu sediu ales la SCA ■ în asociere cu ■ LLP, cu sediul în ■, în contradictoriu cu ■ cu sediul în ■.

Anulează raportul procedurii nr. ■/02.05.2012 și actele subsecvente acestuia.

Obligă ■ ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare.

Rezultatul reevaluării ofertelor va fi comunicat ofertanților cu respectarea prevederilor Secțiunii a V-a a cap. V din OUG 34/2006.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ■/11.05.2012, ■ SA prezintă modul în care s-a derulat procedura de atribuire.

Contestatorul arată că la 31.12.2010 ■ a publicat în SEAP anunțul privind atribuirea prin licitație publică a contractului de achiziție publică pentru "Instalație desulfurare ■" Coduri CPV 71320000-7, 45223210-1, 4523200-7 cu termen limită pentru depunerea ofertelor 11 martie 2011.

■ SA mai arată că în vederea pregătirii ofertelor de participare la procedura de atribuire, autoritatea contractantă a publicat în SEAP documentația de atribuire formată din următoarele documente:

- Fișa de date Instalație desulfurare ■;
- Condițiile contractului - Anexă la oferta;
- Condițiile contractului - Condiții generale de contractare;
- Condițiile contractului - Condiții speciale de contractare;
- Model de contract.

Prin documentația de atribuire publicată în legătură cu această procedură de atribuire, autoritatea contractantă a impus condiții stricte și neîndoielnice privind modalitatea în care ofertanții interesați trebuie să își pregătească ofertele, astfel încât aceștia să respecte condițiile impuse de art. 170 din OUG 34/2006.

Pentru a se asigura că toate condițiile stabilite prin documentația de atribuire vor fi respectate de către ofertanți, ulterior postării în SEAP a anunțului privind organizarea licitației, la solicitarea ofertanților interesați, în intervalul ianuarie - martie 2011, autoritatea contractantă a emis o serie de clarificări în legătură cu documentația de atribuire, potrivit dispozițiilor art. 78 și 79 din OUG 34/2006.

În continuare, contestatorul reproduce textual câteva dintre clarificările emise de către autoritatea contractantă în cursul lunilor ianuarie - martie 2011 din care rezultă caracterul obligatoriu, imperativ al mențiunilor din documentele ce fac parte din documentația de atribuire publicată în SEAP în legătură cu procedura de atribuire, precum și manifestarea de voință continuă, congruentă și expresă a autorității contractante în sensul respectării întocmai la momentul întocmirii ofertelor a documentației de atribuire.

- La 25.01.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/25.01.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții "Instalație desulfurare ■" - Anexa nr.3) prin care menționează clar faptul că *"nu se acceptă demontarea unui ventilator de recirculare și nu se acceptă relocarea ventilatoarelor de recursulare, se păstrează limita de proiect"*.

- La 25.01.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/25.01.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții "Instalație desulfurare ■" - Anexa nr. 4) prin care menționează în legătură cu componente instalației de desulfurare faptul că *"Se vor respecta prevederile caietului de sarcini, ventilator cu convertizor de frecvență"*.

- La 25.01.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/01.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții "Instalație desulfurare ■" - Anexa nr. 5) prin care se menționează faptul că proiectul instalației de desulfurare va trebui să respecte cerințele caietului de sarcini *"Proiectarea instalației de desulfurare aparține antreprenorului și trebuie să respecte cerințele caietului de sarcini"*.

- La 17.02.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/17.02.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții "Instalație desulfurare ■" - Anexa nr. 6) prin care aduce clarificări în legătură cu moneda contractului *"Contractul de finanțare aferent proiectului în cadrul căruia se desfășoară licitația pentru achiziția obiectivului de investiții -Instalație desulfurare ■, se derulează în lei, așadar nu se pot efectua plăți parțiale din valoarea contractului în monedă străină (EUR)"*.

- La 1.03.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/01.03.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții -Instalație desulfurare ■ - Anexa nr. 7) prin care

reiterează condițiile din documentația de atribuire referitoare la prețul contractului *"Prețul contractului este în lei, iar plățile se vor efectua în lei, conform procedurilor legale, a Documentației de Atribuire și a Contractului de finanțare"*.

▪ La 3.03.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/03.03.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții -Instalație desulfurare ■ - Anexa nr. 8) prin care nu numai că a reconfirmat dispozițiile din documentația de atribuire referitoare la moneda contractului și imposibilitatea de ajustare a prețului, dar a și precizat faptul că documentația de atribuire (compusă din fișa de date a licitației, Condițiile Contractului - anexă la ofertă, Condițiile Contractului - Condiții Generale, Condițiile Contractului - Condițiile Speciale, Modelul la contract) are caracter obligatoriu, neputând fi modificată pe parcursul implementării procedurii de licitație. *"Documentația de atribuire nu se poate modifica pe parcursul implementării procedurii de licitație aferentă obiectivului de investiții "Instalație desulfurare în ■". Contractul între Autoritatea Contractantă și Constructor se derulează în moneda națională, adică în lei, așa cum este specificat în Documentația de atribuire, așadar nu este posibil să se menționeze o ajustare a monedei pentru acele porțiuni din ofertă care își au originea în țări având Euro ca moneda"*. Această adresă a fost emisă de către autoritatea contractantă ca urmare a unei solicitări adresate de către un ofertant care a dorit "menționarea unei clauze de ajustare a monedei pentru acele porțiuni din oferta care își au originea în țări având Euro ca monedă" cu consecința încasării unei plăți în RON corespunzătoare valorii cursului de schimb valutar din acea zi.

▪ la 4.03.2011 - autoritatea contractantă a transmis către toți operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire adresa nr. ■/04.03.2011 (Clarificări privind obiectivul de investiții -Instalație desulfurare ■ - Anexa nr. 9) prin care menționează următoarele, cu privire la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire *"Documentația de atribuire nu se poate modifica pe parcursul derulării procedurii de achiziții publice. Conform fișei de date a achiziției, cap. II. 1.4: Durata contractului de achiziție publică: 33 de luni de la atribuirea contractului pentru activitățile: a) durata de proiectare 3 luni, durata de execuție 30 de luni; b) perioada de notificare a defecțiunilor 12 luni de la finalizarea contractului"*.

Din șirul de clarificări emise de către autoritatea contractantă în perioada anterioară depunerii ofertelor potrivit dispozițiilor art. 78 și 79 din OUG 34/2006, contestatorul afirmă că remarcă faptul că ■ s-a

exprimat într-o manieră consecventă și repetată cu privire la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire și a obligației ofertanților de a-și pregăti ofertele în conformitate cu documentația de atribuire.

■ SA susține că în ciuda tuturor clarificărilor emise de către autoritatea contractanta și, mai ales, a adreselor transmise tuturor ofertanților în apropierea datei de depunere a ofertelor (3 și 4.03.2011) în cuprinsul cărora se menționează expres faptul că documentația de atribuire (cu toate componentele ei) nu se poate modifica pe parcursul derulării procedurii de atribuire, ■, cu rea credință, în opinia sa, invocă faptul că nu a întocmit o ofertă în deplină conformitate cu documentația de atribuire bazându-se pe adresa autorității contractante nr. ■/11.01.2011 (Anexa nr. 10) în cuprinsul căreia se specifică faptul ca "*modelul de contract atașat la documentație este orientativ*". ■ a susținut faptul că la momentul întocmirii ofertei cu care aceasta a participat în cadrul procedurii de atribuire nu avea obligația de a respecta întocmai documentația de atribuire și, ca atare, putea modifica după propria voință documentele și formularele ce fac parte din documentația de atribuire, respectiv modelul de contract, condițiile generale și speciale ale contractului, Formularul anexă la ofertă, fișa de date, Formularul F1 privind oferta financiară, lucru pe care, de altfel, l-a și făcut, în ciuda faptului că niciunul dintre ceilalți ofertanți nu au procedat astfel, și în ciuda faptului că prin clarificările din luna martie 2011, autoritatea contractantă a precizat expres faptul că documentația de atribuire nu poate fi modificată, iar prețul contractului nu poate fi ajustat.

Având în vedere faptul că un ofertant interesat și diligent își întocmește oferta potrivit documentației de atribuire și a tuturor clarificărilor emise de către autoritatea contractantă pe toată perioada anterioară depunerii ofertelor, ■ SA consideră că ■ nu poate invoca o adresă emisă de către autoritatea contractantă la începutul lunii ianuarie 2011 (la numai câteva zile de la publicarea anunțului privind organizarea licitației), în condițiile în care două luni mai târziu de la data emiterii acestei adrese, autoritatea contractantă a eliminat orice posibilitate de modificare a condițiilor menționate în documentația de atribuire (respectiv modelul de contract, condițiile generale și condițiile speciale ale contractului, Formularul "Anexa la oferta", fișa de date).

Având în vedere faptul că prin adresele nr. ■/03.03.2011 și nr. ■/04.03.2011, transmise către toți ofertanții la începutul lunii martie, autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere extrem de clar și în deplină conformitate cu dispozițiile legale privind obligativitatea respectării documentației de atribuire,

contestatorul apreciază că orice interpretare în sens contrar bazată pe acte anterioare emise de către autoritatea contractantă la începutul perioadei de clarificări nu poate fi credibilă și nici nu poate fi primită pentru că ar reprezenta o încălcare a dispozițiilor legale obligatorii. În plus, prin aceste ultime clarificări transmise de către autoritatea contractantă către toți ofertanții a operat o revocare tacită a acelor documente anterioare care puteau genera efecte contrare acestor documente.

Contestatorul precizează că aceste ultime clarificări emise de către autoritatea contractantă la începutul lunii martie 2011 sunt importante deoarece, contrar celor afirmate de ■, nu lasă deschis drumul modificării niciunui document din cadrul documentației de atribuire, deci și a modelului de contract (despre care fac vorbire clarificările din data de 11.01.2011 și 17.02.2011), a fișei de date a licitației, a condițiilor generale și speciale și a Formularului Condițiile Contractului - Anexa la ofertă, și pe cale de consecință, obligă ofertanții să își întocmească ofertele în deplină concordanță cu documentația de atribuire (conform art. 170 din OUG 34/2006).

Referitor la prima evaluare a ofertelor și prima contestație la CNSC, contestatorul precizează că înainte de expirarea termenului pentru depunerea ofertelor, după recepționarea clarificărilor privind documentația de atribuire, la data de 11 martie 2011, asocierea sa a depus oferta de participare la procedura de atribuire întocmită în deplină conformitate cu toate documentele ce fac parte din documentația de atribuire.

Ca urmare evaluării de către autoritatea contractantă a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, la data de 1 iunie 2011 oferta ■ SA a fost declarată câștigătoare prin raportul procedurii de atribuire nr. ■/01.06.2011.

Ceilalți trei participanți la procedura de atribuire, respectiv ■, SC ■ SA și ■ Ltd ("■") și ■ GmbH ("■") au contestat rezultatul procedurii la CNSC

În vederea soluționării celor trei contestații, CNSC a emis Decizia nr. ■/■.07.2011 ("Prima Decizie") prin care a dispus anularea raportului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii, inclusiv oferta declarată câștigătoare.

Referitor la a doua evaluare a ofertelor și a doua contestație la CNSC, contestatorul precizează că urmare a Primei Decizii a CNSC, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, iar la finalul acestui proces, prin raportul procedurii de atribuire nr.

■/28.07.2011, oferta sa a fost declarată pentru a doua oară câștigătoare.

Și de această dată ceilalți trei participanți la procedură, ■, Adritz și ■, nemulțumiți de rezultat, au contestat raportul procedurii de atribuire la CNSC

Ca urmare a admitterii celor trei contestații, CNSC a dispus prin decizia nr. ■/■.09.2011 (a "Doua Decizie") în sensul admitterii acestor contestații cu consecința anulării raportului procedurii de atribuire nr. ■/28.07.2011 și a actelor subsecvente acestuia și obligării autorității contractante la evaluarea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică pentru ■.

Referitor la a treia evaluare a ofertelor și a treia contestație la CNSC, contestatorul precizează că în executarea dispozițiilor din cuprinsul celei de-a Doua Decizii a CNSC, ca urmare a reevaluării ofertelor depuse în cadrul Procedurii de Atribuire, autoritatea contractantă a transmis societății sale rezultatul procedurii nr. ■/ 22.09.2011 prin care ■ SA era informată cu privire la faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă datorită neîndeplinirii condiției privind experiența relevantă stabilite prin documentația de atribuire, iar oferta ■ a fost declarată câștigătoare datorită faptului că a oferit prețul cel mai scăzut dintre ofertele admisibile și conforme.

Față de rezultatul comunicat de către autoritatea contractantă și nelegalitatea acestuia, ■ SA a formulat contestație la CNSC, aducând argumente, atât cu privire la caracterul nelegal al respingerii propriei oferte ca inacceptabilă, cât și argumente de natură să conducă la respingerea ofertei ■.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire a formulat contestație la CNSC și ■, iar cele două contestații au fost conexe în cadrul dosarului nr. ■/2011 aflat pe rolul completului 7 al CNSC

CNSC s-a pronunțat cu privire la cele două contestații prin Decizia ■/■.11.2011 ("Treia Decizie") prin care a dispus anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă și obligarea autorității contractante la evaluarea tuturor ofertelor cu verificarea prealabilă a documentelor de calificare și cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare.

Printre altele, în motivarea celei de-a Treia Decizii, CNSC a reținut faptul că prețul propus de ■ nu a fost justificat, iar propunerile sale de modificare a clauzelor contractului încalcă cerințele caietului de sarcini și aduc dezavantaje autorității contractante.

■ a formulat plângere la Curtea de Apel ■ împotriva celei de-a Treia Decizii a CNSC Plângerea ■ a făcut obiectul dosarului nr. ■/2011 soluționat irevocabil de către Curtea de Apel ■ la 30.01.2012 prin respingerea ca neîntemeiată a plângerii.

Referitor la a patra evaluare a ofertelor și a patra contestație la CNSC, contestatorul precizează că ulterior emiterii celei de-a Treia Decizii a CNSC, în cursul lunii decembrie 2011 autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertelor depuse pentru ■ efectuând și verificarea prealabilă a documentelor de calificare, fără însă a urma întocmai îndrumările trasate de către CNSC prin cea de-a Treia Decizie.

Urmare a analizei comisiei de evaluare, autoritatea contractantă a transmis către ■ SA, comunicarea rezultatului procedurii nr. ■/15.12.2011 prin care societatea sa a fost înștiințată asupra faptului că oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire a fost declarată admisibilă și conformă (dat fiind răspunsul la clarificările solicitate de comisia de evaluare cu ocazia acestei evaluări), dar necâștigătoare, iar, oferta ■ a fost desemnată câștigătoare, datorită prețului cel mai scăzut dintre ofertele admisibile și conforme.

Urmare a acestui ultim rezultat al procedurii de atribuire, nemulțumită de faptul că oferta sa declarată acceptabilă și conformă nu a fost aleasă oferta câștigătoare a licitației, datorită alegerii de către autoritatea contractantă a ofertei ■, în legătură cu care prin a Treia Decizie a CNSC au fost sesizate o serie de nereguli privind prețul extrem de scăzut și clauzele contractuale dezavantajoase, ■ SA a depus la CNSC, la 23.12.2011, o nouă contestație împotriva ultimei comunicări privind rezultatul procedurii de atribuire, contestație ce a făcut obiectul dosarului CNSC nr. ■/2011.

În cuprinsul celei de-a patra contestații formulate în fața CNSC, ■ SA a adus numeroase critici cu privire la oferta declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă. Contestatorul menționează că a criticat faptul că ■ nu a fost în măsură să justifice prețul extrem scăzut pe care l-a propus și care a ajutat-o să devină câștigătoare, deși ar fi trebuit să prezinte documente justificative pentru fiecare din elementele constitutive ale prețului propus, documente justificative care cumulate să ajungă la valoarea de 100% din prețul propus, dar și faptul că în formularul Condițiile Contractului - Anexa la ofertă, ■ a propus numeroase clauze contractuale dezavantajoase autorității contractante. Aspect reținut, de altfel, și de către CNSC în cuprinsul celei de -a Treia Decizii a CNSC însă în legătură cu care autoritatea

contractantă sau ■ nu au întreprins nicio măsură ulterior emiterii deciziei CNSC prin care se constată această neregulă.

De asemenea, prin primul punct al contestației, ■ a criticat faptul că, deși condițiile impuse de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire impuneau ofertanților să prezinte un preț în lei fix, ferm pe toată durata contractului, în luna martie a anului 2011. ■ a prezentat în cadrul procedurii de atribuire, atât în Formularul 1, cât și în Formularul Condițiile contractuale - Anexa la Ofertă, o oferta de preț exprimată în EUR și SEK (cu facturarea în lei la cursul de la data emiterii fiecărei facturi), preț indexabil cu indicele de inflație după trecerea primului an de contract.

Contestatorul arată că dată fiind această încălcare a caietului de sarcini, ■ a renunțat rând pe rând la condițiile financiare care încălcau documentația de atribuire, mai întâi în luna mai a anului 2011 a renunțat la exprimarea prețului în valută pentru exprimarea exclusiv în lei, iar mai apoi în iulie 2011, ca urmare a solicitărilor autorității contractante, a renunțat și la pretenția de indexare a prețului.

În vederea soluționării contestațiilor cu care a fost investit Consiliul, au fost organizate în fața completului 7 al CNSC două sesiuni de dezbateri orale. Primele dezbateri orale au avut loc la data de 7.02.2012, iar participanți au fost reprezentanții ■ SA și ai ■, iar ce-a doua sesiune de dezbateri orale a avut loc la 17.02.2012, când pe lângă reprezentanții ■ și ai ■ au participat și reprezentanții ■.

La ■ februarie 2012, CNSC a emis Decizia nr. ■ (a "Patra Decizie") prin care a admis contestația formulată de către ■ SA împotriva ofertei ■ sub aspectul nejustificării prețului de către acest ofertant și propunerii de clauze contractuale dezavantajoase autorității contractante și a respins argumentele ■ SA privind modificarea ofertei financiare de către ■.

Ca urmare a admitterii contestației formulate de către ■ SA, CNSC a dispus prin a Patra Decizie anularea raportului procedurii nr. ■/15.12.2011 și actele subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor rămase în cadrul procedurii de atribuire cu luarea în considerare a celor prezentate în motivarea Deciziei, comunicarea rezultatul reevaluării ofertelor către ofertanți.

Referitor la a cincea evaluare a ofertelor și a cincea contestație la CNSC, contestatorul precizează că a patra Decizie a CNSC a fost comunicată către toate părțile interesate, inclusiv către autoritatea contractantă care a fost obligată să procedeze la

reevaluarea tuturor ofertelor rămase în cadrul procedurii de atribuire.

Cu ocazia punerii în executare a celei de-a Patra Decizii a CNSC, autoritatea contractantă a considerat că se impune anularea procedurii de atribuire, deoarece *"pe parcursul analizei/evaluării ofertelor prezentate la licitație s-au constatat erori/omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică"*.

În acest sens, autoritatea contractantă a transmis către ■ SA comunicarea de rezultat a procedurii nr. ■/5.03.2012 prin care, în mod expeditiv și fără o motivare temeinică, se aducea la cunoștință faptul că procedura de atribuire a fost anulată.

Împotriva acestei comunicări și a rezultatului procedurii de atribuire au formulat contestații în fața CNSC atât ■ SA (contestație înregistrată la CNSC cu nr. ■/15.03.2012), cât și ■ (contestație înregistrată la CNSC cu nr. ■/14.03.2012).

Prin Decizie, CNSC a admis ambele contestații, dispunând reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor ca urmare a faptului că decizia autorității contractante de a anula procedura datată 5 martie 2012 nu a fost motivată conform dispozițiilor art. 210 din OUG 34/2006.

Înainte de a trece la a șasea reevaluare a ofertelor, contestatorul precizează în această etapă a procedurii de atribuire, ca urmare a faptului că nu și-a reînnoit scrisoarea de garanție necesară pentru participarea la procedura de atribuire, ofertantul ■ a fost descalificat. Astfel, singurii ofertanți rămași în cadrul procedurii de atribuire sunt ■ SA și ■.

Ca urmare a Deciziei CNSC, în cursul lunii aprilie 2012, autoritatea contractantă a reluat procedura de atribuire și a procedat din nou la evaluarea ofertelor rămase în cadrul procedurii. Prin Comunicarea avută în vedere în această contestație, ■ SA a fost informată cu privire la faptul că procedura de atribuire a fost anulată pentru a doua oară.

Contestatorul arată că în motivarea deciziei sale, autoritatea contractantă a invocat incidența articolelor 209 al. 1 lit. c și 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, și anume faptul că în prezența mai multor abateri grave apărute pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă se află în imposibilitatea adoptării de măsuri corective fără ca acestea să aibă ca efect încălcarea principiilor prevăzute de OUG 34/2006.

Referitor la punctul de vedere exprimat de către autoritatea contractantă prin comunicare, contestatorul precizează că spre

deosebire de comunicarea anterioară privind rezultatul procedurii (martie 2012), prin comunicare autoritatea nu s-a limitat doar la a invoca textele legale care permit adoptarea măsurii anulării procedurii de atribuire, ci a încercat să ofere și o justificare în concret pentru necesitatea adoptării unei asemenea măsuri.

În concret, afirmă contestatorul, autoritatea contractantă a realizat o apreciere a celor două oferte rămase în competiție în cadrul procedurii de atribuire, respectiv oferta ■ și oferta ■, identificând cu această ocazie gravele neconformități ale ofertei ■ raportat la documentația de atribuire.

Astfel, chiar prin comunicare se arată că: "*Asocierea SC ■ AB- SC ■ SRL – SC ■ SA a transmis oferta financiară, respectiv Condițiile contractuale, dar nu în forma solicitată de către autoritatea contractantă postată pe SEAP în 11.01.2011 așa cum au procedat ceilalți ofertanți.*

Se menționează în mod deosebit că prin documentația de atribuire a fost solicitată ofertarea unei valori financiare care să conțină și costurile suplimentare rezultate din inflație, variația cursului de schimb leu-euro pe parcursul derulării relațiilor contractuale, solicitându-se un preț ferm. Se constată că unul dintre ofertanți nu a introdus aceste costuri suplimentare preliminate în valoarea ofertei, solicitând indexări ulterioare ceea ce determină imposibilitatea comparării ofertelor în condițiile de uniformitate și egalitate. În situația în care contractual ar fi atribuit în urma derulării acestei proceduri, se evidențiază riscul major pentru Beneficiar de a nu avea garanția finalizării acestuia în prețul convenit, având în vedere că oferta câștigătoare a fost fundamentată în aprilie 2011 la un curs de schimb de 1 euro = 4,0735 lei, iar la data încheierii prezentului proces verbal, cursul de schimb este de 1 euro = 4,4168 lei. Creșterea de 1,084% aplicată la valoarea contractului este neeligibilă și nu poate fi asigurată din surse de finanțare de la bugetul local, ceea ce ar pune în pericol derularea și finalizarea întregului proiect".

Față de constatările autorității contractante din cuprinsul comunicării, contestatorul reține faptul că prin oferta sa, ■ a solicitat indexarea prețului propus cu rata inflației, fapt nepermis de documentația de atribuire care solicită în mod expres și neechivoc ca ofertele depuse să conțină prețuri ferme în ron valabile pe toată durata contractului, aceasta pentru că la momentul estimării valorii contractului autoritatea contractantă luase deja în calcul creșterea costurilor de realizare a proiectului ca urmare a variației indicelui de inflație.

În această situație, având în vedere faptul că potrivit documentației de atribuire prețul este ferm în RON pe toată

durata contactului, autoritatea contractantă nu va putea permite niciun fel de ajustare a prețului nejustificat de scăzut oferit de către ■ tocmai în considerarea faptului ca acesta va putea fi majorat ulterior încheierii contractului.

Față de această situație, contestatorul apreciază că temerea autorității contractante ca proiectul avut în vedere cu ocazia organizării procedurii de atribuire ar putea să nu fie finalizat ca urmare a încheierii contractului cu ■, este perfect justificată și rațională.

Contestatorul precizează că ceea ce se arată prin comunicarea autorității contractante și ceea ce și ■ dorește să aducă în atenția CNSC este faptul că:

-oferta ■ cuprinde abateri de la documentația de atribuire, motiv care impune descalificarea acesteia, întrucât, deși în documentația de atribuire se cerea în mod expres ofertanților prezentarea unui preț ferm, care să includă costurile suplimentare rezultate din variația indicelui de inflație, ■ a oferit un preț variabil în funcție de rata inflației. În această situație, nerespectarea cerințelor cuprinse în documentația de atribuire este clară și nu trebuie să rămână nesancționată. Mai mult, contestatorul apreciază că nu trebuie ignorat nici faptul că o eventuală renunțare ulterioară la aceasta posibilitate de indexare a prețului este nepermisă de către legislația relevantă, deoarece reprezintă o modificare a ofertei financiare, după cum este definită oferta financiară de art. 3 lit. t din OUG 34/2006;

-în cazul semnării contractului de achiziție publică cu ■, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă se expune unui risc considerabil ca ■ să nu poată finaliza cu succes contractul, deoarece prețul nejustificat de scăzut oferit în cadrul procedurii de atribuire de numai 75% din valoarea estimată a contractului nu este suficient pentru a acoperi toate costurile de execuție (fără a mai lua în calcul marja de profit). Contestatorul arată că o astfel de ipoteză nu este improbabilă, având în vedere faptul că ■ nu a reușit ca pe parcursul ultimelor trei reevaluări să facă dovada fundamentării economice a prețului propus.

Referitor la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, contestatorul invocă prevederile art. 33 al. 2 lit. h din OUG 34/2006, conform cărora "*Documentația de atribuire trebuie să cuprindă, fără a se limita la cele ce urmează, cel puțin (...) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii*".

Contestatorul arată că din interpretarea textului de lege mai sus citat rezultă că informațiile cuprinse în documentația de atribuire și care privesc clauzele contractuale ce se vor regăsi în contractul ce va fi încheiat de către autoritatea contractantă cu

oferantul declarat câștigător sunt obligatorii și deci trebuie respectate întocmai de către ofertanții care depun oferte pentru participarea la procedura de atribuire.

În sprijinul interpretării date de ■ SA textului de lege mai sus citat, acesta face trimitere la o serie de soluții și raționamente formulate de către CNSC și de către instanțele de judecată investite cu soluționarea litigiilor privind achizițiile publice.

În acest sens, contestatorul invocă decizia civilă nr. 2667/17.11.2008 pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, decizia 199/2009 din 5.03.2009 a Curții de Apel Bacău, decizia nr. 37/CA din 19.01.2011 pronunțată de Curtea de Apel Iași, precum și o serie de decizii CNSC publicate în Revista de Achiziții Publice.

În continuare, ■ SA prezintă punctul de vedere al ANRMAP privind documentația de atribuire pentru ■, în sensul că informațiile prevăzute în documentația de atribuire cu privire la clauzele ce urmează să se regăsească în contractul ce va fi încheiat de beneficiar cu ofertantul declarat câștigător sunt obligatorii, astfel pronunțându-se și ANRMAP.

Prin adresa nr. ■/27.03.2012, ANRMAP a concluzionat în sensul că dispozițiile menționate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire cu privire la prețul contractului și monedă sunt clauze contractuale obligatorii, iar ofertanții nu pot să încalce/să deroge de la aceste dispoziții, deoarece potrivit art. 170 din OUG 34/2006 la momentul întocmirii ofertei, ofertanții sunt obligați să respecte întocmai documentația de atribuire. Temeiul de drept invocat de către ANRMAP în susținerea caracterului obligatoriu al clauzelor din documentația de atribuire referitoare la preț și moneda contractului este art. 33 al. 2 lit. h din OUG 34/2006 care prevede că "documentația de atribuire trebuie să cuprindă informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii".

În acest sens contestatorul arată că prin adresa ANRMAP se afirmă că: *"Pe de altă parte, precizările autorității contractante cu privire la neacceptarea ajustării prețului contractului și la moneda în care se efectuează plata reprezintă, în opinia noastră, clauze contractuale obligatorii, în sensul art. 33 al. 2 lit. h din OUG 34/2006, astfel încât cu privire la acestea nu este permisă formularea de către ofertanți a unor prevederi contrare, oferta urmând a fi elaborată în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire"*.

În plus, contestatorul arată că pe lângă caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, în adresa sa, ANRMAP confirmă gravele probleme ale ofertei financiare depuse de ■ care

sunt de natură să conducă la respingerea acestei oferte, probleme ridicate, de altfel, în mai multe rânduri și de către ■ SA

Contestatorul consideră că ANRMAP afirmă că renunțarea operată de către ■ la condițiile financiare propuse în martie și mai 2011, respectiv renunțarea, atât la exprimarea prețului în valută, cât și o eventuală renunțare la indexarea prețului cu indicele de inflație reprezintă o modificare a ofertei financiare care atrage aplicarea dispozițiilor art. 79 al. 3 din HG 925/2006, cu consecința respingerii ofertei ca neconformă.

Prin adresa invocată de către contestator ANRMAP afirmă că: *"Renunțarea ulterioară de către ofertantul în cauză la propunerea de exprimare a prețului în mai multe valute și la cursul de schimb de la data facturării, precum și la orice altă formă de indexare a prețului reprezintă, în opinia noastră, o modificare a conținutului propunerii financiare, în acest caz devenind incidente prevederile art. 79 al. 3 din HG 925/2006"*.

ANRMAP explică concluzia privind necesitatea respingerii ofertei ■ ca neconformă pentru modificarea ofertei financiare făcând trimitere la dispozițiile art. 171 din OUG 34/2006, care menționează faptul că *"oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă"*.

"Totodată, prin acceptarea modificării prețului față de cel prezentat în oferta financiară a operatorului economic s-ar permite, în esență, modificarea ofertei, care, potrivit art. 171 din OUG 34/2006, are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de autoritatea contractantă".

Contestatorul afirmă că, parafrazând dispozițiile art. 97 al. 2 din HG 925/2006, ANRMAP reține și faptul că dacă autoritatea contractantă ar fi permis modificarea ofertei financiare, ar fi menționat acest lucru în documentația de atribuire, precum și mecanismul după care poate fi ajustat prețul, or astfel de mențiuni nu există în documentația de atribuire.

Potrivit adresei ANRMAP fila 3 ultimul paragraf, se arată că *"În subsidiar precizăm faptul că în situația în care s-ar accepta propunerile de ajustare a prețului conținute în oferta financiară a ofertantului în cauză, astfel de clauze ar fi inaplicabile, întrucât posibilitatea ajustării prețului, precum și modul concret de ajustare trebuie să se regăsească atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează a fi încheiat, prin clauze speciale în acest sens, lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determinând inaplicabilitatea*

prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică".

Clarificările din data de 11.01.2011 și 17.02.2011 invocate de către autoritatea contractantă în cuprinsul comunicării se referă, după cum susține ■ SA, exclusiv la modelul de contract, nu și la celelalte documente componente ale documentației de atribuire.

Contestatorul susține că prin adresa de clarificări emisă la data de 11.01.2011, autoritatea contractantă se referă exclusiv la modelul de contract, ca parte a documentației de atribuire, nu și la celelalte documente ce compun documentația de atribuire, acestea rămânând neschimbate și obligatorii.

Pe cale de consecință, susține contestatorul, numai cu privire la modelul de contract, autoritatea contractantă s-a pronunțat în sensul că ar avea caracter orientativ. Așadar, rezultă că toate celelalte documente publicate de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire erau absolut obligatorii, caracterul obligatoriu al acestora neputând fi pus în discuție.

Mai mult decât atât, intenția autorității contractante de a se referi numai la model de contract reiese și mai mult având în vedere că în alte situații în care era vizat întregul conținut al documentației de atribuire, autoritatea contractantă a precizat expres acest fapt.

În contextul desfășurării procedurii de atribuire, contestatorul apreciază că exprimarea autorității contractante a fost absolut lipsită de echivoc.

Contestatorul apreciază că o altă interpretare nu poate fi primită, întrucât în lumina principiului egalității de tratament prevăzut și la art. 2 al. 2 lit. b) din OUG 34/2006 nu se poate da nici unui ofertant dreptul de a extrapola precizările făcute de către autoritatea contractantă.

■ SA subliniază faptul că exact în acest mod a procedat ■, care în ciuda clarificării absolut neechivoce a autorității contractante din 3 și 4 martie 2011 privind caracterul obligatoriu al întregii documentații de atribuire, cu rea credință, bazându-se pe clarificarea din 11.01.2011, a înțeles să considere întregul conținut al documentației de atribuire ca având caracter orientativ.

Referitor la caracterul neechivoc al clarificărilor emise de către autoritatea contractantă anterior depunerii ofertelor, contestatorul precizează că potrivit doctrinei de drept administrativ, pentru ca revocarea să fie legală și să își producă

efectele, aceasta trebuie să fie implementată cu respectarea următoarelor trei condiții:

- printr-un act cu cel puțin aceeași forță juridică;
- cu respectarea procedurii de emitere; și
- cu admiterea posibilității unei acțiuni contencioase.

Contestatorul adaugă că doctrina nu menționează însă condiția ca revocarea să fie expresă (deci printr-un act în cuprinsul căruia să se menționeze expres faptul că se revoca un alt act administrativ anterior), tocmai pentru că aceasta poate să îmbrace și forma revocării tacite.

Revocarea tacită constă în emiterea de către aceeași autoritatea publică a unui act administrativ ulterior având aceeași forță juridică, dar conținut/efecte diametral opuse unui act administrativ emis anterior. Așadar, emiterea noului act administrativ cu efecte contrare celui emis anterior nu poate avea ca rezultat decât infirmarea/anularea actului administrativ anterior.

■ SA susține cu privire la condițiile la care s-a referit mai sus că sunt cu prisosință îndeplinite în cauza de față, întrucât clarificarea emisă de către autoritatea contractantă la data de 11 ianuarie 2011 prevede că modelul de contract, parte din documentația de atribuire, este orientativ, în timp ce următoarele clarificări (deci acte având aceeași putere juridică cu adresa din data de 11.01.2011) emise de aceeași autoritate contractantă la data de 3 martie 2011 și respectiv 4 martie 2011 indică tocmai faptul contrar, respectiv că documentația de atribuire (în integralitatea sa, deci și modelul de contract) are caracter obligatoriu.

În această situație, contestatorul precizează că necorelarea dintre actul administrativ inițial și actul administrativ ulterior în ceea ce privește modelul de contract este evidentă. Cele două tipuri de clarificări contrare nu pot coexista simultan, pentru că aceasta ar însemna să se anuleze reciproc, parțial în ceea ce privește modelul de contract (parte componenta a documentației de atribuire).

Având în vedere ordinea cronologică a emiterii clarificărilor, coroborată cu faptul că autoritatea contractantă este obligată să răspundă la orice solicitare de clarificări până cel târziu cu șase zile înainte de data depunerii ofertelor, iar ofertanții sunt obligați la rândul lor să urmărească și să respecte aceste clarificări, contestatorul susține că este limpede faptul că vor prevala dispozițiilor clarificărilor emise de autoritatea contractantă în martie 2011, întrucât acestea infirmă dispozițiile inițiale conținute de clarificarea din 11.01.2011.

Contestatorul arată că practic sincopa din cuprinsul clarificărilor emise de ■, recunoscută de altfel de către autoritatea contractantă (în cuprinsul comunicării), o reprezintă adresa de clarificări postată în SEAP la data de 11.01.2011, însă emiterea acestei adrese la începutul intervalului afectat clarificărilor în legătură cu procedura de atribuire nu este de natură să producă efecte sau prejudicii, având în vedere ca prin adresele emise la finalul intervalului de clarificări (3-4 martie 2011, respectiv cu 7-8 zile înainte de depunerea ofertelor) autoritatea contractantă a revocat tacit această adresă, astfel încât aceasta nu a mai fost aptă să producă niciun efect juridic.

De asemenea, contestatorul precizează că similar conceptului de revocare a actelor administrative, acte emise de către o autoritate publică în virtutea puterii publice cu care aceasta este investită, în domeniul actelor normative este utilizat conceptul de "abrogare". Ca și "revocarea", "abrogarea" unui act poate îmbraca două forme: "expresă" și "tacită". Acest ultim concept (abrogarea tacită) este similar ca efect și ca înțeles concret cu conceptul de "revocare tacită", cu singura diferență că abrogarea este specifică actelor normative cu putere de lege, în vreme ce revocarea se aplică actelor administrative.

Contestatorul menționează că nu trebuie înțeles că autoritatea contractantă poate revoca în mod arbitrar un act administrativ (chiar intermediar) deja emis. Este de la sine înțeles că autoritatea contractantă este ținută să respecte, atât principiul transparenței actelor administrative, cât și pe acela al egalității de tratament a ofertanților. În condițiile în care însă revocarea clarificării din data de 11.01.2011 a intervenit în lăuntrul perioadei de clarificări, în mod evident, principiile anterior evocate au fost respectate, întrucât toți oferanții au avut posibilitatea configurării ofertelor în raport de clarificările rămase finale.

Față de toate cele de mai sus, ■ SA apreciază că și în prezenta cauză clarificările emise succesiv de către autoritatea contractantă n-au făcut decât să redea voința înnoită sau modificată a acesteia, astfel încât valabilă și în vigoare la momentul depunerii ofertelor nu poate fi considerată decât ultima manifestare de voință, concretizată prin clarificările emise de către autoritatea contractantă la 3 și 4 martie 2011 prin care autoritatea contractantă a revocat tacit orice altă clarificare prin care se exprimase în sens contrar sau orice altă clarificare care era susceptibilă să producă la data depunerii ofertelor efecte contrare.

În ceea ce privește oferta depusă de către ■, contestatorul subliniază faptul că neconformitatea vadiată a acesteia se

datorează exclusiv culpei acestui ofertant care din dorința de a încheia un contract cât mai favorabil pentru sine și cât mai oneros pentru autoritatea contractantă s-a abătut considerabil de la documentația de atribuire, în special în ceea ce privește condițiile financiare și orice alte clauze care au impact patrimonial.

În această situație, contestatorul susține că este nedrept și nefiresc ca societatea sa să aibă de suferit ca urmare a anulării procedurii și a imposibilității încheierii contractului de achiziție publică cu autoritatea contractantă exclusiv din cauza culpei ofertantului ■ care nu a respectat dispozițiile legale imperative din materia achizițiilor publice, nu a urmărit clarificările autorității contractante și a propus un contract extrem de oneros pentru autoritatea contractantă.

De altfel, contestatorul arată că însăși autoritatea contractantă în comunicarea sa recunoaște gravele abateri ale ofertei ■. În plus, justificarea autorității contractante pentru nesancționarea acestor abateri în ciuda identificării lor nu poate fi reținută.

■ SA precizează că datoria unui ofertant este să urmărească ulterior publicării anunțului privind organizarea licitației toate clarificările emise de către autoritatea contractantă, clarificări care au menirea să explice tocmai conținutul documentației de atribuire și să-i ajute pe ofertanți să-și construiască oferta, astfel încât aceasta să corespundă tuturor cerințelor din documentația de atribuire.

Drept dovadă a acestei meniri a clarificărilor emise de către autoritatea contractantă, potrivit dispozițiilor art. 78 și 79 din OUG 34/2006, stă faptul că orice clarificare a autorității contractante se transmite tuturor ofertanților interesați și nu numai aceluia care a adresat întrebarea care a generat clarificarea.

Mai mult, autoritatea contractantă are obligația de emite clarificări la orice întrebare adresată de către ofertanții interesați până cel târziu cu 6 zile înainte de data limită pentru depunerea ofertelor.

Așadar, contestatorul susține că un ofertant nu-și poate definitiva oferta bazându-se pe o adresă de clarificare emisă de autoritatea contractantă la începutul intervalului de clarificări (imediat după depunerea anunțului) fără să aștepte epuizarea timpului destinat clarificărilor.

În legătură cu această din urmă afirmație, contestatorul subliniază faptul că numai din cauza relei sale credințe, ■ a făcut o ofertă complet necorespunzătoare caietului de sarcini, bazându-se pe adresa din data de 11.01.2011, contrazisă neîndoiește prin

clarificările ulterioare din 3 și 4 martie 2011. Mai mult, ■, nu numai că nu a urmărit toate clarificările emise de către autoritatea contractantă și nu s-a raportat la acele clarificări care reprezintă manifestarea finală de voință a autorității contractante, dar a depus o ofertă în care a modificat fără nicio justificare alte documente parte componentă a documentației de atribuire, decât modelul de contract despre care făcea vorbire adresa din data de 11.03.2011, respectiv Fișa de date a licitației, Condițiile Contractului - Anexa la ofertă și Condițiile contractului - Condiții speciale.

Contestatorul arată că nu numai faptul că adresa de clarificări datată 11.01.2011 invocată de către ■ drept temei pentru abaterile de la documentația de atribuire a fost revocată tacit prin adresele de clarificări emise de către autoritatea contractantă la 3 și 4 martie 2011, dar și că aceasta nu poate constitui temei pentru modificările repetate și consistente ale documentației de atribuire operate de ■, atât timp cât această adresă face vorbire exclusiv despre modelul de contract, iar nu și despre celelalte documente parte componentă a documentației de atribuire (pe care ■ le-a modificat în absența oricărui suport).

În cadrul procedurii de atribuire a fost formulată contestație și de către ■ AB, prin care se arată că autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire prin licitație deschisă prin mijloace electronice a contractului. În acest context, o serie de cinci contestații au fost promovate împotriva rezultatelor anterioare ale procedurii, prilej cu care CNSC a realizat o analiză a tuturor ofertelor depuse, existând în acest moment cinci decizii CNSC care, cu privire la aspectele divergente, tranșează din punct de vedere legal anumite chestiuni cu caracter irevocabil.

În continuare, ■ AB prezintă un scurt istoric al derulării procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică "Instație desulfurare ■".

Contestatorul aduce la cunoștința CNSC faptul că, în prezent, modul de constituire a ofertei ■, relația dezvoltată cu partenerii contractuali și ofertele furnizorilor, modalitatea de repartizare a costurilor, modalitatea de construire a prețului, detaliile tehnologiei utilizate și resursele umane implicate sunt pe deplin cunoscute de către concurentul ■, acesta având posibilitatea de a construi o ofertă nouă, mult mai competitivă decât a societății sale pentru simplul motiv că i-a fost facilitat accesul la secretele comerciale ale ■ AB.

Tocmai de aceea, contestatorul susține că anularea prezentei proceduri și, după cum este de așteptat, organizarea uneia noi (care va implica pregătirea și depunerea unor oferte

noi) este compromițătoare pentru ■, excluderea sa din procedură fiind singura consecință aparent vizată prin această măsură.

În acest moment, contestatorul susține că întreaga strategie de aprovizionare a ■ a fost dezvăluită către ■, inclusiv numele și prețurile subcontractanților, cerințele tehnice necesare și alte informații esențiale cuprinse în justificările oferite de ■ cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut.

În aceste condiții, ■ AB consideră că anularea procedurii de atribuire în acest stadiu final reprezintă o decizie foarte injustă și o încălcare flagrantă a principiului tratamentului egal, deoarece pune ■ și pe ceilalți ofertanți într-o poziție mult mai avantajoasă față de ■ în cadrul unei viitoare proceduri de atribuire.

Contestatorul susține că repetarea acestei decizii, cu prilejul acestei ultime evaluări, denotă o indiferență flagrantă față de prejudiciul produs societății sale, soluția nefiind justificată nici în raport cu pretextele invocate și, mai ales, cu durata și evoluția anterioară a procedurii.

■ AB precizează că acesta este motivul pentru care societatea sa a sesizat, de altfel, organismele europene competente să analizeze și, după caz, sancționeze în mod corepunzător conduita statelor care, ignorând complet dreptul investitorilor de a beneficia de protecția datelor cu caracter confidențial, alterează principiul tratamentului egal, creând false și incorecte avantaje unora dintre participanți.

Licitație deschisă prin mijloace electronice din ■/03/2011			
	Preț în RON	Procentaj din valoarea estimată totală	Procentaj din valoarea ofertei cea mai scăzută
Valoarea estimată totală	■	100,00%	132,6%
■	■	94,23%	125,0%
■	■	85,74%	113,7%
■	■	83,18%	110,3%
■	■	75,41%	100,0%

■ AB arată că prin adresa contestată, autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii, în baza art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006. Mai mult, prin "Sumarul licitației deschise" autoritatea a anunțat respingerea ofertei ■.

Contestatorul susține că aceste decizii (anularea procedurii urmată de respingerea ofertei ■) se impun a fi anulate, criticile efective încadrându-se în două categorii: critici de nelegalitate și critici de netemeinicie.

A. Critici de nelegalitate

1. Lipsa de motivare a adresei contestate

Contestatorul constată că din cuprinsul adresei contestate temeiul legal al respingerii ofertei ■ lipsește. Totodată, motivarea dezvoltată în scopul de a demonstra necesitatea anulării procedurii este neclară.

Astfel, ■ AB arată că deși textul art. 209 al. 1 lit. c prevede că *"Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică [x] dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului"*, iar art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006 detaliază noțiunea de abateri grave explicând că *"pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f"*, în cazul concret simpla invocare a unei clarificări anterioare nu este de natură a constitui o motivare, nici impedimentul efectiv întâmpinat, nici încercarea de remediere nu sunt indicate.

Contestatorul apreciază că această neregulă formală este sancționată cu nulitatea actului emis.

Pe de altă parte, ■ AB precizează că prin a Cincea Decizie CNSC s-a constatat deja că această conduită se impune a fi sancționată cu nulitatea, soluție care se impune și în prezent.

Mai mult, având în vedere cele de mai sus și în conformitate cu art. 207 din OUG 34/2006, există obligația motivării unei astfel de decizii.

Or, ■ AB constată că din Sumarul licitației deschise afișat în SEAP (fiind vorba de o licitație electronică) decizia de respingere a ofertei este fără nicio motivare.

Prin raportare la prevederile legale anterior indicate, contestatorul apreciază că adresa contestată este viciată, impunându-se anularea acesteia.

2. Explicația indusă în adresa contestată cu privire la pretinsa *"imposibilitate de a adopta măsuri corective"* este una exclusiv formală, iar pretinsa imposibilitate de a efectua evaluarea în condițiile emiterii, cu mai mult de un an în urmă, a clarificării din 11.01.2011, este contrazisă atât de practica anterioară a aceleiași

autorități cât și de etapele de evaluare (cinci) deja parcurse în prezenta procedură de atribuire.

Contestatorul precizează că sub pretextul unei pretinse imposibilități de a adopta măsuri corective, autoritatea contractantă anulează o procedură de atribuire care, în etapele anterioare de evaluare (cinci la număr), a beneficiat atât de verificări constante din partea CNSC cât și de îndrumări exacte și exprese în privința continuării ei.

■ AB susține că adresa contestată nu conține nicio explicație de natură a lămurii impedimentele intervenite atât de inopinat în procedura de evaluare și/sau eventualele măsuri corective pe care autoritatea contractantă ar fi încercat, fără succes, să le întreprindă.

Contestatorul are convingerea că, cu atât mai mult cu cât au fost deja parcurse etape semnificative în această procedură, existând o verificare atentă din partea CNSC a tuturor detaliilor și potențialelor chestiuni interpretabile de pe parcursul ei, autoritatea contractantă ar fi avut îndatorirea de a încerca, măcar, implementarea unor măsuri corective de natură a salva procedura, iar nu să abordeze, cu atât de mare ușurință, soluția anulării.

Oricum, sub aspect strict procedural, contestatorul susține că o motivare corespunzătoare ar fi presupus cel puțin o explicație a pretinsei imposibilități precum și a modului concret în care continuarea procedurii, în maniera deja dispusă de către CNSC, ar fi intrat în contradicție cu prevederile legale.

■ AB precizează că în cazul unor proceduri cu un grad mare de tehnicitate, precum cazul de față, exista tentația ca în spatele unor formulări abstracte, autoritatea contractantă să săvârșească un abuz de apreciere, mizând pe faptul ca un control administrativ sau judiciar al măsurilor contestate este greu de realizat.

Dată fiind lipsa unei motivări clare și precise, contestatorul apreciază că adresa contestată încalcă:

-dispozițiile art. 207 al. 2 din OUG 34/2006;

-art. 31 din Constituție care reglementează dreptul la informație al persoanelor, motivarea devenind un principiu al procedurii de emitere a actelor administrative;

-principiul motivării actelor administrative, consacrat și la nivel comunitar, condiția fiind prevăzută la art. 296 din Tratatul Uniunii Europene (ex-art.253 din Tratatul Comunităților Europene) care stabilește prezentarea într-un mod "*clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului*".

Fără respectarea regulilor și principiilor menționate, contestatorul apreciază că adresa contestată nu reprezintă decât un exces de putere, neputând fi verificat în mod concret dacă autoritatea a procedat în mod corect și legal la analizarea ofertelor și dacă actul emis a fost luat în afara sau în limitele condițiilor expres prevăzute de lege și în afara libertății de acțiune a autorității.

Contestatorul precizează că Decizia CNSC anterioară confirmă această interpretare precum și necesitatea aplicării unei sancțiuni în ipoteza nerespectării acestor prevederi. Dată fiind autoritatea de lucru judecat a acestei decizii, cu privire la această chestiune, soluția se impune a fi menținută.

■ AB susține că anularea procedurii nu poate fi dispusă decât pentru motivele strict și limitativ reglementate de către art. 209 din OUG 34/2006, niciunul dintre acestea nefiind îndeplinit în speță.

Cazurile excepționale care permit anularea procedurii sunt, în esență, în opinia contestatorului, următoarele: (a) condiția privind numărul participanților nu este întrunită prin raportare la tipul de procedură desfășurată; (b) au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme; (c) nu a fost depusă nicio ofertă sau au fost depuse oferte care, deși pot fi luate în considerare, nu pot fi comparate datorită modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/sau financiare; (d) abateri grave de la prevederile legislative; (e) există o decizie prealabilă a CNSC privind eliminarea anumitor specificații din documentația de atribuire.

Contestatorul apreciază că niciuna dintre ipotezele expuse nu este incidentă în speță. Autoritatea contractantă avea la dispoziție absolut toate informațiile necesare pentru o corectă evaluare a ofertelor depuse și, mai mult, existau deja cinci decizii ale CNSC care ofereau îndrumări concrete și efective privind aspectele de verificat cu prilejul reevaluării dispuse.

■ AB susține că pretinsul impediment în evaluare reprezentat de clarificarea din ianuarie 2011 și cea din 17.02.2011 nu reprezintă decât un pretext.

De altfel, contestatorul arată că CNSC a analizat deja efectele produse de această clarificare fără însă a reține vreun impediment în evaluare.

Clarificarea din ianuarie 2011 care, în esență, a adus la cunoștința ofertanților caracterul negociabil al contractului ce urma a fi încheiat, nu poate reprezenta astăzi un impediment în evaluare, după cum susține contestatorul.

Acesta precizează că efectele produse de această clarificare au fost analizate deja de către CNSC care, anterior pronunțării celei de-A Patra Decizii, a clarificat, în cadrul a două audieri, chestiunea efectelor produse de această clarificare precum și a modului în care aceasta a fost interpretată de către fiecare dintre participanți, fără însă a reține vreo abatere sau încălcare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

■ AB consideră că este, surprinzătoare atitudinea autorității contractante care, fiind consultată cu privire la modalitatea de interpretare a acelei clarificări, a exprimat în cadrul audierilor o poziție fermă, clară, logică și ușor de înțeles, afirmând, în esență, că forma finală a contractului de achiziție publică urma a fi negociată de către părți.

Mai mult, deși prin adresa contestată se reține că ■ AB nu ar fi introdus condițiile contractuale în foma solicitată prin clarificarea din 11.01.2011, contestatorul arată că autoritatea contractantă ignoră în mod nejustificat că:

-această clarificare nu solicita/impunea o cerință distinctă, ci doar explica una dintre cerințele documentației de atribuire, stabilind posibilitatea negocierii contractului;

-în două documente distincte depuse în ofertă (Vol. 1, cap. 1.3, pag. 17 și Vol. 3, secțiunea 3.4, paragraf 3.4.1, pag. 35), ■ AB a precizat că își însușește Condițiile contractuale FIDIC "Cartea Galbenă", Ediția 1999; pentru a sprijini această concluzie a fost transmis atașat răspunsului IS - 057/12 condițiile contractuale (publicate împreună cu clarificarea din 11.01.2011), însușite, semnate și ștampilate, în conformitate cu clarificarea ■/17.02.2011, răspunsul 1, prin care autoritatea contractantă informa potențialii ofertanți că "proiectul de contract, altul decât cel specific procedurilor FIDIC, nu este aplicabil, rămâne valabil Contractul aferent FIDIC, Cartea Galbenă".

■ AB arată că, clarificarea din ianuarie 2011 a fost acceptată de către toți participanții, neexistând contestații împotriva acestei cerințe/condiții.

Contestatorul apreciază că un aspect extrem de relevant, în special din perspectivă procedurală, îl reprezintă acceptarea clarificării menționate de către toți participanții, fără ca vreunul dintre ei să invoce vreo neregularitate și/sau să promoveze vreo contestație împotriva acesteia.

De asemenea, consideră că acceptarea acestei clarificări de către fiecare dintre ofertanți reprezintă o premisă suficientă pentru acceptarea condiției astfel impuse, iar evaluările

anterioare și rezultatele existente nu au fost contestate sub aspectul unei interpretări diferite a acestei cerințe.

Mai mult, contestatorul menționează că, clarificarea a fost adusă în discuție în procedurile anterioare de contestație de către societatea sa numai cu scopul de a demonstra disponibilitatea autorității contractante de a negocia contractul.

În acest context, contestatorul apreciază că actuala decizie a autorității contractante de anulare a procedurii sub pretextul unei imposibilități de evaluare indusă de această clarificare este cel puțin surprinzătoare.

■ AB susține că pretinsa abatere de la legislație, sugerată ca fiind determinată de inexistența unui preț ferm, nu este reală.

Contestatorul consideră că se susține, într-un mod ambiguu și incorect, faptul că valoarea financiară ofertată nu ar fi fermă și că posibilele indexări ulterioare ar reprezenta abateri de la legislație.

În legătură cu acest aspect, contestatorul apreciază că se impun a fi reținute câteva chestiuni:

-nu se poate înțelege, din cuprinsul adresei contestate, dacă această neregulă este sesizată în legătură cu oferta sa;

-nu este explicată modalitatea în care o astfel de conduită ar determina imposibilitatea de comparare a ofertelor;

-nu este indicată modalitatea în care o astfel de conduită contavine prevederilor legale, fiind cunoscut faptul că legislația achizițiilor publice permite, în special în situații de natura celor întâlnite în prezenta procedură de atribuire, indexarea, în eventualitatea aplicării dispozițiilor art. 97 al. 4, litera b din HG 925/2006, cu modificările aduse prin art.5 9 din HG 834/2009;

-prin Scrisorile ■/26.04.2012 și ■/27.04.2012, ■ AB a confirmat faptul că prețul ofertat este fix, ferm, exprimat în Ron, cu valabilitate pe toată durata contractului.

Prin urmare, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu poate susține așa cum menționează în scrisoarea sa nr. ■/02.05.2012 (adresa contestată) că ar exista *"un risc major pentru Beneficiar de a nu avea garanția finalizării acestuia în prețul convenit, având în vedere că oferta câștigătoare a fost fundamentată în aprilie 2011 la un curs de schimb 1 euro = 4,0735 lei, iar la data încheierii prezentului proces-verbal, cursul de schimb este 1 euro = 4,4168 lei. Creșterea de 1,084% aplicată la valoarea contractului este neeligibilă și nu poate fi asigurată din surse de finanțare de la bugetul local, ceea ce ar pune în pericol derularea și finalizarea întregului proiect"*.

Contestatorul remarcă că această afirmație este în contradicție cu situația de fapt, prețul oferit de ■ fiind corespunzător la 75,41% din buget.

Pe de altă parte, contestatorul arată că în măsura în care autoritatea contractantă a avut în vedere alte pretinse abateri ale societății sale de la legislația aplicabilă și/sau cerințele documentației de atribuire și ar exista o altă explicație pentru inexistența unui preț ferm, iar o astfel de motivare explicită, dacă exista, trebuia inclusă în adresa contestată sub formă de motivare, neexecutarea acestei obligații fiind de natură a atrage, anularea adresei respective.

■ AB consideră că eventuale măsuri corective ar fi putut fi întreprinse pentru continuarea procedurii.

Contestatorul menționează că chiar admitând, ipotetic, că ar exista abateri grave care afectează procedura de atribuire, al. 4 lit. b al art. 209 explicitează situația în care intervine anularea, iar din analiza art. 209 se poate trage concluzia că imposibilitatea adoptării de măsuri corective se analizează corelat cu situația existenței unor abateri grave de la legislație.

Prin urmare, există două premise pentru a fi aplicată o astfel de sancțiune: existența unor abateri și imposibilitatea implementării unor măsuri corective.

Or, în cazul de față, contestatorul susține că nu este reținută o abatere de la legislație și nu este indicată nicio încercare de a se întreprinde măsuri corective.

Contestatorul apreciază că existau totuși astfel de măsuri, respectiv posibilitatea autorității contractante de a negocia contractul cu fiecare/oricare dintre ofertanți și, pe de altă parte, aplicarea tratamentului legal corespunzător fiecăreia dintre ofertele care nu îndeplinea cerințele documentației de atribuire privind caracterul ferm al prețului.

■ AB afirmă că are convingerea (întărită de altfel de declarațiile reprezentanților autorității contractante din audieri) că forța obligatorie a deciziilor CNSC este cunoscută tuturor participanților la procedură. Mai mult, la nivel jurisprudențial s-a apreciat deja că, în ipoteza în care CNSC a dispus în mod expres continuarea procedurii, autoritatea contractantă nu poate dispune anularea acesteia. Prin Decizia civilă nr. ■/14.04.2008, Curtea de Apel ■ a anulat decizia de anulare a procedurii de atribuire reținând că *„deși printr-o decizie anterioară autoritatea contractantă a fost obligată să continue procedura de atribuire a contractului aceasta nu a procedat în acest sens, ci a înțeles să anuleze licitația fără să indice în mod explicit motivele care au stat la baza unei asemenea măsuri”*.

În pofida dispozițiilor exprese conținute în cea de-a cincea Decizie CNSC, contestatorul arată că autoritatea contractantă a anulat, în mod absolut inexplicabil, pentru a doua oară, procedura de atribuire, creând societății sale un prejudiciu semnificativ.

În punctul său de vedere nr. ■/29.05.2012, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/29.05.2012, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de ■ SA ca nefondată și dispunerea anulării procedurii de atribuire conform art. 278 al. 5 din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă menționează că a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică "*Instalație desulfurare ■*" prin procedura de licitație deschisă prin mijloace electronice conform anunțului de participare publicat în SEAP nr. ■/■.12.2010.

Adaugă că documentația de atribuire pentru achiziția publică "*Instalație desulfurare ■*", incluzând Fișa de date a achiziției, Caietul de sarcini, Formulare, Modelul de contract, a fost publicată în SEAP la ■.12.2010, conform anunțului de participare nr. ■.

■ precizează că această achiziție publică face parte din Proiectul prioritar strategic privind Programul Operațional Sectorial de Mediu, Axa prioritara 3 - Reducerea poluării și minimizarea efectelor schimbărilor climatice prin reabilitarea sistemelor de încălzire urbană, vizând atingerea țintelor de eficiență energetică în zonele prioritare identificate - Proiectul Reabilitarea sistemului de termoficare a ■ în vederea conformării cu standardele de mediu privind emisiile în atmosferă și pentru creșterea eficienței energetice în alimentarea cu căldură urbană - cod SMIS 16879, valoarea totală a contractului fiind estimată la ■ lei fără TVA.

Față de cele menționate de contestator, autoritatea contractantă arată că atât în documentația de atribuire respectiv Fișa de date cât și în Modelul de contract postat inițial pe SEAP se face precizarea că "Prețul contractului este ferm în lei și nu se ajustează".

Autoritatea contractantă menționează că la solicitarea autorității contractante privind prelungirea valabilității ofertei și implicit a garanției de participare pentru Asocieria SC ■ AB – SC ■ SRL – SC ■ SA, ofertantul SC ■ AB prin adresa nr. ■/05.04.2012 își prelungeste valabilitatea ofertei până la 31.05.2012 dar își rezervă dreptul de a beneficia de prevederile art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006.

Comisia de evaluare revine cu o nouă solicitare de clarificări adresată Asocierii SC ■ AB- SC ■ SRL – SC ■ SA prin adresa nr.

■/26.04.2012, prin care se solicită prezentarea punctului de vedere cu privire la posibilitatea aplicării prevederilor art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006 în condițiile în care în documentația de atribuire respectiv Fișa de date nu se menționează posibilitatea de ajustare a prețului ofertat respectiv modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri. Lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică.

Prin adresa de răspuns nr. ■/26.04.2012, Asociera SC ■ AB – SC ■ SRL – SC ■ SA precizează că prețul ofertat este fix și ferm dar menționează expres că nu renunță la aplicarea prevederilor art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006.

În acest caz, comisia de evaluare constată că nu se poate aprecia în mod clar, concret care va fi prețul total la sfârșitul derulării contractului.

Autoritatea adaugă că la solicitarea autorității contractante privind prelungirea valabilității ofertei și implicit a garanției de participare pentru Asociera ■ SA - ■ SA - ■ SA, ofertantul ■ SA prin adresa fara nr. Din 03.04.2012 își prelungeste valabilitatea ofertei până la 31.05.2012 fără nici o altă precizare.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare constată că cele două oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a propunerilor financiare fără a se încălca principiile OUG 34/2006.

Analizand ofertele financiare postate de cei 2 ofertanți pe SEAP în 27.04.2011 comisia de evaluare constată că Asociera SC ■ AB – SC ■ SRL – SC ■ SA a transmis oferta financiară respectiv Condițiile contractuale dar nu în forma solicitată de către autoritatea contractantă postată pe SEAP în 11.01.2011 așa cum au procedat ceilalți ofertanți.

Se menționează în mod deosebit că prin documentația de atribuire a fost solicitată ofertarea unei valori financiare care să conțină și costurile suplimentare rezultate din inflație, variația cursului de schimb leu-euro pe parcursul derulării relațiilor contractuale, solicitându-se un preț ferm.

Autoritatea constată că unul dintre ofertanți nu a introdus aceste costuri suplimentare preliminate în valoarea ofertei, solicitând indexări ulterioare ceea ce determină imposibilitatea comparării ofertelor în condițiile de uniformitate și egalitate.

De asemenea, autoritatea adaugă că în situația în care contractul ar fi atribuit în urma derulării acestei proceduri, se

evidențiază riscul major pentru Beneficiar de a nu avea garanția finalizării acestuia în prețul convenit, având în vedere că oferta câștigătoare a fost fundamentată în luna aprilie 2011 la un curs de schimb 1 euro = 4,0735 lei, iar la data încheierii prezentului proces verbal, cursul de schimb este 1 euro = 4,4168 lei. Creșterea de 1,084% aplicată la valoarea contractului este neeligibilă și nu poate fi asigurată din surse de finanțare de la bugetul local, ceea ce ar pune în pericol derularea și finalizarea întregului proiect.

Analizând ofertele financiare și răspunsurile la clarificări comisia de evaluare a stabilit faptul că cele 2 oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de elaborare a propunerilor financiare și totodată s-au constatat abateri de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire iar încheierea contractului în această etapă ar aduce prejudicii financiare foarte mari autorității contractante întrucât această achiziție se derulează în cadrul unui proiect finanțat de fonduri europene.

Având în vedere că autoritatea contractantă face toate demersurile pentru prevenirea/evitarea situațiilor în care pot fi aplicate corecții financiare, corecții care pot ajunge până la 100% din valoarea contractului, din cadrul proiectelor finanțate din POS Mediu, comisia de evaluare a stabilit anularea acestei proceduri de atribuire în conformitate cu art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, întrucât pe parcursul analizei/ evaluării ofertelor prezentate la licitație s-au constatat erori/omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Totodată, autoritatea menționează și faptul că în data de 02.03.2012 a primit de la ANRMAP adresa nr. ■/29.02.2012 prin care se comunica următoarele *"Avand în vedere cele solicitate în adresa dumneavoastră, în raport de prevederile legale aplicabile. Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice vă comunică următoarele :*

Din adresa dumneavoastră reiese că în urma solicitării de clarificări au fost publicate în SEAP condiții generale de contract ce vor fi avute la încheierea contractului. Aceste condiții generale, așa cum rezulta din documentul afișat în SEAP, nu poate avea valoarea unui contract și nu pot fi interpretate ca o anulare a contractului publicat. Mai mult, ele nu pot avea valoarea unor clauze contractuale asupra cărora să se poată negocia.

Ca regulă generală, apreciem că negocierea clauzelor contractuale prevăzute în modelul de contract este posibilă între autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător, între momentul comunicării ofertei câștigătoare și momentul semnării contractului de achiziție publică, cu condiția că negocierea respectivă să nu conducă la modificarea prețului, a caracteristicilor, a calităților și/sau cantităților achizițiilor ce urmează a fi livrate/prestate/executate și nici a capacităților ofertantului respectiv, pe care le-a demonstrat că le are pentru îndeplinirea contractului.

Prin urmare, apreciem că în aplicarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței, prevăzute de OUG 34/2006, autoritatea contractantă va negocia modelul de contract arătat în documentația de atribuire și care a fost însușit de ofertantul desemnat castigator".

Autoritatea precizează că acest punct de vedere a fost solicitat de instituția sa, prin adresa nr. ■/27.01.2012, prin care se solicita un punct de vedere cu privire la contractul ce urmează a fi încheiat de către autoritatea contractantă, în cazul în care în urma clarificărilor solicitate, referitoare la contractul orientativ afișat inițial în SEAP, au fost publicate condiții generale specifice contractelor FIDIC ce vor fi avute în vedere la definitivarea contractului (această solicitare a fost făcută pentru încheierea contractului "Instalație de Zgură și Cenușă în ■").

■ arată că la licitațiile "Reabilitarea pompelor de transport Cet 1 și ■ ■", "Instalație de Zgură și cenușă în ■" cât și "Instalație desulfurare ■" s-a publicat în 11.01.2011 următoarea clarificare comună celor 3 proceduri (*singura diferență dintre aceste fiind doar de numele procedurii*).

Nr. ■/11.01.2011

Către: Operatorii economici care au intrat în posesia documentației de atribuire

Ref. Clarificări privind obiectivul de investiții "Instalație desulfurare în ■", vă transmitem următoarele:

- Modelul de contract atașat la documentație este orientativ;*
- Firma de Consultanță aferentă liniei de finanțare a întocmit documentația de atribuire cu referire la Contract - Model FIDIC, fapt pentru care vă atașăm formularul avut în vedere;*
- Forma finală a Contractului va fi stabilită de comun acord cu ofertantul declarat câștigător în urma licitației.*

Autoritatea precizează că atașat de aceasta clarificare s-a publicat următoarele, Anexa la ofertă ora 15:28, Condiții generale de contract ora 15:29, Condiții speciale ora: 15:29 (având în

vedere numărul mare de pagini vă rugăm sa aveți amabilitatea să consultați site-ul www.e-licitatie.ro).

■ precizează că diferența între procedurile "Reabilitarea pompelor de transport Cet 1 și ■ ■", "Instalație de Zgură și cenușă în ■" și procedura "Instalație desulfurare ■" este făcută de clarificarea cu nr. ■/17.02.2011, care este redată în continuare:

"Referitor la adresa dvs. nr. ■/11.01.2011, solicităm respectuos următoarea clarificare pentru a putea elabora o ofertă optimizată din punct de vedere comercial și tehnic: FIDIC 1999 Condiții de Contract pentru Instalație și Proiectare - Construire ("Cartea galbenă") vor fi folosite ca și unică bază contractuală pentru Proiect, așadar Ofertantul va face comentarii doar pe baza FIDIC "Cartea Galbenă" iar Proiectul de Contract prezentat inițial în documentația de atribuire nu mai este valabil și nu mai face obiectul altor clarificări.

Răspuns:

Proiectul de contract, altul decât cel specific procedurilor FIDIC, nu este aplicabil, rămâne valabil Contractul aferent FIDIC "Cartea Galbenă".

Astfel, autoritatea arată că în 17.02.2011 autoritatea contractantă a transmis potențialilor ofertanți că "Proiectul de contract, altul decât cel specific procedurilor FIDIC, nu este aplicabil, rămâne valabil Contractul aferent FIDIC "Cartea Galbenă", având în vedere aspectele semnalate în punctul de vedere ANRMAP nr. ■/29.02.2012, autoritatea contractantă a hotărât în unanimitate anularea procedurii de achiziție în conformitate cu prevederile art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, întrucât pe parcusul analizei/evaluării ofertelor prezentate la licitație s-au constatat erori/omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Având în vedere atribuțiile comisiei de evaluare în conformitate cu art. 72 din HG 925/2006, membrii comisiei au constatat în urma punctului de vedere ANRMAP că se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică.

Autoritatea subliniază că membrii comisiei de evaluare au obligația imperativă de a analiza ofertele după documentația de atribuire și clarificările emise de către autoritatea contractantă. Astfel, autoritatea susține că dacă aceste clarificări nu au fost

contestate în termenul prevăzut de lege, devin obligatorii în analiza ofertelor.

Având în vedere cele menționate anterior, membrii comisiei de evaluare consideră că autoritatea contractantă a modificat documentația de atribuire, înlocuind contractul postat inițial pe SEAP cu modelul (proiectul) FIDIC - Cartea Galbenă, postat prin clarificarea cu nr. ■/11.01.2011 și întărit de clarificarea nr. ■/17.02.2011. Comisia de evaluare a constatat ca urmare a postării acestor clarificări înainte de data depunerii ofertelor că s-au făcut modificări majore la documentație de atribuire postată inițial pe SEAP. Modificările nu au fost publicate pe site-ul www.elicitatie.ro sub forma unei erate la anunțul de participare și implicit nu au făcut obiectul verificării de către reprezentanții ANRMAP.

Autoritatea susține că această modificare a creat o confuzie între operatorii economici, astfel unii dintre aceștia și-au însușit modelul de contract postat inițial pe SEAP, cât și modelul de contract FIDIC, iar alții și-au însușit numai modelul de contract postat inițial.

Autoritatea contractantă precizează că se află în imposibilitatea de a evalua uniform ofertele depuse de către operatorii economici, iar membrii comisiei de evaluare sunt în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la rândul lor, la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a- f, astfel cum este prevăzut la art. 209 din OUG 34/2006.

Pe de altă parte, autoritatea menționează că potrivit art. 294 din OUG 34/2006, constituie contravenție și se sancționează orice încălcare a prevederilor ordonanței de urgență sau a actelor normative emise în aplicarea acesteia având ca efect încălcarea dispozițiilor art. 2 din același act normativ.

Un alt factor decisiv, considerat de autoritate este faptul că la începutul evaluării erau 4 ofertanți care au depus oferte, iar în cazul ipotetic vorbind ar exista aceste măsuri corective, nu toți ofertanții ar beneficia de aceste măsuri.

Astfel, autoritatea susține că se încalcă în mod flagrant principiile din OUG 34/2006, cum ar fi principiul nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței.

În sprijinul deciziei luate de membrii comisiei de evaluare, ■ invocă și Ordinul nr. 170/2012 al Președintelui ANRMAP cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire.

Autoritatea precizează că dispozițiile acestui ordin prevăd că răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări reprezintă acte administrative prin care se aduc lămuriri cu privire

la conținutul documentației de atribuire și prin care nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în SEAP.

■ susține că în cazul în care autoritatea contractantă ar continua procedura de atribuire, riscul de a primi o corecție din partea Direcția AM POS MEDIU sau din partea Ministerului Mediului este unul inevitabil. Astfel în adresa primită de la Direcția AM POS MEDIU cu nr. de înregistrare ■/23.12.2011 se precizează în mod clar că *"modificarea anunțului de participare efectuată prin publicarea unei clarificări și nu prin publicarea unei erate, pentru care corecția aplicată este de 5% pentru contractele a căror valoare depășește pragurile prevăzute la art. 55 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare sau de 25% pentru contractele încadrate sub pragurile menționate anterior"*.

Autoritatea menționează că în cazul în care s-ar aplica o corecție de 5 % din valoare contractului, ■ ar fi în imposibilitatea de a duce la îndeplinire în condiții optime acest contract și ar produce un dezechilibru bugetar având în vedere că sursele de finanțare ale contractului ce urmează a fi atribuit sunt: 50% Fonduri europene (fondul de coeziune); 45% Co-finantare națională și 5 % Co-finantare locală.

Pe cale de consecință, având în vedere cele prezentate mai sus, cât și riscul de a primi o corecție iminentă, comisia de evaluare a considerat că soluția legală în această speță este aceea de a anula procedura în conformitate cu art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă consideră ca prin decizia de anulare a acestei proceduri de achiziție, contestatorului Asocieria ■ SA – SC ■ SA – SC ■ SA nu i s-a adus nici un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

În punctul de vedere nr. ■/29.05.2012, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/29.05.2012, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de ■ AB ca nefondată și dispunerea anulării procedurii de atribuire conform art. 278 al. 5 din OUG 34/2006.

Autoritatea arată că operatorul economic ■ și-a construit contestația în jurul faptului că documentele prezentate la fundamentarea prețului aveau un caracter confidențial, iar CNSC a permis ca operatorul ■ să aibă acces "nestingherit" la dosarul complet de achiziție publică.

Adaugă că, chiar dacă CNSC s-a pronunțat cu privire la acest aspect prin deciziile nr. ■/21.02.2012 și ■/13.04.2012, ■ nu a dovedit niciodată caracterul confidențial al acestor documente.

Mai mult, ■ arată faptul că dosarul de achiziție publică are caracter de document public și nu poate fi restricționat liberul acces la informațiile de interes public decât în măsura în care aceste informații sunt clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, invocând în acest sens, prevederile art. 274 al. 4 din OUG 34/2006.

În ceea ce privește afirmația contestatorului conform căreia "anularea procedurii de atribuire în acest stadiu final reprezintă o decizie foarte injustă și o încălcare flagrantă a principiului tratamentului egal, deoarece pune ■ și pe ceilalți ofertanți într-o poziție mult mai avantajoasă față de ■ în cadrul unei proceduri de atribuire", autoritatea contractantă consideră că această acuzație nu are nici un fel de temei legal, decizia de anulare fiind una justă care evită încălcarea tuturor principiilor enunțate la art. 2 din OUG 34/2006.

Analizând criticile formulate de ■ AB în contestația sa, autoritatea contractantă considera ca acesta nu se consideră vătămat de comunicarea rezultatului procedurii nr. ■/02.05.2012 ci de sumarul licitației deschise {■}, publicat pe SEAP odată cu anularea procedurii de achiziție.

Totodată, autoritatea susține că în comunicarea nr. ■/02.05.2012 făcută către operatorul ■ nu apare nici o mențiune cu privire la faptul că oferta ■ a fost respinsă.

Autoritatea contractantă arată că în anexa nr. 4 din contestație este prezentat sumarul licitației deschise {■}, datat 05.03.2012, deci sumarul prezentat de către operatorul ■ este din luna martie.

Adaugă că la pagina 1 din sumarul licitației - Detalii procedură - Stare: Curentă Anulată (Evaluare financiară), "s-a hotărât anularea procedurii de achiziție publică în conformitate cu prevederile art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, întrucât pe parcursul analizei/evaluării ofertelor prezentate la licitație s-au constatat erori/omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, tratamentul egal, eficiența utilizării fondurilor publice".

Cu privire la sumarul licitației deschise {■}, autoritatea contractantă precizează că textul din sumarul licitației este scris prescurtat datorită faptului că numărul caracterelor este unul limitat de către operatorul SEAP.

Un alt fapt evidențiat de autoritate este că ■ nu a respins oferta ■ după cum se poate observa și din comunicarea cu nr. ■/02.05.2012 și din raportul procedurii.

În momentul în care s-a anulat procedura, autoritatea susține că sistemul SEAP a generat acel sumar al licitației prin care se comunica ofertantului ■ că oferta acestuia a fost respinsă, față de această neconcordanță a sistemului autoritatea contractantă neavând nici o responsabilitate.

În 02.05.2012 autoritatea contractantă precizează că a comunicat prin fax rezultatul procedurii operatorului economic ■ prin care i se transmite în mod clar că procedura a fost anulată, transmitere în conformitate cu art. 206 al. 2 din OUG 34/2006.

Practic, autoritatea arată că ■ AB atacă adresa emisă de ■ cu nr. ■/02.05.2012, dar în motivarea contestației folosește sumarul licitației deschise {■} ca act de care acesta se consideră vătămat.

Pe lângă aspectele prezentate în punctul de vedere referitor la contestația depusă de ■ SA, autoritatea contractantă adaugă că în urma primirii ultimei Decizii CNSC nr. ■/■.04.2012, ■ a solicitat ofertanților rămași în cadrul acestei proceduri de achiziție prelungirea valabilității garanției de participare și prelungirea valabilității ofertelor tehnice și financiare respectiv următoarelor firme: Asocierea ■ AB - ■ - ■ SA, Asocierea ■ SA - SC ■ SA - ■ SA, Asocierea SC ■ SA - ■ LTD (ofertantul ■ GmbH nu și-a mai prelungit valabilitatea ofertei începând cu 07.12.2011).

Autoritatea precizează că s-a primit răspuns privind prelungirea valabilității garanției de participare și prelungirea valabilității ofertelor tehnice și financiare de la ofertanții: Asocierea ■ AB - ■ - ■ SA, Asocierea ■ SA- SC ■ SA - ■ SA iar ofertantul Asocierea SC ■ SA - ■ LTD a informat autoritatea contractantă că nu-și mai prelungeste valabilitatea ofertei începând cu 25.04.2012 prin adresa nr. ■/25.04.2012.

■ arată că în adresa ofertantului Asocierea ■ AB - ■ - ■ SA privind prelungirea ofertei (adresa nr. ■/05.04.2012) se precizează următoarele:

"Confirmăm prin prezenta prelungirea valabilității ofertei până la data de 31.05.2012. Aceasta prelungire a termenului de valabilitate a ofertei noastre este acordată fără a aduce atingere dreptului nostru la aplicarea dispozițiilor din art. 97 al. 4) lit. b din HG 925/2006 cu modificările aduse prin art. 59 din HG 834/2009".

Comisia de evaluare susține că a revenit cu o nouă solicitare de clarificări adresată Asocierii SC ■ AB - SC ■ SRL - SC ■ SA - adresa nr. ■/26.04.2012 prin care se solicita prezentarea punctului de vedere cu privire la posibilitatea aplicării prevederilor

art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, în condițiile în care în documentația de atribuire respectiv Fișa de date nu se menționează posibilitatea de ajustare a prețului ofertat respectiv modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri. Lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică.

Autoritatea menționează că prin adresa de răspuns nr. ■/26.04.2012, Asociera SC ■ AB- SC ■ SRL – SC ■ SA precizează că prețul ofertat este fix și ferm dar menționează expres că nu renunță la aplicarea prevederilor art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006.

În acest caz, comisia de evaluare a constatat că nu se poate aprecia în mod clar, concret care va fi prețul total la sfârșitul derulării contractului.

La solicitarea autorității contractante privind prelungirea valabilității ofertei și implicit a garanției de participare pentru Asociera ■ SA - ■ SA - ■ SA, ofertantul ■ SA, prin adresa fără nr. din 03.04.2012 (nr. înregistrare ■/05.04.2012) își prelungeste valabilitatea ofertei până la 31.05.2012 fără nici o altă precizare.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare constată ca cele două oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a propunerilor financiare fără a se încălca principiile OUG 34/2006.

În susținere, autoritatea contractantă reamintește și de Decizia CNSC nr. ■/■.11.2011, în care Consiliul a reținut următoarele *"analizând Anexa la oferta depusă de ofertantul declarat câștigător, Consiliul constată că acesta (■) a prezentat în documentul "Oferta financiară" Condiții Contractuale, însă nu în forma solicitată de către autoritatea contractantă postată pe SEAP în 11.01.2011, așa cum au procedat ceilalți ofertanți"*.

Având în vedere că decizia menționată mai sus este definitivă și irevocabilă, autoritatea contractantă consideră că nu se mai pot adopta măsuri corective, deoarece CNSC s-a pronunțat cu privire la aceste clauze și a admis faptul că operatorul economic ■ nu a respectat forma cerută de autoritatea contractantă.

În sprijinul deciziei luate de membrii comisiei de evaluare, ■ invocă și Ordinul nr. 170/2012 al Președintelui ANRMAP cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire.

Autoritatea adaugă că dispozițiile acestui Ordin prevăd că răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări

reprezintă acte administrative prin care se aduc lămuriri cu privire la conținutul documentației de atribuire și prin care nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în SEAP.

Totodată, autoritatea arată că adresa primită de la Direcția AM POS MEDIU cu nr. de înregistrare ■/23.12.2011 precizează în mod clar că *"modificarea anunțului de participare efectuată prin publicarea unei clarificări și nu prin publicarea unei erate, pentru care corecția aplicată este de 5% pentru contractele a căror valoare depășește pragurile prevăzute la art. 55 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare sau de 25% pentru contractele încadrate sub pragurile menționate anterior"*.

Autoritatea susține că în cazul în care s-ar aplica o corecție de 5% din valoarea contractului, autoritatea contractantă ar fi în imposibilitatea de a duce la îndeplinire în condiții optime acest contract și ar produce un dezechilibru bugetar având în vedere că sursele de finanțare ale contractului ce urmează a fi atribuit sunt: 50% Fonduri europene (fondul de coeziune); 45% Co-finanțare națională și 5% Co-finanțare locală.

Pe cale de consecință, având în vedere cele prezentate mai sus, cât și riscul de a primi o corecție iminentă, comisia de evaluare a considerat că soluția legală în această speță este aceea de a anula procedura în conformitate cu art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă consideră că prin decizia de anulare a acestei proceduri de achiziție, Asocierii SC ■ AB – SC ■ SRL – SC ■ SA nu i s-a adus nici un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

Prin adresa nr. ■/05.06.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/05.06.2012, ■ AB a formulat concluzii scrise ca răspuns la punctul de vedere ale autorității contractante și ca urmare a studiului dosarului achiziției publice din 31.05.2012.

Contestatorul susține că măsura anulării procedurii prejudiciază în mod semnificativ societatea sa având în vedere că ea intervine ulterior momentului la care concurentul său a avut acces la toate informațiile confidențiale relevante, întreaga structură a ofertei și contractele încheiate cu furnizorii, în pofida solicitărilor repetate din partea sa de respectare a confidențialității acestora.

■ AB susține că deși autoritatea contractantă apreciază ca fiind lipsită de temei legal acuzația sa de încălcare a principiului tratamentului egal, în realitate o astfel de măsură este de natură

a încălca în mod semnificativ principiile atribuirii contractelor de achiziție publică reglementate la nivel comunitar, sub pretextul unei interpretări extrem de extensive a dispozițiilor din legislația națională.

Contestatorul menționează că respingerea ofertei ■ este o măsură care, indiferent de viciile și erorile sistemului electronic, a fost adusă la cunoștința publică și a afectat imaginea sa.

■ AB își asumă eroarea tehnică de anexare la contestație a unor documente (sumar licitație) din procedura anterioară.

Adaugă că autoritatea contractantă confirmă faptul că, și în prezent, oferta ■ apare în sistemul SEAP ca fiind respinsă, acest lucru fiind justificat prin aceea că ar exista o eroare a sistemului ce nu poate fi remediată, invitând la ignorarea acestei postări și analiza prioritara a raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii.

O astfel de conduită este considerată de contestator că nu poate fi corectă și justificată având în vedere faptul că, în ipoteza contrară, ar urma întrebarea care mai este relevanța postărilor în SEAP atât timp cât, ulterior, autoritatea contractantă ar putea să susțină că respectiva postare este doar o eroare generată de sistem.

■ AB consideră, totodată, că erorile de genul "ofertă respinsă" sunt de natură a afecta societățile participante într-o măsură semnificativă, sens în care responsabilitatea producerii lor nu poate reveni decât autorității contractante.

De asemenea, contestatorul apreciază că interpretarea și formularea diferită a cerinței privind modelul de contract ce urma a fi semnat nu este de natură a împiedica evaluarea ofertelor.

Mai mult, ■ AB precizează că nici acum, cu prilejul celei de-a doua decizii de anulare a procedurii, autoritatea contractantă nu explică în ce manieră informațiile din clarificări sunt de natură a împiedica evaluarea.

Practic, prin clarificările la care se face trimitere, autoritatea contractantă a anunțat ofertanții că modelul de contract este orientativ, forma finală a contractului se va stabili prin negocieri, rămâne valabil contractul aferent FIDIC "Cartea Galbenă".

În consecință, contestatorul susține că singurele diferențe care au apărut între aceștia s-au regăsit la nivelul formularului de contract semnat, ștampilat și însușit, dar care oricum urma a face obiectul negocierii.

Prin urmare, ■ AB arată că indiferent de forma avută în vedere, negocierea ulterioară și definitivarea contractului în această modalitate tot era posibilă.

Contestatorul apreciază că o înțelegere unitară era de dorit, totuși, a considera că, în condițiile date, singurul remediu posibil îl reprezintă anularea procedurii de atribuire este exagerat.

Încercând, în continuare, să justifice imposibilitatea aplicării unor măsuri de remediere/corective drept consecință a acestei înțelegeri diferite, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu dovedește nicio vătămare ci, dimpotrivă, o vădită calificare greșită a situației în care se află.

■ AB apreciază că reducerea numărului de ofertanți în cazul ipotetic al aplicării unor măsuri corective nu este nicidecum o consecință a clarificărilor privind modelul de contract.

Analizând istoricul și datele la care au fost publicate aceste clarificări, contestatorul constată că un număr de patru ofertanți au depus deja oferte, iar, faptul că, ulterior, numărul lor s-a redus poate fi consecința unei multitudini de factori de natură economică și comercială, în niciun caz nu este dovedită legătura de cauzalitate între clarificările referitoare la modelul de contract și reducerea numărului ofertanților interesați de participarea la procedură.

De asemenea, contestatorul susține că referirea sa la dispoziția legală care permite ajustarea prețului în ipoteza prelungirii duratei de aplicare a procedurii de atribuire nu are nicio legătură cu pretinsa imposibilitate de evaluare invocată drept pretext al anulării procedurii.

Deși se încearcă acreditarea acestei idei prin includerea ei în discuțiile referitoare la imposibilitatea de evaluare, contestatorul susține că în realitate art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, prezentat de către ■ AB în adresa de prelungire a valabilității ofertei, este doar o prevedere legală, aplicabilă indiferent de dispozițiile documentației de atribuire, care devine incidentă, permițând ajustarea prețului numai dacă și atunci când durata de desfășurare a procedurii este prelungită.

Adaugă că această dispoziție legală este aplicabilă indiferent dacă operatorul economic o invocă sau nu, prin urmare mențiunea din adresa ■ AB nu are niciun fel de relevanță sub aspectul caracterului ferm al prețului.

Mai mult, contestatorul susține că dacă interpretarea oferită de către autoritatea contractantă ar fi corectă, ar însemna că nicio ofertă nu poate fi considerată ca având preț ferm atât timp cât această modalitate de ajustare legală funcționează, indiferent de dispozițiile efective ale documentației de atribuire.

În esență, ■ AB susține că nu și-a ajustat prețul și nici nu a introdus o formulă care să pună autoritatea contractantă în imposibilitatea estimării prețului final, astfel cum se susține ci,

dată fiind prelungirea nejustificată a prezentei proceduri, a atras atenția asupra dispozițiilor legale incidente în astfel de situații, respectiv asupra posibilității de ajustare legală, aplicabilă în temeiul legii, indiferent de conținutul documentației de atribuire.

Contestatorul precizează că sub pretextul celor două exemple anterior combătute, autoritatea contractantă concluzionează că "*cele două oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a propunerilor financiare*", însă, ■ AB susține că niciuna dintre ideile expuse mai sus nu poate reprezenta o veritabilă explicație/motivare sau justificare a imposibilității de evaluare, cele două aspecte neaflându-se în niciun caz în legătură directă cu evaluarea ofertelor și neproducând niciun efect asupra acesteia.

De altfel, contestatorul apreciază că presupusa dificultate de evaluare a autorității contractante este că oferta financiară a ■ nici nu putea fi evaluată datorită modificării, prin răspunsul la clarificări, a documentelor de precalificare (conținutul Formularului 18 referitor la experiența similară), caz în care n-ar mai fi existat așa-zisa dilemă a evaluării diferite, oferta ■ fiind descalificată.

Contestatorul susține că oferta ■ trebuia descalificată datorită modificărilor, istoricul demonstrând că, urmare a clarificărilor solicitate, ■:

-a depus, inițial, un Formular 18 în cuprinsul căruia valoarea proiectului Gateway indicată era de ■ MEUR;

-în procesul-verbal nr. ■/25.04.2012 al autorității contractante se rețin neconformitățile dintre documentele prezentate de către ■, respectiv două variante diferite de Formular 18, una cu valoare de ■ MEUR inițial și una cu valoare de ■ MEUR, depus ulterior.

■ AB constată astfel că, deși autoritatea contractantă a observat modificarea ofertei inițiale a ■ prin răspunsul la clarificări, nu a aplicat sancțiunea specifică, ci a preferat să mențină acest ofertant în competiție pentru ca, în raport cu el să invoce o așa-zisă imposibilitate de evaluare drept pretext al anulării procedurii.

Contestatorul arată că actele indicate de către Autoritatea contractantă drept temei al anulării procedurii nu justifică o astfel de măsură.

Din analiza conținutului celor două acte indicate de autoritatea contractantă, contestatorul observa că:

a. Ordinul 170/2012 al Președintelui ANRMAP este, în realitate, indicat greșit, actul care se intenționează a fi fost

invocat este Ordinul nr. 171/15.05.2012, prin urmare un act emis ulterior deciziei de anulare a procedurii.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că lămuririle în discuție nu aduc modificări ci oferă posibilitatea unei interpretări mai clare, în linie cu direcția deja impusă prin documentația publicată inițial.

Contestatorul susține că adresa primită de la Direcția AM POS MEDIU nr. ■/23.12.2011 nu poate produce efecte, respectiv nu poate susține decizia de anulare a procedurii.

Adaugă că ipoteza avută în vedere în cuprinsul ei este aceea a modificării anunțului de participare prin publicarea unei clarificări, or, în cazul de față, chiar dacă s-ar discuta ipotetic despre modificarea modelului de contract, acesta nu era inclus în anunțul de participare, nefiind prin urmare posibilă asimilarea acestei modificări cu modificarea anunțului de participare.

Din analiza contestației ■ precum și a punctului de vedere comunicat acesteia de către autoritatea contractantă, ■ AB deduce că ■ a avut cunoștință despre descalificarea ofertantului ■ ca urmare a faptului că nu și-a prelungit oferta și garanția de participare cu mult înainte ca acest aspect să fie devenit oficial accesibil celorlalți participanți la procedură.

Contestatorul arată că această observație susține suspiciunile sale privind lipsa de tratament egal și favorizarea, de către autoritatea contractantă a anumitor categorii de participanți prin măsurile luate.

De asemenea, contestatorul precizează că în punctul de vedere transmis către ■, autoritatea contractantă povestește despre solicitarea ■ de aplicare a art. 97 al. 4 din HG 925/2006 fără ca o astfel de măsură să fie justificată în vreun fel.

Desigur că și această observație este considerată de ■ AB că este de natură a întări suspiciunile sale privind motivul pentru care autoritatea contractantă oferă altor participanți la procedură informații care, în opinia sa, sunt de natură a discredita oferta ■.

Urmare a clarificărilor solicitate de către autoritatea contractantă, contestatorul susține că ■ a oferit un răspuns incomplet și nu a dovedit îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, iar pentru acest motiv, oferta ■ s-ar fi impus a fi respinsă ca inacceptabilă.

Mai mult, contestatorul apreciază că Procesul Verbal de recepție finală transmis de către ■ este o simpla scrisoare, datată 15.06.2011, deci la trei luni de la depunerea ofertei, în plus, se prezintă numai o traducere legalizată a unei scrisori care nu există în dosar în limba engleza (cu semnăturile de rigoare din

partea beneficiarului) pentru a se putea verifica veridicitatea acesteia.

De asemenea, contestatorul arată că ■ nu prezintă nici Anexa 2 la Procesul Verbal de recepție, care era de asemenea o condiție impusă de autoritatea contractantă pentru ca acest ofertant să demonstreze experiența similară.

Adaugă că, dacă se analizează comparativ paginile din oferta inițială (care se refera la Gateway), se poate observa valoarea de ■ MEUR comparativ cu cele modificate, cu valoarea de ■ MEUR, cu toate acestea, în scrisoarea consorțiului se menționează clar că valoarea de ■ MEUR este cea menționată în Formularul 18 de la data depunerii ofertei, ceea ce este fals.

■ AB susține că aceasta reprezintă o modificare a ofertei inițiale (Formularul 18 reprezentând formularul prin care se prezintă experiența similară) care trebuia sancționată de către autoritatea contractantă prin descalificarea ofertantului ■/această procedură.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ■/05.06.2012, ■ SA a depus concluzii scrise prin care susține că punctul de vedere al autorității contractante nu este de natură să demonstreze legalitatea și justetea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Contestatorul precizează că în punctul său de vedere autoritatea contractantă s-a rezumat la a aduce motive/argumente de natură să susțină decizia sa de anulare a procedurii de atribuire.

Referitor la invocarea de către autoritatea contractantă a solicitării ■ de ajustare a prețului potrivit art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, contestatorul consideră că prevederile articolului invocat este inaplicabil în speța de față, întrucât conform documentației de atribuire, prețul trebuie să rămână fix, ferm și în lei pe toată durata contractului, iar această condiție nu are ca justificare simpla dorința arbitrară a autorității contractante de a menține prețul, costurile privind execuția proiectului sub control, ci se justifică prin faptul că autoritatea contractantă a luat deja în calcul evoluția costului/prețului tuturor indicilor care au stat la baza formulării ofertelor de către ofertanți.

Practic, contestatorul arată că autoritatea contractantă a avut deja în vedere creșterea de preț ulterioară momentului deschiderii procedurii și, ca atare, aceste costuri nu pot conduce la o nouă majorare a prețului, pentru că astfel s-ar ajunge ca aceste majorări să fie luate în calcul de două ori și ca atare s-ar ajunge la o majorare artificială a prețului contractului, majorare prejudiciabilă pentru autoritatea contractantă, dar extrem de avantajoasă pentru ofertantul declarat câștigător.

În plus, în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a menționat expres faptul că a anticipat și a inclus în prețul estimat al contractului o astfel de viitoare majorare/indexare a prețului elementelor componente ale ofertei financiare (punctul 13.8 din Condițiile Contractului - Condițiile speciale de contractare denumit sugestiv Ajustări pentru modificări ale costurilor), așa că aplicarea unui text de lege care conține dispoziții generale ce nu indică modalitatea realizării în concret a ajustării nu este permisă.

În plus, contestatorul atrage atenția asupra faptului că potrivit reglementării exprese a art. 97 al. 4 din HG 925/2006, legea vorbește despre o posibilitate, iar nu despre o obligație a autorității contractante sau despre un drept al ofertanților de ajustare a prețului contractului în condițiile respective.

■ SA susține că pentru a putea opera o asemenea ajustare (în condițiile art. 97 al. 4 din HG 925/2006), este nevoie de acordul autorității contractante, ori autoritatea contractantă și-a exprimat clar poziția în sens contrar, atât la momentul publicării anunțului de participare în SEAP, cât și pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire, spunând în repetate rânduri ca prețul este fix, ferm în lei pe toată perioada de derulare a contractului (în acest sens, sunt răspunsurile la solicitările de clarificări vizând prețul contractului și modalitatea de plată).

În completarea argumentelor de mai sus privitoare la faptul ca decizia autorității contractante de a se oferta un preț fix, ferm în lei pe toată durata contractului nu este discreționară, contestatorul menționează că solicitarea ■ de ajustare a prețului potrivit art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006 nu poate fi acceptată, deoarece pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire, anterior depunerii ofertelor, la solicitările ■ de exprimare a prețului în valută sau de indexare a acestuia, autoritatea contractantă a răspuns că o astfel de ajustare nu este permisă, prețul fiind fix, ferm în lei pe toată durata contractului.

În acest sens, contestatorul indică răspunsurile furnizate de către autoritatea contractanta în legătură cu aceasta problemă din data de 17 februarie 2011, 1 martie 2011, 3 martie 2011.

Față de faptul că aceste clarificări ale autorității contractante nu au fost contestate în termenul legal de către ■ la CNSC și față de faptul că autoritatea contractantă nu a revenit în niciun moment asupra acestor adrese de clarificări privind modalitatea de stabilire a prețului contractului și caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, contestatorul apreciază că ■ nu este îndreptățit să solicite o astfel de modificare (ajustarea prețului),

aceasta venind în contradicție cu documentația de atribuire și asumându-și riscurile care decurg de aici.

În susținere, contestatorul invocă și decizia nr. 2667/2008 pronunțată de Secția Comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal din cadrul Curții de Apel Cluj.

Referitor la inaplicabilitatea dispozițiilor art. 97 din HG 925/2006 în speța de față, contestatorul arată că s-a pronunțat și ANRMAP, în cuprinsul adresei nr. ■/27.03.2012.

Contestatorul susține că ■ a operat o nouă modificare a ofertei financiare, oferta sa trebuind a fi respinsă de către autoritatea contractantă ca neconformă.

■ SA atrage atenția asupra faptului că această solicitare repetată a ■ de majorarea a prețului pentru executarea contractului exprimată în cuprinsul:

-adresei nr. ■/22.05.2012, *"Aceasta prelungire a termenului de valabilitate a ofertei noastre este acordată fără a aduce atingere dreptului nostru la aplicarea dispozițiilor din art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006 cu modificările aduse prin art. 59 din HG 834/2009"*

-adresei nr. ■/26.04.2012, *"Vă confirmăm că extinderea validității ofertei noastre nu trebuie să fie interpretată ca o renunțare la aplicarea unor prevederi legale, cum este art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, când și dacă se întrunesc condițiile necesare aplicării acestor dispoziții în conformitate cu legea în vigoare"*

-adresei nr. ■/05.04.2012, *"Această prelungire a termenului de valabilitate a ofertei noastre este acordată fără a aduce atingere dreptului nostru la aplicarea dispozițiilor din art. 97 al. 4 b din HG 925/2006 cu modificările aduse prin art. 59 din HG 834/2009"*

nu reprezintă altceva decât o noua modificare a ofertei financiare, astfel cum este aceasta definită de art. 3 lit. t din OUG 34/2006.

Față de această situație, contestatorul constată că se impune a se face aplicarea dispozițiilor art. 79 al. 3 din HG 925/2006 care dispun în sensul respingerii ca neconforme a ofertei *"În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 al. 2 "*.

■ SA subliniază faptul că este pentru a treia oară când ■ se abate de la condițiile privind prețul contractului stabilite prin documentația de atribuire care prevede obligativitatea ofertării unui pret fix, ferm în lei pe toată durata contractului.

Adaugă că solicitarea ■ de ajustare a prețului în baza căruia a fost declarat câștigător ca urmare a modificării prețului elementelor componente ce au stat la baza constituirii ofertei sale conduce la concluzia că prețul contractului nu mai este fix, ferm pe toată durata contractului, așa cum și-a dorit autoritatea contractantă să fie, ba din contră se ajunge la situația în care la momentul încheierii contractului autoritatea contractantă se află în imposibilitatea absolută de estimare a prețului total ce urmează a fi încasat de către ofertant ca urmare a executării contractului.

■ susține că a oferit de la bun început și a păstrat prețul oferit inițial, fix, ferm în lei pe toată durata contractului, întocmai cu condițiile obligatorii stabilite prin documentația de atribuire.

Față de această conduită a celor doi ofertanți, ■, care a încălcat în mod repetat documentația de atribuire și ■, care a respectat de la bun început documentația de atribuire întru totul, contestatorul apreciază că se impunea respingerea de către comisia de evaluare a ofertei ■ ca neconformă și declararea câștigătoare a ofertei sale.

■ SA susține că această soluție se impune cu atât mai mult cu cât, prin comunicare, admite faptul neconformității ofertei ■: *"Asocierea SC ■ AB (...) a transmis oferta financiară, respectiv Condițiile contractuale, dar nu în forma solicitată de autoritatea contractantă postată pe SEAP în 11.01.2011, așa cum au procedat ceilalți ofertanți"*.

În ciuda celor de mai sus, contestatorul arată că autoritatea contractantă a adoptat soluția complet eronată de a anula procedura de atribuire pe considerentul ca ofertele nu pot fi unitar evaluate, *"(...) comisia de evaluare constată ca cele două oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a propunerilor financiare fără a se încălca principiile OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare.(...) Se constată ca unul dintre ofertanți (n.n. ofertantul ■) nu a introdus aceste costuri suplimentare preliminate în valoarea ofertei, solicitând indexări ulterioare ceea ce determină imposibilitatea comparării ofertelor în condiții de uniformitate și egalitate. (...) Analizand ofertele financiare și răspunsurile la clarificări, comisia de evaluare a stabilit faptul că cele două oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de elaborare a propunerilor financiare (...)".*

Contestatorul susține că un asemenea raționament nu poate fi sub nicio formă reținut, pentru că s-ar ajunge la soluția absurdă și păguboasă conform căreia ori de câte ori un ofertant ar încălca documentația de atribuire, iar un altul ar respecta-o întru totul s-

ar impune anularea procedurii de atribuire pe considerentul ca cele doua oferte nu pot fi evaluate uniform.

Într-o atare situație, contestatorul apreciază că soluția legală care s-ar impune într-o astfel de situație este sancționarea ofertantului care a depus o ofertă necorespunzătoare în raport cu cerințele din documentația de atribuire și declararea ca și câștigătoare a ofertei care a îndeplinit toate condițiile cerute de către autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că la emiterea punctului său de vedere, ANRMAP nu a avut în vedere situația de fapt din prezenta cauză în ansamblul său, respectiv stabilirea fără echivoc a caracterului obligatoriu al întregii documentații de atribuire, deci și a modelului de contract, de către însăși autoritatea contractantă și respectarea întocmai a documentației de atribuire de către toți ofertanții cu excepția ■ care cu rea-credință și-a fundamentat oferta pe o adresa din ianuarie 2011 ignorând adresele repetate din martie 2011 prin care autoritatea contractantă a confirmat faptul ca documentația de atribuire (în integralitate) are caracter obligatoriu.

Mai mult decât atât, contestatorul învederează faptul că răspunsul ANRMAP nu poate constitui un fundament suficient pentru justificarea măsurii anularii procedurii în condițiile în care acesta conține de fapt două opinii contradictorii.

Astfel, deși inițial ANRMAP constată faptul că "aceste condiții generale, așa cum rezultă din documentul afișat în SEAP, nu pot avea valoarea unui contract", în continuare reține că "ele (n.n. condițiile generale) nu pot avea valoarea unor clauze contractuale asupra cărora să se poată negocia" și continuă în același registru contradictoriu menționând că "negocierea clauzelor contractuale prevăzute în modelul de contract este posibilă între autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător".

Astfel, contestatorul arată că este evidentă contradicția, deci nu se poate ști exact care este punctul de vedere al ANRMAP, cu atât mai mult cu cât la emiterea acestei opinii nu a fost avută în vedere situația de fapt existentă în ansamblul său.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că fundamentarea deciziei anularii procedurii de atribuire pe un asemenea argument/răspuns incert ca cel prezentat mai sus apare ca pripită și în mod cert eronată.

Contestatorul precizează că răspunsul ANRMAP nu reprezintă doar un paradox în sine pentru că informațiile din cuprinsul său au caracter profund contradictoriu, dar este în contradicție și cu adresa ANRMAP nr. ■/27.03.2012 prin care ANRMAP își prezintă punctul de vedere cu privire la interpretarea documentației de

atribuire întocmită de către Municipiul Iasi pentru proiectul "■, menționând textual că potrivit art. 33 al. 2 lit. h din OUG 34/2006 toate condițiile menționate în documentația de atribuire au valoarea unor clauze obligatorii de la care ofertanții nu pot deroga la momentul întocmirii ofertei." *Pe de altă parte, precizările autorității contractante cu privire la neacceptarea ajustării prețului contractului și la moneda în care se efectuează plata reprezintă, în opinia noastră, clauze contractuale obligatorii, în sensul art. 33 al. 2 lit. h din OUG 34/2006, astfel încât cu privire la acestea nu este permisă formularea de către ofertanți a unor prevederi contrare, oferta urmând a fi elaborată în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire".*

Contestatorul precizează că, clarificările din 11.01.2011 și 17.02.2011 nu și-au produs efectele ca urmare a revocării lor tacite.

Deși autoritatea contractantă invocă neatacarea în termen legal a acestor clarificări cu consecința devenirii lor obligatorii, contestatorul atrage atenția că acestea oricum nu și-au produs efectele ca urmare a revocării lor tacite de către autoritatea contractantă în cursul lunii martie 2011, înainte de depunerea ofertelor.

Contestatorul mai arată că în materia dreptului administrativ, doctrina de specialitate recunoaște în mod unitar principiul/regula revocabilității actelor administrative, reiterând argumentele din contestații cu privire la clarificările postate în SEAP și răspunde punctului de vedere transmis de către autoritatea contractantă cu privire la acest aspect.

Cu privire la susținerile autorității contractante legate de modificarea documentației de atribuire și a anunțului de participare, contestatorul arată că art. 26 al. 2 din HG 925/2006 prevede o procedura standard, respectiv publicarea unui anunț tip erată, apreciind că în prezenta speță, în mod cert, nu a avut loc o modificare a documentației de atribuire.

De asemenea, contestatorul susține că numai pe calea publicării anunțului erată s-ar fi putut modifica documentația de atribuire, iar nu pe calea clarificărilor.

Din analiza documentelor aflate la dosarul achiziției publice, contestatorul constată faptul că în cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă preia opinia exprimată cu privire la posibilitatea modificării documentației de atribuire prin clarificări de către unul dintre membrii comisiei de evaluare, dl. ■, în opinia separată anexată la procesul-verbal nr. ■/25.04.2012, *"Consider ca autoritatea contractantă a modificat documentația de atribuire, înlocuind contractul postat inițial pe SEAP cu modelul (proiectul)*

Fidic Cartea Galbenă. Din punct de vedere legal, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a modifica documentația de atribuire doar prin erată și nu prin clarificare ... Consider că prin clarificările postate de autoritatea contractantă în 11.01.2011 și 17.02.2011, s-a modificat documentația de atribuire și s-au încălcat prevederile art. 2 din OUG 34/2006 (...)"

Contestatorul arată că deși se admite faptul că modificarea documentației de atribuire nu putea opera decât pe calea unui anunț tip erată, iar nu pe calea clarificărilor este acceptat în mod absolut surprinzător faptul că autoritatea contractantă ar fi putut totuși să purceadă la modificarea documentației de atribuire prin clarificări.

■ SA menționează că un asemenea raționament nu poate fi primit, el neavând suport, nici în rigorile impuse de logică, nici în dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Dat fiind acest fapt, contestatorul precizează că nu poate fi acceptat că documentația de atribuire ar fi fost modificată prin clarificările din 11.01.2011 și 17.02.2011, motiv pentru care apreciază ca nu exista motive pentru a se dispune anularea procedurii de atribuire.

Mai mult, contestatorul precizează că articolul din Ordinul președintelui ANRMAP nr. 171/2012 invocat de autoritatea contractantă prin punctul de vedere pentru a-și susține decizia de anulare a procedurii de Atribuire, nu face decât să întărească punctul de vedere exprimat în cele de mai sus, venind să prevadă expres ceea ce oricum decurgea din interpretarea coroborată a dispozițiilor OUG 34/2006 și a HG 925/2006, respectiv ca modificarea documentației de atribuire nu poate fi operată prin răspunsurile la clarificări, *"Răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, precum și clarificarea cu privire la conținutul documentației de atribuire emise de autoritatea contractantă reprezintă acte administrative prin care se aduc lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire și prin care nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în SEAP"*.

Contestatorul precizează că față de toate cele de mai sus, rezultă că prin răspunsurile date la solicitările de clarificări ale ofertanților, autoritatea contractantă nu a modificat documentația de atribuire și ca atare au procedat corect numai acei ofertanți care și-au redactat oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

■ SA susține că numai din cauza relei sale credințe, ■ a făcut o oferta complet necorespunzătoare caietului de sarcini, bazându-

se pe adresa din 11.01.2011, contrazisă neîndoiește prin clarificările ulterioare din data de 3 și 4 martie 2011.

Mai mult, contestatorul precizează că reaua-credință a ■ este cu atât mai evidentă, cu cât, nu numai că nu a urmărit toate clarificările emise de către autoritatea contractantă și nu s-a raportat la acele clarificări care reprezintă manifestarea finală de voință a autorității contractante (nerevocată), dar a depus o ofertă în care a modificat radical și fără nicio justificare alte documente parte componentă a documentației de atribuire decât modelul de contract despre care făcea vorbire adresa din data de 11.01.2011, respectiv fișa de date a licitației, Condițiile Contractului - Anexa la oferta și Condițiile contractului - Condiții speciale.

Din analiza coroborată a susținerii ■ *"prin urmare, autoritatea contractantă nu poate susține așa cum menționează în scrisoarea sa nr. ■/2.05.2012 (adresă contestată) ca ar exista "un risc major pentru Beneficiar de a nu avea garanția finalizării acestuia în prețul convenit, având în vedere că oferta câștigătoare a fost fundamentată în aprilie 2011 la un curs de schimb 4 euro = 4,0735 lei, iar la data încheierii prezentului proces-verbal, cursul de schimb este 1 euro = 4,4168. Creșterea de 1,084% aplicată la valoarea contractului este neeligibilă și nu poate fi asigurată din surse de finanțare de la bugetul local, ceea ce ar pune în pericol derularea și finalizarea întregului proiect. Este de remarcat faptul ca această afirmație este serios în contradicție cu situația de fapt, prețul oferit de către ■ fiind corespunzător la 75,41% din buget"* cu solicitarea repetată a acestui ofertant de a majora prețul oferit conform dispozițiilor art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, ■ SA susține că observă îndrăzneala cu care ■ își proiectează în minte ipoteza câștigării licitației tocmai pentru că a oferit cel mai mic preț - aproximativ 75% din valoarea contractului estimată de către autoritatea contractantă - urmată însă de majorarea prețului ca urmare a evoluției cursului de schimb valutar.

Contestatorul susține că o atare gândire este de neconceput în situația în care nu numai ca autoritatea contractantă și-a dorit un preț ferm, fix în lei pe toată durata contractului și de fapt primește un preț ajustabil a cărui valoare totală până la finalizarea contractului nu o poate cunoaște, dar o atare soluție se poate dovedi prejudiciabilă și pentru că ceilalți ofertanți care, deși au propus un preț mai mare decât ■, și-au manifestat voința de a păstra prețul ferm pe toată durata executării contractului.

■ SA susține că prețul ajustat de către ■ în funcție de diverși indici ar putea ajunge în realitate să fie cu mult mai mare decât prețul ofertat de ■.

Or, astfel s-ar ajunge în situația în care criteriul de atribuire al licitației și interesele autorității contractante ar fi afectate, căci contractul nu ar urma să fie executat în cele mai avantajoase condiții financiare, așa cum a dorit autoritatea contractantă în momentul în care a stabilit ca și criteriu de atribuire al contractului "*cel mai scăzut preț*".

Fața de argumentele aduse, contestatorul susține că situația din speța de față nu se pliază pe ipoteza avută în vedere de art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006 (invocat de către autoritatea contractantă drept temei pentru adoptarea măsurii anulării) - "pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f" - întrucât autoritatea contractantă nu a săvârșit erori sau omisiuni care să nu fi fost corectate până la momentul depunerii ofertelor.

Ca atare, ■ SA apreciază că la acest moment nu se impune adoptarea unor măsuri corective, deoarece acestea au fost adoptate anterior momentului depunerii ofertelor, prin revocarea tacită a clarificărilor care nu corespundeau cerințelor legii, astfel încât la momentul depunerii ofertelor pentru toți ofertanții au fost foarte clare cerințele pe care trebuie să le respecte.

■ SA susține că în speța de față nu se impune a se adopta nicio măsură corectivă.

Fața de situația clară a caracterului obligatoriu al documentației de atribuire și față de faptul că prin clarificările din data de 11.01.2011 și 17.02.2011, documentația de atribuire nu s-a modificat, contestatorul arată că au procedat corect toți acei ofertanți care au participat la procedura de atribuire cu oferte întocmite în deplină conformitate cu documentația de atribuire postată în SEAP, lucru pe care l-au făcut toți ofertanții cu excepția ■ (Asocierea ■ GmbH precum și SC ■ SA și ■ Ltd).

Având în vedere că documentația de atribuire nu a fost modificată nici anterior depunerii ofertelor de participare, nici pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire și ținând cont de faptul că ofertele ■ și ■ urmează să fie analizate în raport cu documentația postată în SEAP odată cu anunțul de participare, iar nu în raport cu o documentație modificată, contrar celor susținute de către autoritatea contractantă în punctul de vedere, contestatorul apreciază că evaluarea ofertelor aflate în cursă în această etapă și declararea unui câștigător nu este de natură să prejudicieze ofertanții care au fost în cursă, dar care s-au retras

(■ și ■), tocmai pentru că nu a apărut nicio modificare de natură să schimbe cu ceva evaluarea ofertelor lor.

Contestatorul arată că pretinsul caracter confidențial al documentelor/ofertelor depuse ■ nu a fost dovedit.

Adaugă că în repetate rânduri pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire, dar și prin contestația care a fost introdusă de către ■ împotriva comunicării, acest ofertant a susținut faptul că a fost prejudiciat prin faptul că documentele transmise autorității contractante au caracter confidențial și, pe cale de consecință, nu ar fi trebuit dezvăluite celorlalți ofertanți.

■ SA precizează că a argumentat în mai multe rânduri faptul ca susținerile ■ nu pot fi primite în contextul în care însăși legea îngăduie accesul ofertanților la dosarul achiziției publice în momentul în care acesta se află în fața CNSC în procesul de soluționare a contestațiilor.

Contrar celor susținute de ■, contestatorul precizează faptul că CNSC nu s-a arătat "indiferent" la solicitările ■ privind asigurarea confidențialității documentelor depuse pretins a fi secrete comerciale, căci tocmai pentru a lua o atare măsură de limitare a accesului la documentele din dosarul achiziției publice în condiții de legalitate a solicitat expres ofertantului ■ să facă dovada caracterului confidențial al respectivelor documente, solicitare la care însă ■ nu a răspuns în mod corespunzător.

În concret, ca urmare a solicitărilor adresate de CNSC către ■ în sensul dovedirii caracterului confidențial și de secret de afaceri al documentelor în discuție, ■ a transmis către CNSC cinci contracte de confidențialitate încheiate cu anumiți furnizori (■ SRL, ■ SRL, ■ SA, ■ SRL, ■ SRL)

Față de punctul de vedere prezentat de ■ și documentele aduse în susținerea afirmațiilor sale ca urmare a solicitărilor exprese ale CNSC, ■ SA consideră că solicitarea anterioară a ■ de a nu permite studierea anumitor documente depuse de acesta ca urmare a solicitării autorității contractante și susținerile ■ potrivit cărora accesarea documentelor de către ceilalți participanți la procedură i-ar aduce prejudicii, este nefundamentată din mai multe considerente.

În primul rând, contestatorul precizează că, contractele de confidențialitate prezentate de ■ nu au reușit să dovedească caracterul confidențial al ofertelor primite de la furnizori și transmise către autoritatea contractantă, aceasta pentru ca, potrivit dispozițiilor neîndoielnice ale contractelor de confidențialitate doar societatile furnizoare s-au obligat să nu divulge informațiile aflate despre ■ în cadrul legăturilor comerciale pe care le-au avut cu acesta, ■ neasumându-și niciun

fel de obligație de confidențialitate sau de nedivulgare a ofertelor primite.

Mai mult, contestatorul susține că obligația de confidențialitate nu îi incumbă lui ■, și nefiind legat de o astfel de obligație, ■ nici nu putea să o încalce prin transmiterea mai departe a ofertelor primite și, ca atare, nu putea pretinde în mod întemeiat că aceste documente să nu poată fi studiate de către ceilalți ofertanți participanți la procedura de atribuire care au fost afectați ca urmare a faptului că ■ a fost declarat câștigător, tocmai ca urmare a prețului cel mai scăzut, preț care însă se află sub pragul legal de 85% care impune dovedirea fundamentării economice.

În al doilea rând, contestatorul precizează că prețul oferit de ■ în cadrul procedurii de atribuire este de numai 75,41% din valoarea totală a contractului estimată de către autoritatea contractantă, ceea ce atrage pentru ■ obligația legală de justificare a fundamentării economice a prețului deosebit de scăzut propus în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Față de nedovedirea caracterului confidențial al documentelor în discuție, contestatorul consideră că nu se poate pune problema unui prejudiciu adus ■ prin permiterea accesului celorlalți ofertanți la dosarul achiziției publice, document care are caracter public.

■ SA arată că prin contestație, ■ invocă o serie de argumente contradictorii, astfel, în capitolul II.A. 1 din contestație denumit sugestiv "Lipsa de motivare a Adresei contestate", ■ încearcă, de fapt, să demonstreze nu lipsa motivării comunicării, ci caracterul neclar al argumentelor invocate de către autoritatea contractantă pentru justificarea deciziei sale de anulare a procedurii de atribuire, *"Totodată, motivarea dezvoltată în scopul de a demonstra necesitatea anulării procedurii este neclară (...) în cazul concret simpla invocare a unei clarificări anterioare nu este de natură a constitui o motivare"*.

Astfel, ■ invocă nemotivarea deciziei de anulare, astfel cum cere art. 210 din OUG 34/2006, dar în același timp, în mod paradoxal, susține faptul că decizia de anulare este motivată, dar în mod defectuos, neclar.

Contestatorul apreciază că cele două argumente nu pot coexista.

Din punctul său de vedere, contestatorul susține că de această dată, spre deosebire de prima decizie de anulare a procedurii, autoritatea contractantă a depus un efort în a motiva hotărârea de a anula procedura de atribuire, însă motivarea este susceptibilă de-a fi aduse mai multe critici.

Față de susținerile din contestația ■, *"Acceptarea acestei clarificări de către fiecare dintre ofertanți reprezintă o premisa suficientă pentru acceptarea condiției astfel impuse; evaluările anterioare și rezultatele existente nu au fost contestate sub aspectul unei interpretări diferite a acestei cerințe. Mai mult, clarificarea a fost adusă în discuție în procedurile anterioare de contestație de către subscrisa, numai cu scopul de a demonstra disponibilitatea autorității contractante de a negocia contractul. Această interpretare a fost de altfel confirmată și de către autoritatea contractantă"*, contestatorul aduce următoarele critici:

-admiterea faptului că printr-o clarificare se poate modifica documentația de atribuire reprezintă o încălcare flagrantă a dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice care la art. 33 lit. h din OUG 34/2006 se referă la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire;

-aceeași ipoteză este contrazisă de procedura legală stabilită pentru modificarea documentației de atribuire, respectiv prin publicarea în SEAP a unui anunț tip erată având tocmai acest scop;

-un alt contraargument, este regăsit de contestator în Ordinul nr. 171/2012 adoptat de președintele ANRMAP, care menționează expres faptul că prin clarificări nu poate fi modificată documentația de atribuire, acestea având exclusiv rol interpretativ;

-clarificările avute în vedere au fost revocate ulterior (înainte de depunerea ofertelor) de către autoritatea contractantă prin acte cu forța juridică egală (clarificările din data de 3 și 4 martie 2011) care nu au fost atacate la CNSC de către ofertanți și ca atare, ca ultimă manifestare de voință a autorității contractante nerevocată, vor prevala asupra actelor de voință anterioare care reprezintă manifestări de voință contrară.

Contestatorul susține că afirmația ■ referitoare la caracterul fix/ferm al prețului oferit este neveridică.

Astfel, contestatorul precizează că ■ invocă în cuprinsul contestației sale faptul că prețul pe care l-a oferit este fix și ferm în lei, *"Prin scrisorile ■/6.04.2012 și ■/27.04.2012 subscrisa a confirmat faptul că prețul oferit este fix, ferm, exprimat în RON, cu valabilitate pe toată durata contractului"*, însă ignoră întreaga corespondență purtată cu autoritatea contractantă cu privire la oferta financiară în această etapă de evaluare, corespondență în cuprinsul căreia și-a exprimat dorința de a ajusta prețul contractului conform dispozițiilor art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006.

Așadar, afirmația acestuia cum că prețul ofertat este fix și ferm nu este una care nu comportă niciun fel de comentariu, ba dimpotrivă, însuși ■ i-a adus un amendament privind menționarea faptului că înțelege să își exercite opțiunea de a uza de pretinsul "drept" de a ajusta prețul contractului.

■ SA arată că nici la solicitarea expresă a autorității contractante, ■ nu a renunțat la clauzele contractuale dezavantajoase pentru autoritatea contractantă - situație care ar trebui să conducă la respingerea ofertei sale ca neconformă.

Contestatorul subliniază că și în acest moment, la 1 an și 6 luni de la debutul procedurii de atribuire, deși:

- ■ SA a pus în discuție în nenumărate rânduri problema clauzelor dezavantajoase pentru autoritatea contractantă propuse de către ■

-autoritatea contractantă a declarat expres în cadrul audierilor anterioare în fata completului 7 al CNSC faptul că aceste clauze sunt complet neavantajoase și ca nu va semna contractul cu ■ în aceste condiții *"Autoritatea contractantă nu va semna contractul de achiziție publică cu ■ și va prefera să se anuleze procedura de atribuire, dacă acest ofertant nu va renunța la clauzele contractuale neavantajoase"*

-și CNSC a confirmat în cadrul deciziilor emise pentru soluționarea contestațiilor anterioare caracterul dezavantajos pentru autoritatea contractantă al acestor clauze

-iar autoritatea contractantă i-a solicitat expres în scris să renunțe la aceste clauze,

■ nu a înțeles să renunțe la clauzele dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, tocmai pe considerentul că acestea sunt de natură să îi aducă avantaje patrimoniale considerabile de pe urma încheierii contractului cu autoritatea contractantă în atare condiții.

Cu toate acestea, contestatorul atrage atenția că de aceasta data, situația este chiar mai gravă decât în cadrul procedurilor anterioare de evaluarea a ofertelor și se impune descalificarea ofertei ■ ca neconformă potrivit dispozițiilor art. 36 al. 2 lit. b din HG 925/2006, *"Oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...)b)conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective"*, având în vedere faptul ca de această dată, prin adresa nr. ■/27.04.2012, autoritatea contractantă a întrebat în mod expres ■ dacă renunță sau nu la

propunerea de modificare a clauzelor contractului, "(...) va rugăm să precizați dacă renunțați sau nu renunțați la propunerile de modificare a clauzelor contractuale menționate în Secțiunea 3.4. - Deviații și clarificări comerciale și Secțiunea 3.4. - Condiții contractuale speciale -pag. 23-41 din oferta financiară".

Contestatorul precizează că la această solicitare a autorității contractante, ■ nu a declarat expres că renunță la acele clauze după cum impune dispoziția legală în cauză: "Drept urmare, așa cum am declarat și în cadrul ședinței de audieri desfășurată la CNSC, în 17.02.2012, confirmăm faptul că propunerile noastre pentru clauzele transmise în cadrul Ofertei Financiare, Secțiunea 3.4. sunt făcute în spiritul Clarificării dvs. nr. ■/11.01.2011 și că suntem deschiși la o negociere cu privire la aceste clauze" (Adresa ■ nr. ■/27.04.2012 - Anexa nr. 7).

Față de această stare a lucrurilor, contestatorul atrage atenția asupra faptului că în ciuda caracterul dezavantajos al propunerilor de modificare a clauzelor contractuale făcute de către ■, prin impunerea unor condiții oneroase pentru autoritatea contractantă, până la acest moment nu a fost adoptată soluția descalificării ofertei ■ ca neconformă pe considerentul că nu i s-a solicitat expres de către autoritatea contractantă să renunțe la aceste clauze contractuale dezavantajoase.

Or, în acest moment, contestatorul arată că există această situație, motiv pentru care se impune cu necesitate să se facă aplicarea art. 36 al. 2 lit. b din HG 925/2006 și anume respingerea ofertei ■ ca neconformă.

■ SA precizează faptul că dată fiind atitudinea autorității contractante care a procedat potrivit cerințelor legale la solicitarea de clarificări privind renunțarea la clauzele contractuale dezavantajoase și răspunsul ■ care nu a declarat că renunță la aceste clauze contractuale, trebuie să se facă aplicarea sancțiunii legale prevăzute de art. 36 al. 2 lit. b din HG 925/2006 (respingerea ca neconforma a ofertei) la acest moment, fără a i se permite acestui ofertant care a încălcat în mod repetat prevederile documentației de atribuire și dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice să renunțe "eventual" în viitor la aceste clauze contractuale dezavantajoase ca urmare unui noi cereri de renunțare la aceste clauze venită din partea autorității contractante.

Ca un comentariu general referitor la oferta ■, ■ SA precizează că această problemă de natură sa conducă la respingerea ofertei ■ ca neconformă se adaugă la problema modificării ofertei financiare prin solicitarea de ajustare a prețului.

Referitor la afirmația din contestația ■, "*Documentația depusă de către subscrisa corespunde întru totul unor cerințe ferme, clare, necontestate de către vreunul dintre participanți, confirmată de către CNSC cu prilejul ultimei contestații similare (...)*", ■ SA consideră că o atare susținere în contextul numeroaselor critici aduse de asocierea sa prin contestațiile și concluziile scrise depuse în procedurile succesive desfășurate în fața CNSC până la acest moment, este încă o dovadă în plus a neseriozității ofertantului ■.

Prin adresa nr.■/07.06.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/07.06.2012, ■ AB. a solicitat formularea unei întrebări preliminare Curții de Justiție a UE, în temeiul art. 267 din Tratatul de Funcționare a UE.

Contestatorul arată că formulează cererea de adresare a unei întrebări preliminare prin care dorește să se clarifice, în conformitate cu jurisprudența europeană, dacă prevederile referitoare la principiile tratamentului egal și nediscriminării impuse prin Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii pot fi interpretate în sensul că permit accesul necondiționat al unui ofertant la documentele cu caracter confidențial depuse în vederea fundamentării economice a prețului altui ofertant sub pretextul reglementării interne conținute de art. 215 din OUG 34/2006.

Confidențialitatea documentelor depuse în fundamentarea economică a prețului ofertat, afirmă ■, a făcut obiectul corespondenței purtate cu CNSC în intervalul decembrie 2011-ianuarie 2012. Aceasta mai arată că în ciuda solicitărilor sale exprese atât în sensul de a respecta confidențialitatea cât și în sensul de a-i fi comunicat punctul de vedere asupra confidențialității invocate, accesul ■ la dosarul complet al achiziției a fost nestingherit, precizând că a sesizat atât faptul că reprezentanților ■ li s-a permis accesul la absolut toate documentele depuse de ■ cât și faptul că numai astfel, în urma acestuia demers, ■ a fost în măsură să își motiveze contestația.

Se arată, de asemenea, că, în prezent, modul de constituire a ofertei ■, relația dezvoltată cu partenerii contractuali și ofertele furnizorilor, modalitatea de repartizare a costurilor, modalitatea de construire a prețului, detaliile tehnologiei utilizate și resursele umane implicate sunt cunoscute de către ■, aceasta având posibilitatea de a construi o ofertă nouă, mult mai competitivă decât a sa, pentru simplul motiv că i-a fost facilitat accesul la secretele comerciale, motiv pentru care anularea prezentei

proceduri de atribuire și organizarea unei noi proceduri este, în opinia sa, compromițătoare pentru ■.

În acest moment, afirmă contestatorul, întreaga strategie de aprovizionare a ■ a fost devăluită către ■, inclusiv numele și prețurile subcontractanților, cerințele tehnice necesare și alte informații esențiale cuprinse în justificările oferite de ■ cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut.

În aceste condiții, ■ AB consideră că anularea procedurii de atribuire în acest stadiu reprezintă o decizie injustă și o încălcare a principiului tratamentului egal, deoarece pune atât pe ■ cât și pe ceilalți ofertanți într-o poziție mult mai avantajoasă față de ■ în cadrul unei viitoare proceduri de atribuire, iar repetarea acestei decizii, cu prilejul ultimei evaluări, denotă indiferență față de prejudiciul produs asocierii sale, soluția nefiind justificată nici în raport cu pretextele invocate și, mai ales, cu durata și evoluția anterioară a procedurii.

În motivarea solicitării ■ AB prezintă de asemenea, detaliat, dispozițiile comunitare relevante, condițiile de admisibilitate a întrebării preliminare, obiectul acesteia, organismul competent a adresa o astfel de întrebare, efectele formulării ei, scopul întrebării preliminare și rolul organului jurisdicțional național și temeiul juridic al formulării acesteia.

Cu adresa, fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. ■/12.06.2012 ■ SA solicită respingerea, ca inadmisibilă, a cererii formulate de către ■ AB susținând în acest sens, faptul că nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate a unei astfel de cereri, prezentând detaliat argumentele avute în vedere.

Pe fondul cauzei, din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă ■ a inițiat, prin publicarea anunțului de participare nr. ■/31.12.2011, procedura de atribuire, prin licitație deschisă prin mijloace electronice, a contractului de lucrări având ca obiect "*Instalație desulfurarea ■*". Valoarea totală estimată a contractului, comunicată în anunț, este de ■ lei, fără T.V.A.

În intervalul 11.01.2011-10.03.2011 au fost postate în SEAP o serie de clarificări aduse documentației de atribuire.

Urmare a publicării anunțului de participare nr. ■/■.12.2011, a documentației de atribuire și a clarificărilor la aceasta s-au înscris în SEAP un număr de 4 operatori economici, printre care și contestatorul, ofertele au fost deschise la 14.03.2011, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. ■, completat cu erata nr. ■/21.03.2011.

Consiliul reține că în prezenta procedură de atribuire au fost formulate mai multe contestații, care au fost soluționate astfel:

I. Împotriva documentației de atribuire a fost formulată contestație de către ■ GMBH, contestație ce a fost respinsă, ca tardivă, prin Decizia nr. ■, pronunțată în data de ■.01.2011.

Decizia CNSC nr. ■/21.01.2011 a rămas **definitivă și irevocabilă**, prin nerecurare.

II. Potrivit primului raport al procedurii de atribuire emis în prezenta procedură de atribuire, respectiv raportul nr. ■/01.06.2011, oferta depusă de Asociera SC ■ SA și ■ Ltd a fost declarată neconformă, în temeiul art.36 al. 2 lit. a din HG 925/2006, oferta depusă de ■ GMBH (■) a fost respinsă neconformă, în temeiul art.36 al. 2 lit. a coroborat cu art.36 al. a lit.b din hotarâre, oferta depusă de Asociera formată dintre ■ SRL – SC ■ SA – ■ AB. a fost, de asemenea, respinsă, ca fiind neconformă, în temeiul art.36 al. a lit. b coroborat cu art.79 al. 3 din același act normativ, iar oferta depusă de Asociera ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA a fost declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii de atribuire.

Împotriva deciziei autorității contractante au formulat contestații următorii ofertanți:

1. SC ■ SA care a solicitat:

-anularea raportului procedurii, a comunicării rezultatului procedurii nr. ■/01.06.2011 și a tuturor actelor subsecvente;

-anularea atribuirii contractului de achiziție publică către asociera ■ SA și SC ■ SA și SC ■ SA;

-reevaluarea ofertelor;

-declaraarea, drept conformă, a ofertei depusă de asociera SC ■ SA și ■ Ltd;

-declaraarea ofertei depusă de asociera SC ■ SA și ■ Ltd ca fiind câștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut".

2. ■ AB care a solicitat:

-anularea comunicării nr. ■/01.06.2011 pentru încălcarea prevederilor art. 198 din OUG 34/2006, și respectiv, art. 36 al. 2 lit. b, art. 78, art. 79 al. 3 și art. 80 al. 1 și 3 din HG 925/2006, și pe cale de consecință, reluarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertelor depuse în conformitate cu prevederile legale aplicabile;

-suspendarea procedurii de atribuire (și pe cale de consecință a semnării contractului de achiziție publică) până la data soluționării contestației, în conformitate cu prevederile art. 275 indice 1 coroborat cu prevederile art. 256 indice 3 al. 3 din OUG 34/2006.

3. ■ GMBH (■) care a solicitat:

-anularea comunicării nr. ■/01.06.2011 prin care a fost respinsă oferta sa, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestei comunicări, inclusiv a rezultatului procedurii, și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare și a ofertei sale;

-să se constate că oferta declarată câștigătoare este neconformă și inacceptabilă și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante să reanalizeze ofertele tehnice și financiare ale celorlalți ofertanți și să le descalifice pentru neîndeplinirea condițiilor tehnice obligatorii;

-suspendarea procedurii de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr. ■/31.12.2010 privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Instalație desulfurare ■" până la soluționarea pe fond a contestației.

Prin Decizia nr. ■ pronunțată în ■.07.2011, Consiliul a anulat raportul procedurii de atribuire nr. ■/01.06.2011 și actele subsecvente acestuia și a dispus următoarele:

"Obligă ■ ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, inclusiv oferta declarată câștigătoare, începând cu etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice a prevederilor documentației de atribuire și cu reținerea celor prezentate în motivare".

Împotriva deciziei Consiliului menționată anterior ■ SA a formulat plângere la Curtea de Apel ■, ce a făcut obiectul dosarului nr. ■/■/2011, plângere ce a fost respinsă, decizia pronunțată de instanță fiind „Anulează plângerea ca netimbrată”.

Prin urmare, Decizia CNSC nr. ■, pronunțată în ■.07.2011, a rămas **definitivă și irevocabilă.**

III. Ca urmare a reevaluării ofertelor dispusă de Consiliu, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii de atribuire nr. ■/28.07.2011, prin care a hotărât respingerea, ca inacceptabile, în temeiul art. 36 al. 1 lit. f din HG 925/2006, a ofertelor depuse de Asocieria formată dintre ■ SRL – SC ■ SA – ■ AB și Asocieria SC ■ SA și ■ Ltd și a declarat admisibile ofertele depuse de ■ GMBH (■) și Asocieria ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA, aceasta din urmă fiind oferta declarată câștigătoare.

Împotriva noului rezultat al procedurii de atribuire, comunicat după reevaluarea ofertelor, au formulat contestații:

1. SC ■ SA prin care a solicitat:

-admiterea contestației;

- anularea raportului procedurii, a comunicării rezultatului procedurii nr. ■/28.07.2011 și a tuturor actelor subsecvente;
- anularea atribuirii contractului de achiziție publică către Asociera ■ SA - SC ■ SA și SC ■ SA;
- reevaluarea ofertelor;
- declararea drept acceptabilă a ofertei depusă de asociera SC ■ SA și ■ Ltd.

2. ■ AB prin care a solicitat:

- anularea comunicării nr. ■/28.07.2011 pentru încălcarea prevederilor art. 202 al. 2 lit. a - c din OUG 34/2006 coroborat cu art. 36 indice 1 al. 3 din HG 925/2006, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestei comunicări, inclusiv a deciziei de atribuire a contractului de achiziție publică și pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertelor depuse în conformitate cu prevederile legale aplicabile;

- suspendarea procedurii de atribuire (și pe cale de consecință a semnării contractului de achiziție publică) până la data soluționării contestației, în conformitate cu prevederile art. 275 indice 1 coroborat cu prevederile art. 256 indice 3 al. 3 din OUG 34/2006.

3. ■ GMBH (■) prin care a solicitat:

- anularea comunicării nr. ■/28.07.2011 și reevaluarea ofertelor, urmând a se observa că oferta declarată câștigătoare este neconformă și inacceptabilă și pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertelor tehnice și financiare ale celorlalți ofertanți și să descalifice oferta depusă de Asociera ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA pentru neîndeplinirea condițiilor tehnice minime cerute prin fișa de date a achiziției;

- suspendarea procedurii de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr. ■/31.12.2010 privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Instalație desulfurare ■" până la soluționarea pe fond a contestației.

■ SA a formulat cerere de intervenție, în interes propriu, solicitând:

- respingerea ca neîntemeiate a contestațiilor formulate de SC ■ SA, ■ AB și ■ GMBH;

- menținerea ca fiind temeinică și legală a deciziei de atribuire a contractului de achiziție publică către ■ SA, așa cum a fost comunicată prin adresa nr. ■/28.07.2011, precum și toate actele subsecvente acesteia.

Prin Decizia CNSC nr. ■ pronunțată în ■.09.2011, Consiliul a anulat raportul procedurii de atribuire nr. ■/28.07.2011 și actele subsecvente acestuia și a dispus: „*Obligă ■ ca, în termen de 10*

zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la reevaluarea tuturor ofertelor depuse în prezenta procedură de atribuire, cu etapa de verificare a criteriilor de calificare, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice, a prevederilor documentației de atribuire și cu reținerea celor prezentate în motivare”, cererea de intervenție fiind admisă, în principiu, iar ca urmare a deciziei luate în soluționarea contestațiilor, această cerere de intervenție formulată de ■ SA, a fost respinsă.

Decizia CNSC nr. ■ pronunțată în ■.09.2011 nu a fost atacată cu plângere ,aceasta devenind **definitivă și irevocabilă** prin neatacare.

IV. În urma reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. ■/22.09.2011 prin care comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei ■ SA, ca inacceptabilă în temeiul art.36 al. 1 lit. b din HG 925/2006 și a declarat ca fiind admisibile ofertele depuse de Asociera ■ SRL – SC ■ SA – ■ AB., Asociera SC ■ SA - ■ Ltd și oferta depusă de ■ GMBH (■), oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de ■ AB.

Rezultatul procedurii de atribuire a fost contestat de următorii ofertanți:

1. ■ SA care a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire, anularea raportului procedurii de atribuire, anularea atribuirii contractului de achiziție publică către Consorțiului ■ AB, ■ SRL, ■ SA, reevaluarea ofertelor, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și suspendarea semnării contractului de achiziție publică în temeiul dispozițiilor art. 275¹ coroborat cu art. 256³ al. 3 din OUG 34/2006.

2. ■ GMBH (■) care a solicitat anularea adresei de comunicare nr. ■/22.09.2011, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, reevaluarea ofertelor și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

■ AB a formulat cerere de intervenție în interes propriu.

Prin Decizia nr. ■/■.11.2011 Consiliul a anulat raportul procedurii de atribuire nr. ■/22.09.2011 și actele subsecvente acestuia și a dispus: *„Obligă ■ ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, cu verificarea prealabilă a documentelor de calificare, cu aplicarea prevederilor art. 78 din HG 925/2006, cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare”.*

Cererea de intervenție formulată de ■ AB a fost respinsă, ca nefondată.

Împotriva Deciziei nr. ■ Asocierea ■ SRL – SC ■ SA – ■ AB a formulat plângere la Curtea de Apel ■, cauză ce a făcut obiectul Dosarului nr. ■/■/2011, în care instanța s-a pronunțat prin Decizia nr. ■/30.01.2012 în sensul că „Respinge excepția lipsei de interes. Respinge plângerea”.

În consecință, Decizia CNSC nr. ■ pronunțată în ■.11.2011 a rămas **definitivă și irevocabilă.**

V. În cadrul reevaluării, dispusă prin decizia menționată anterior, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii de atribuire nr. ■/15.12.2011 prin care a hotărât următoarele:

- respingerea ofertei depusă de ■ GMBH (■), ca inacceptabilă, în temeiul art.36 al. 1 lit. a din HG 926/2006, motivat de faptul că aceasta nu și-a prelungit perioada de valabilitate a ofertei,
- ofertele depuse de ■ AB, ■ SA și SC ■ SA au fost declarate admisibile,
- oferta câștigătoare a fost declarată ca fiind cea depusă de ■.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. ■/15.12.2011 oferta depusă de Asocierea ■ SA a fost declarată admisibilă, însă, în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, aceasta s-a situat pe locul trei, după oferta depusă de ■ AB și cea depusă de Asocierea SC ■ SA și ■ Ltd.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire a formulat două contestații ■ SA prin care a solicitat

- anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. ■/15.12.2012, anularea raportului procedurii de atribuire, anularea atribuirii contractului de achiziție publică către Consorțiului ■ AB, ■ SRL, ■ SA, reevaluarea ofertelor, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și suspendarea semnării contractului de achiziție publică în temeiul dispozițiilor art. 275¹ coroborat cu art. 256³ al. 3 din OUG 34/2006 și
- anularea „Raportului (solicitată, de altfel, și prin contestația ce face obiectul dosarului nr. ■/2011)”;
- anularea deciziei/comunicării de rezultat prin care oferta ■ a fost declarată acceptabilă și conformă;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor ofertelor „(solicitată, de altfel, și prin contestația ce face obiectul dosarului nr. ■/2011)”.

■ AB a formulat cerere de intervenție în interes propriu.

Prin Decizia nr. ■ pronunțată în ■.02.2012 Consiliul a anulat raportul procedurii nr. ■/15.12.2011 și actele subsecvente acestuia și a dispus astfel: „*Obligă ■ ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la*

etapa de evaluare a ofertelor, cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare”, cea de-a doua contestație formulată de ■ SA fiind respinsă ca tardivă.

Împotriva Deciziei nr. ■ Asocierea ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA a formulat plângere la Curtea de Apel ■, cauză ce a făcut obiectul Dosarului nr. ■/■/2012, în care instanța s-a pronunțat prin Decizia nr. ■/03.04.2012 în sensul că „Respinge excepțiile. Respinge plângerea”, situație în care Decizia CNSC nr. ■ pronunțată în ■.02.2012 a rămas definitivă și irevocabilă.

După punerea în executare a deciziei susmenționate autoritatea contractantă a hotărât anularea procedurii de atribuire *„în conformitate cu prevederile art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art.209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006 actualizată”.*

Împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire au formulat contestații ■ AB și ■ SA acestea criticând faptul că autoritatea contractantă nu a comunicat motivul concret care a condus la anularea procedurii de atribuire cât și motivul concret pentru care oferta ■ AB a fost respinsă, aspect criticat de către aceasta din urmă, solicitându-se anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestuia, inclusiv a adesele de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante de a reevalua ofertele rămase în competiție.

Prin Decizia nr. ■/■.04.2012 Consiliul a anulat raportul procedurii nr. ■/05.03.2012 și actele subsecvente acestuia și a dispus astfel: *„Obligă ■ ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare”.*

VI. ■ a reluat procedura de atribuire prin solicitarea prelungirii perioadei de valabilitate a ofertelor și solicitarea de clarificări ofertanților ■ AB și ■ SA, singurii ofertanți rămași în competiție, prin neprelungirea valabilității ofertelor de către SC ■ SA și ■ GMBH (■).

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. ■/02.05.2012 comisia de evaluare a hotărât anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 209 al. 1 lit. c, coroborat cu art. 4 lit. b din OUG34/2006.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire au formulat contestații ■ SA și ■ AB. prin care au solicitat anularea raportului procedurii care a stat la baza deciziei autorității contractante, de anulare a procedurii de achiziție publică și a adesele de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la punerea în executare a „Deciziei CNSC”

prin care a fost obligată să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor.

Analizând contestațiile formulate de ■ SA și ■ AB., Consiliul constată că prin acestea se critică:

A. – în principal, decizia de anulare a procedurii de atribuire, cu privire la motivele invocate de către autoritatea contractantă în luarea deciziei, respectiv cele referitoare la:

a)-invocarea, ca motiv de anulare a procedurii de atribuire, a Deciziei CNSC nr. ■/21.02.2012;

a)- modificările aduse documentației de atribuire;

b)-imposibilitatea de comparare a propunerilor financiare a „2 ofertanți”.

B. - în secundar;

a)- ■ SA, critică faptul că:

- prețul ofertat de ■ AB nu este „fix și ferm” în condițiile în care, prin corespondența purtată cu autoritatea contractantă, și-a exprimat dorința de a ajusta prețul contractului conform dispozițiilor art.97 al. 4 lit. b din HG925/2006;

-la solicitarea expresă a autorității contractante, ■ AB. nu a renunțat la clauzele dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, situație care ar trebui să conducă la respingerea ofertei ca neconformă.

b)- ■ AB, critică faptul că:

-autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 207 din OUG 34/2006, în sensul că nu i-a comunicat motivele de respingere a ofertei sale, decizie comunicată prin documentul „Sumarul licitației” afișat în SEAP;

-oferta depusă de ■ SA a fost modificată, prin răspunsul la clarificări, prin prezentarea unor documente diferite de cele depuse inițial referitoare la experiența similară (Formularul 18 și procesul-verbal nr. ■/25.04.2012), situație în care oferta trebuia descalificată;

- ■ SA nu a dovedit îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară (proces-verbal datat 15.06.2011, emis la trei luni după depunerea ofertei iar Anexa 2 la procesul verbal de recepție nu a fost prezentat), motiv pentru care oferta s-ar fi impus a fi respinsă ca inacceptabilă.

Analizând actele contestate de către cei doi contestatori, Consiliul constată că acestea sunt adresele nr. ■/02.05.2012 către ■ AB și prin adresa nr. ■/02.05.2012 către ■ SA prin care autoritatea contractantă a comunicat decizia luată în cadrul procedurii de atribuire, respectiv aceea de anulare a procedurii de atribuire.

Consiliul constată că adresele de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire au același conținut, împrejurare față de care Consiliul va analiza împreună criticile formulate de ■ AB și ■ SA cu privire la motivele care au condus la decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Adresa nr. ■/02.05.2012 comunicată ■ AB și adresa nr. ■/02.05.2012 comunicată ■ SA au următorul conținut:

„Prin prezenta , vă comunicăm că în urma evaluării ofertelor conform Deciziei CNSC nr. ■/■.02.2012 (nr. ■/■.02.2012), procedura de achiziție publică, prin licitație deschisă prin mijloace electronice, privind atribuirea contractului de lucrări <<Instalație desulfurare ■>> s-a anulat.

Autoritatea contractantă postează pe SEAP în 11.01.2011 o clarificare privind modelul de contract stabilit inițial în sensul că modelul de contract atașat documentației de atribuire este orientativ. În 17.02.2011 tot autoritatea contractantă printr-o clarificare postată pe SEAP precizează că modelul de contract pentru această achiziție este Contractul aferent FIDIC Cartea Galbenă. Această modificare a documentației de atribuire înainte de depunerea ofertelor a fost interpretată în mod diferit de către operatorii economici care au depus oferte în sensul că o parte din aceștia și-au însușit ambele modele de contract iar o parte din operatorii economici și-au însușit numai modelul de contract postat inițial pe SEAP.

Comisia de evaluare constată că în urma postării acestor clarificări înainte de data depunerii ofertelor, s-au făcut modificări majore la documentația de atribuire postată inițial (modificările nu au fost publicate pe site-ul www.e-licitatie.ro sub forma unei Erate la anunțul de participare și implicit nu au făcut obiectul verificării de către reprezentanții ANRMAR) și nu se pot adopta măsuri corective pe parcursul evaluării ofertelor respectiv evaluarea ofertelor financiare inclusiv modelele de contract propuse de ofertanți, fără ca aceste măsuri corective să conducă la încălcarea principiilor achizițiilor publice.

Cu toate că operatorii economici nu au reclamat aceste modificări la documentația de atribuire respectiv modelul de contract, nu s-au considerat lezați de deciziile autorității contractante, comisia de evaluare constată că s-au încălcat prevederile OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare precum și a actelor normative emise în aplicarea acesteia.

Analizând Ofertele financiare postate de cei 2 ofertanți pe SEAP în 27.04.2011 comisia de evaluare constată următoarele:

Asocierea ■ AB – SC ■ SRL – SC ■ SA a transmis oferta financiară respectiv Condițiile contractuale dar nu în forma

solicitată de către autoritatea contractantă postată pe SEAP în 11.01.2011 așa cum au procedat ceilalți ofertanți.

Se menționează în mod deosebit că prin Documentația de atribuire a fost solicitată ofertarea unie valori financiare care să conțină și costurile suplimentare rezultate din inflație, variația cursului de schimb leu-euro pe parcursul derulării relațiilor contractuale, solicitându-se un preț ferm. Se constată că unul dintre ofertanți nu a introdus aceste costuri suplimentare preliminare în valoarea ofertei, solicitând indexări ulterioare ceea ce a determină imposibilitatea comparării ofertelor în condiții de uniformitate și egalitatea. În situația în care contractul ar fi atribuit în urma derulării acestei proceduri, se ividențiază riscul major pentru Beneficiar de a nu avea garanția finalizării acestuia în prețul convenit având în vedere că oferta câștigătoare a fost fundamentată în aprilie 2011 la un curs de schimb 1 euro = 4,0735 lei, iar la data încheierii prezentului proces verbal, cursul de schimb este de 1 euro = 4,4168 lei. Creșterea de 1,084% aplicată la valoarea contractului este neeligibilă și nu poate fi asigurată din surse de finanțare de la bugetul local, ceea ce ar pune în pericol derularea și finalizarea întregului proiect.

Analizând ofertele financiare și răspunsurile la clarificări comisia de evaluare a stabilit faptul că cele 2 oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de elaborare a propunerilor financiare și totodată s-au constatat abateri de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire iar încheierea contractului în această etapă ar aduce prejudicii financiare foarte mari autorității contractante întrucât această achiziție se derulează în cadrul unui proiect finanțat de fonduri europene.

Având în vedere că autoritatea contractantă face toate demersurile pentru prevenirea/evitarea situațiilor în care pot fi aplicate corecții financiare, corecții care pot ajunge până la 100% din valoarea contractului, din cadrul proiectelor finanțate din POS Mediu, comisia de evaluare a stabilit anularea acestei proceduri de atribuire în conformitate cu art.209 al.1 lit. c coroborat cu art.209 al.4 lit. b din OUG 34/2006 actualizată, întrucât pe parcursul analizei/evaluării ofertelor prezentate la licitație s-au constatat erori/omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică: tratamentul egal, transparența, eficiența utilizării fondurilor publice”.

A. – a) Un prim aspect reținut de către Consiliu este acela că în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire comisia

de evaluare a menționat ca temei al deciziei de anulare a procedurii de atribuire faptul că, cităm „în urma evaluării ofertelor conform Deciziei CNSC nr. ■/■.02.2012 (nr.■/■.02.2012), procedura de achiziție publică, prin licitație deschisă prin mijloace electronice, privind atribuirea contractului de lucrări „Instalație desulfurare ■” s-a anulat”.

Consiliul constată ca lipsit de relevanță și nelegal un astfel de temei, în condițiile în care, pe de o parte, Decizia nr. ■/■.02.2012 a făcut obiectul unei plângeri (dosar ■/■/2012), soluționată de Curtea de Apel ■ prin Decizia nr.■, prin care instanța a decis respingerea plângerii, decizia CNSC rămânând astfel definitivă și irevocabilă, iar pe de altă parte, ulterior deciziei pronunțată în februarie 2012, invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul a mai pronunțat în cadrul procedurii de atribuire, în cauză, încă o decizie, respectiv Decizia nr. ■/data de ■.04.2012, împrejurare față de care comisia de evaluare nu putea evalua ofertele și lua decizia de anulare a procedurii de atribuire reținând, ca temei, decizia pronunțată de Consiliu în februarie 2012.

A. – b) În ceea ce privește motivele de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată că din economia textului comunicat ofertanților ■ AB și ■ SA, prin adresele menționate anterior, rezultă că autoritatea contractantă a avut în vedere în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, pe de o parte, modificările aduse documentației de atribuire prin clarificări, iar pe de altă parte, faptul că ofertele depuse de ofertanții menționați anterior nu pot fi comparate datorită modului neuniform de elaborare a propunerilor financiare.

Consiliul constată că prin modul în care au fost comunicate motivele de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 210 din OUG 34/2006, potrivit cărora „Autoritatea contractantă are obligația de a comunica în scris tuturor participanților la procedura de atribuire, în cel mult 3 zile lucrătoare de la data anulării, (...), cât și motivul concret care a determinat decizia de anulare, (...)”, în sensul că nu au fost prezentate, în mod concret și transparent, care sunt motivele care au condus la luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, și care au fost motivele care au împiedicat luarea unor măsuri corective.

În acest sens, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au reținut, cu privire la primul aspect, respectiv modificarea documentației de atribuire, în speță clarificarea postată în SEAP în 11.01.2011, prin care s-a comunicat că modelul de contract este orientativ, și clarificarea postată în SEAP

în 17.02.2011, prin care s-a comunicat faptul că modelul de contract este contractul aferent FIDIC Cartea Galbenă, că operatorii economici au interpretat în mod diferit modificările aduse documentației de atribuire, *„în sensul că o parte din aceștia și-au însușit ambele modele de contract iar o parte din operatorii economici și-au însușit numai modelul de contract postat pe SEAP”*.

Însă, în decizia luată autoritatea contractantă, pe de o parte, nu a adus argumente concrete și pertinente din care să reiasă în ce măsură depunerea diferită a modelului de contract de către operatorii economici a afectat procedura de atribuire în cauză într-o măsură atât de gravă încât să conducă la anularea acesteia, iar pe de altă parte, autoritatea contractantă nu a justificat care sunt motivele pentru care a fost imposibilă adoptarea unor măsuri de remediere, limitându-se doar a afirma că nu se pot lua astfel de măsuri.

Mai mult, se constată că autoritatea contractantă, deși afirmă că *„s-au făcut modificări majore la documentația de atribuire”* și confirmă faptul că *„cu toate acestea operatorii economici nu au reclamat aceste modificări la documentația de atribuire respectiv modelul de contract, nu s-au considerat lezați de deciziile autorității contractante”*, aceasta a reținut ca motiv de anulare a procedurii de atribuire modificările aduse documentației de atribuire, argumentele aduse de către Consiliu anterior în motivare fiind aplicabile și în acest caz.

De asemenea, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu precizează, în adresele de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, care sunt operatorii economici care au depus *„ambele modele de contract”* și care sunt operatorii economici care *„și-au însușit numai modelul de contract postat inițial în SEAP”*, maniera în care a procedat autoritatea contractantă fiind de natură a încălca principiul transparenței prevăzut de art. 2 al. 2 lit. d din OUG 34/2006.

Consiliul constată, tot cu privire la documentația de atribuire, că autoritatea contractantă a comunicat, ca motiv de anulare a procedurii de atribuire, și faptul că *„s-au făcut modificări majore la documentația de atribuire postată inițial (modificări care nu au fost publicate pe site-ul www.e-licitatie.ro sub forma unei Erate la anunțul de participare și implicit nu au făcut obiectul verificării de către reprezentanții ANRMAP) și nu se pot adopta măsuri corective pe parcursul evaluării ofertelor respectiv evaluarea ofertelor financiare inclusiv modelele de contract propuse de ofertanți, fără ca aceste măsuri corective să conducă la încălcarea principiilor achizițiilor publice”*.

Legat de aspectele invocate de către autoritatea contractantă, menționate anterior, Consiliul constată că modificările aduse documentației de atribuire publicate în SEAP în 11.01.2011 și 07.02.2011 nu au adus modificări ale informațiilor cuprinse în anunțul de participare nr. ■/■.12.2010, ci au fost modificări ale documentației de atribuire, astfel încât nu pot fi invocate dispozițiile art. 26 al. 2 din HG 925/2006, care prevăd că „În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul CE nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicate în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE”.

În acest sens, Consiliul constată că prin clarificările din 11.01.2011 autoritatea contractantă a publicat cu adresa nr. ■/11.01.2011, un răspuns la solicitările de clarificări, dar și următoarele documente:

- Condițiile contractului (Anexa la ofertă);
- Condițiile contractului (Condiții generale de contractare);
- Condițiile contractului (Condiții speciale de contractare).

În 17.01.2011 autoritatea contractantă a postat în SEAP răspunsuri la solicitări de clarificări prin care a adus modificări cu privire la conținutul documentației de atribuire, inclusiv a modelului de contract nu și cu privire la prevederi din anunțul de participare, motiv pentru care nu poate fi reținut, ca motiv de anulare a procedurii de atribuire, aspectul legat de nepublicarea modificărilor aduse documentației de atribuire prin intermediul unei erate la anunț.

În ceea ce privește invocarea lipsei verificării de către ANRMAP a documentației de atribuire, Consiliul constată că un astfel de motiv nu poate fi, de asemenea, reținut în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire având în vedere faptul că HG 525/2007 privind organizarea și funcționarea ANRMAP a fost modificată prin HG 801/04.08.2011 și publicată în M.Of. nr. 563/08.08.2011, act normativ apărut ulterior datei inițierii prezentei proceduri de atribuire, iar conform principiului neretroactivității legii civile în timp, documentația de atribuire nu putea face obiectul unei verificări din partea acestei instituții, situație în care un astfel de motiv nu poate fi reținut în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire. Relevantă în speță este aplicabilitatea principiului asumării răspunderii autorității contractante, prevăzut de art. 2 al. 2 lit. g din OUG 34/2006, care

prevede că aceasta este direct răspunzătoare de elaborarea documentației de atribuire și de derularea procedurii de atribuire.

Față de toate cele constatate anterior, Consiliul reține că anularea procedurii de atribuire motivat de faptul că documentația de atribuire a suferit modificări majore, cu invocarea faptului că operatorii economici au interpretat în mod diferit modificările aduse modelului de contract, a faptului că modificările aduse documentației de atribuire nu au fost publicate printr-o erată la anunțul de participare și a faptului că documentația de atribuire și modificările aduse acesteia nu au făcut obiectul verificării de către ANRMAP se dovedește a fi o decizie nemotivată temeinic și neargumentată legal, criticile aduse acesteia fiind fondate.

A. – c) În ceea ce privește luarea unei decizii de anulare a procedurii de atribuire motivat de faptul că *„cele 2 oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de elaborarea a propunerilor financiare”*, Consiliul constată că în adresele nr. ■/02.05.2012, către ■ AB adresa nr. ■/02.05.2012, către ■ SA, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă nu a comunicat care sunt „cei 2 ofertanți” a căror propuneri financiare au fost evaluate, fiind încălcat astfel principiul transparenței.

Consiliul constată că a fost încălcat de asemenea și principiul tratamentului egal față de ofertanții rămași în competiție, reținând în acest sens faptul că din analiza propunerilor financiare a celor „2 ofertanți” autoritatea contractantă a comunicat constatările făcute doar cu privire la una dintre acestea, indicându-l pe ofertantul Asocieria ■ AB - ■ SRL - ■ SA

Consiliul constată, de asemenea, faptul că în ceea ce privește motivele de anulare a procedurii de atribuire datorate faptului că ofertele depuse de cei „2 ofertanți” nu pot fi comparate, autoritatea contractantă, pe lângă lipsa de transparență în evaluarea fiecărei oferte, în sensul că nu a indicat care este denumirea fiecărei oferte analizate și aspectele constatate la fiecare dintre acestea, nu a arătat, în mod concret care sunt elementele care fac imposibilă compararea ofertelor și care sunt motivele care fac imposibilă luarea unor măsuri de remediere.

Față de cele menționate anterior, Consiliul constată că anularea procedurii de atribuire motivat de faptul că propunerile financiare nu pot fi comparate pentru aspectele invocate de către autoritatea contractantă nu este întemeiată, criticile aduse de contestatori fiind reținute ca fondate.

Consiliul constată că în raportul procedurii de atribuire nr. ■/02.05.2012, comisia de evaluare a consemnat faptul că, cităm:

„Prin adresa de răspuns nr. ■/26.04.2012 (nr. Inregistrare ■/26.04.2012), Asocierea SC ■ AB SC ■ SRL – SC ■ SA precizează că prețul ofertat este fix și ferm dar menționează expres că nu renunță la aplicarea prevederilor art. 97 al.4 lit.b din HG 925/2006 cu modificările și completările ulterioare. În acest caz, comisia de evaluare constată că nu se poate aprecia în mod clar, concret care va fi prețul total la sfârșitul derulării contractului.

La solicitarea autorității contractante privind prelungirea valabilității ofertei și implicit a garanției de participare pentru Asocierea ■ SA – ■ SA – ■ SA, ofertantul ■ SA prin adresa fără nr./03.04.2012 (nr. Inregistrare ■/05.04.2012) își prelungește valabilitatea ofertei până la 31.05.2012 fără nici o altă precizare.

Având în vedere cele prezentate, comisia de evaluare constată că cele două oferte nu pot fi comparate din cauza modului neuniform abordare a propunerilor financiare fără a se încălca principiile OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare”.

Aceleași argumente au fost prezentate de către autoritatea contractantă și în punctul de vedere nr. ■/29.05.2012 depus la dosarul cauzei cu privire la contestația formulată de către ■ AB.

Însă, având în vedere că din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nu rezultă că acesta a constituit unul dintre motivele care au condus la imposibilitatea comparării propunerilor financiare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a încălcat și cu privire la acesta principiul transparenței, dar și dispozițiile art. 210 din OUG 34/2006.

Consiliul constată că autoritatea contractantă invocă, prin punctul de vedere, ca argument în sprijinul deciziei de anulare a procedurii de atribuire, Ordinul ANRMAP nr. 171/2012 cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire, afirmând că *„Nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, așa cum a fost publicată în SEAP”*. Prevederile actului normativ invocat de către autoritatea contractantă nu sunt aplicabile în prezenta procedură de atribuire având în vedere că acesta a intrat în vigoare, în luna mai 2012, ulterior datei la care a fost inițiată procedura de atribuire, respectiv decembrie anul 2010, Consiliul reținând, în prezenta speță, principiul neretroactivității în timp a legii, motiv pentru care nu poate constitui temei legal în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Nu vor fi reținute în soluționare, și nici ca temei în luarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, susținerile referitoare

la evitarea riscului „de a primi o corecție iminentă” aplicată la valoarea contractului pentru modificarea documentației de atribuire prin clarificări și nu prin erate, având în vedere că, așa cum s-a reținut în motivare, modificările aduse documentației de atribuire prin clarificările din 11.01.2011 și 17.02.2011 nu au vizat modificarea informațiilor din anunțul de participare.

B.-a) Analizând critica formulată de către contestatorul ■ SA cu privire la faptul că prețul ofertat de ■ AB nu este „fix și ferm” în condițiile în care, prin corespondența purtată cu autoritatea contractantă, și-a exprimat dorința de a ajusta prețul contractului conform dispozițiilor art.97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, Consiliul constată următoarele:

Ofertantul ■ AB. a înțeles să beneficieze de dreptul conferit de dispozițiile art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006, drept ce a fost invocat în adresele de prelungire a termenului de valabilitate a ofertei.

Este reținut de către Consiliu faptul că evaluarea propunerilor financiare se face prin raportare la prevederile documentației de atribuire, iar în măsura în care situația prevăzută de art. 97 al. 4 lit. b din HG 925/2006 ar interveni oricare dintre ofertanții participanți la procedura de atribuire este îndreptățit să uzeze de aceasta, aprecierea cu privire la influența aplicării acestei prevederi legale asupra prețului ofertat revenindu-i autorității contractante.

Or, se constată că un astfel de demers nu a fost avut în vedere de către autoritatea contractantă (în raportul procedurii fiind redată doar corespondența purtată cu ofertanții sub acest aspect, fără însă a fi detaliată și argumentată de către comisia de evaluare decizia de anulare a procedurii pe motiv că propunerile financiare nu pot fi comparabile raportat la dispozițiile art.97 al. 4 din HG 925/2006), Consiliul neputându-se substitui comisiei de evaluare.

În ceea ce privește critica adusă modului în care ■ AB. a înțeles să răspundă solicitărilor de eliminare a propunerilor dezavantajoase, Consiliul reține că autoritatea contractantă este în măsură să aprecieze, în baza principiului asumării răspunderii, dacă oferta care conține astfel de clauze este declarată admisibilă, sau să facă aplicarea dispozițiilor art 36 al. 2 lit. b din HG 925/2006, în acest sens, pronunțându-se și prin Decizia nr. ■/■.02.2012.

B.-b) Cu privire la critica adusă de către contestatorul ■ AB. potrivit căreia oferta sa a fost respinsă, cu încălcarea dispozițiilor art. 207 din OUG 34/2006, Consiliul constată că nici în raportul procedurii de atribuire și nici în adresa nr. ■/02.05.2012

autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a luat decizia de respingere a ofertei depusă de acesta. Singurul document în care se regăsește mențiunea „Respins”, având în vedere că este vorba de o licitație electronică, este „Sumarul licitației deschise” la rubrica „Stare”, document emis de SEAP (afișat în 02.05.2012) nu de către autoritatea contractantă, pe de o parte, iar pe de altă parte, tot în SEAP prin documentul „Sumarul licitației deschise” la rubrica „Stare curentă” s-a comunicat ofertanților faptul că, cităm: „Comisia de evaluare a stabilit anularea acestei procedurii de atribuire (...)” aceasta din urmă fiind singura decizie consemnată în raportul procedurii de atribuire și ulterior comunicată contestatorului.

Cu toate acestea, așa cum s-a pronunțat și prin Decizia nr. ■/■.04.2012, Consiliul constată că ■ AB. nu cunoaște care sunt motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, informațiile comunicate de către SEAP sunt altele decât cele comunicate de către autoritatea contractantă, împrеjurarea față de critica apare ca fiind fondată.

Consiliul constată că în ceea ce privește critica potrivit căreia oferta depusă de ■ SA a fost modificată, prin răspunsul la clarificări, prin prezentarea unor documente diferite de cele depuse inițial referitoare la experiența similară (Formularul 18 și procesul-verbal nr. ■/25.04.2012), situație în care, după cum afirmă contestatorul, oferta trebuia descalificată, cât și cu privire la critica potrivit căreia ■ SA nu a dovedit îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară (proces-verbal datat 15.06.2011, emis la trei luni după depunerea ofertei iar Anexa 2 la procesul verbal de recepție nu a fost prezentat), a fost pronunțată Decizia nr. ■/■.11.2011, rămasă definitivă și irevocabilă.

Prin contestația depusă, ■ AB. subliniază caracterul confidențial al documentelor depuse la autoritatea contractantă în fundamentarea economică a prețului ofertat.

Cu privire la acest aspect Consiliul s-a pronunțat atât prin Decizia nr. ■/data de ■.02.2012 cât și prin Decizia nr. ■/data de ■.04.2012, prin aceasta din urmă reținând, cităm:

„Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către autoritatea contractantă adresa cu nr. ■/08.03.2012 prin care ■ AB afirmă cităm:

<<În pofida solicitărilor exprese și repetate ale ■, autoritatea contractantă și CNSC au acordat ■, cu multiple ocazii, acces la informațiile confidențiale sus-menționate și au încălcat secretele comerciale ale ■. (...)

Considerăm că în cadrul procesului descris mai sus, au fost comise infracțiuni numeroase și deosebit de grave împotriva principiilor cheie ale directivelor europene și ale legislației române cu privire la achizițiile publice și protecția secretelor comerciale>>.

Cu privire la afirmațiile de mai sus, Consiliul reiterează aspectele legate de maniera în care ■ AB a procedat atunci când i-a fost solicitat, de către Consiliu, să prezinte dovezi în susținerea caracterului confidențial al informațiilor cuprinse în documentele depuse în justificarea prețului ofertat, aspecte reținute și în cuprinsul Deciziei nr. ■ pronunțată în ■.02.2012, care au determinat Consiliul să permită accesul la dosar ofertantului ■ SA, astfel:

<<Prin adresa (fără număr de înregistrare la intervenient) datată 30.12.2011, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.01.2012, ■ AB a solicitat luarea tuturor măsurilor specifice pentru „împiedicarea accesului lui ■ SA la informațiile confidențiale” care au însoțit adresa ■/14.12.2011, depusă de ■ AB la autoritatea contractantă, ca răspuns la solicitarea de clarificări adresată de ■ în justificarea prețului propus în ofertă.

Sub acest aspect, Consiliul a înaintat autorității contractante adresa nr. ■/12.01.2012, prin care i-a solicitat, printre altele, și transmiterea adresei nr. ■/14.12.2011, depusă de ■ AB și a documentelor aferente acesteia, ■ înaintând cele solicitate prin adresa nr. ■/19.01.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/23.01.2012.

De asemenea, ulterior primirii dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă (în 23.01.2012), prin adresa nr. ■/24.01.2012, Consiliul i-a solicitat intervenientului ■ AB să depună documente doveditoare în susținerea afirmațiilor că documentele transmise autorității contractante prin adresa nr. ■/14.12.2011 sunt „confidențiale sau/și secrete comerciale”, acesta înaintând adresa nr. ■/26.01.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/26.01.2012 la care a anexat o serie de acorduri de confidențialitate, în limba engleză, traducerea acestora în limba română fiind transmisă la CNSC în 27.01.2012, prin adresa nr. ■/27.01.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/27.01.2012.

În vederea stabilirii caracterului confidențial al informațiilor din adresa nr. ■/14.12.2011 și luând în considerare solicitarea contestatorului ■ SA de studiere a dosarului cauzei (a se vedea adresa ■ SA, datată 03.01.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.01.2012), pentru a respecta dispozițiile art. 274 al. 4 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul i-a solicitat intervenientului ■ AB, prin adresa nr. ■/30.01.2012,

să depună la dosarul cauzei cererile de oferte transmise de către furnizorii acestuia cu privire la proiectul ■, cereri despre care intervenientul a făcut vorbire la pct. 3, liniuța a 2-a din adresa nr. ■/26.01.2012.

Prin adresa nr. ■/31.01.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/31.01.2012, ■ AB a solicitat audiențe care să aibă ca scop „o discuție clarificatoare cu privire la modul de organizare, structurare și protejare a informațiilor ajunse la dispoziția CNSC”, nepunând la dispoziție înscrisurile solicitate de CNSC prin adresele nr. ■/24.01.2012 și nr. ■/30.01.2012>>.

Prin urmare, față de împraturarea că ■ AB nu a depus, conform solicitărilor CNSC, documente din care să rezulte caracterul confidențial și/sau secret comercial al documentelor invocate, Consiliul a fost obligat să respecte prevederile art. 274 al. 4 din OUG 34/2006, afirmațiile citate anterior din adresa nr. ■/08.03.2012 se dovedesc a fi tendențioase și nefondate”.

Având în vedere faptul că au fost pronunțate decizii cu privire la aspectul legat de caracterul confidențial al documentelor depuse în dovedirea fundamentării prețului, și faptul că ■ AB. s-a limitat doar la a face afirmații cu privire la caracterul confidențial al documentelor, fără a depune și dovezi în acest sens, nici la solicitarea Consiliului și nici din proprie inițiativă, în sensul că documentele considerate a fi confidențiale să fie însoțite la momentul depunerii la autoritatea contractantă de documente doveditoare, astfel încât CNSC să fie ținut de obligația respectării caracterului confidențial al acestora, Consiliul a respectat dispozițiile art.274 al. 4 din OUG 34/2006.

Legat de caracterul confidențial și „secret comercial” al documentelor depuse pentru fundamentarea prețului ofertat, în prezenta cauză, ■ AB. a solicitat, prin adresa nr. ■/07.06.2012, „Cerere de adresare a unei întrebări preliminare” către Curtea de Justiție a UE, întemeiată pe dispozițiile art. 267 din Tratatul privind funcționarea UE.

Cu privire la aceasta, Consiliul se va pronunța în sensul respingerii, ca nefondată, a cererii formulată de ■ AB. având în vedere faptul că, în prezenta cauză, nu este reținută imposibilitatea de interpretare și aplicare a dreptului comunitar față de dreptul intern cu privire la caracterul public al documentelor prezentate pe parcursul procedurii de atribuire, reglementat de dispozițiile art. 215 din OUG 34/2006, ci faptul că, așa cum s-a pronunțat Consiliul și prin ultimele două decizii, contestatorului ■ i-au fost solicitate dovezi în susținerea afirmațiilor privind caracterul confidențial și de secret comercial al

documentelor depuse în fundamentarea prețului, însă acesta nu a depus astfel de dovezi.

Pentru considerentele reținute în soluționarea celor două contestații și față de caracterul fondat al criticilor aduse deciziei de anulare a procedurii de atribuire și adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, în temeiul art. 278 al. 2 și 6 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestațiile formulate de Asociera ■ AB - ■ SRL - SC ■ SA și Asociera ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SA, anulează raportul procedurii nr. ■/02.05.2012 și actele subsecvente acestuia emise de către autoritatea contractantă ■.

Obligă ■ ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor rămase în cadrul procedurii de atribuire și cu luarea în considerare a celor prezentate în motivare.

Rezultatul reevaluării ofertelor va fi comunicat ofertanților cu respectarea prevederilor Secțiunii a V-a a cap. V din OUG 34/2006.

În conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 exemplare originale, conține 76 (sapezecisisase) pagini