

D E C I Z I E
BO2012_0128
Data: ■.2012

Prin contestația fără număr din 20.01.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/20.01.2011, depusă de ■ LTD. cu sediul social în ■, înmatriculată sub nr. ■, certificat TVA nr. ■, licența de afaceri nr. ■, eliberată de către Administrația pentru Industrie și Comerț ■, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet avocat ■, din ■, împotriva deciziei de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. ■/11.01.2012 emisă de către SC ■ SA cu sediul social în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, s-a solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea deciziei de anulare a procedurii, comunicata prin adresa nr. ■/11.01.2012;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/11.01.2012;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și la evaluarea ofertelor depuse prin aplicarea criteriilor de atribuire.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În baza art. 278 al. 5 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, respinge ca nefondată contestația depusă de ■ LTD.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 3 din OUG 34/2006 aprobată prin Legea 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare potrivit art. 281 al. 1 din ordonanța de urgență.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ■ LTD. în calitate de ofertant la procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare organizată de către autoritatea contractantă SC ■ SA în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ■/■.06.2011, a solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea deciziei de anulare a procedurii, comunicata prin adresa nr. ■/11.01.2012;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/11.01.2012;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și la evaluarea ofertelor depuse prin aplicarea criteriilor de atribuire.

Prin adresa nr. ■/24.01.2012, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ■ LTD. la CNSC și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, copia dosarului achiziției publice și punctul de vedere cu privire la contestație. Prin aceeași adresă, Consiliul a solicitat autorității contractante ca, în același termen, să transmită copia ofertelor prezentate în cadrul procedurii, copia clarificărilor solicitate referitor la ofertele depuse și răspunsurile primite, precum și orice documente considerate edificatoare în cauza supusă soluționării.

SC ■ SA, reprezentată de Societatea Civilă de Avocați ■ a transmis, prin fax, punctul său de vedere cu privire la contestație, cu nr. ■/26.01.2012, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/26.01.2012.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării CNSC din adresa nr. ■/24.01.2011, transmitând documentele cerute de acesta, înregistrate la Consiliu cu nr. ■/26.01.2012.

Prin adresa FN de înregistrare din 26.01.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/27.01.2012, ■ LTD. prin Cabinet de avocat ■, solicită accesul la dosarul cauzei.

CNSC transmite adresa nr. ■/31.01.2012, prin care comunică contestatoarei acceptul instituției pentru studierea documentelor aflate la dosarul achiziției publice.

■ LTD. prin Cabinet de avocat ■, s-a prezentat la sediul Consiliului în 31.01.2012, 03.02.2012 și 07.02.2012 pentru studierea dosarului achiziției publice și multiplicarea unor file din acesta.

Prin adresa FN din 07.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/08.02.2012, ■ LTD. solicită efectuarea unei expertize, în vederea lămuririi unor aspecte de natură tehnică și financiară, invocate de către autoritatea contractantă în motivarea deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică, în temeiul art. 275 al. 4 din OUG 34/2006.

CNSC transmite adresele nr. ■ și ■/08.02.2012 către contestatoare, respectiv autoritatea contractantă, prin care îi invită la sediul Consiliului în 13.02.2012 ora 11.00, pentru a da lămuririle necesare cu privire la aspectele de ordin tehnic cuprinse în dosarul cauzei și prezentarea de concluzii orale.

Prin adresele înregistrate la Consiliu cu nr. ■ și ■/09.02.2012, contestatoarea și autoritatea contractantă confirmă primirea și își dau acordul pentru propunerea de întâlnire la sediul Consiliului.

Prin adresa nr. ■/10.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/10.02.2012, ■ LTD. transmite răspunsul său la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă referitor la contestația depusă.

La 13.02.2012, contestatoarea și autoritatea contractantă s-au prezentat la sediul Consiliului, cu ocazia audierii în fața completului de soluționare nr. ■, în urma ședinței fiind încheiat procesul-verbal nr. ■.

Prin adresa nr. ■/15.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■, contestatoarea depune concluzii scrise, rezultate în urma ședinței de audieri.

Prin adresa nr. ■/15.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/15.02.2012, autoritatea contractantă depune concluzii scrise, rezultate în urma ședinței de audieri.

Prin adresa nr. ■/16.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/16.02.2012, autoritatea contractantă transmite un supliment la concluziile scrise și transmise la 15.02.2012.

Prin adresa nr. ■/16.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/16.02.2012, contestatoarea transmite prin fax observațiile sale cu privire la concluziile scrise formulate de autoritatea contractantă în urma ședinței de audieri.

În motivarea contestației sale, ■ LTD. evocă faptul că la data de 11.01.2012, după mai bine de 100 de zile de la data depunerii ofertei finale, autoritatea contractantă a transmis

adresa nr. ■/11.01.2012 prin care comunică, în temeiul dispozițiilor art. 206 și art. 210 din OUG 34/2006, anularea procedurii de atribuire având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”.

Contestatoarea face referire la prevederile art. 206 și art. 210 din OUG 34/2006 și dorește să demonstreze neîndeplinirea de către autoritatea contractantă a cerinței imperative a art. 210 cu privire la comunicarea prin adresa nr. ■/11.01.2011 a motivului concret care a determinat decizia de anulare a procedurii de achiziție.

Astfel, contestatoarea stipulează că, potrivit informațiilor din cuprinsul adresei nr. ■/11.01.2011, autoritatea contractantă invocă, în încercarea de a-și „motiva” decizia de anulare a procedurii pe dispozițiile art. 209 al. 1 lit. c și al. 4 lit. b din OUG 34/2006, cu trimitere la dispozițiile art. 4 al. 6 din același act normativ, privind funcția de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Contestatoarea consideră că se impune analizarea dacă și în ce măsură, prin invocarea celor doua articole, autoritatea contractantă îndeplinește cerința statuată în art. 210 din OUG 34/2006, respectiv aceea de comunicare a motivului de anulare a procedurii de achiziție.

Contestatoarea stipulează că din analiza cumulativă a celor doua texte legale invocate, rezultă faptul că anularea procedurii în temeiul dispozițiilor art. 209 al. 1 lit. c presupune verificarea existenței situației enunțate de legiuitor la art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, respectiv „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”.

Astfel, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să indice concret erorile și omisiunile constatate, precum și măsurile corective care ar conduce la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f din OUG 34/2006.

Contestatoarea consideră că simpla susținere a autorității contractante, potrivit căreia „... observatorii desemnați UCVAP au solicitat ANRMAP un punct de vedere în conformitate cu dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2008”, iar „Punctul de vedere emis de ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a

legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori”, nu este suficientă pentru a proba respectarea cerințelor art. 209 al. 1 lit. c raportat la art. 209 al. 4 lit. b și art. 210 din OUG 34/2006, neindicându-se de către aceasta concret, erorile și omisiunile constatate.

Contestatoarea stipulează că nu se arată nicăieri, în cuprinsul adresei de comunicare a anulării procedurii, în ce constă concret imposibilitatea autorității contractante de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f din OUG 34/2006 și nici care sunt principiile posibil a fi încălcate prin adoptarea măsurilor corective propuse, rezultă faptul că SC ■ SA nu a respectat cerința imperativă statuată de legiuitor, de indicare a motivelor concrete ce au stat la baza deciziei de anulare a procedurii.

Sanctiunea ce se impune față de neindicarea motivelor concrete de anulare a procedurii este desființarea deciziei de anulare a procedurii și a actului prin care aceasta a fost comunicată și, în consecință, contestatoarea solicită Consiliului sancționarea SC ■ SA conform dispozițiilor legale incidente.

De altfel, doctrina și practica în materie sunt constante în a aprecia necesitatea indicării motivelor concrete ce au determinat decizia autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică, sub sancțiunea anulării acestei decizii, evocă contestatoarea și exemplifică în acest sens deciziile nr. 318/CA/09.10.2008 și nr. 394/CA/2009-R ale Curții de Apel ■ - Secția Comercială și de Contencios Administrativ și Fiscal.

Contestatoarea precizează că dacă motivul concret de anulare nu este indicat, agentul economic participant la procedură va fi prejudiciat întrucât nu va cunoaște care erau acele erori sau omisiuni care a făcut imposibilă continuarea procedurii, după deschiderea ofertelor și nu va putea argumenta o posibilă contestație la Consiliu.

Contestatoarea învederează Consiliul asupra faptului că trimiterea la art. 4 al. 6 din OUG 30/2006 făcută de autoritatea contractantă nu acoperă cerința imperativ statuată de legiuitor în sensul indicării motivelor concrete ce au condus la adoptarea de către SC ■ SA a deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

În opinia contestatoarei, este abuzivă maniera în care autoritatea contractantă înțelege să „motiveze” decizia de anulare a procedurii prin extragerea din context a articolului mai sus citat.

Contestatoarea precizează că la o analiză în ansamblu a OUG 30/2006, se observă faptul că interpretarea acestui articol cu excluderea restului dispozițiilor din cuprinsul OUG 30/2006 relevă o cu totul altă intenție a legiuitorului decât cea pe care SC ■ SA a înțeles să o atribuie textului de lege citat, modificând astfel voința reală a legiuitorului.

Contestatoarea arată faptul că prin OUG 30/2006, se desemnează Ministerul Finanțelor Publice ca organ de specialitate al administrației publice centrale responsabil pentru îndeplinirea funcției de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor care intră sub incidența legislației privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, iar această activitate este exercitată la nivel central printr-o structură de specialitate, fără personalitate juridică, respectiv UCVAP.

În vederea îndeplinirii atribuțiilor prevăzute în OUG 30/2006, UCVAP desemnează observatori care participă și verifică etapele procedurii de atribuire, aceștia nefăcând parte din comisiile de evaluare a ofertelor.

Pe parcursul derulării activității de verificare, observatorii au dreptul să consulte ANRMAP, prin intermediul UCVAP. Punctul de vedere emis de ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori.

Contestatoarea consideră că nu se poate justifica decizia de anulare a procedurii pe acest motiv, cu atât mai mult cu cât în cuprinsul adresei nr. ■/11.01.2012, autoritatea contractantă prezintă un fragment din acest punct de vedere, fără ca din conținutul său să poată rezulta în mod concret omisiunile, erorile constatate pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire, precum nici imposibilitatea autorității contractante de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a- f.

În probarea susținerilor sale, contestatoarea aduce la cunoștința Consiliului *„o serie de aspecte care evidențiază atitudinea cel puțin nerezonabilă și de rea credință, dacă nu chiar abuzivă, a autorității contractante”*, după cum urmează:

- la 10.10.2011, prin adresa nr. ■, autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare depuse până la 30.12.2011. Autoritatea contractantă a acordat acesteia un termen de 4 zile pentru

prezentarea dovezii de prelungire solicitate, respectiv până la 14.10.2011;

- la 10.11.2011, prin adresa nr. ■, transmisă prin fax la ora 16:42, autoritatea contractantă informează despre incidența în speță a dispozițiilor art. 202 al. 1 din OUG 34/2006 coroborate cu dispozițiile art. 361 din HG 925/2006, solicitând contestatoarei justificarea prețului ofertat. Termenul stabilit de către autoritatea contractantă, în vederea comunicării răspunsului la această adresă a fost 11.11.2011, ora 12:00, peste nici 24 de ore;

- la 21.12.2011, prin adresa nr. ■, autoritatea contractantă a solicitat acesteia prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare depuse până la data de 30.01.2012; autoritatea contractantă a acordat un termen de 9 zile pentru prezentarea dovezii de prelungire solicitate, respectiv până la 30.12.2011.

Contestatoarea apreciază că este evidentă *„intenția autorității contractante de eliminare a acesteia din cursă”* și în același sens au fost solicitările de clarificări pe parcursul acestei proceduri.

Concluzionând, contestatoarea arată faptul că autoritatea contractantă nu a respectat cerința imperativă a dispozițiilor art. 210 raportat la art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, neindicând concret în ce constau erorile și omisiunile constatate, precum nici în ce constau măsurile corective ce ar duce la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f și care sunt principiile a căror încălcare ar fi făcută prin adoptarea respectivelor măsuri corective.

Contestatoarea precizează că se poate observa că documentația de atribuire a făcut obiectul unui proces extrem de complex de analiză, inclusiv din punct de vedere al modalității de aplicare a criteriilor de evaluare (completarea „vectorului fiecărui ofertant” cu datele furnizate de către aceștia), la care au participat specialiștii ai managerului de proiect - în calitate de elaborator, specialiștii ai controlului tehnic - în calitate de organism independent de verificare din punct de vedere tehnic și specialiștii ai autorității contractante - în calitate de beneficiar, nefiind constatate niciun fel de abateri de la prevederile legislative, erori sau omisiuni care să împiedice ofertanții să-și exprime componenta financiară a ofertei într-un preț determinat de către ei.

Mai mult decât atât, ANRMAP, în conformitate cu atribuțiile ce-i revin, a verificat conformitatea documentației de

atribuire/anunțului/invitației de participare cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice, înainte de postarea acesteia pe SEAP și lansarea propriu-zisă a procedurii de achiziție.

În vederea verificării și evaluării propunerilor tehnice, în conformitate cu prevederile art. 73 al. 3 lit. a din HG 925/2006, au fost desemnați ca și experți cooptați pe parte tehnică atât reprezentanți ai managerului de proiect (domnul ■ și doamna ■), cât și reprezentanți ai organismului de control tehnic (domnul ■ și domnul ■).

De asemenea, în vederea negocierii clauzelor contractuale, în conformitate cu prevederile art. 73 al. 3 lit. c din HG 925/2006 au fost desemnați ca și experți cooptați pe parte juridică doamna ■, domnul ■, domnul ■ și domnul ■.

Contestatoarea stipulează că în situația în care, în mod real s-ar fi constatat erori sau omisiuni pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă avea toate pârghiile necesare și dispunea de specialiști în toate domeniile (tehnic, juridic, economic) pentru a putea adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f din ordonanța de urgență și deci la anularea prezentei proceduri de achiziție.

Contestatoarea precizează că în sprijinul acestor afirmații vine și corespondența dintre autoritatea contractantă și aceasta, coroborată cu procesele-verbale ale ședințelor de negociere, din care reiese fără echivoc faptul că în foarte multe situații (inclusiv după depunerea ofertelor finale), aceasta solicitând documente suplimentare față de cele prevăzute în cadrul documentației de atribuire și chiar acordul ca oferta să fie analizată de către terțe părți care nu aveau niciun fel de atribuție legală în evaluarea ofertelor în conformitate cu legislația achizițiilor publice.

Contestatoarea afirmă că invocarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 209 al. 1 lit. c din OUG 34/2006, coroborate cu prevederile art. 209 al. 4 lit. b din același act normativ, ca motiv al anulării procedurii de atribuire în contextul prezentat mai sus, este în mod evident nelegală și abuzivă.

În conformitate cu prevederile fișei de date, Secțiunea III. „Criteriul de atribuire. Modalitatea de ofertare și evaluare”, autoritatea contractantă a stabilit ca și criteriu de atribuire, cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic, în cazul

de față fiind cel mai ridicat NPV al proiectului obținut prin utilizarea turbinei ofertate de fiecare participant la procedură.

Contestatoarea face următoarele precizări referitoare la respectiva procedură:

- fiecărui ofertant declarat calificat i s-a pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, în baza unui proces verbal de predare-primire, un CD care conține, pe lângă alte informații, măsurătorile potențialului eolian în locație și tabelul în format Microsoft EXCEL care va sta la baza analizării ofertelor, incluzând formulele complete de calcul pentru determinarea valorii NPV și a valorii IRR pe baza input-urilor introduse de către ofertant;

- încă de la începutul ședințelor de negociere, fiecare ofertant a putut să analizeze formulele de calcul și să-și facă propriile simulări având absolut toate elementele pentru a-și putea determina valoarea NPV;

- așa cum reiese din tabelul de calcul al valorii NPV pe care l-a avut la dispoziție fiecare ofertant, a fost necesară introducerea unor elemente pentru determinarea acestei valori (puterea instalată a turbinelor ofertate, factorul de capacitate, prețul/MW respectiv prețul/turbină - inclusiv transport, montaj, instalare, punere în funcțiune, echipamente adiționale de comandă și control etc., prețul operațiunilor de mentenanță și service pentru o perioadă de 20 ani, disponibilitatea medie anuală a parcului eolian).

Contestatoarea precizează faptul că fiecare ofertant avea obligația, pe lângă alte specificații tehnice, să prezinte în cadrul propunerii tehnice, curba de putere a echipamentului ofertat, fiind obligată să garanteze această curbă pe toată perioada de funcționare a parcului, așa cum este precizat la pag.14 din caietul de sarcini, iar la pag. 13 a acestuia se mai precizează faptul că producția anuală netă de energie realizată reprezintă cel mai important factor de evaluare a ofertelor.

Contestatoarea precizează că pe parcursul ședințelor de negociere, factorul de capacitate a fost calculat în timp real, atât de către experții cooptați ai autorității contractante, cât și de către specialiștii acesteia și toate neclaritățile cu privire la modalitatea de calcul au fost soluționate în cadrul acestor ședințe, factorul de capacitate ce urmează a intra în tabelul de calcul NPV fiind agreat de ambele părți și asumat în cadrul ofertei finale, iar observatorii UCVAP prezenți la ședința de deschidere a ofertei au precizat în procesul-verbal că „nu au fost constatate neconformități”.

Astfel, contestatoarea deduce din toate aceste motive, că oferta sa, depusă în cadrul prezentei proceduri de achiziție, a respectat întocmai prevederile documentației de atribuire, autoritatea contractantă dispunând de toate elementele necesare aplicării criteriului de atribuire și adjudecării procedurii.

Contestatoarea afirmă că *„ținând cont de această situație, faptul că un alt ofertant nu are capacitatea să înțeleagă și să elaboreze o ofertă după depunerea unei oferte preliminare și patru runde de negociere în care avea posibilitatea să se edifice dacă dorea asupra oricăror eventuale neclarități cu privire la criteriile și modalitatea de evaluare a ofertelor sau, mai grav, a încercat în mod deliberat să eludeze anumite obligații stipulate de către autoritatea contractantă în documentația descriptivă, nu reprezintă baza legală pentru anularea unei proceduri de achiziție în conformitate cu prevederile OUG 34/2006”*.

În acest sens, pe baza datelor disponibile, contestatoarea deduce că *„paragraful trunchiat extras din punctul de vedere ANRMAP și prezentat de către autoritatea contractantă ca unul dintre principalele motive de anulare a procedurii de achiziție, nu se referă la întreaga procedură de achiziție, atâta timp cât s-a demonstrat că ofertanții au avut la dispoziție toate elementele din partea autorității contractante pentru elaborarea ofertelor și determinarea prețului final, inclusiv formulele de calcul aplicabile în fișierul Microsoft Excel, ci se referă strict la modalitatea în care celălalt ofertant calificat în cadrul procedurii a înțeles să-și elaboreze oferta finală”*.

Contestatoarea precizează faptul că *„încă de la începutul derulării prezentei proceduri de achiziție, autoritatea contractantă a manifestat o atitudine ostilă față de compania ■, încercând prin toate mijloacele să determine eliminarea acesteia din competiție, prin formularea a tot felul de cerințe suplimentare care nu erau prevăzute în cadrul documentației de atribuire și nici nu făceau obiectul criteriilor de evaluare. Mai mult decât atât, în repetate rânduri experții cooptați desemnați din partea managerului de proiect, domnul ■ și doamna ■ au afirmat în cadrul ședințelor de negociere că oferta ■ nu ar fi conformă sau nu ar respecta anumite cerințe privind racordarea la rețea, impuse de către operatorul național de transport ■, cu toate că nu fusese încă depusă oferta finală și reprezentanții ■ au oferit garanții care elimină orice risc din partea autorității contractante cu privire la astfel de situații”*.

Referitor la modalitatea de elaborare a ofertei finale, contestatoarea afirmă că s-a consemnat în cadrul ședinței de

negociere din 15-16.09.2011 faptul că „părțile au agreeat ca în oferta finală, documentele care au fost deja depuse în copie legalizată la ■ în oferta preliminară sau pe parcursul desfășurării rundelor de negociere, să fie depuse doar în copie...”, autoritatea contractantă solicitând ca oferta să fie elaborată integral în forma finală ce a rezultat în urma ședințelor de negociere.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază ca lipsită de orice îndoială, netemeinicia deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, solicitând Consiliului anularea acesteia.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 275 al. 4 din OUG 34/2006, contestatoarea solicită încuviințarea probei cu expertiză.

În punctul său de vedere asupra contestației depusă de ■ LTD., autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- prin anunțul de participare numărul ■/■.06.2011 publicat în SEAP, se informează potențialii operatori economici interesați despre organizarea unei proceduri de negociere în temeiul art. 251 din OUG 34/2006, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, în prealabil fiind publicat un anunț de intenție în SEAP sub numărul ■/■.04.2011 și în Jurnalul Oficial al UE cu numărul ■/■.04.2011;

- până la data de deschidere a candidaturilor, respectiv 16.06.2011 au fost depuse 3 candidaturi din partea următorilor operatori economici: SC ■ SRL, ■ GmbH și ■ LTD.;

- ulterior au fost solicitate clarificări de la cei 3 candidați, data și ora limită de depunere a acestora fiind stabilite pentru 30.06.2011, ora 12.00; dintre aceștia, ■ GmbH nu a răspuns la solicitarea de clarificare transmisă de autoritatea contractantă;

- în urma răspunsurilor primite, comisia de evaluare a respins candidatura ■ GmbH pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare și selecție solicitate prin documentația de atribuire pentru faza I de derulare a procedurii de preselecție a candidaților și a considerat conforme celelalte două candidaturi;

- comunicările privind preselecția candidaților au fost transmise către cei 3 candidați la 01.07.2011;

- ulterior acestei primei etape de preselecție a candidaților, calendarul procedurii prevedea etapa intermediară a depunerii și deschiderii ofertelor și subsecvent acesteia autoritatea contractantă a inițiat a doua etapă, cea a

negocierilor în runde succesive cu fiecare ofertant în parte; în cadrul etapei intermediare, fiecare candidat trebuia să depună următoarele: propunerea financiară, propunerea tehnică și propunerea de modificare și/sau completare a clauzelor contractuale;

- criteriul de atribuire a contractului de achiziție este cel al ofertei celei mai avantajoase din punct de economic, în cazul de față indicele Valorii Nete Actualizate (NPV) calculat conform Anexei 4 a caietului de sarcini. Factorii de evaluare a ofertelor erau următorii:

a) producția anuală netă de energie realizată - factorul cu importanța cea mai ridicată,

b) prețul echipamentelor inclusiv transport, instalare și punere în funcțiune,

c) prețul serviciilor de mentenanță și service pe toată durata contractului,

d) disponibilitatea tehnică a echipamentului.

- în legătură cu cel de-al treilea factor menționat anterior, trebuie făcută o precizare în sensul că, potrivit pct. VIII.1 din fișa de date a achiziției, pentru partea de servicii de mentenanță, propunerea financiară poate conține elemente variabile în funcție de producția obținută, dar trebuie prezentată formula de calcul utilizată în acest sens;

- în ceea ce privește factorul producției de energie - *capacity factor*, acesta este în strânsă relație cu indicele curbei de putere a unei turbine eoliene; acest ultim indice se furniza de către ofertanți, care, în speță, din motive de confidențialitate, au pus la dispoziție indicele respectiv odată cu oferta finală. Este important, de asemenea, de adăugat că în concret transpunerea specificațiilor tehnice ale turbinelor peste caracteristicile locației parcului se realizează prin intermediul programului informatic WindPRO, unanim acceptat la nivel mondial. Acest proces de evaluare, specific industriei energiei eoliene, implică un volum mare de date care trebuie introduse în program precum și multiple setări ale acestuia;

- la momentul redactării documentației de atribuire, autoritatea contractantă preconiza să efectueze ea personal introducerea datelor în software-ul WindPRO, această posibilitate nefiind lăsată la îndemâna ofertanților, însă, în documentația de atribuire nu se regăsesc setările programului WindPRO care au relevanță în modul de determinare a producției de energie; în plus, se menționează că în cazul ofertanților care au oferit preț variabil pentru mentenanță (ex.

- SC ■ SRL), acesta se calculează în funcție de *capacity factor* determinat potrivit paragrafului precedent;
- deschiderea propunerilor tehnice și financiare, precum și a propunerilor privind clauzele contractuale a avut loc la sediul autorității contractante, în 18.07.2011, în prezența membrilor comisiei de evaluare, a reprezentanților împuterniciți ai ofertanților și a observatorilor desemnați de UCVAP;
- negocierile dintre membrii comisiei de evaluare și experții cooptați, pe de o parte și reprezentanții împuterniciți ai ofertanților, pe de altă parte, s-au desfășurat în perioada 03.08.2011 - 20.09.2011; în cadrul acestei etape nu s-au înaintat propuneri financiare finale, acestea urmând a fi depuse odată cu depunerea ofertelor finale;
- deschiderea ofertelor finale și a propunerilor privind clauzele contractuale a avut loc la sediul autorității contractante, în ziua de 03.10.2011 în ședințe separate organizate cu cei 2 ofertanți, potrivit art. 56 al. 2 din HG 925/2006, în acest scop încheindu-se procesele-verbale nr. ■/03.10.2011 și nr. ■/03.10.2011;
- propunerea tehnică finală depusă de SC ■ SRL s-a constituit din oferta preliminară care a rămas nemodificată, alături de documentele confidentiale precum și documentele solicitate pe parcursul negocierilor;
- pe parcursul perioadei de analizare a ofertelor finale s-au organizat mai multe ședințe de evaluare referitoare la conformitatea celor două oferte depuse în cadrul procedurii de atribuire. Astfel, s-a solicitat ambilor ofertanți prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare până la data de 30.12.2011. Ulterior a fost necesară prelungirea valabilității aceluiași documente până la 30.01.2012;
- în conformitate cu art. 73 al. 1 din HG 925/2006, autoritatea contractantă a decis cooptarea mai multor experți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor;
- în vederea concluzionării cu privire la anumite aspecte tehnice, s-a solicitat celor doi ofertanți acceptul de verificare la compania ■ SA a unor date tehnice declarate în perspectiva racordării la sistem a turbinelor ofertate. Cu privire la aceasta, SC ■ SRL a răspuns afirmativ, pe când ■ LTD. a declarat că nu este de acord cu transmiterea de documente. ■ SA este operatorul național de sistem care autorizează conectarea la SEN (Sistemul Energetic Național) a centralelor eoliene cu puteri peste 10 MW și era mai mult decât necesar să se verifice compatibilitatea - nu a propunerilor tehnice ale celor doi

oferanți, ci a anumitor date tehnice - cu normativele în vigoare ce privesc racordarea la sistemul național. Oricum aceste date trebuiau transmise la ■ SA pentru autorizarea intrării și funcționării în sistemul național a echipamentelor la faza de punere în funcțiune. Din documentația de atribuire, se observă că nu există o detaliere a cerințelor de racordare la sistemul energetic național, normativele în acest sens regăsindu-se în legislația incidentă;

- în condițiile anumitor neclarități de natură procedurală, observatorii din cadrul UCVAP au solicitat, în temeiul OUG 30/2006 emiterea de către ANRMAP a unui punct de vedere referitor, printre altele, la determinarea valorii totale a propunerii financiare depuse de către un ofertant. Din adresele emise de ANRMAP la data de 15 și 16 decembrie 2011 au rezultat anumite neregularități referitoare la:

a) modul de întocmire a documentației de atribuire,

b) determinarea prețului unei oferte depuse în cadrul procedurii de achiziție publică.

- față de conținutul adreselor primite de la ANRMAP, comisia de evaluare a observat că, în speță sunt incidente dispozițiile art. 209 al. 1 lit. c coroborate cu cele ale art. 209 al. 4 din OUG 34/2006 și a hotărât anularea procedurii de achiziție publică; raportul procedurii a fost înregistrat la data de 11 ianuarie 2012 sub nr. ■;

- la 11 ianuarie 2012, autoritatea contractantă a informat pe cei doi ofertanți cu privire la decizia de anulare a procedurii și motivele care au fundamentat această decizie;

- împotriva deciziei de anulare, ■ LTD. a formulat contestație solicitând anularea acestei decizii, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și la evaluarea ofertelor depuse prin aplicarea criteriilor de atribuire.

Autoritatea contractantă consideră contestația ca fiind neîntemeiată și solicită Consiliului respingerea acesteia, având în vedere următoarele precizări:

- anularea procedurii a avut la bază, așa cum a fost enunțat în raportul procedurii și în comunicarea privind rezultatul procedurii, faptul că documentația de atribuire are grave abateri de la prevederile legislative; prin grave abateri achizitorul a înțeles în afara celor menționate explicit, și cerințe, precum și parametri tehnici omiși în cadrul caietului de sarcini;

- condițiile tehnice omise (parametrii omiși) sunt de natură tehnică obligatorie, nerespectarea acestora (prin omitere de a fi solicitați în caietul de sarcini) conduce la imposibilitatea

racordării la sistem a grupurilor generatoare și care, prin nerespectare ar conduce la cheltuirea sumei de circa 60 milioane euro inutil și ineficient, cu încălcarea art. 2 al. 2 din OUG 34/2006;

- aceste date tehnice (omise în mod nepermis din caietul de sarcini), nerespectate de ofertanți, sunt cuprinse în adresa ■ SA nr. ■/17.11.2011 și se referă la respectarea Ordinului 51 și codul tehnic al rețelei;

- faptul că în comunicarea de anulare nu au fost aduse lămuriri privind gravele abateri, este pentru că ■ LTD. a cerut confidențialitatea datelor tehnice;

- autoritatea contractantă nu poate încălca principiul utilizării eficiente a fondurilor publice imperativ consacrat de art. 2 al. 2 lit. f din OUG 34/2006 prin continuarea unei proceduri de achiziție publică având drept scop atribuirea unui contract în valoare de circa 60 milioane de euro, cât timp această procedură este afectată de abateri grave pe argumente atehnice privind respectarea normelor legale de conectare la Sistemul Energetic Național;

- prin contestația depusă, se invocă următoarele critici cu privire la decizia de anulare:

- a) autoritatea contractantă nu ar fi indicat motivul concret ce a determinat decizia de anulare prin raportare la art. 210 din OUG 34/2006,

- b) în subsidiar, motivul invocat de către autoritatea contractantă nu ar fi temeinic.

Autoritatea contractantă menționează că termenul prevăzut de art. 256² din OUG 34/2006 este de ordine publică, astfel că precizarea contestatoarei în sensul că își rezervă dreptul de a suplimenta motivarea contestației după observarea întregului dosar al achiziției publice este lipsită de efecte juridice. Consiliul este legal învestit să se pronunțe doar asupra criticilor formulate prin contestație înăuntrul termenului prevăzut de art. 256² din OUG 34/2006, precum și asupra apărărilor formulate de către SC ■ SA, eventualele motive „suplimentare” pe care le-ar formula ulterior contestatoarea fiind tardive.

Autoritatea contractantă consideră că a respectat prevederile art. 210 din OUG 34/2006, indicând motivul concret și temeinic care a stat la baza emiterii deciziei de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Autoritatea contractantă solicită Consiliul să observe că ulterior deschiderii ofertelor finale la 03.10.2011, comisia de

evaluare a solicitat clarificări de la ofertanți. Astfel, inițial s-a solicitat prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare până la 30.12.2011, ultimul răspuns în acest sens fiind înregistrat la 14.10.2011. Apoi, s-a verificat dacă cei doi ofertanți sunt de acord cu prezentarea anumitor date tehnice către SA, precum și cu privire la acceptarea clauzelor contractuale minimale, ultimul răspuns în acest sens fiind înregistrat la data de 08.11.2011. Ulterior, fiind incidente dispozițiile art. 36¹ din HG 925/2006, comisia de evaluare a fost obligată să solicite ofertanților justificarea prețului neobișnuit de scăzut pe care a trebuit ulterior să o analizeze.

Autoritatea contractantă precizează că determinarea vectorului fiecărui ofertant s-a făcut subsecvent deschiderii ofertelor finale, pe baza indicelui curbei de putere, ceea ce a necesitat timp în vederea efectuării calculului și purtării corespondenței cu ofertanții în acest scop.

În consecință, în vederea respectării principiilor ce guvernează achizițiile publice, comisia de evaluare a trebuit să solicite ofertanților clarificări cu privire la ofertele finale depuse de către aceștia, în temeiul art. 201 din OUG 34/2006.

Autoritatea contractantă consideră nefondată critica contestatoarei cu privire la pretinsa nemotivare a deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică, astfel:

- prin comunicarea rezultatului procedurii, contestatoarea a fost informată că documentația de atribuire nu cuprinde toate datele și elementele necesare pentru ca operatorii economici interesați să fie în măsură să elaboreze în mod complet propunerea financiară, iar obligația de a menționa în mod clar și precis condițiile procedurii de atribuire incumbă autorității contractante potrivit art. 33 din OUG 34/2006;

- în niciun caz, textul de lege invocat de către contestatoare, respectiv art. 210 din OUG 34/2006 nu impune o motivare amplă, ci, raportat la datele speței, este mai mult decât suficient să fie transmis ofertanților concluziilor raportului procedurii întocmit de către comisia de evaluare. Orice altă interpretare ar conduce la ideea că întreg raportul trebuie comunicat ofertanților, or norma juridică impune menționarea motivului concret fără alte adăugiri așa cum considera contestatoarea;

- din analizarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii reiese că se motivează, printre altele, decizia de anulare pe prevederile art. 33 din OUG 34/2006 și pe cele ale OUG 30/2006, care conferă punctelor de vedere emise de

ANRMAP caracterul de interpretare oficială a legislației achiziției publice, fiind obligatorii pentru autoritatea contractantă;

- prin punctul de vedere emis de ANRMAP, se statuează că s-a încălcat de către autoritatea contractantă obligația prevăzută la art. 33 din OUG 34/2006 prin neindicarea modului de calcul al valorii totale a propunerii financiare, aspect ce pune operatorii economici în imposibilitatea de a-și asuma angajamente din punct de vedere juridic.

În vederea determinării unui element esențial al ofertei, respectiv prețul, autoritatea contractantă apreciază că trebuia să includă în documentația de atribuire toate condițiile pentru ca ofertanții să poate determina valoarea totală a propunerii financiare, modalitatea de a lăsa autoritatea contractantă să determine acest rezultat fiind în mod flagrant în discordanță cu principiile achiziției publice. Or, în speță, propunerea financiară este indisolubil legată de indicele curbei de putere a turbinei eoliene, care a fost furnizat de către ofertanți în cadrul ofertei finale, rămânând la latitudinea autorității contractante determinarea valorii totale a ofertei financiare pe baza datelor introduse în programul software WindPRO.

Această lacună a documentației de atribuire reprezintă o încălcare a principiilor achizițiilor publice, astfel cum sunt definite de către sistemul juridic al UE (ex. Hotărârea Curții de Justiție a UE din 16 decembrie 2008 pronunțată în cauza C-213/97).

Autoritatea contractantă afirmă că în cazul în care se impune modificarea documentației de atribuire, instanțele comunitare consideră că aceasta este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților. Așadar, în cazul necesității modificării documentației de atribuire, se impune și din acest punct de vedere anularea procedurii și nu continuarea acesteia, în acest sens, art. 199 din OUG 34/2006 prevede sancțiunea expresă a anulării procedurii în cazul modificării factorilor de evaluare.

În consecință, în cazul de față, în vederea respectării interpretării oficiale a autorității de reglementare care a considerat că se impune modificarea documentației de atribuire și a evitării aplicării art. 199 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii.

SC ■ SA consideră că orice altă măsură ar fi dus la încălcarea legislației în domeniu, deoarece ar fi însemnat să se

modifice propunerea financiară a ofertanților (aceștia furnizând curba de putere prin oferta finală) după ședința de deschidere a ofertelor, comportament sancționat de către Curtea de Apel ■ în decizia nr. 454 din 12 noiembrie 2007 considerându-l contrar art. 171 din OUG 34/2006, care impune obligativitatea ofertei pe toată durata de valabilitatea a acesteia.

Autoritatea contractantă este de părere că determinarea de către ea a valorii totale a propunerii financiare reprezintă în același timp o modificare a propunerii financiare venite din partea ofertantului întrucât acesta și-a asumat angajamente juridice cu privire la alte elemente, dar și o modificare a documentației de atribuire. Astfel cum a menționat și ANRMAP, comisia de evaluare poate cel mult să procedeze la corectarea omisiunii din centralizatorul de prețuri și numai cu acordul ofertantului în condițiile art. 80 din HG 925/2006.

Autoritatea contractantă afirmă că jurisprudența citată de către contestatoare nu are incidență în speță, deoarece prin anularea procedurii nu s-a produs acestui operator economic o vătămare de neînlăturat. Alta ar fi fost situația dacă contestatoarea ar fi fost declarată câștigătoarea procedurii, putându-se discuta dacă ar fi fost vorba despre titulara unui drept de a încheia contractul, ceea ce nu este cazul.

Autoritatea contractantă apreciază că uzitat în mod legal și temeinic de prerogativa-remediu prevăzută de art. 209 din OUG 34/2006.

SC ■ SA precizează că, așa cum s-a menționat anterior, urmare a punctelor de vedere emise de către ANRMAP, au fost descoperite erori și omisiuni în documentația de atribuire care conduceau la modificarea propunerilor financiare depuse de către cei doi ofertanți, aspect prohibit de art. 171 din OUG 34/2006 și art. 79 din HG 925/2006, dar și la aplicarea art. 199 din OUG 34/2006 care instituie sancțiunea expresă a anulării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă menționează că atribuția ANRMAP de a evalua conformitatea documentației de atribuire cu prevederile legale a fost introdusă prin Legea 279/2011 - prin care s-a introdus art. 331 în OUG 34/2006 - în vigoare începând cu 12.12.2011, deci în mod greșit susține contestatoarea că această documentație a fost verificată sub aspectul legalității de ANRMAP, din moment ce anunțul de intenție a fost publicat în luna aprilie 2011.

În subsidiar, autoritatea contractantă atrage atenția Consiliului că prin contestația depusă, ■ LTD. încearcă să inducă

în eroare organul administrativ-jurisdicțional cu privire la stadiul procedurii. Având în vedere că în speță nu s-a finalizat procedura de verificare a conformității ofertelor și potrivit legii doar ofertele declarate admisibile pot parcurge etapa evaluării prin aplicarea criteriilor de atribuire, atunci în ipoteza admiterii contestației, procedura de licitație trebuie reluată de la momentul evaluării conformității ofertelor finale depuse, iar nu de la un moment ulterior, așa cum pretinde contestatoarea.

Subscrisa solicită respingerea probei cu expertiză, solicitată de către contestatoarea.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea probei cu expertiză, considerând că aceasta nu îndeplinește condițiile pertinentei, concludenței și utilității, neputând conduce la dezlegarea cauzei de față, astfel că ar trebui respinsă cererea formulată de către contestatoarea. Conform art. 201 Cod procedură civilă, experții pot contribui exclusiv la lămurirea unor împrejurări de fapt, în vreme ce speța presupune dezlegarea unei chestiuni de drept, Consiliul fiind chemat să stabilească dacă autoritatea contractantă a făcut o corectă aplicare a art. 209 din OUG 34/2006 anulând procedura de atribuire.

Față de toate cele menționate, SC ■ SA solicită Consiliului ca prin decizia ce o va pronunța să dispună respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de către ■ LTD. împotriva deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică nr. ■/2011.

Prin adresa FN din 07.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/08.02.2012, ■ LTD. solicită efectuarea unei expertize, în vederea lămuririi unor aspecte de natură tehnică și financiară, invocate de către autoritatea contractantă în motivarea deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică, în temeiul art. 275 al. 4 din OUG 34/2006.

Prin aceasta, contestatoarea solicită ca expertul desemnat de Consiliu să răspundă următoarelor obiective:

1. să se precizeze, urmare analizei documentației de atribuire și a întregului dosar al procedurii, dacă ofertanții au avut la dispoziție toate informațiile (pe CD-ul pus la dispoziție chiar de către autoritatea contractantă, imediat după etapa de precalificare), necesare determinării prin forțe proprii a factorului de capacitate și a producției de energie cu ajutorul programului WindPRO;

2. să se precizeze, urmare analizei documentației de atribuire și a întregului dosar al procedurii, dacă tabloul de calcul NPV (în format Excel) conține toate formulele matematice

necesare determinării prețului serviciilor de mentenanță și service (atât în situația în care acestea sunt fixe, cât și în situația în care sunt variabile), pe baza factorului de capacitate;

3. să se precizeze dacă, strict pe baza informațiilor oferite în cadrul procedurii de achiziție se poate trage concluzia că un ofertant nu se poate racorda la rețea.

Ca urmare a analizei susținerilor aduse prin adresa nr. ■/26.01.2012 de către autoritatea contractantă, în care aceasta prezintă punctul său de vedere cu privire la contestația depusă, coroborat cu aspectele relevate de studiul dosarului achiziției publice, ■ LTD. formulează prin adresa nr. ■/10.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/10.02.2012, următoarele precizări suplimentare:

I. învederează Consiliului nerespectarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 210 din OUG 34/2006, în condițiile în care raportul procedurii de achiziție publică prin care s-a decis anularea acesteia, încheiat în 28.12.2011, reprezentanți UCVAP au semnat raportul procedurii în data de 30.12.2011.

- precizarea autorității contractante în sensul că *„raportul procedurii a fost înregistrat la data de 11.01.2012...”*, nu poate fi primită, câtă vreme nu există prevederi legislative care să indice faptul că *„data anularii unei proceduri”* este dată de înregistrare în cadrul unității a raportului acestei proceduri, *„cu atât mai mult cu cât această dată nu este identică cu data de întocmire a respectivului raport, între ele existând o distanță considerabilă în timp”*;

- o prevedere în acest sens, *„ar fi de natură să lase la aprecierea discreționara a autorității contractante momentul comunicării deciziei de anulare a procedurii, acest fapt contravenind expres voinței legiuitorului statuată în cuprinsul art. 210 din OUG 34/2006”*.

II. punctul de vedere transmis în 26.01.2012 adaugă în mod nepermis aspecte noi, care tind să acopere deficiențele deciziei de anulare nr. ■/11.01.2012, constituindu-se practic în motivare la decizia de anulare.

- din cuprinsul adresei de comunicare a deciziei de anulare, reiese faptul că temeiul legal invocat de către autoritatea contractantă pentru motivarea deciziei de anulare a procedurii îl reprezintă art. 209 al. 1 lit. c coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, cu raportare la art. 2 al. 2 lit. a-f;

- în cadrul punctului de vedere nr. ■/26.01.2012, autoritatea contractantă invocă în motivarea deciziei de

anulare, dispozițiile legale cuprinse în alte articole decât cele inițial indicate, respectiv art. 33, art. 199 și art. 171 din OUG 34/2006 și art. 79 din HG 925/2006.

Contestatoarea consideră că nu poate fi primită suplimentarea de către autoritatea contractantă a temeiului legal al deciziei de anulare, prin indicarea în cadrul punctului de vedere nr. ■/26.01.2012 a altor dispoziții legale decât cele comunicate prin adresa de anulare a procedurii, cu atât mai mult cu cât din analiza acestora se aduce practic, o nouă motivare deciziei de anulare.

Contestatoarea subliniază faptul că această atitudine contravine jurisprudenței în materie, care a apreciat în mod constant necesitatea indicării motivelor concrete de anulare, în chiar cuprinsul adresei de comunicare către ofertanți a deciziei de anulare și nu ulterior, în cadrul procedurii de contestare a acestei decizii, iar sancțiunea aplicabilă în cazul nerespectării acestei cerințe o constituie nulitatea respectivei decizii.

Așa cum a arătat în cuprinsul contestației depuse, practica a sancționat în nenumărate rânduri acest tip de comportament, contestatoarea citând decizia nr. 394/CA/2009-R a Curții de Apel ■.

Contestatoarea apreciază tendențioasă atitudinea autorității contractante, care își justifică în cuprinsul punctului de vedere lipsa de motivare din adresa de comunicare a deciziei de anulare a procedurii și că *„este evidentă reaua credință a autorității în motivarea deficiențelor de fond pe care le-a avut adresa de comunicare a deciziei de anulare a procedurii nr. ■/11.01.2012”*.

Având în vedere faptul că nici unul din „motivele concrete și temeinice” ce au stat la baza deciziei de anulare, precizate în punctul de vedere, nu se regăsește în decizia de anulare, nici măcar prin raportare sau scurtă indicare, contestatoarea apreciază că este îndreptățită să se întrebe *„dacă nu cumva autoritatea contractantă a stabilit mai întâi anularea procedurii, după care, în urma demersului nostru, a căutat să o motiveze și să o justifice raportându-se la propriile acțiuni și nu la prevederile legale și obiectivele procedurii de achiziție”*.

Din analiza raportului procedurii, contestatoarea consideră că reiese faptul că în cuprinsul acestuia se regăsesc doar aspectele reținute în adresa nr. ■/11.01.2012 de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, cu precizarea că, spre deosebire de adresa sus-indicată, din cuprinsul raportului se află un aspect foarte important, anume acela că anularea

procedurii se datorează neputinței celuilalt ofertant de a întocmi o propunere financiară care să corespundă exigențelor documentației de atribuire.

Contestatoarea face în continuare următoarele afirmații:

- în baza aceluiași cerințe, invocate de autoritatea contractantă ca și „motiv” în cuprinsul adresei de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, ■ LTD. a putut formula o propunere financiară conformă, potrivit raportului procedurii;

- aceasta este dovada certă a faptului că documentația de atribuire respectă toate cerințele legale, autoritatea contractantă furnizând potențialilor ofertanți, prin documentația de atribuire, toate datele și elementele necesare pentru ca aceștia să fie în măsură să elaboreze în mod complet propunerea financiară;

- autoritatea contractantă precizează de nenumărate ori în cuprinsul punctului de vedere așa zisele „omisiuni” nepermise, pretins a fi făcute în cadrul documentației de atribuire și care extrage din punctele de vedere al ANRMAP invocate, doar acele paragrafe care tind să contureze concluzia că procedura este viciată, fără să țină cont că prin aceasta schimbă vădit înțelesul răspunsului dat de ANRMAP.

Contestatoarea face referire la paragraful din punctul de vedere, în cuprinsul căruia se invocă „*date tehnice nerespectate de ofertanți... cuprinse în adresa ■ nr. ■/17.11.2011*”, motiv suplimentar, dar neregăsit nici în cuprinsul adresei de comunicare a deciziei de anulare, nici în raportul procedurii.

Pentru aceste considerente, contestatoarea „*solicită Consiliului să cenzureze toate afirmațiile din cuprinsul punctului de vedere care transced obiectului speței și criticilor formulate*”.

III. contestatoarea apreciază că nu poate fi primită nici indicarea, la acest moment, a principiilor a căror încălcare autoritatea contractantă pretinde că ar fi devenit incidentă în speță, în cazul în care nu se proceda la anularea procedurii de achiziție publică.

Cu referire la aceasta, contestatoarea formulează următoarele observații:

- autoritatea contractantă susține că se justifică anularea procedurii de achiziție publică din perspectiva respectării principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, emițând o decizie de anulare, care încalcă însă prevederile legale privitoare la conținut și formă și care nu reușesc să demonstreze în ce mod acest principiu a fost încălcat;

- dacă se reține totuși încălcarea acestui principiu, este evident că aceasta se datorează însăși autorității contractante, ca rezultat al deciziei sale de anulare a procedurii prin care a distorsionat concurența și a încălcat toate obligațiile care îi revin în calitate de garant al corectitudinii procedurii;

- autoritatea contractantă nu justifică utilizarea de costuri administrative, resurse umane și de timp pentru deturnarea procedurii de la obiectivele pentru care a fost aprobată și scopul ei legal: atribuirea contractului de achiziție publică prin obținerea celei mai bune valori pentru fondurile publice, instituind obstacole care afectează cadrul concurențial și sunt susceptibile de tratament preferențial;

- prin maniera de adoptare și comunicare a deciziei de anulare, autoritatea contractantă a provocat în mod deliberat încălcarea principiilor care stau la baza achizițiilor publice, pe care nici măcar nu le-a menționat în cadrul deciziei de anulare, lezând scopul util al procedurii și drepturile conferite contestatoarei de a acționa împotriva unui act administrativ care îi vatămă interesele potrivit ordinii juridice în vigoare.

Prin modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să facă aplicarea principiului legalității și principiul proporționalității, aceasta se abate de la cele două principii, astfel:

a) gradul de transparență și informare inadecvat determinat de lipsa de vizibilitate și temeinicie a măsurilor adoptate în cadrul procedurii;

b) omiterea comunicării erorilor sau omisiunilor constatate la nivelul procedurii de achiziție și a măsurilor coercitive care se impun, inclusiv demonstrarea imposibilității aplicării acestor măsuri corective;

c) modificarea nejustificată a componentelor procedurii de achiziție publică excede competențelor comisiei de evaluare;

d) deturnarea procedurii de la scopul și obiectivele stabilite în mod legal;

e) anularea nelegală a procedurii și omiterea în mod deliberat a motivării acestei decizii, chiar și sub aspectul strict al indicării prevederilor legale a căror încălcare se invocă;

nu permit efectuarea în mod adecvat a unui control al legalității deciziilor luate de autoritatea contractantă și restrâng posibilitatea de contestare în limita modalităților de procedură, făcând practic excesiv de dificilă motivarea *in concreto* a unei astfel de contestații, luând în considerare proporția și calitatea juridică a informațiilor oferite de aceasta.

Contestatoarea precizează că în speța de față, încălcarea principiului legalității este imputabilă autorității contractante prin raportare la măsurile și acțiunile luate de aceasta în mod abuziv și nu la cadrul juridic și elementele de bază stabilite pentru desfășurarea procedurii de achiziție publică, a căror respectare se circumscrie cerințelor acestui principiu.

Contestatoarea stipulează că autoritatea contractantă încearcă în mod tendențios să utilizeze punctele de vedere ale ANRMAP exprimate prin adresele nr. ■/2011 și nr. ■/16.12.2011, prin extragerea din context anumite paragrafe și încercând să denatureze sensul acestora.

Astfel, se solicita ANRMAP următoarele clarificări: *„vă solicităm să ne comunicați cu celeritate, punctul de vedere al instituției dumneavoastră în speța prezentată, respectiv dacă documentele prezentate de către ofertant pot fi asimilate cu "oferta finală depusă" și dacă comisia de evaluare are dreptul de a stabili valoarea totală a propunerii financiare ținând cont de prevederile documentației de atribuire.”*

Contestatoarea afirmă că după depunerea ofertelor finale, autoritatea contractantă își schimbă în totalitate punctul de vedere cu privire la modalitatea de elaborare a ofertei finale.

Pe lângă aceste aspecte care relevă felul în care autoritatea contractantă a înțeles să-și manifeste imparțialitatea, în urma studierii dosarului achiziției, contestatoarea constată nu numai întocmirea unei oferte necorespunzătoare. În raportul domnilor ■ și ■ este descris și conținutul acestei oferte finale, fiind înaintate două seturi de documente, unul deschis, analizat și consemnat în ședința de deschidere a ofertei finale și altul, „strict secret”, care a fost înmânat personal managerului de proiect și depus ulterior de către acesta spre analiză la sediul autorității contractante, fapt fără precedent într-o procedură de achiziție publică.

De asemenea, din punct de vedere al circuitului documentelor în cadrul autorității contractante, este cel puțin neuzual ca directorul general al societății, prin decizia nr. ■/20.09.2011, să desemneze managerul de proiect ca fiind responsabil cu administrarea contractului de confidențialitate nr. ■/20.09.2011 încheiat între SC ■ SA în calitate de autoritate contractantă și celălalt ofertant. Așa cum este precizat în decizie, managerul de proiect *„va avea ca obligație primirea tuturor documentelor confidențiale și păstrarea acestora conform contractului mai sus menționat precum și predarea*

documentelor confidențiale către persoanele desemnate la art. 1, în baza unui proces-verbal de predare-primire”.

Se poate observa, spre exemplu, cum pachetul de documente confidențiale înregistrat la SC ■ SA sub numărul ■/03.10.2011 și menționat de către celălalt ofertant în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertei finale din 03 10.2011, a fost preluat de către managerul de proiect în 30 09.2011 și depus la SC ■ SA în 03.10.2011, acesta prestând practic un serviciu de curierat între ofertant și autoritatea contractantă.

În urma analizării dosarului achiziției, contestatoarea precizează că a mai existat și un al treilea set de documente înmănat de către celălalt ofertant managerului de proiect pe baza de proces-verbal de predare-primire, având numărul de ieșire de la ofertant ■/03.10.2011 și care nu apare ca fiind înregistrat la autoritatea contractantă. La acest set de documente se adaugă și cel predat de către celălalt ofertant managerului de proiect în 21 09.2011, având numărul de ieșire de la ofertant ■/21.09.2011.

Mai mult decât atât, prin adresa ■/20.10.2011 autoritatea contractantă, prin intermediul președintelui comisiei de evaluare, director dezvoltare în cadrul SC ■ SA, domnul ■, solicită managerului de proiect să asigure accesul celorlalți experți cooptați pe parte tehnică, la documentația confidențială a celuilalt ofertant.

Contestatoarea precizează că abia în 07.11.2011 autoritatea contractantă intră în posesia „documentației confidențiale” a celuilalt ofertant, prin procesul-verbal de predare-primire nr. ■/07.11.2011, managerul de proiect predându-i documentele președintelui comisiei de evaluare, care la rândul lui prin procesul-verbal de predare-primire nr. ■/07.11.2011 predă documentația Oficiului de documente clasificate din cadrul SC ■ SA

Din analiza celor două puncte de vedere formulate de către ANRMAP și al căror conținut a fost redat trunchiat și extras din context de către autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii, contestatoarea precizează că nu rezultă nicăieri că ANRMAP ar fi constatat abateri grave de la legislație, erori sau omisiuni la întocmirea documentației de atribuire.

Contestatoarea precizează că dacă autoritatea contractantă dorea să țină cont de punctele de vedere emise de către ANRMAP și de dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 34/2006, prin care se precizează faptul că „*punctul de vedere emis de*

ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori”, nu avea decât să constate că oferta depusă de către celălalt ofertant nu este conformă, acest lucru neputând reprezenta motiv de anulare a procedurii de achiziție.

În concluzie, prin invocarea de către autoritatea contractantă a punctelor de vedere ale ANRMAP în susținerea deciziei de anulare a procedurii de achiziție, contestatoarea apreciază că aceasta a dat dovadă de rea credință, încercând în mod vădit, prin extragerea din context a unor fraze și interpretarea proprie a unor puncte de vedere extrem de clare, să inducă în eroare atât ofertantul ■ LTD cât și Consiliul, încercând să se folosească de punctele de vedere ale ANRMAP pentru a-și motiva o decizie de anulare a procedurii vădit abuzivă și lipsită de temei legal.

În continuare, contestatoarea învederează Consiliului o serie de aspecte în susținerea legalității documentației de atribuire, raportat la criticile autorității contractante din punctul de vedere, după cum urmează:

a) în cadrul punctului referitor la „factorul producției de energie - capacity factor, acesta este în strânsă relație cu indicele curbei de putere a unei turbine eoliene. Trebuie menționat chiar din acest moment că acest ultim indice se furniza de către ofertanți, care, în speță, din motive de confidențialitate, au pus la dispoziție indicele respectiv odată cu oferta finală”.

- curba de putere a unei turbine eoliene constituie un parametru tehnic definitoriu pentru acest tip de echipamente și în general, aceasta se găsește în broșurile de prezentare și pe site-urile tuturor producătorilor de turbine eoliene, inclusiv în baza de date a programului informatic WindPRO, utilizat în acest caz pentru calculul producției și al factorului de capacitate. Curba de putere a unei turbine se calculează la o densitate standard a aerului de 1,225 Kg/m³ și se poate modifica în funcție de densitatea aerului existentă în fiecare amplasament;

- în cazul prezentei proceduri de achiziție, curbele de putere ale turbinelor oferite au fost prezentate de către ambii ofertanți în cadrul ofertelor preliminare, deci autoritatea contractantă le-a avut la dispoziție încă din data de 16.07.2011 când a avut loc ședința de deschidere a acestora;

- se poate observa pe parcursul ședințelor de negociere faptul că, în cazul ofertantului ■ LTD, factorul de capacitate a

fost calculat atât de către autoritatea contractantă cât și de către ofertant, eventualele neconcordanțe cu privire la anumiți parametri (cum ar fi densitatea aerului la care se efectuează calculul) fiind clarificate în cadrul ședințelor de negociere, ofertantul păstrându-și factorul de capacitate convenit cu autoritatea contractantă (39,9%) și în cadrul ofertei finale;

- în procesul-verbal de negociere nr. ■/04.08.2011 încheiat între SC ■ SRL și autoritatea contractantă, la punctul nr. 10 se prevede că „părțile au convenit faptul că Capacity Factor este de 41,8”; rezultă din acest proces-verbal fără echivoc faptul că susținerile autorității contractante cu privire la multiplele setări și volumul mare de date ce trebuie introduse în programul de calcul WindPRO, nu au niciun fel de suport, atâta timp cât ambele părți își asumă rezultatul introducerii acestor parametri, respectiv Capacity Factor (factorul de capacitate);

- afirmația autorității contractante potrivit căreia „din motive de confidențialitate, (ofertanții) au pus la dispoziție indicele respectiv (curba de putere) odată cu oferta finală” nu este conformă cu realitatea, doar unul dintre ofertanți adoptând această strategie în faza de depunere a ofertei finale.

Prin aceste exemple, contestatoarea susține că se poate deduce și faptul că, chiar în situația ipotetică în care ar fi existat omisiuni în documentația de atribuire cu privire la anumiți parametri necesari calculului Capacity Factor, autoritatea contractantă a adoptat măsuri corective pe parcursul ședințelor de negociere, calculând și convenind în timp real împreună cu ambii ofertanți valoarea rezultată a Capacity Factor, fiind respectate principiile prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-t din OUG 34/2006.

b) referitor la explicațiile autorității contractante privind „oferta tehnică finală depusă de SC ■ SRL s-a constituit din oferta preliminară care a rămas nemodificată alături de documentele confidențiale precum și documentele solicitate pe parcursul negocierilor”.

- rezultă fie faptul că ofertantul și-a păstrat factorul de capacitate (Capacity Factor) convenit cu autoritatea contractantă în ședința de negociere din 04.08.2011, respectiv 41,8, fie că autoritatea contractantă se contrazice în argumentații, de vreme ce în procesul-verbal de deschidere a ofertei finale a celui alt ofertant se menționează depunerea unei alte curbe de putere pentru calculul NPV;

- în oricare dintre situații și strict cu titlu de exemplu, printr-un simplu exercițiu în tabelul Excel de calcul al NPV, pus

la dispoziție de către autoritatea contractantă ofertanților calificați, se poate observa că introducând următorii parametri:

număr turbine: 15 (identic la ambii ofertanți) - Căsuța K8;

putere instalată turbină: 3MW (identic la ambii ofertanți) - Căsuța N8;

factor de capacitate: 41,8 (asumat de ofertantul ■ în procesul-verbal menționat) - Căsuța P8;

preț echipament: ■ mii euro/MW (preț rezultat din oferta finală a SC ■ SRL prin împărțirea prețului ■ euro/turbina la 3) - Căsuța R8;

preț variabil mentenanță și service: Z euro/MW (oferta finală SC ■ SRL) - Căsuța U8;

obs: Căsuța T8 se completează numai în cazul în care prețul este fix.

disponibilitate: 97% (identică la ambii ofertanți) - Căsuța W8;

se generează automat următoarele rezultate:

preț turbine: 46.500 mii euro - Căsuța D6;

producție [mii MWh/an]: ■ - Căsuța D10;

cost anual mentenanță: ■ mii euro/an - Căsuța D16;

NPV: 84,343 - Căsuța D28;

IRR: 19,34% - Căsuța D29.

- este evident din exemplul de mai sus, chiar și pentru nespecialiști în domeniul energetic, că ofertanții au avut toate datele necesare întocmirii corecte a propunerilor financiare, inclusiv formulele de calcul pentru determinarea prețului final pentru serviciile de mentenanță și service, atât în situația utilizării unor elemente variabile de preț, cât și în situația unui preț anual fix.

Contestatoarea consideră inadmisibil ca într-o procedură de achiziție de asemenea anvergură, desfășurată pe o perioadă de peste 6 luni și în cadrul căreia ofertanții au angajat cheltuieli de sute de mii de euro pentru participare, în condițiile în care ambii ofertanți au înțeles prevederile caietului de sarcini și au convenit un factor de capacitate cu autoritatea contractantă într-o etapă a procedurii, după depunerea ofertelor finale, autoritatea contractantă să-și invoce propria culpă clamând omisiuni sau abateri grave de la legislație pentru a justifica inconsistențele în elaborarea ofertei a unuia dintre ofertanți și să anuleze procedura fără niciun temei.

Contestatoarea menționează faptul că celălalt ofertant a decis să prezinte în cadrul ofertei finale o altă curbă de putere față de cea înaintată în cadrul ofertei preliminare și pe baza

căreia a fost convenită inițial cu autoritatea contractantă valoarea Capacity Factor, nu reprezintă o omisiune/eroare a documentației de atribuire ci reprezintă voința exclusivă a respectivului ofertant, cu asumarea implicațiilor care decurg din adoptarea unei astfel de strategii în procesul de evaluare al ofertelor.

În aceste condiții, contestatoarea solicită Consiliului să constate nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică, solicitând Consiliului anularea acesteia.

La 13.02.2012, contestatoarea și autoritatea contractantă s-au prezentat la sediul Consiliului, cu ocazia audierii în fața completului de soluționare nr. ■, în urma ședinței fiind încheiat procesul-verbal nr. ■, în care s-a stipulat următoarele:

«Completul de soluționare pune în discuția părților criticile formulate în contestație, reprezentanții contestatoarei arătând ca, în primul rând, decizia autorității contractante de anulare a acestei proceduri de atribuire este netemeinică, solicitând Consiliului anularea acesteia.

În primul rând, reprezentanții contestatoarei arată faptul că procedura este nelegal anulată, iar adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă prevederile art. 210 din OUG 34/2006, deoarece nu indică motivele concrete de anulare a procedurii de atribuire. Aceștia susțin că, raportat la art. 209 al. 1 și 4, nu rezultă care sunt acele omisiuni ale autorității contractante în întocmirea documentației de atribuire de natură să conducă la imposibilitatea formulării unor oferte legale.

Contestatoarea arată că punctele de vedere ale ANRMAP se referă strict la modul în care un ofertant a înțeles să își formuleze propunerea financiară finală, ca răspuns la sesizarea UCVAP și la punctul de vedere al SC ■ SA pe subiectul respectiv.

De asemenea, aceasta mai arată că mențiunile ANRMAP din răspunsul său la cererile de clarificări și care au stat la baza luării deciziei de anulare a procedurii, sunt scoase din contextul clarificărilor cerute, în condițiile în care acestea au vizat situația uneia dintre ofertele prezentate și nu aspecte ale documentației de atribuire.

Contestatoarea consideră că documentația de atribuire a fost întocmită complet, fără omisiuni, toate aspectele menționate de către autoritatea contractantă ca motive de anulare a procedurii existând deja în documentația descriptivă

sau fiind puse la dispoziția ofertanților declarați calificați de către autoritatea contractantă în format electronic.

În replică, reprezentanții autorității contractante arată că măsura de anulare a procedurii de atribuire a survenit în urma depunerii ofertelor finale de către operatorii economici rămași în competiție, prezentarea diferențiată a acestora conducând autoritatea contractantă la concluzia că acest fapt se datorează prevederilor documentației de atribuire. Astfel, deoarece în documentația descriptivă s-a menționat că producția de energie se va calcula de către autoritatea contractantă, fără a se specifica momentul limită din cadrul desfășurării acestei proceduri până la care trebuie aduse informațiile necesare autorității pentru calculul producției de energie și, apoi, pe baza acesteia, a valorii serviciilor de mentenanță, a condus la situația în care, cel de-al doilea ofertant a prezentat ca ofertă finală o variantă în care nu se regăsea valoarea totală a prestației, prețul ofertat fiind defalcat pe două componente, cea de a doua (valoarea serviciilor de mentenanță) cuprinzând o valoare variabilă. Având în vedere că, potrivit art. 80 din HG 925/2006, autorității contractante îi este permis să corecteze exclusiv erorile aritmetice din cuprinsul unei oferte și nicidecum să stabilească valoarea uneia dintre ofertele prezentate, faptul de a fi primit o ofertă finală care să nu fie exprimată într-o valoare fermă, aceasta fiind calculată de către autoritate, potrivit documentației descriptive, și confirmată de către ofertantă, conduce la încălcarea legislației aplicabile domeniului achizițiilor publice și a principiilor statuate la art. 2 din OUG 34/2006. Din analiza acestei stări de fapt, autoritatea contractantă a concluzionat că posibilitatea ivirii acesteia a fost generată de lipsa din documentația descriptivă a informației privind elementele necesare calculării prețului, precum și privind termenul limită până la care acestea trebuie comunicate de către ofertanți, astfel încât, după depunerea ofertelor finale, să nu mai fie necesară intervenția autorității contractante în calcularea unor diverse componente ale ofertelor.

Autoritatea contractantă a subliniat aspectul importanței conectării la sistemul energetic național, deoarece pe baza certificatului de conformitate obținut de la SC ■ SA se vor putea emite ulterior „certIFICATELE VERZI” necesare fezabilității proiectului.

De asemenea, aceasta mai arată că ANRMAP a emis un punct de vedere oficial prin care a constatat că persoanele

interesate, pe baza acestei documentații de atribuire, erau în imposibilitate de a formula oferta finală.

Reprezentanții contestatoarei arată că, în fapt, așa cum a fost depusă oferta finală de că contracandidată, autoritatea contractantă nu a stabilit prețul ofertei acesteia, ci, luând în considerare elementele necesare comunicate de ofertantă și aplicând regulile menționate în documentația descriptivă, a calculat acest preț.

Aceștia mai arată faptul că nu se identifică acele erori sau omisiuni din documentația de atribuire care să conducă la anularea procedurii și nici nu rezultă măsurile de remediere a căror utilizare este imposibilă, din toate cele expuse reieșind că viciul de elaborare a ofertei finale de către cea de a doua ofertantă poate fi cel mult reținută în culpa exclusivă a acesteia și neavându-și geneza în documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă.

În concluzie, contestatoarea solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, iar autoritatea contractantă cere respingerea contestației ca neîntemeiată, iar pentru ipoteza în care Consiliul va decide continuarea acestei proceduri de atribuire, să fie dispusă continuarea de la etapa examinării conformității ofertelor prezentate.»

Prin adresa nr. ■/15.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■, contestatoarea depune concluzii scrise, rezultate în urma ședinței de audieri și în care face următoarele aspecte:

1. Prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/11.01.2012, autoritatea contractantă a comunicat decizia de anulare a procedurii de achiziție, invocând în acest sens dispozițiile art. 209 al. 1 lit. c, raportat la art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006.

2. Decizia de anulare a procedurii de achiziție nu este motivată.

3. adresa de comunicare a deciziei de anulare nr. ■/11.01.2012 nu respectă prevederile imperative ale art. 210 din OUG 34/2006, bazat pe cel puțin următoarele considerente:

- adresa nu indică motivul concret ce a determinat decizia de anulare a procedurii;

- raportarea în cuprinsul adresei la dispozițiile art. 209 al. 1 lit. c și la art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006, nu îndeplinește cerința imperativă a indicării motivului concret, în condițiile în care, în cuprinsul adresei nu se precizează în ce constau efectiv:

- abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire;
- erorile sau omisiunile care fac ca autoritatea contractantă să se afle în „imposibilitatea de a adopta măsuri corective”;
- principiile prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f, încălcate prin adoptarea de măsuri corective;
- raportarea în cuprinsul adresei la aspectul că „... observatorii desemnați UCVAP au solicitat ANRMAP un punct de vedere în conformitate cu dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006”, iar „punctul de vedere emis de ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori”, nu este suficientă pentru a proba respectarea în speță a cerințelor art. 209 al. 1 lit. c raportat la art. 209 al. 4 lit. b și art. 210 din OUG 34/2006, neindicându-se de către autoritatea contractantă, concret, erorile și omisiunile constatate;
- nu se arată nicăieri, în cuprinsul adresei, în ce constă concret imposibilitatea autorității contractante de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a-f din OUG 34/2006 și nici care sunt principiile posibil a fi încălcate prin adoptarea măsuri corective propuse;
- nu poate fi considerată îndeplinită cerința indicării „motivului concret” de anulare a procedurii prin trimiterea pe care autoritatea contractantă o face la dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006;
- este abuzivă maniera în care autoritatea contractantă înțelege să motiveze decizia de anulare a procedurii prin extragerea din context a articolului mai sus citat, cu atât mai mult cu cât nu se poate justifica decizia de anulare a procedurii pe motiv ca „*punctul de vedere emis de ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori*”.
- adresa nr. ■/11.01.2012 nu respectă termenul în care comunicarea deciziei de anulare trebuia făcută ofertanților, respectiv „3 zile lucrătoare de la data anulării”;
- raportul procedurii de achiziție publică prin care s-a decis anularea procedurii a fost încheiat de autoritatea contractantă în 28.12.2011, reprezentanți UCVAP semnând raportul procedurii în 30.12.2011;
- nu poate fi primită precizarea din cuprinsul punctului de vedere în sensul că „raportul procedurii a fost înregistrat la

11.01.2012...”, câtă vreme nu există prevederi legislative care să indice faptul că „data anularii unei proceduri” este data de înregistrare a raportului acestei proceduri, cu atât mai mult cu cât această dată nu este identică cu data de întocmire a respectivului raport, între ele existând o distanță în timp;

4. Prin adresa nr. ■/26.01.2012, autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere la contestația depusă și înregistrată la Consiliu sub nr. ■/20.01.2012;

5. Punctul de vedere transmis în 26.01.2012 adaugă în mod nepermis aspecte noi, care tind să acopere deficiențele de motivare ale deciziei de anulare, astfel cum ea a fost comunicată prin adresa nr. ■/11.01.2012, constituindu-se practic în motivare la decizia de anulare;

6. Motivele invocate în susținerea deciziei de anulare, astfel cum ele transpar din cuprinsul punctului de vedere, nu se regăsesc nici în conținutul adresei de comunicare a anularii procedurii, nici în cuprinsul raportului procedurii;

7. În cadrul punctului de vedere nr. ■/26.01.2012, autoritatea contractantă recunoaște vicierea adresei de comunicare sub aspectul respectării cerințelor art. 210 din OUG 34/2006, pe care o justifică în mod tendențios pe aspectul că s-a cerut confidențialitatea datelor tehnice.

8. Autoritatea contractantă invocă în motivarea deciziei de anulare, dispozițiile legale cuprinse în alte articole decât cele inițial indicate, respectiv art. 33, art. 171, art. 199 din OUG 34/2006 și art. 79 din HG 925/2006.

Contestatoarea solicită Consiliului să înlăture de la analiza speței toate acele motive suplimentar aduse față de cele cuprinse în adresa de comunicare a deciziei de anulare a procedurii de achiziție.

Contestatoarea subliniază faptul că această atitudine contravine jurisprudenței în materie, care a apreciat în mod constant necesitatea indicării motivelor concrete de anulare, în chiar cuprinsul adresei de comunicare către ofertanți a deciziei de anulare și nu ulterior, în cadrul procedurii de contestare a acestei decizii.

Contestatoarea afirmă autoritatea contractantă a stabilit mai întâi anularea procedurii, după care, în urma demersului acesteia, a căutat să o motiveze și să o justifice raportându-se la propriile acțiuni și nu la prevederile legale și obiectivele procedurii de achiziție.

9. Din conținutul raportului procedurii, se observă faptul că în cuprinsul acestuia se regăsesc doar aspectele reținute în

cuprinsul adresei nr. ■/11.01.2012, de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, nu și cele din punctul de vedere formulat la prezenta contestație;

10. Din conținutul raportului procedurii rezultă că decizia de anulare a procedurii se datorează practic eșecului celuilalt ofertant, în întocmirea unei oferte financiare care să corespundă exigențelor documentației de atribuire.

11. În situația în care Consiliul înlătură criticile anterioare, contestatoarea subliniază faptul că în baza aceluiași cerințe formulate în cuprinsul documentației, invocate de autoritatea contractantă ca și motiv în cuprinsul adresei de comunicare a deciziei de anulare a procedurii, ■ LTD. a putut formula o propunere financiară conformă, potrivit reținerilor din raportul procedurii.

Contestatoarea apreciază că aceasta este dovada certă a faptului că documentația de atribuire respectă toate cerințele legale, iar autoritatea contractantă a furnizat potențialilor ofertanți, prin documentația de atribuire, toate datele și elementele necesare pentru ca aceștia să fie în măsură să elaboreze în mod complet propunerea financiară, neexistând erorile și omisiunile pretinse.

Contestatoarea menționează că acest aspect a apărut evident cu prilejul formulării de concluzii orale în fața Consiliului, când la interpelările membrilor Consiliului, autoritatea contractantă a fost în imposibilitate de indicare a omisiunilor și erorilor din documentație, pe care le-a invocat în susținerea necesității anularii procedurii.

12. În dovedirea lipsei erorilor și omisiunilor invocate, se arată faptul că documentația de atribuire a făcut obiectul verificărilor în nenumărate rânduri, astfel cum se poate interpreta din acțiunile autorității contractante și din documentele probatoare existente în dosarul procedurii, dintre care:

- declarația de conformitate înregistrată sub nr. ■/06.06.2011, întocmită în conformitate cu Ordinul MFP nr. 175 din 05.02 2007, prin care se atestă faptul că documentația de atribuire aferentă procedurii este conformă cu legislația în vigoare;

- cooptarea, prin decizia nr. ■/16.06.2011 unui număr de 4 experți de specialitate, avându-se în vedere complexitatea tehnică și juridică a procedurii;

- cel două rapoarte tehnice ale experților de specialitate cooptați, în cuprinsul cărora nu au fost relevate omisiunile de

date tehnice, condiții tehnice sau parametri tehnici în documentația de atribuire, invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere nr. ■/26.01.2012;

- opinia consultantului de specialitate ■ - Societate civilă de avocați, privind respectarea de către documentația de atribuire a prevederilor OUG 34/2006 și HG 925/2006 referitoare la cerințele de calificare și selecție;

- cooptarea, prin decizia nr. ■/22.08.2011 a unui expert de specialitate, avându-se în vedere complexitatea financiară a procedurii;

- opinia expertului financiar nu a reținut în cadrul documentației de atribuire aspecte de natură financiară care să încalce prevederile legale incidente nici în materie de achiziții publice, nici în materie financiar-fiscală.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită Consiliului să cenzureze toate afirmațiile din cuprinsul punctului de vedere care transced obiectului speței și criticilor formulate de aceasta.

13. În sensul celor anterior exprimate, se apreciază că nu poate fi primită nici indicarea în cuprinsul punctului de vedere a principiilor a căror încălcare autoritatea contractantă pretinde că ar fi devenit incidența în speță, în cazul în care nu se proceda la anularea procedurii de achiziție publică, pentru motivele arătate în cuprinsul răspunsului nr. ■/10.02.2012, formulat la punctul de vedere nr. ■/26.01.2012.

14. În situația în care Consiliul reține motivarea suplimentară formulată în cuprinsul punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea argumentează nelegalitatea deciziei de anulare, comunicată prin adresa nr. ■/11.01.2012:

- atât în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, cât și în punctul de vedere formulat ulterior depunerii contestației, autoritatea contractantă încearcă să utilizeze punctele de vedere ANRMAP exprimate prin adresele nr. ■/2011, respectiv nr. ■/16.12.2011, extrăgând din context anumite paragrafe și încercând să denatureze sensul acestora;

- prin adresa nr. ■/11.10.2011, observatorii UCVAP au solicitat punctul de vedere al ANRMAP cu privire la modalitatea în care unul dintre ofertanți a înțeles să-și elaboreze oferta finală și dacă comisia de evaluare are dreptul de a stabili valoarea totală a propunerii financiare a acestuia, ulterior depunerii ofertei finale;

- din analiza celor două puncte de vedere formulate de către ANRMAP și al căror conținut a fost redat trunchiat și extras din context de către autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii, nu rezultă nicăieri că ANRMAP ar fi constatat abateri grave de la legislație, erori sau omisiuni la întocmirea documentației de atribuire;

- dacă autoritatea contractantă dorea să țină cont de punctele de vedere emise de către ANRMAP și de dispozițiile art. 4, al. 6 din OUG 34/2006, nu avea decât să constate că oferta depusă de către celălalt ofertant nu este conformă, acest lucru neputând reprezenta motiv de anulare a procedurii de achiziție;

Contestatoarea precizează că printr-o simplă analiză, se poate observa că ANRMAP a formulat cele două puncte de vedere strict cu privire la conținutul adresei de sesizare a observatorilor desemnați ANAF și a adresei SC ■ SA nr. ■/31.10.2011, fără a consulta întreaga documentație de atribuire și, ca atare fără a se pronunța asupra legalității sau nelegalității acestei documentații de atribuire.

Contestatoarea concluzionează că prin invocarea de către autoritatea contractantă a punctelor de vedere ale ANRMAP în susținerea deciziei de anulare a procedurii de achiziție, aceasta a dat dovada de rea credință, încercând în mod vădit, prin extragerea din context a unor fraze și interpretarea proprie a unor puncte de vedere extrem de clare, să inducă în eroare atât pe contestatoare cât și Consiliul, încercând să se folosească de punctele de vedere ale ANRMAP pentru a-și motiva o decizie de anulare a procedurii vădit abuzivă și lipsită de temei legal.

15. În combaterea criticilor autorității contractante și probarea legalității documentației de atribuire, raportat la afirmațiile din cuprinsul punctului de vedere transmis, contestatoarea învederează Consiliului o serie de aspecte, după cum urmează:

- curba de putere a unei turbine eoliene constituie un parametru tehnic definitoriu pentru acest tip de echipamente și în general, aceasta se găsește în broșurile de prezentare și pe site-urile tuturor producătorilor de turbine eoliene, inclusiv în baza de date a programului informatic WindPRO, utilizat în acest caz pentru calculul producției și al factorului de capacitate. Curba de putere a unei turbine se calculează la o densitate standard a aerului de 1,225 Kg/m³ și se poate modifica în funcție de densitatea aerului existentă în fiecare amplasament. În cazul prezentei procedurii de achiziție, curbele

de putere ale turbinelor ofertate au fost prezentate de către ambii ofertanți încă din cadrul ofertelor preliminare, deci autoritatea contractantă le-a avut la dispoziție încă din 18.07.2011, când a avut loc ședința de deschidere a ofertelor.

Îmbunătățirile aduse acestei componente până la momentul formulării ofertei finale, reprezintă strict opțiunea ofertanților, permisă de lege prin prisma specificului procedurii de atribuire aleasă de autoritatea contractantă, neputând fi invocată ca și omisiune sau eroare a documentației de atribuire.

- nu poate fi acceptată afirmația autorității contractante potrivit căreia „din motive de confidențialitate, (ofertanții) au pus la dispoziție indicele respectiv (curba de putere) odată cu oferta finală”. Această afirmație nu este conformă cu realitatea, din analiza dosarului procedurii reieșind faptul că doar unul dintre ofertanți a adoptat această strategie în faza de depunere a ofertei finale, reprezentând voința sa liber exprimată, aspect care nu este de natură a considera erori sau omisiuni ale documentației de atribuire.

- faptul că celălalt ofertant a decis să prezinte în cadrul ofertei finale o altă curbă de putere față de cea înaintată în cadrul ofertei preliminare și pe baza căreia a fost convenită inițial cu autoritatea contractantă valoarea *Capacity Factor*, nu reprezintă o omisiune/eroare a documentației de atribuire, ci reprezintă voința exclusivă a respectivului ofertant, cu asumarea implicațiilor care decurg din adoptarea unei astfel de strategii în procesul de evaluare al ofertelor.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică, respectiv anularea acesteia.

Prin adresa nr. ■/15.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/15.02.2012, autoritatea contractantă depune concluzii scrise, rezultate în urma ședinței de audieri, prin care, în plus față de cele precizate deja în punctul de vedere, face următoarele mențiuni:

- cei doi ofertanți au depus indicele curbei de putere în cadrul ofertei finale, iar apoi autoritatea contractantă a calculat pentru fiecare, producția anuală netă de energie realizată și în plus pentru ofertanții care au prezentat un preț variabil al serviciilor de mentenanță s-a calculat și acest element al ofertei;

- în cadrul negocierilor dintre membrii comisiei de evaluare și experții cooptați, pe de o parte, și reprezentanții împuterniciți

ai ofertanților, pe de altă parte, desfășurate în perioada 03.08.2011 - 20.09.2011 nu s-au înaintat propuneri financiare finale, acestea urmând a fi depuse odată cu depunerea ofertelor finale, ci doar au avut loc teste pe baza curbelor de putere furnizate de către ofertanți, dar curba de putere garantată se regăsește în cadrul ofertelor finale;

- în urma unei adrese transmise de conducerea autorității contractante către SC ■ S.A, operatorul național de sistem a menționat în răspunsul său că *„nu poate accepta nicio abatere/încălcare a cerințelor Codului Paneuropean, Codului RET, Normei Tehnice 51 (NT 51) și a normei proprii de aplicare pentru niciun grup nou ce urmează a fi pus în funcțiune începând cu 2012 și va utiliza dreptul de a refuza punerea în funcțiune a grupurilor cu neconformități”*. Adresa inițială către SC ■ SA a fost transmisă avându-se în vedere prezentarea lacunară în cadrul documentației de atribuire a cerințelor de racordare la sistemul energetic național;

- datorită curențelor în furnizarea tuturor datelor și elementelor necesare, ofertanții care în mod legitim pe baza documentației de atribuire au propus un preț variabil al serviciilor de mentenanță, se văd nevoiți să își completeze oferta finală după data deschiderii acestora, or o astfel de completare a ofertei, după data limită stabilită pentru deschiderea ofertelor, este de natură a încălca principiile nediscriminării și tratamentului egal, prin crearea unui avantaj evident în favoarea respectivului operator economic sau, după caz, poate fi considerată ca o modificare a propunerii financiare, fapt sancționat de art. 79 al. 3 din HG 925/2006;

- cu privire la pretinsa comunicare târzie a deciziei de anulare, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca pe lângă cele menționate anterior, să aibă în vedere și considerentul §127 din hotărârea Tribunalului de Primă Instanță în cauza T-411/06 Sogelma împotriva Agenției Europene pentru Reconstrucție de unde reiese că o astfel de împrejurare trebuie să afecteze într-un anumit mod legalitatea deciziei de anulare, altfel simpla invocare este lipsită de interes;

- prevederile art. 210 din OUG 34/2006 sunt raționale și în concordanță cu exigențele de motivare a actelor reliefate de sistemul jurisdicțional al UE care consideră că este mai mult decât suficient să fie inclus un singur motiv concret exprimat în mod univoc pentru ca actul de anulare să fie legal și temeinic (ex.: considerentul §120 din hotărârea Tribunalului de Primă

Instanță în cauza T-411/06 Sogelma împotriva Agenției Europene pentru Reconstrucție);

- autoritatea contractantă a oferit o prezentare a abaterilor descoperite ce impun și fără vreo altă posibilitate, anularea procedurii de atribuire. Astfel, din analizarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii reiese că se motivează, printre altele, decizia de anulare pe prevederile art. 33 din OUG 34/2006 și pe cele ale OUG 30/2006 care conferă punctelor de vedere emise de ANRMAP caracterul de interpretare oficială a legislației achiziției publice, fiind obligatorii și pentru autoritatea contractantă;

- motivarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire trebuie raportată, potrivit statuărilor Tribunalului de Primă Instanță, la toate elementele de fapt și de drept relevante consemnate în cadrul raportului procedurii, precum și în contextul adoptării sale, respectiv după primirea din partea ANRMAP a unor puncte de vedere prin care se statuează în mod expres asupra existenței unor încălcări de la regulile de întocmire a documentației de atribuire care sunt de natură să aducă atingere principiile ce guvernează aceste proceduri de achiziții publice. Actul de anulare a procedurii de atribuire, respectiv raportul întocmit la 11.01.2012 consemnează în mod clar și pertinent aspectele care au condus comisia de evaluarea la luarea acestei decizii;

- confirmarea ulterioară (după deschiderea ofertelor finale) de către ofertant a rezultatului calculului realizat de către autoritatea contractantă încălcă principiul nediscriminării și egalității de tratament. În acest sens, legiuitorul a fost extrem de riguros prevăzând în art. 80 din HG 925/2006 dreptul comisiei de evaluare, după deschiderea ofertelor finale, doar de a corecta erorile aritmetice sau viciile de formă numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care ofertantul nu acceptă corecția acestor erori/vicii, oferta sa va fi considerată neconformă. În speță, nu ne aflăm în fața unei erori aritmetice, întrucât comisia de evaluare era chiar cea care determina rezultatul calculului și nu operatorul economic, iar noțiunea de viciu de formă este delimitată într-o manieră strictă în art. 80 al. 3 din HG 925/2006;

- într-o altă interpretare, confirmarea de către ofertant a prețului total al propunerii financiare după momentul deschiderii ofertei finale și în urma calculului efectuat de către autoritatea contractantă poate consta într-o modificare de ofertă, sancționată de art. 79 al. 3 din HG 925/2006 cu

neconformitatea. Or, cât timp oferta a fost întocmită pe baza documentației de atribuire nu se poate respinge ca neconformă din cauza unor omisiuni existente în cadrul respectivei documentații;

- documentația de atribuire trebuia modificată și sub aspectul menționării în mod clar și precis a normativelor în vigoare care trebuie respectate în vederea racordării la sistemul energetic național. Autoritatea contractantă subliniază faptul că introducerea curbei de putere și a celorlalte elemente specifice locației în programul WindPRO în vederea determinării factorului de evaluare *Capacity Factor* se realiza fără ca în cadrul documentației de atribuire - Secțiunea Documentație Descriptivă - să fie prevăzute setările complete ale software-ului informatic pe baza caracteristicilor locației de la ■.

Autoritatea contractantă prezintă aspecte privind conectarea la Sistemul Energetic Național:

- autoritatea contractantă este direct interesată ca în urma executării contractului de achiziție publică, parcul eolian să poată fi conectat și acceptat ca producător în Sistemul Energetic Național de către SC ■ SA. Orice neconcordanță cu normativele în vigoare conduce la imposibilitatea funcționării în sistemul energetic național a grupurilor generatoare, precum și la cheltuirea sumei de circa 60 milioane euro în mod inutil și ineficient cu încălcarea art. 2 al. 2 din OUG 34/2006. Autoritatea contractantă subliniază că desfășoară activități de distribuție și de furnizare a energiei electrice, pe când SC ■ SA desfășoară activități de transport și de sistem, acestea din urmă fiind cele care-i definesc atribuțiile în impunerea și constatarea conformității cu normele de funcționare a tuturor generatoarelor conectate la SEN, printre care cele care privesc calitatea energiei și respectarea standardelor europene în domeniu;

- în cadrul evaluării ofertelor depuse, a solicitat celor doi operatori economici acceptul în vederea comunicării către SC ■ SA a anumitor date tehnice, în vederea verificării concordanței acestora cu normativele relevante, respectiv NT51 și codul tehnic al rețelei;

- contestatoarea s-a opus verificării anumitor date tehnice, motivând confidențialitatea lor, iar aceasta solicitare de confidențializare a datelor tehnice a împiedicat, fără a aduce atingere legalității actului atacat, includerea oricăror lămuriri în acest sens în cadrul deciziei de anulare;

- autoritate contractantă consideră că nu poate încălca principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, imperativ consacrat de art. 2 al. 2 lit. f din OUG 34/2006, prin continuarea unei proceduri de achiziție publică având drept scop atribuirea unui contract în valoare de circa 60 milioane de euro, cât timp această procedură este afectată de abateri grave, fără a avea în vedere aspectele tehnice din cadrul normelor legale de conectare la SEN, precum și cele legate de eventualele prejudicii ce pot fi aduse economiei naționale prin achiziționarea unui produs care nu poate fi pus în funcțiune.

- orice neconformitate cu standardele SC ■ SA atrage refuzul de punere în funcțiune și de eliberarea a certificatului de conformitate cu NT51. Acest ultim certificat are un rol esențial în economia proiectului, deoarece numai având acest certificat, producătorul, în speță autoritatea contractantă, ar putea primi cele 2 certificate verzi care sunt necesare în vederea amortizării investiției.

Față de toate cele menționate anterior, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca prin decizia ce o va pronunța să dispună respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de către ■ LTD împotriva deciziei nr. ■/2011 de anulare a procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. ■/16.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/16.02.2012, autoritatea contractantă transmite un supliment la concluziile scrise și transmise la 15.02.2012.

1. argumentul reiterat de către contestatoare cu privire la extragerea din context a art. 4 al. 6 din OUG 30/2006, precum și a celor exprimate de către ANRMAP este neîntemeiat. Decizia de anulare a procedurii de atribuire trebuie raportată la contextul în care aceasta a fost luată pentru a analiza suficiența motivării acestui act. Astfel, actul de anulare a procedurii de achiziție publică a intervenit urmare a unor nereguli observate pe parcursul derulării respectivei proceduri, care au fost de natură să ridice îndoieli cu privire la modul de întocmire a documentației de atribuire. Mai mult aceste îndoieli au fost ulterior confirmate de către autoritatea de reglementare în domeniu prin adresa înregistrată sub nr. ■/16.12.2011;

2. raportul procedurii menționează expres că prin adresa nr. ■/11.11.2011, s-a confirmat prețul total calculat de către membrii comisiei de evaluare. Deci, comisia de evaluare, pe lângă calcularea prețului serviciilor de mentenanță a procedat și la determinarea prețului total al propunerii financiare, nota de

la pagina 26 a raportului procedurii fiind edificatoare în acest sens;

3. din raportul procedurii se identifică în mod clar și precis nelămuririle transmise ANRMAP și care au condus la concluzia de mai-sus. Astfel, la pagina 22 din raport se rezumă conținutul procesului-verbal nr. ■/20.12.2011, astfel: „...se va transmite o solicitare a unui punct de vedere oficial care să clarifice în ce măsură regimul juridic al confirmării de către ofertant prin adresa nr. ■/11.11.2011, a evaluării producției și a determinării prețului serviciilor de mentenanță funcție de aceasta, ar putea fi de natură să atragă neconformitatea ofertei financiare”;

4. în aceste condiții reiese cu claritate întreaga situație care a generat anularea procedurii de atribuire, lanțul causal fiind amplu prezentat în cadrul punctului de vedere și concluziilor orale și scrise formulate; într-o prezentare succintă, indicele curbei de putere garantate de către participanți a fost prezentat de către ambii ofertanți în cadrul ofertelor finale, urmând ca apoi, autoritatea contractantă să determine producția anuală netă de energie realizată și, după caz, prețul serviciilor de mentenanță cu componentă variabilă. Fiecare ofertant a prezentat o anumită curbă de putere în cadrul testelor preliminare, dar cea garantată unde trebuie să se țină cont de densitatea aerului existentă în amplasamentul de la ■ a fost ofertată în cadrul ofertelor finale. Pe cale de consecință, procedeul nelegal al calculării serviciilor de mentenanță își are cauza în lipsa elementelor necesare în documentația de atribuire pe baza cărora potențialii ofertanți își pot elabora propunerea financiară prin prezentarea unui preț care să nu fie determinat de către autoritatea contractantă, subsecvent depunerii ofertelor finale;

5. nu importă faptul că această documentație a fost verificată în prealabil, cât timp sub aspectul concordanței cu legislației achizițiilor publice documentațiile sunt verificate doar de ANRMAP și doar în urma introducerii art. 33¹ în OUG 34/2006, prin Legea 279/2011 din luna decembrie a anului 2011;

6. în cuprinsul actului atacat sunt cuprinse toate elementele de fapt și de drept care au condus la această măsură, iar în comunicarea către contestatoare este prezentat motivul concret, nefiind necesar să se dezvolte întreaga situație care a generat anularea procedurii. Actele procedurale depuse în prezenta cauză prezintă tocmai această succesiune de evenimente care a condus la anularea procedurii, fără indicarea

vreunui motiv suplimentar față de raportul procedurii sau adresa de comunicare, după cum susține contestatoarea;

7. nu este pertinentă la datele speței poziția exprimată de contestatoare în sensul că a putut elabora o ofertă conformă, cât timp, în primul rând, evaluarea conformității ofertelor depuse nu fusese finalizată de către comisia de evaluare și, în al doilea rând, documentația de atribuire permitea oricărui ofertant, la libera sa apreciere, să ofere un preț al mentenanței cu componentă variabilă. Din moment ce un participant a apelat la această modalitate de ofertare, era nelegal ca oferta acestuia să fie respinsă ca neconformă, așa cum susține contestatoarea în concluziile scrise, făcând referire la art. 36 al. 2 și art. 79 al. 3 din HG 925/2006;

8. se observă în acest sens că ■ LTD. nici măcar nu prezintă vreun eventual temei de drept dintre cele enumerate limitativ de lege pentru care s-ar fi putut respinge ca neconformă oferta celui alt participant, cât timp acesta din urmă a aplicat mecanismul permis de către documentația de atribuire și ulterior constatat ca fiind nelegal. Respectând principiile și prevederile ce guvernează achizițiile publice, nici nu se putea respinge oferta întocmită potrivit documentației de atribuire;

9. concluzia care se poate deduce este că, în speță, prin confirmarea ulterioară de către ofertantă a propunerii financiare nu s-ar fi putut respinge oferta ca neconformă, ci s-au încălcat principiul nediscriminării și egalității de tratament, abatere gravă fundamentată pe erorile și omisiunile din documentație și care nu poate fi înlăturată decât prin anularea prezentei proceduri de atribuire;

10. referitor la pretinsa încălcare a termenului de 3 zile prevăzut de art. 210 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă subliniază faptul că contestatoarea denaturează cronologia evenimentelor, din moment ce raportul a fost semnat și ștampilat de MFP - UCVAP la 09.01.2012, apoi la 11.01.2012 a fost înregistrat la autoritatea contractantă, iar în aceeași zi s-a transmis comunicarea către contestatoare. Potrivit prevederilor OUG 30/2006, este obligatorie verificarea aspectelor procedurale de către Ministerul Finanțelor Publice.

11. din concluziile scrise depuse de contestatoare ar reieși că această societate a analizat raportul procedurii întocmit de comisia de evaluare, precum și oferta financiară a celui alt concurent, deși ambii ofertanți au menționat că dezvoltarea

informațiilor din propunerea financiară le-ar prejudicia interesele legitime;

În final, autoritatea contractantă menționează că și în cadrul concluziilor scrise, contestatoarea insista că, în ipoteza admiterii contestației, Consiliul să oblige autoritatea contractantă să treacă peste etapa evaluării conformității ofertelor și să procedeze direct la evaluarea potrivit criteriilor de atribuire. Or o astfel de soluție este inadmisibilă cât timp nu s-a finalizat de către autoritatea contractantă etapa anterioară a evaluării conformității ofertelor depuse.

Față de toate cele menționate anterior, SC ■ SA solicită Consiliului ca prin decizia ce o va pronunța să dispună respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de către ■ LTD. împotriva deciziei nr. ■/2011 de anulare a procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. ■/16.02.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/16.02.2012, contestatoarea transmite prin fax observațiile sale cu privire la concluziile scrise formulate de autoritatea contractantă în urma ședinței de audieri.

În această adresa, contestatoarea solicită Consiliului cenzurarea concluziilor scrise formulate de autoritatea contractantă la contestația formulată împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii.

Anterior oricăror precizări suplimentare, contestatoarea învederează faptul că consideră abuzivă anularea procedurii, prin prisma neindicării motivului concret de anulare.

În acest context, combaterea susținerilor autorității contractante, făcută în cele ce urmează, este valabilă doar în situația în care Consiliul reține îndeplinită cerința indicării motivului concret al anulării procedurii și procedează la analiza temeiniciei deciziei de anulare.

În combaterea argumentației autorității contractante, contestatoarea prezintă următoarele aspecte:

1. cu prioritate subliniază faptul că și la acest moment, autoritatea contractantă înțelege să susțină faptul că adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/11.01.2012 respectă prevederile art. 210 din OUG 34/2006, atât prin prisma comunicării motivului concret de anulare, cât și prin prisma termenului în care comunicarea deciziei de anulare a fost făcută, fără însă a face dovada în acest sens, ci invocând motive suplimentare, străine de conținutul adresei de comunicare contestate.

Contestatoarea solicită Consiliului înlăturarea de la analiza prezentei spețe a tuturor acelor motive aduse în susținerea deciziei de anulare ulterior momentului adoptării deciziei și a actului de comunicare către ofertanți a acestei decizii. Este evident că se încearcă motivarea deciziei de anulare nu numai ulterior momentului în care aceasta trebuia făcută, ci și prin documente străine de documentele procedurii (ex. rapoarte, procese-verbale de ședință, adrese de comunicare).

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă își motivează decizia de anulare prin punctul de vedere nr. ■/26.01.2012 la contestația depusă și prin concluziile scrise nr. 493 din 15.02.2012.

În contextul dispozițiilor legale incidente, precum și al practicii constante în materie, contestatoarea apreciază că este inadmisibil să fie primite ca și motivare a deciziei de anulare aspecte ce nu se regăsesc nici în cuprinsul raportului procedurii, nici în cel al adresei de comunicare a deciziei de anulare, motiv pentru care solicită Consiliului cenzurarea acestora.

2. Critică maniera în care autoritatea contractantă susține că nu ar fi trebuit dezvoltate în cuprinsul adresei de comunicare a deciziei de anulare motivele de anulare, în condițiile în care din cuprinsul acesteia nu reiese indicat concret niciun motiv de anulare, cu atât mai puțin o detaliere a acestuia ce ar fi putut echivala cu comunicare a întregului raport al procedurii către ofertanți.

3. Autoritatea contractantă insistă în sublinierea culpei grave în care aceasta se află, invocând „carențe în furnizarea tuturor datelor și elementelor necesare”, „lacună a documentației de atribuire”, dezințuind-se de opinia exprimată de-a lungul procedurii și consemnată în diverse documente oficiale ale procedurii, care este diametral opusă.

Spre exemplificare, contestatoarea citează din cuprinsul adresei SC ■ SA nr. ■/30.11.2011.

4. Este evident faptul că autoritatea contractantă se deține în mod tendențios de înseși convingerile sale, argumentate tocmai în spiritul și natura apărării principiilor prevăzute de art. 2 din OUG 34/2006.

Contestatoarea consideră că apare evident faptul că documentația nu a conținut nicio eroare, omisiune, ba mai mult a fost elaborată ținând cont de specificul și complexitatea domeniului în care este aplicată procedura, tocmai în vederea respectării principiilor procedurii de achiziție publică și apreciază ca niciuna din susținerile din cuprinsul paragrafelor 7-10 din

concluziile scrise nu poate fi primită, în contextul celor anterior arătate.

5. Ofertanții au avut toate datele necesare întocmirii corecte a propunerilor financiare, inclusiv formulele de calcul pentru determinarea prețului final pentru serviciile de mentenanță și service, atât în situația utilizării unor elemente variabile de preț, cât și în situația unui preț anual fix.

Spre exemplificare, contestatoarea prezintă un exercițiu de calcul al NPV în tabelul Excel, printr-un simplu exercițiu, care generează automat rezultate.

6. În acest condiții, nu se poate afirma faptul că „confirmarea ulterioară de către ofertant a rezultatului calculului realizat de către autoritatea contractantă încalcă principiul nediscriminării și egalității de tratament”.

7. În contextul dispozițiilor art. 80 al. 3 din HG 925/2006, se precizează faptul că prin confirmarea prețului calculat de autoritatea contractantă, pe baza indicării de către ofertant a tuturor elementelor necesare formulării acestuia, nu s-a produs niciun avantaj incorect în raport cu contestatoarea, care are o propunere financiară mult mai avantajoasă.

8. Nu poate fi reținut nici aspectul relevat în concluziile scrise ale autorității contractante în sensul că ofertantul este pus în situația de a-și modifica oferta, întrucât nu numai că nu sunt probate, dar este inadmisibilă incidența articolului în contextul în care ofertantul nu aduce nicio modificare nici unuia din elementele oferite în cadrul ofertei finale, pe cale de consecință, nici rezultatul aplicării unei formule de calcul concrete, valabile pentru ambii ofertanți, nu are cum să fie modificat.

Contestatoarea precizează că ofertantul își putea determina el însuși rezultatul calculului, conform elementelor puse la dispoziție de autoritate prin documentație, aspectul formulării ofertei financiare în maniera în care a fost făcută, ținând exclusiv de opțiunea respectivului ofertant.

9. Afirmația autorității contractante cum că în raport de aceste aspecte sunt incidente dispozițiile art. 199 al. 5 din OUG 34/2006 este neavenită, atâta vreme cât în speță nu este vorba de o modificare și/sau completare a factorilor de evaluare a ofertei cu ponderile acestora, ci doar de o clarificare/confirmare a unui calcul.

10. Raportarea de către autoritatea contractantă la spețele Curții Europene de Justiție citate în cuprinsul concluziilor este cel puțin neinspirată în contextul în care din cuprinsul acestora

reiese faptul că însăși CEJ sancționează comportamente de genul celui al autorității contractante în speța. Spre exemplificare, citează din cuprinsul Hotărârii Tribunalului de Prima Instanță în cauza T-411/06 Sogelma împotriva Agenției Europene pentru Reconstrucție.

Referitor la capitolul distinct din concluziile scrise formulate privind conectarea la Sistemul Energetic Național (SEN), contestatoarea face următoarele precizări:

- critică maniera insistentă cu care autoritatea contractantă persistă în invocarea acestor aspecte în susținerea deciziei de anulare a procedurii, în condițiile în care, din economia dosarului procedurii apare evident că ele exced cadrului supus analizei în prezenta speță;

- respectivul aspect nu a făcut obiectul motivelor de anulare nici în cadrul raportului procedurii, nici în cuprinsul adresei de comunicare a deciziei de anulare.

Contestatoarea reiterează pe această cale poziția sa în sensul de solicitare a Consiliului să înlăture aceste motivări ca nefiind pertinente speței deduse judecații.

În condițiile în care totuși Consiliul înlătură susținerile respective și reține spre analiză aspectul conectării la SEN, contestatoarea învederează următoarele aspecte:

- Codul Paneuropean de conectare a generatoarelor, la care face referire autoritatea contractantă, sunt proiecte neadoptate, aflate în stadiul de document dezbateră publică, fiind supuse dialogului și consultării cu participanții la sistemul energetic european și cu orice persoană interesată;

- potrivit agendei publicate pe site-ul ENTSO - Rețeaua Europeană a Operatorilor de Transport și de Sistem, adoptarea Codului Paneuropean a implicat și constă în continuare în realizarea următoarelor etape:

- a) consultări și sesiuni de dialog cu participanții la piața de energie electrică, producători, furnizori și beneficiari în cadrul unor workshopuri organizate de ENTSO - Rețeaua Europeană a Operatorilor de Transport și de Sistem și Comisia Europeană, în vederea elaborării unui proiect de cod - noiembrie 2010;

- b) adoptarea unui program pilot sub inițiativa ENTSO în vederea redactării propunerii de Cod - martie 2011;

- c) publicarea propunerii de Cod (draft Network Code) pentru dezbateră publică - ianuarie 2012;

- d) dezbateră publică cu persoanele interesate, cu precădere producătorii - ianuarie - martie 2012;

e) preluarea de către Comisia Europeană la nivelul Comitetului de Energie a propunerii de cod și a rezultatelor dezbaterii publice în vederea elaborării proiectului legislativ;

f) dezbateri de către Parlamentul European a proiectului legislativ elaborat de către Comisia Europeană;

g) adoptarea de către Parlamentul European a proiectului legislativ elaborat de către CE, cu stabilirea termenelor de implementare la nivelul piețelor primare din fiecare stat membru;

h) elaborarea de către Agenția Europeană pentru Energie de instrucțiuni/recomandări și organizarea de consultări și dezbateri.

La baza acestei inițiative se află art. 194 al. 2 din TFUE (Tratatul de Funcționare al UE), care stipulează că, în contextul instituirii și al funcționării pieței interne, politica Uniunii în domeniul energiei urmărește, între altele, să asigure funcționarea pieței energiei și, prin urmare, reprezintă cel mai potrivit temei juridic pentru un regulament în acest domeniu.

Din această perspectivă este evident că adoptarea acestui cod se face având la baza principiile UE și prin urmare, nu poate avea ca rezultat eliminarea de pe piață a producătorilor deja existenți sau a celor care au în derulare proiecte de investiții inițiate înainte de data de adoptare. Acest cod este în primul rând un instrument de lucru transfrontalier între operatorii de transport europeni care vizează, potrivit Regulamentul Parlamentului European și al Consiliului de instituire a mecanismului, conectarea Europei în domeniul energiei, transporturilor și telecomunicațiilor.

Referitor la invocarea de către autoritatea contractantă a pretinselor omisiuni în documentația de atribuire cu privire la anumite cerințe privind racordare la rețea a unui astfel de parc eolian, contestatoarea face următoarele precizări:

- în documentația descriptivă se precizează foarte clar, la pagina 23, standardele și normele de care ofertanții trebuie să țină cont în elaborarea ofertelor și, mai mult decât atât, se și detaliază pe parcursul a patru pagini cerințele tehnice impuse prin Norma tehnică „Condiții tehnice de racordare la rețelele electrice de interes public pentru centralele electrice eoliene, cod ANRE: 51.1.017.0.00.03/04/09”;

- autoritatea contractantă pune la dispoziție ofertanților pe parcursul ședințelor de negociere un set nou de documente care cuprinde, printre altele, Avizul tehnic de racordare nr. ■/02.05.2011 și contractul de racordare ■/11.07.2011, ambele

documente fiind emise de SC ■ SA, documente ce conțin toate cerințele și elementele tehnice de care trebuie să țină seama investitorul în vederea conectării la rețeaua energetică națională a parcului eolian.

- în urma consultării tuturor documentelor puse la dispoziție de către autoritatea contractantă și ca rezultat al ședințelor de negociere, se poate observa faptul că ambii ofertanți și-au asumat integral respectarea cerințelor privind conectarea la rețea pentru produsele oferite astfel încât, chiar și în situația ipotetică în care acestea ar fi fost omise din documentația descriptivă, autoritatea contractantă adoptând măsuri corective pe parcursul ședințelor de negociere, de vreme ce toate aspectele cuprinse în adresa SC ■ SA nr. ■/17.11.2012 și considerate de către autoritatea contractantă ca fiind omise în mod nepermis din caietul de sarcini, se regăsesc ca fiind asumate în cadrul ofertelor finale și sunt detaliate în cadrul documentației descriptive;

- nu este lipsit de importanță nici faptul că SC ■ SA este filială a SC ■ SA, conectarea parcului eolian realizându-se în conformitate cu Avizul tehnic de racordare nr. ■/02.05.2011 și contractul de racordare ■/11.07.2011 în rețeaua de distribuție a operatorului mai sus menționat, așa cum rezultă din avizul tehnic de racordare.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că este interesant de cunoscut motivul pentru care autoritatea contractantă, în cazul de față chiar acționarul majoritar al societății de distribuție care a emis avizul tehnic de racordare la rețea al parcului eolian, are nevoie de un punct de vedere al SC ■ SA (societatea de transport al energiei electrice) care are atribuții în acest caz, doar prin prisma faptului că parcul eolian în cauză are o putere instalată de peste 10 MW și deci intră în categoria centralelor electrice dispecerizabile, în caz contrar verificarea respectării cerințelor de racordare la rețea fiind făcută doar de către societatea de distribuție.

Referitor la „noua interpretare” a autorității contractante cu privire la faptul că numai în oferta finală s-au depus de către ofertanți curbele de putere garantate, pe parcursul ședințelor de negociere având loc „testări cu fiecare ofertant pe baza unor curbe preliminare de putere”, contestatoarea precizează faptul că încă de la începutul ședințelor de negociere, aceasta a oferit curba de putere garantată, a agreat factorul de capacitate cu autoritatea contractantă și a garantat energia produsă (pag. 4 din procesul-verbal nr. ■/03.08.2011).

Faptul că ulterior s-a depus o altă curbă de putere a fost la cererea expresă a autorității contractante, care a dorit să se garanteze curba de putere la densitatea standard a aerului (pag. 4 din procesul-verbal nr. ■/07.08.2011), deoarece SC ■ SA a solicitat ofertantului să garanteze curba de putere la densitatea standard a aerului de 1,225 kg/m³.

Contestatoarea concluzionează, citind procesele verbale de negociere, că în cazul factorului de capacitate, respectiv al curbei de putere, nu a fost vorba de nicio testare așa cum susține autoritatea contractantă, ci de negocieri așa cum prevede procedura de achiziție aleasă, ofertanții putând să-și mențină curba de putere ofertată inițial sau să și-o îmbunătățească, garantând o curbă de putere superioară și implicit o producție mai mare, așa cum s-a întâmplat cel puțin în cazul unui ofertant.

Contestatoarea solicită Consiliului să observe că și la acest moment, autoritatea contractantă invocă un motiv suplimentar al deciziei de anulare, respectiv „*neprimirea de certificate verzi, necesare în vederea amortizării investiției*” și solicită înlăturarea și a acestor susțineri de la analiza speței.

Față de toate aspectele prezentate atât în cuprinsul prezentului document, cât și în restul documentelor transmise în cadrul dosarului contestației, contestatoarea solicită Consiliului admiterea contestației formulate împotriva deciziei autorității contractante de anulare a procedurii și, în consecință:

- anularea deciziei de anulare a procedurii sus-menționate, comunicate prin adresa SC ■ SA nr. ■/11.01.2012;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și la evaluarea ofertelor depuse prin aplicarea criteriilor de atribuire.

Ultimul document înregistrat la Consiliu cu nr. ■/16.02.2012 sunt observațiile contestatoarei nr. ■/16.02.2012 cu privire la concluziile scrise depuse de SC ■ SA rezultate în urma ședinței de audieri, înaintate de autoritatea contractantă prin adresa nr. ■/15.02.2012, transmisă prin fax.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, a fost inițiată de SC ■ SA, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, prin publicarea în sistemul

electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ■/01.06.2011. Potrivit acestuia și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire aplicat a fost „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, valoarea estimată a contractului fiind de ■ euro, fără TVA.

Documentele de preselectare a candidaților depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. ■/17.06.2011.

Ofertele depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. ■/18.07.2011.

Comisia de evaluare și-a finalizat activitatea prin întocmirea raportului procedurii nr. ■/11.01.2012.

În calitate sa de participantă la procedura de achiziție publică în cauză, ■ LTD. a primit din partea autorității contractante adresa nr. ■/11.01.2012 prin care i se comunică decizia de anulare a procedurii pentru următoarele motive:

«• *Prin Documentația de Atribuire - Secțiunea Documentație Descriptivă (pag 17), s-au precizat următoarele: „Specificațiile tehnice transmise de către ofertant în Oferta tehnica vor fi utilizate de achizitor ca date de intrare în programul Wind Pro, împreună cu datele de vant masurate pe o perioada de 2 ani, împreună cu curba de putere, conform metodologiei din Anexa 5, determinând astfel producția anuală de energie a Parcului eolian Frumusita echipat cu instalațiile ofertate și respectiv factorul de capacitate, completându-se astfel, împreună cu datele din oferta financiară, vectorul fiecărui ofertant (Anexa 3 C)”;*

• *Ulterior depunerii ofertelor finale, observatorii desemnați de UCVAP au solicitat ANRMAP un punct de vedere în conformitate cu dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006. Potrivit punctului de vedere transmis de către ANRMAP, „elaborarea ofertei (propunerea tehnică și propunerea financiară) cade în sarcina ofertanților, iar autoritatea contractantă avea obligația de a furniza potențialilor ofertanți, prin documentația de atribuire, toate datele și elementele necesare pentru ca aceștia să fie în măsură să elaboreze în mod complet propunerea financiară, inclusiv prin aplicarea unor formule de calcul, după caz, astfel încât componenta financiară a ofertelor depuse să fie exprimată într-un preț determinat de ofertant, în legătură cu care acesta se angajează din punct de vedere juridic, nefiind admisibil ca un ofertant să își asume*

anumite angajamente cu privire la elemente care urmează a fi determinate de către autoritatea contractanta ulterior depunerii ofertei”;

- *Având în vedere dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006, prin care se precizează faptul că „Punctul de vedere emis de ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori”, precum și faptul ca 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 din OUG 34/2006, comisia de evaluare a hotărât anularea aplicării Procedurii pentru atribuirea contractului în conformitate cu dispozițiile art. 209 al. 1 lit. c din OUG 34/2006 în acest caz fiind incidente și dispozițiile art. 209 al. 4 lit. b din același act normativ;*

- *Autoritatea contractantă intenționează sa inițieze o nouă procedură de atribuire a contractului „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”.*

Vă informăm că, datorită anularii procedurii, toate obligațiile create prin depunerea ofertelor de către participanții la procedura de atribuire încetează.»

Împotriva deciziei autorității contractante, ■ LTD. formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- admiterea contestației;
- anularea deciziei de anulare a procedurii, comunicată prin adresa nr. ■/11.01.2012;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ■/11.01.2012;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și la evaluarea ofertelor depuse prin aplicarea criteriilor de atribuire.

În fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării prezentei proceduri de atribuire, se regăsesc următoarele cerințe:

- punctul VI.5 - Modul de prezentare a propunerii financiare (pentru candidații ce vor fi preselecțați – faza a II-a a procedurii conform pct. VI.6), litera b): *„Candidatul va prezenta anexat la formularul de ofertă un centralizator de prețuri cu detalierea elementelor de cost (tarife) ce formează propunerea financiară în conformitate cu prevederile Documentației descriptive (Caietul de sarcini), pentru produsele oferite.*

Centralizatorul de prețuri trebuie să conțină cel puțin următoarele informații:

(...)

c) prețul total

(...)";

- punctul VIII.1. – Ajustarea prețului contractului: „Pentru partea de servicii de mentenanță, oferta poate conține elemente variabile în funcție de producția obținută”;

- punctul X - Precizări finale, litera d): „Eșecul de a depune o ofertă care să nu conțină toate informațiile cerute în termenul prevăzut conduce la respingerea ofertei”.

În caietul de sarcini (documentația descriptivă) sunt precizate următoarele:

« III. Criteriul de atribuire. Modalitatea de ofertare și evaluare

1. Criteriul de atribuire

(...)

Fiecare ofertant va oferta un pachet de servicii de mentenanță și service pe o durată de 20 ani (incluzând perioada de garanție fara costuri și de post-garanție, începând după faza PIF) care va conține principala obligație de a asigura disponibilitatea tehnică și respectarea curbei de putere ofertată și de a înlocui în caz de defecțiune, în condițiile ce vor fi stabilite în contract, fără alte pretenții materiale orice componentă a echipamentelor, inclusiv componentele principale (generator, axe, pale, etc). Pachetul va conține și obligația de operare tehnică a Parcului eolian ■ pentru primii 3 ani de la momentul PIF și de instruire în acest sens a personalului desemnat de achizitor.

(...)

Specificațiile tehnice transmise de către ofertant în Oferta tehnică vor fi utilizate de achizitor ca date de intrare în programul Wind Pro, împreună cu datele de vânt masurate pe o perioadă de 2 ani, împreună cu curba de putere, conform metodologiei din Anexa 5, determinând astfel producția anuală de energie a Parcului eolian ■ echipat cu instalațiile ofertate și respectiv factorul de capacitate, completându-se astfel, împreună cu datele din oferta financiară, vectorul fiecărui ofertant (Anexa 3 C).

(...)

Anexa 3A

Oferta financiara

(...)

4. Pretul anual al serviciilor de mentenanța și service în perioada de post garanție. Se descriu pe scurt clauzele contractuale ale serviciilor de mentenanța și service. Dacă pretul conține elemente fixe și variabile cum ar fi procent din producția obținută, se detaliază formula de calcul.

(...)

Anexa 5 – Metoda de calcul a producției anuale de energie a parcului și a factorului de capacitate

Specificațiile tehnice transmise de către ofertant în Oferta tehnică (puterea nominală, datele tehnice ale turbinei - înălțimea hub-ului, diametrul rotorului etc., curba de putere a turbinei eoliene) vor fi utilizate de achizitor ca date de intrare în softul WindPro 2.6, modulul PARK, determinând astfel producția anuală de energie a parcului echipat cu instalațiile oferite și, respectiv, factorul de capacitate, calculate la o probabilitate P50. Aceste date vor constitui valori input în cadrul vectorului fiecărui ofertant (Anexa 3 C).

În cadrul calculației PARK vor fi utilizate următoarele date de intrare comune pentru toți ofertanții: statistica eoliană a Locației (bazată pe același fișier cu date de vânt măsurate pe o perioadă de 2 ani și pe fișiere comune pentru orografie, rugozitate, obstacole)* și modelul de calcul (wake model) N.O. Jensen (EMD) 2005.

În figura de mai jos este prezentat un exemplu de calcul al producției anuale de energie și, respectiv, al factorului de capacitate, ale Parcului eolian ■, calculate la o probabilitate P50 cu ajutorul softului WindPro 2.6, modulul PARK. Datele de intrare și ieșire au următoarea semnificație:

- Date de intrare

Model de calcul (wake model) utilizat (comun pentru toți ofertanții);

Statistica eoliană a Locației (fișier comun pentru toți ofertanții);

Specificațiile tehnice transmise de către fiecare ofertant în Oferta tehnică.

- Date de ieșire (care vor constitui valori input în cadrul vectorului fiecărui ofertant)

Producția anuală de energie a parcului (P50) echipat cu instalațiile oferite;

Factorul de capacitate al parcului (P50) echipat cu instalațiile oferite.

*Notă: Fișierul cu date de vânt măsurate pe o perioadă de 2 ani cuprinde datele brute de vânt filtrate cu ajutorul softului

Symphonie Data Retriever pentru eliminarea valorilor eronate (din cauza înghețării senzorilor). Toate aceste fișiere vor fi transmise, la solicitare, ofertanților eligibili.»

În formularul de ofertă prezentat de ■ LTD. se precizează că aceasta, în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația de atribuire și a propunerii tehnice finale înaintată în cadrul acestei proceduri, se angajează să livreze, să instaleze și să pună în funcțiune un număr de 15 turbine eoliene ■ (noi), împreună cu serviciile de service și mentenanță aferente acestora, pentru o perioadă de 20 ani de la punerea în funcțiune a parcului eolian ■ (2 ani servicii de garanție și 18 ani servicii de post garanție) pentru suma totală (F1+F2) de ■ euro.

În formularul de ofertă prezentat de ■ SRL se precizează că aceasta, în conformitate cu prevederile și cerințele cuprinse în documentația de atribuire, se angajează să livreze 15x■ V112 3.0 MW 119m HH pentru suma de ■ euro și servicii de mentenanță aferente produselor menționate în termenele și condițiile din Anexa 3A. În această anexă reprezentând oferta financiară finală, punctul 4, respectiv prețul anual al serviciilor de mentenanță service în perioada de post garanție, se menționează următoarele componente ale acestei secțiuni de preț: „Prețul de bază anual euro per GGE (plătibil în avans în rate trimestriale): ■ euro. Prețul variabil anual euro per GGE: ■ euro.”

Prin adresa nr. ■/11.10.2011, UCVAP solicită ANRMAP punctul său de vedere privind următoarea situație:

«Societatea Comercială ■ SA a inițiat în ■.06.2011 procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare privind atribuirea contractului sectorial de furnizare „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. Z.

Pentru acesta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, sursa de finanțare fiind asigurată din „surse proprii”.

În 17.06.2011 a avut loc ședința de deschidere a documentelor de preselectare a candidaților, întocmindu-se procesul-verbal nr. ■, în care s-a consemnat faptul că au fost depuse două candidaturi.

Prin raportul privind preselectia candidaților, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. ■/01.07.2011, comisia de

evaluare a hotărât ca ambii candidați au fost preselecți, urmând ca aceștia să depună ofertele preliminare ce vor fi negociate la o dată ulterioară, respectiv 18.07.2011. În perioada 18.07.2011 – 26.09.2011 au avut loc ședințele de negociere cu fiecare candidat preselecat în parte, determinându-se toate aspectele tehnice, financiare și juridice ale viitorului contract.

Prin procesul-verbal nr. ■/26.09.2011, comisia de evaluare a stabilit datele de depunere a ofertelor finale, transmiterea invitațiilor privind deschiderea ofertelor finale, precum și data de deschidere a acestora. În prezentul proces-verbal s-a menționat: „Astfel, pe lângă precizarea faptului că depunerea ofertelor finale presupune înaintarea propunerilor financiare, tehnice și a modelului de contract propus...”. De asemenea, în invitațiile transmise operatorilor economici în vederea depunerii ofertelor finale, se precizează: „...vă comunicăm faptul că oferta finală înaintată de societatea dumneavoastră, respectiv propunerea financiară, tehnică și modelul de contract propus...”.

Astfel, în 08.10.2011 au avut loc ședințele de deschidere a ofertelor finale, cu fiecare participant în parte. În cadrul ședinței de deschidere a ofertei finale a unuia dintre operatorii economici, comisia de evaluare a constatat faptul că acesta a depus „oferta tehnică finală” ce conține un număr de 7 pagini, iar reprezentantul acestuia a declarat că „oferta finală conține și documente depuse pe parcursul derulării procedurii, în particular cu referire la oferta tehnică finală. Oferta tehnică finală înaintată este compusă din:

a) Oferta tehnică depusă în 18.07.2011, înregistrată la sediul ■ cu nr. ■/18.07.2011;

b) Clarificările depuse pe durata procesului de negociere conform opis atașat la oferta tehnică finală înregistrată la sediul ■ cu nr. ■/03.10.2011, respectiv înregistrate la sediul ■ sub nr. ■/16.08.2011, nr. ■/21.09.2011 și nr. ■/03.10.2011;

c) Documentele depuse în cadrul ofertei tehnice finale, înregistrate la sediul ■ cu nr. ■/21.08.2011, respectiv:

- curba de putere și zgomot T04/0002 4293ver07 - 3 pagini;

- WindPRO Decibel Map Calculation NOISE ■ - 1 pagină;

- WindPRO Decibel Map Calculation NOISE ■ - figurând receptorii solicitați - 1 pagină”. A fost întocmit Procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertei finale înaintată de un operator economic, înregistrat cu nr. ■/03.10.2011.

Tot în cadrul Procesului verbal menționat mai sus, comisia de evaluare a constatat că „Din analiza propunerii financiare nu reiese un preț total ofertat determinat”.

Menționăm că în Fișa de date a achiziției, la capitolul X „Precizări finale”, litera d) se precizează: „Eșecul de a depune o ofertă care să nu conțină toate informațiile cerute în termenul prevăzut conduce la respingerea ofertei”. De asemenea, la punctul VI.5 - Modul de prezentare a propunerii financiare (pentru candidații ce vor fi preselecți), litera b) din Fișa de date a achiziției, este precizat: „Candidatul va prezenta anexat la formularul de ofertă un centralizator de prețuri cu detalierea elementelor de cost (tarife) ce formează propunerea financiară în conformitate cu prevederile Documentației descriptive, pentru produsele oferite. Centralizatorul de prețuri trebuie să conțină cel puțin următoarele informații:

c) prețul total”.

Față de cele prezentate mai sus, vă solicităm să ne comunicați cu celeritate, punctul de vedere al instituției dvs. în speța prezentată, respectiv dacă documentele prezentate de către ofertant pot fi asimilate cu „oferta finală depusă” și dacă comisia de evaluare are dreptul de a stabili valoarea totală a propunerii financiare, ținând cont de prevederile documentației de atribuire.»

ANRMAP răspunde solicitării UCVAP prin adresa nr. ■/15.12.2011, astfel:

«1. Scurtă prezentare a situației de fapt

Din adresa dvs. susmenționată înțelegem că ne solicitați punctul de vedere cu privire la oferta depusă de un operator economic în cadrul etapei finale a procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în urma negocierilor purtate cu autoritatea contractantă, precum și cu privire la dreptul comisiei de evaluare de a stabili valoarea totală a propunerii financiare pe baza prevederilor documentației de atribuire, în condițiile în care din propunerea financiară depusă de ofertant nu reiese prețul total ofertat.

2. Sediul materiei

Art. 3 lit. q, lit. t și lit. Ț, art. 33 al. 2 lit. e, art. 170, art. 171, art. 172 și art. 201 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea 337/2006, cu modificările și completările ulterioare;

Art. 54 al. 2 și al. 3, art. 56 al. 1, art. 78, art. 79 al. 3 și art. 80 din HG 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

3. Punctul de vedere al A.N.R.M.A.P.

Având în vedere elementele situației de fapt astfel cum au fost prezentate în adresa susmenționată, precum și precizările din actul nr. ■/20.10.2011 al SC ■ SA cu privire la aceleași aspecte, în raport de prevederile legale aplicabile, ANRMAP vă comunică următoarele:

Oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică și cuprinde propunerea financiară și propunerea tehnică. Totodată, propunerea tehnică este o parte a ofertei elaborată pe baza cerințelor din caietul de sarcini sau, după caz, din documentația descriptivă (art. 3 lit. q) și lit. ț) din OUG 34/2006).

Potrivit prevederilor legislației privind achizițiile publice (art. 170-172 din OUG 34/2006), ofertantul are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și de a o depune la adresa și până la data și ora limită pentru depunere stabilite în anunțul sau în invitația de participare, oferta având caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă.

În cazul procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, fiecare participant la etapa de negociere are obligația de a prezenta, în funcție de necesitățile, obiectivele și constrângerile autorității contractante, astfel cum au fost acestea evidențiate în documentația descriptivă, o propunere de ofertă preliminară, care va constitui punctul de pornire al negocierilor, scopul negocierilor fiind acela de îmbunătățire a ofertei preliminare și de adaptare a acesteia la condițiile concrete în care se va derula viitorul contract. În acest sens, negocierile se derulează până în momentul în care fiecare participant la negocieri declară că oferta preliminară pe care a prezentat-o nu mai poate fi îmbunătățită, fapt care se consemnează explicit în procesul-verbal de ședință (art. 54 din HG 925/2006).

Având în vedere prevederile legale redade anterior, în speța pe care o supuneți analizei noastre considerăm că oferta finală a operatorului economic în cauză poate fi constituită din toate documentele depuse pe parcursul derulării procedurii și în legătură cu care ofertantul a precizat în mod expres că fac parte din oferta finală, în măsura în care acestea sunt deținute și pot fi identificate de către autoritatea contractantă.

Astfel, din opțiunea ofertantului privind includerea în cadrul ofertei finale a unora dintre documentele prezentate în cadrul ofertei preliminare se poate desprinde concluzia că aceste documente nu necesită, din punctul său de vedere, modificări/îmbunătățiri ca urmare a derulării negocierilor cu autoritatea contractantă.

În ceea ce privește evaluarea ofertei finale, aceasta se va face din punctul de vedere al modului în care propunerea tehnică corespunde cerințelor minime din documentația descriptivă, prin raportare și la îmbunătățirile/adaptările convenite cu ocazia negocierilor și consemnate în procesul-verbal de ședință, urmând ca oferta câștigătoare să fie stabilită prin aplicarea criteriului de atribuire astfel cum a fost detaliat în cuprinsul invitației de participare.

Referitor la dreptul comisiei de evaluare de a stabili valoarea totală a propunerii financiare pe baza prevederilor documentației de atribuire, în condițiile în care din propunerea financiară depusă de ofertant nu reiese prețul total ofertat, precizăm următoarele:

Potrivit art. 78 din HG 925/2006, „comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor”, însă „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”

Astfel, în situația în care prețul total a fost menționat doar în formularul de ofertă, iar în cuprinsul centralizatorului se regăsesc doar prețurile defalcate, prin însumarea cărora s-ar obține o valoare egală cu prețul total din formularul de ofertă, comisia de evaluare poate proceda la clarificarea acestui aspect și, după caz, la corectarea omisiunii din centralizatorul de prețuri privind menționarea prețului total, în condițiile art. 80 din HG 925/2006, cu acordul ofertantului în cauză, refuzul

acestui de a accepta corecția conducând la respingerea ofertei ca neconformă.

Însă, în situația în care un operator economic nu depune formularul de ofertă sau nu precizează în cuprinsul acestuia prețul la care se obligă să presteze serviciile/să furnizeze produsele/să efectueze lucrările, considerăm că o astfel de completare a ofertei, după data limită stabilită pentru deschiderea ofertelor, este de natură a încălca principiile nediscriminării și tratamentului egal, prin crearea unui avantaj evident în favoarea respectivului operator economic, putând fi considerată, după caz, inclusiv ca o modificare a propunerii financiare, fapt ce ar atrage respingerea acesteia ca neconformă, în baza art. 79 al. 3 din HG 925/2006.

O astfel de interpretare se desprinde din faptul că, în practica, angajamentul ferm al operatorului economic de a-și menține oferta valabilă din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractanta se concretizează prin completarea și depunerea formularului de ofertă, astfel încât acesta trebuie să conțină elementele principale cu privire la care operatorul economic se angajează din punct de vedere juridic, inclusiv prețul contractului.

În situația în care, conform prevederilor documentației de atribuire, prețul este compus dintr-o componentă fixă și o componentă variabilă care poate face obiectul unor ajustări, în condițiile legii și în conformitate cu modalitatea concretă de ajustare precizate prin documentara de atribuire și în cuprinsul contractului, propunerea financiară va conține un preț total calculat prin însumarea componentei fixe și a celei variabile, aceasta din urma fiind stabilită în funcție de estimările/elementele concrete de care dispune ofertantul la momentul întocmirii ofertei, în conformitate cu instrucțiunile din documentația de atribuire, urmând ca, pe parcursul derulării contractului, ajustarea prețului să se facă în măsura în care devin incidente condițiile legale care justifică ajustarea.

În ceea ce privește posibilitatea ajustării prețului prevăzută în documentația de atribuire și la care se face referire în adresa SC ■ SA amintită mai sus, precizăm faptul că situațiile în care legea permite ajustarea prețului contractului sunt enumerate la art. 97 din HG 925/2006, situații în care apreciem însă că nu se încadrează și ajustarea prețului contractului în funcție de producția obținută.»

Autoritatea contractantă transmite ANRMAP adresa nr. ■/30.11.2011, în care arată următoarele:

«Referitor: Clarificare privind solicitarea UCVAP nr. ■/11.10.2011 transmisă în vederea obținerii punctului de vedere al ANRMAP, pentru procedura de atribuire de către SC ■ SA a contractului având ca obiect "Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■"»

Având în vedere adresa din referință transmisă în atenția dumneavoastră în conformitate cu dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006 de către UCVAP și adresa SC ■ SA nr. ■/20.10.2011, vă rugăm prin prezenta să luați în considerare în punctul de vedere pe care o să-l comunicați observatorilor o clarificare a aspectelor prezentate prin adresele de mai sus:

Elementul cu ponderea cea mai importantă din formula criteriului de atribuire este producția anuală de energie, respectiv capacity factor.

Acest element se calculează introducând curba de putere a turbinei în programul Wind Pro care conține datele de vânt măsurate în locația respectivă. Pentru ca această producție să se calculeze unitar pentru toți candidații (folosind aceleași date de intrare și setări ale programului Wind Pro), în caietul de sarcini, este stipulat ca autoritatea efectuează acest calcul, determinând astfel producția de energie și capacity factor pentru fiecare oferta, care vor fi luate în calcul la aplicarea criteriului (pag 17, Anexa 5).

În mod implicit, în situația în care oferta financiară pentru serviciile de mentenanță conține elemente variabile funcție de producția de energie produsă, valoarea acestor servicii rezultă după calculul producției, efectuat de autoritate conform explicațiilor de la paragraful precedent (anexa 3C, vectorul ofertantului).

Ofertantul a ținut cont de aceste prevederi din documentație, ofertând conform Anexei 3A, formula de calcul a serviciilor de mentenanță (coeficientul de 0,0089 Euro/MW x producția de energie).»

ANRMAP răspunde prin adresa nr. ■/16.12.2011, astfel:

«1. Scurtă prezentare a situației de fapt

Prin adresa dvs. susmenționată reveniți cu precizări suplimentare în legătură cu solicitarea U.C.V.A.P. referitoare la procedura de atribuire a contractului având ca obiect „Turbine eoliene necesare derulării investiției Parc eolian ■”, în completarea actului dvs. nr. ■/20.10.2011.

2. Sediul materiei

Art. 33, art. 171 și art. 204 al. 1 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea 337/2006, cu modificările și completările ulterioare;

Art. 3 al. 1 și art. 14 din HG 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

3. Punctul de vedere al A.N.R.M.A.P.

Având în vedere elementele situației de fapt astfel cum au fost prezentate în adresa susmenționată, în raport de prevederile legale aplicabile, ANRMAP vă comunică, în completarea și în susținerea precizărilor din adresa nr. ■/2011, următoarele:

Elaborarea documentației de atribuire este, potrivit art. 3 al. 1 din HG 925/2006, o atribuție a autorității contractante. Cu privire la conținutul documentației de atribuire, legislația din domeniul achizițiilor publice precizează că aceasta trebuie să fie clară și să cuprindă instrucțiuni privind modul de elaborare și de prezentare a propunerii tehnice și financiare, precum și informații detaliate și complete privind criteriul de atribuire aplicat pentru stabilirea ofertei câștigătoare, necesare operatorilor economici pentru elaborarea în mod corespunzător a ofertei (care cuprinde propunerea tehnică și propunerea financiară), așa cum stipulează art. 33 al. 2 din OUG 34/2006.

În același timp, algoritmul de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor care vor fi luați în considerare în cazul aplicării criteriului „ oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți.

Prin urmare, în speța la care vă referiți autoritatea contractantă avea obligația de a furniza potențialilor ofertanți, prin documentația de atribuire, toate datele și elementele necesare pentru ca aceștia să fie în măsură să elaboreze în mod complet propunerea financiară, inclusiv prin aplicarea unor formule de calcul, după caz, astfel încât componenta financiară a ofertelor depuse să fie exprimată într-un preț determinat de ofertant, în legătură cu care acesta se angajează din punct de

vedere juridic, nefiind admisibil ca un ofertant să își asume anumite angajamente cu privire la elemente care urmează a fi determinate de către autoritatea contractantă ulterior depunerii ofertei.»

În raportul procedurii nr. ■/11.01.2012, întocmit de comisia de evaluare la finalizarea activității sale, se precizează următoarele:

«Evaluarea propunerilor financiare

1. ■ LTD. – valoare euro (fără TVA) ■;

2. ■ SRL - valoare euro (fără TVA) ■*

**) Notă: Valoarea totală a ofertei a fost determinată de autoritatea contractantă și confirmată de ofertant.*

-Referitor la oferta financiară ■, ofertantul a ținut cont de prevederile din documentația descriptivă, ofertând conform Anexei 3A, formula de calcul a serviciilor de mentenanță (coeficientul de ■ Euro/MW x producția de energie).

Producția de energie s-a calculat de către autoritate, conform prevederilor din documentația descriptivă, introducând curba de putere a turbinei în programul Wind Pro care conține datele de vânt măsurate în locația respectivă. Pentru ca producția să se calculeze unitar pentru toți candidații, în caietul de sarcini, s-a stipulat faptul că autoritatea este cea care efectuează acest calcul, folosind aceleași date de intrare și aceleași setări ale programului Wind Pro (pag 17, Anexa 5).

În mod implicit, în situația în care oferta financiară pentru serviciile de mentenanță conține elemente variabile funcție de producția de energie produsă, valoarea acestor servicii rezultă după calculul producției, efectuat de autoritate conform explicațiilor de la paragraful precedent (anexa 3C, vectorul ofertantului), prin înmulțirea cu coeficientul indicat de ofertant.

Observatorii desemnați de UCVAP au solicitat ANRMAP un punct de vedere în conformitate cu dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006.

Răspunsul ANRMAP nr. ■/15.12.2011 a fost transmis spre știință și către SC ■ SA fiind înregistrat cu nr. ■/19.12.2011. Prin adresa nr. ■/16.12.2011 înregistrată la sediul SC ■ SA cu nr. ■/20.12.2011, ANRMAP a transmis către SC ■ SA și spre știință UCVAP, o completare a punctului de vedere mai sus menționat ținând cont de precizările suplimentare transmise de SC ■ SA.

Din punctul de vedere al ANRMAP reiese faptul că elaborarea ofertei (propunerea tehnică și propunerea financiară) cade în sarcina ofertanților iar "autoritatea

contractantă avea obligația de a furniza potențialilor ofertanți, prin documentația de atribuire, toate datele și elementele necesare pentru ca aceștia să fie în măsură să elaboreze în mod complet propunerea financiară, inclusiv prin aplicarea unor formule de calcul, după caz, astfel încât componenta financiară a ofertelor depuse să fie exprimată într-un preț determinat de ofertant, în legătură cu care acesta se angajează din punct de vedere juridic, nefiind admisibil ca un ofertant să își asume anumite angajamente cu privire la elemente care urmează a fi determinate de către autoritatea contractantă ulterior depunerii ofertei".

Prin Documentația de Atribuire:

- Fișa de date Cap.VIII pct.1 se prevede că: "Pentru partea de servicii de mentenanță oferta poate conține elemente variabile în funcție de producția obținută";

- Prin Documentația de Atribuire - Secțiunea Documentație Descriptivă (pag 17), s-au precizat următoarele: „Specificațiile tehnice transmise de către ofertant în Oferta tehnică vor fi utilizate de achizitor ca date de intrare în programul Wind Pro, împreună cu datele de vânt măsurate pe o perioadă de 2 ani, împreună cu curba de putere, conform metodologiei din Anexa 5, determinând astfel producția anuală de energie a Parcului eolian Frumusita echipat cu instalațiile ofertate și respectiv factorul de capacitate, completându-se astfel, împreună cu datele din oferta financiară, vectorul fiecărui ofertant (Anexa 3 C).”;

Rezultatul evaluării producției anuale de energie nu a fost efectuat și comunicat de autoritatea contractantă anterior depunerii ofertelor finale, condiții în care oferta financiară depusă de ■ SRL a cuprins doar un preț variabil, determinabil în funcție de producția de energie. Prin răspunsul la cererea de clarificare nr. ■/10.11.2011, ofertantul ■ SRL, a confirmat prețul determinat conform formulei depuse în ofertă, însă față de punctul de vedere ANRMAP expus mai sus, s-a constatat imposibilitatea adoptării de măsuri corective în condițiile art. 209, al. (4) lit. b) din OUG nr.34/2006.

În conformitate cu dispozițiile art. 4 al. 6 din OUG 30/2006, „Punctul de vedere emis de ANRMAP reprezintă interpretarea oficială a legislației din domeniul achizițiilor publice și va fi pus în aplicare de către observatori.”»

Dispozițiile art. 209 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, stabilesc următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri:

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.

(4) În sensul prevederilor al. 1 lit. c, prin abateri grave de la prevederile legislative se înțelege:

b) 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”

Așa cum rezultă din cele expuse mai înainte, prevederile din documentația de atribuire potrivit cărora pentru partea de servicii de mentenanță, oferta poate conține elemente variabile în funcție de producția obținută, posibilitatea ca prețul să conțină elemente fixe și variabile cum ar fi procent din producția obținută, cu detalierea formulei de calcul, determinarea producției anuale de energie a parcului echipat cu instalațiile ofertate și, respectiv, factorul de capacitate de către autoritatea contractantă prin utilizarea specificațiilor tehnice transmise de către ofertant în oferta tehnică ca date de intrare în softul WindPro 2.6, modulul PARK, au condus la situația în care unul dintre ofertanți nu a prevăzut în propunerea sa financiară finală prețul total al contractului, așa cum s-a cerut la punctul VI.5 - Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției, cuprinzând în propunerea financiară, pentru serviciile de mentenanță, formula de calcul a acestora. În aceste condiții, pentru această ofertă, valoarea totală a acesteia a fost determinată de autoritatea contractantă și confirmată de ofertantă.

Potrivit art. 3 lit. q și t din OUG 34/2006, oferta reprezintă actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică și cuprinde propunerea financiară și propunerea tehnică, iar propunerea financiară reprezintă acea parte a ofertei ce cuprinde informațiile cu privire la preț, tarif, alte condiții financiare și comerciale corespunzătoare satisfacerii cerințelor solicitate prin documentația de atribuire. În aceste condiții, responsabilitatea întocmirii ofertei care să corespundă tuturor cerințelor documentației de atribuire revine operatorului

economic care prezintă oferta, în acord cu intenția sa de angajare în viitorul contract de achiziție publică.

Este adevărat că, așa cum prevede art. 170 din ordonanța de urgență, ofertanta are obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, însă respectarea acestei obligații legale, nu trebuie să conducă, așa cum s-a întâmplat în speța supusă soluționării, la subrogarea autorității contractante în dreptul ofertantului de a întocmi oferta în acord cu intenția sa de angajare în viitorul contract de achiziție publică. În cauza analizată, nu se poate reține culpa ofertanților în elaborarea ofertelor, aceasta realizându-se cu respectarea regulilor stabilite de autoritatea contractantă, ci greșeala autorității contractante care a stabilit prin documentație reguli ce au condus la situația în care unul dintre ofertanți a prezentat o propunere financiară finală fără un preț total al prestației. În această situație nu poate fi primită posibilitatea calculă de către autoritatea contractantă a prețului final total al unei oferte, responsabilitatea întocmirii ofertei care să corespundă tuturor cerințelor documentației de atribuire revenind operatorului economic care prezintă oferta, autoritatea contractantă neavând obligația și nici dreptul de a determina elemente ale ofertei, a căror existență a fost cerută prin documentația de atribuire și care nu au fost menționate expres de către ofertant. În acest context, Consiliul reține contradicția dintre prevederile documentației de atribuire potrivit căroră, pe de o parte, pentru partea de servicii de mentenanță, oferta poate conține elemente variabile în funcție de producția obținută, posibilitatea ca prețul să conțină elemente fixe și variabile cum ar fi procent din producția obținută, determinarea producției anuale de energie a parcului echipat cu instalațiile ofertate și, respectiv, factorul de capacitate de către autoritatea contractantă, iar pe de altă parte, propunerea financiară trebuie să conțină prețul total al prestației. Stabilirea de către autoritatea contractantă a unor astfel de cerințe în documentația de atribuire a condus la încălcarea scopurilor legislației privind achizițiile publice constând în garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, precum și a principiilor tratamentului egal și transparenței, consacrate la art. 2 din OUG 34/2006.

Date fiind cele prezentate, Consiliul stabilește că în mod corect autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de achiziție publică, în baza dispozițiilor art. 209 al. 1 lit. c

coroborat cu art. 209 al. 4 lit. b din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, aceasta fiind singura măsură ce putea fi luată pentru intrarea în legalitate a desfășurării procedurii de achiziție publică, dat fiind faptul că ofertele întocmite în baza documentației de atribuire ce a condus la încălcarea dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice au fost deja întocmite, deschise și evaluate.

Raportat la critica din contestație vizând nerespectarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 210 din ordonanța de urgență, în ceea ce privește comunicarea motivului concret care a determinat decizia de anulare, Consiliul stabilește temeinicia acesteia, însă având în vedere dezbaterile fondului deciziei de anulare a acestei proceduri și menținerea anulării procedurii de achiziție publică, se reține inutilitatea obligării autorității contractante la refacerea comunicării privind anularea procedurii.

Consiliul va respinge solicitarea probei cu expertiză, în condițiile în care, din documentele depuse la dosarul cauzei și din audierile desfășurate la sediul CNSC s-a format convingerea completului cu privire la cauza supusă soluționării.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 al. 5 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de ■ LTD.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU COMPLET,

■

MEMBRU COMPLET,

■

Redactată în 4 (patru) exemplare,
conține 67 (șasezeci și șapte) pagini