

DECIZIE
BO2012_0251
Data: ■.2012

Prin contestațiile FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrate la CNSC sub nr. ■/26.03.2012, respectiv sub nr. ■/27.03.2012, înaintate de ■ GmbH, cu sediul în ■, înregistrată în Registrul Comerțului sub nr. ■, având cod fiscal ■, reprezentată legal prin ■ – Director general și convențional prin SCA ■, cu domiciliul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ■, respectiv de SC ■ SA, cu sediul în ■, înmatriculată la ORC sub numărul ■, având CUI ■, reprezentată legal prin ■ – Director general, formulate împotriva documentației de atribuire întocmite de ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Implementare proiect instalație de desulfurare gaze de ardere la Cazan 7 din ■”, cod CPV 45253200-7 – *Lucrări de construcții de stații de desulfurare (Rev.2)*, 71320000-7 – *Servicii de concepție Tehnică (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere necesare pentru eliminarea cerințelor restrictive și nelegale.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Conexează cele două contestații.

Respinge excepția de tardivitate a contestației aparținând SC ■ SA, invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestațiile, în parte.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în maxim 10 zile de la primirea prezentei, prin modificarea dispozițiilor documentației de atribuire criticate, în referire la experiența similară, personalul implicat, modalitatea de prezentare a graficului de execuție și conținutul caietului de sarcini (conform cu cele reținute în motivarea ce urmează), și publicarea lor în SEAP, concomitent cu stabilirea unei date limită noi de depunere a ofertelor, nu mai devreme de 42 zile de la publicarea măsurilor arătate.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

■ GmbH a înaintat contestația FN, înregistrată la CNSC sub nr. ■/26.03.2012, împotriva unora dintre prevederile anunțului de participare și ale documentației de atribuire elaborate de ■, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Implementare proiect instalație de desulfurare gaze de ardere la Cazan 7 din ■”, cod CPV 45253200-7 – *Lucrări de construcții de stații de desulfurare (Rev.2)*, 71320000-7 – *Servicii de concepție Tehnică (Rev.2)*.

Prin aceasta, contestatoarea solicită modificarea pct. IV.3.6. din anunțul de participare, respectiv din fișa de date a achiziției, acesta urmând să aibă următorul conținut: *Moneda în care se transmite oferta de preț: Euro. Echivalentul în Lei se va calcula în funcție de cursul de schimb Euro/Lei BNR valabil la momentul deschiderii ofertelor.*

În sprijinul cererii sale, contestatoarea invocă faptul că la procedurile privind proiecte de desulfurare majoritatea ofertanților este reprezentată de companii străine sau de asocieri cu participare străină, care își procură materialele și utilajele din afara țării. Ar fi astfel „firesc și normal” să li se dea acestora posibilitatea să oferteze prețul în Euro, cu calcularea unui echivalent în Lei, în funcție de cursul de schimb BNR stabilit.

De asemenea, contestatoarea solicită modificarea pct. III.2.1) din anunțul de participare, respectiv a pct. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției în forma: *Situația personală a candidatului sau a ofertantului: Calitatea de participant la procedură - Formular 5 (original): Declarație privind calitatea de participant la procedură (în cazul unei asocieri atât liderul asociației cât și asociații sunt obligați să prezinte acest formular).*

Contestatoarea apreciază că cerința de a se depune și de către subcontractanți „Declarația privind calitatea de participant la procedură” este abuzivă și nelegală, dată fiind lipsa calității de ofertanți a acestora, fiind contrară și dispozițiilor art. 7 din HG 925/2006 și art. 42 al. (2) din OUG 34/2006.

În continuare, contestatoarea solicită eliminarea cerinței cuprinse la pct. III.2.2) din documentația de atribuire - atât din anunțul de participare, cât și din fișa de date a achiziției, referitoare la bonitate/acces la resurse: *Suma solicitată pentru imobilizare în vederea realizării contractului de lucrări, în cazul ofertei câștigătoare este de: ■ lei pentru o perioadă de 3 luni.*

Contestatoarea menționează că dispozițiile art. 43¹ din OUG 34/2006, coroborate cu cele ale Capitolului VII - *Garanții* din HG 925/2006, reglementează tipurile de garanții ce pot fi solicitate de către autoritatea contractantă într-o procedură de achiziție publică (garanția de participare și garanția de bună execuție), neexistând nicio prevedere referitoare la o altă sumă pe care ar avea dreptul

să o solicite ofertanților în mod legal și să o imobilizeze pentru o durată de 3 luni.

Drept urmare, contestatoarea consideră că se încalcă în mod evident principiile tratamentului egal, al nediscriminării și al proporționalității, prin acceptarea în procedură numai a acelor ofertanți care pot asigura imobilizarea sumei de ■ lei, suma ce depășește atât valoarea garanției de participare, în cuantum de ■ lei, cât și valoarea garanției de bună execuție de 10% (5% în cazul IMM-urilor) din valoarea contractului, respectiv în cuantum de ■ lei (■ lei), capacitatea economică și financiară a ofertanților putându-se demonstra prin indicatorii prevăzuți de lege, respectiv conform dispozițiilor art. 185 din OUG 34/20064, utilizând valoarea cifrei de afaceri, bilanțul contabil sau declarații bancare.

Pe de altă parte, autoarea contestației precizează că în niciuna din licitațiile derulate pentru atribuirea lucrărilor de construcție instalație de desulfurare în România (Craiova II, Ișalnița, CE Turceni, CE Rovinari, CET Deva, ș.a.) nu a fost solicitată îndeplinirea unei astfel de cerințe minime pentru calificare constând în dovedirea de către ofertanți a posibilității imobilizării unei sume atât de mari, aproximativ 15% din valoarea estimată a contractului. Avansul pentru începerea executării lucrărilor trebuie acordat de autoritatea contractantă, care are obligația să se asigure la momentul inițierii unei astfel de proceduri că dispune de fondurile necesare (europene, proprii, credite) pentru a putea plăti ofertantul declarat câștigător (aici fiind inclusă și plata avansului de maxim 30%, imediat ulterior semnării contractului).

Totodată, contestatoarea solicită reformularea cerinței minime nr. 2 de la pct. III.2.3) din anunțul de participare, respectiv din fișa de date a achiziției, aceasta urmând să aibă următorul conținut: *Ofertantul va prezenta ca experiență similară, în calitate de unic proiectant, asociat sau subcontractant, dovada prestării de servicii duse la bun sfârșit (conform art. 13 din Ordin nr. 509/2011) a cel puțin un contract de servicii de proiectare similare a cărei valoare este de cel puțin ■ lei fără TVA în ultimii 3 ani, respectiv ajustarea acesteia către valoarea ei reală de 8% - 10% din valoarea contractului de lucrări.*

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă încalcă în mod grav principiile tratamentului egal al ofertanților, al nediscriminării între ofertanți și al proporționalității, neputându-se pune pe picior de egalitate un ofertant care a executat și finalizat în bune condiții un proiect într-un contract similar cu valoarea de 8% - 10% din valoarea contractului de lucrări, cu un ofertant care susține în mod nejustificat că a realizat un proiect similar la un cost de ■ lei, astfel cum solicită aceasta în mod cu totul eronat.

Mai mult, contestatoarea apreciază că cerința autorității contractante „desconsideră” prevederile art. 7 din HG 925/2006,

potrivit cărora scopul criteriilor de calificare și selecție este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În ceea ce privește cerința minimă nr. 5 de la pct. III.2.3) din anunțul de participare, respectiv din fișa de date a achiziției, contestatoarea solicită reformularea ei astfel:

Asigurarea personalului strict necesar pentru realizarea obiectului achiziției:

- *proiectanți cu experiență în domeniile: construcții, instalații termomecanice/tehnologice, instalații electrice, instalații de automatizare, instalații aferente construcțiilor, etc.);*

- *personal de execuție pe meserii specifice categoriilor de lucrări;*

- *responsabil tehnic cu execuția;*

- *responsabili cu controlul tehnic de calitate;*

- *responsabil cu securitatea muncii pe șantier calificat în acest sens. Autorizații:*

- *Autorizații valabile ISCIR pentru personalul care execută examinări nedistructive respectiv sudori în metal;*

- *Autorizații valabile ANRE pentru electricieni;*

- *RTE va prezenta copie după atestatul MECMA (conf. regulamentului publicat în MO nr. 335/2010.*

Pentru personalul aparținând persoanelor juridice străine se va prezenta echivalentul acestor autorizații dacă există potrivit legislației statului străin, iar în lipsa de astfel de autorizații o declarație pe proprie răspundere dată de către persoana juridică străină participantă la procedură.

Contestatoarea consideră că este necesar să se facă mențiunea că pentru personalul ofertanților care nu reprezintă persoane juridice române nu sunt necesare aceste autorizații, ci numai autorizații echivalente, dacă există, potrivit legislației statului străin, iar în lipsa unor de astfel de autorizații, o declarație pe proprie răspundere dată de către persoana juridică străină participantă la procedură, cerință ce ar respecta astfel dispozițiile art. 11 al. (2) din HG 925/2006. Prin urmare, ofertantul străin poate să facă dovada îndeplinirii cerinței prin documentele emise de autoritățile competente ale statului de reședință.

În plus, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante și la modificarea condiției privitoare la obligativitatea încheierii de contracte individuale de muncă, pe care o consideră restrictivă:

În cazul în care se prezintă angajamente pentru persoanele de specialitate care nu sunt angajați permanenți ai ofertantului, dacă acesta este declarat câștigător, operatorul economic va încheia contract/contracte cu o durată cel puțin egală cu durata contractului ce face obiectul prezentei proceduri, cu

expertul/expertii propuși sau cu angajatorii acestor experți, după caz, potrivit legislației naționale aplicabile respectivului ofertant, de exemplu: contracte de prestări servicii, contracte individuale de muncă cu expertul/expertii propuși, respectiv cu angajatorii acestor experți, după caz.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a stabilit, contrar dispozițiilor art. 71 din OUG 34/2006, un termen complet nerealist pentru depunerea ofertelor, în contextul unui proiect atât de complex, pentru a cărui pregătire le este necesară potențialilor ofertanți o perioadă care trebuie să fie suficientă pentru a permite pregătirea ofertelor în conformitate cu cerințele documentației de atribuire și cu dispozițiile legale în vigoare aplicabile în materie.

Totodată, contestatoarea invocă și faptul că în acest interval intervin sărbători religioase și naționale (Paștele Catolic – 8 - 10 aprilie 2012; Paștele Ortodox – 15 - 17 aprilie 2012; 1 Mai), precum și faptul că ofertanții străini trebuie să traducă atât documentația de atribuire (280 de pagini), cât și propunerea tehnică, cea financiară și documentele de calificare în limba română.

Având în vedere faptul că nu se respectă durata minimă, de 52 de zile, prevăzută de OUG 34/2006, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la stabilirea unui termen rezonabil de depunere a ofertelor de către toți potențialii ofertanți, inclusiv de către investitorii străini.

De asemenea, deși în documentația de atribuire este menționat în mod expres că nu se va organiza o licitație electronică, contestatoarea precizează că în Secțiunea IV: *Procedura, Capitolul IV.2), Punctul IV.2.1)* din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă face mențiuni în mod expres „intră în licitație electronică/reofertare”.

Date fiind aceste mențiuni contradictorii, contestatoarea solicită remedierea lor.

Totodată, autoarea contestației solicită obligarea autorității contractante la includerea, în comisia de evaluare, a specialiștilor în domeniul obiectului contractului (personalul de specialitate din cadrul SC ■ SA).

Nu în ultimul rând, contestatoarea arată că potrivit fișei de date a achiziției Capitolul IV.4) *Prezentarea ofertei, Punctul IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice*, autoritatea contractantă introduce ca parte a propunerii tehnice Formularul 24 - Grafic fizic și valoric de execuție lucrări - Anexa 3. Astfel, în acest formular, dincolo de denumirea sa, care conține termenul „valoric”, se menționează în mod expres faptul că trebuie detaliate activitățile, precum și alocarea resurselor materiale, alături de alte aspecte.

Contestatoarea consideră că astfel autoritatea contractantă încalcă în mod grav dispozițiile art. 21 și art. 22 din HG 1660/2006, prin aceea că pretinde să ia la cunoștință prețurile, practic de propunerea financiară, în cadrul etapei de analiză a propunerii tehnice, și nu după analiza ei, cum impun acestea.

Față de considerentele expuse anterior, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere mai-sus menționate și detaliate, precum și acordarea posibilității formulării de concluzii orale în fața Consiliului.

În cadrul aceleiași proceduri, a înaintat și SC ■ SA o contestație (înregistrată la CNSC sub nr. ■/27.03.2012) împotriva prevederilor documentației de atribuire.

Astfel, această contestație arată că, contrar dispozițiilor art. 178 al. (2) din OUG 34/2006, cerința nr. 3 (partea finală) de la pct. III.2.3). din anunțul de participare, respectiv pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției (Capacitatea tehnică și/sau profesională), nu are nicio justificare legală sau economică, reprezentând, dimpotrivă, o cauză de restricționare a participării la procedura de atribuire.

Prin urmare, autoarea contestației solicită eliminarea următoarelor precizări: *„valoarea contractului pentru componenta proiectare trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea contractului solicitat pentru demonstrarea experienței similare pentru partea de proiectare; valoarea contractului pentru componenta lucrări trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea contractului solicitat pentru demonstrarea experienței similare în execuția de lucrări ca și antreprenor în construcții montaj”*.

În opinia contestatoarei, menținerea în documentația de atribuire a textului de mai sus nu are nici o justificare legală, întrucât, în ipoteza în care un ofertant prezintă un contract de realizare a unei instalații de desulfurare (eligibilă din punct de vedere al prețului, capacității centralei electrice pe care a fost grefată, etc.) care a inclus și activitatea de proiectare, nu are nicio relevanță pentru autoritatea contractantă modalitatea în care a fost defalcat prețul între contractant și beneficiarul din prezentul contract, de vreme ce ofertantul dovedește că a realizat cu succes un contract similar, „la cheie”.

În plus, contestatoarea menționează că este posibil ca valoarea contractului prezentat pentru experiența similară nici să nu conțină o defalcare distinctă a prețului pentru serviciile de proiectare și lucrările de montaj și punere în funcțiune, ceea ce ar face imposibilă satisfacerea condiției impuse de prezenta documentație de atribuire, limitând în mod nepermis accesul la procedura de achiziție publică, deși contractul prezentat în dovedirea experienței similare ar fi suficient pentru dovedirea capacității tehnice și profesionale, din toate punctele de vedere, în

raport de prevederile art. 188 al. (3) din OUG 34/2006.

Formularea menționată încalcă, în aprecierea contestatoarei, și principiul egalității de tratament, descurajând o concurență reală, pentru că, spre exemplu, este posibil ca la un contract prezentat pentru dovedirea experienței similare ponderea în prețul total al proiectării să fie mai mare (o soluție nouă, cu un nivel tehnologic superior), care presupune costuri diminuate de materiale și manoperă, implicit un cost total eligibil, dar proporțional mai mic. Într-o atare situație, soluția superioară din punct de vedere tehnic ar fi evident dezavantajată. Cu alte cuvinte, este complet nejustificat să se impună o anumită repartitie procentuală a costurilor între proiectare și execuție, deși o valoare mai mare a proiectării poate conduce, în condițiile unui randament tehnologic superior, la un cost mai mic pentru materiale și manoperă.

De asemenea, contestatoarea apreciază că formularea „recepții parțiale” din coloana din dreapta („Modalitatea de îndeplinire” de la pct. III.2.3.a) nu are nicio justificare legală, fiind în contradicție cu prevederile art. 188 al. (3) lit. a) din OUG 34/2006, care făcând referire la certificările de bună execuție, impune precizarea că respectivele lucrări „au fost duse la bun sfârșit”, aceasta echivalând cu necesitatea prezentării unui proces-verbal de punere în funcțiune cu succes.

Pe de altă parte, contestatoarea consideră că impunerea, prin caietul de sarcini (Anexa 3 - extras - secțiunea 3 - Specificații tehnice particulare) a unor cerințe tehnice excesiv și nejustificat de detaliate și particularizate, în condițiile în care întreaga activitate de proiectare urmează să fie executată de către contractant (proiectul fiind „la cheie”), constituie o încălcare a dispozițiilor imperativ prevăzute de art. 35 și art. 38 al. (1) din OUG 34/2006, dar și a dispozițiilor art. 2 al. (2) lit. a), b) și e), art. 17 și a principiului proporționalității-consacrat de art. 179 din același act normativ.

Specificatiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini nu trebuie să fie de natură a restrânge în mod nejustificat concurența, ci trebuie să asigure funcționalitatea lucrărilor contractate, conform scopului acestora.

În concluzie, autoarea contestației susține că impunerea unei soluții funcționale obligatorii și detalierea excesivă a componentelor listei sistemului de desulfurare, este complet neuzuală și nejustificată pentru lucrări de asemenea volum și complexitate, pentru care proiectarea este inclusă în scopul lucrărilor (contractantul asumându-și integral răspunderea pentru funcționalitatea și eficiența instalației ofertate), în cazul cărora se justifică exclusiv impunerea parametrilor de intrare (putere nominală centrală, debit/cantitate gaze arse, consum calcar), respectiv a parametrilor finali de randament al desulfurării (eficiența desulfurării-exprimată procentual).

Ori chiar dacă s-ar utiliza scheme funcționale diferite, acestea pot oferi randamente specifice net superioare (eficiență peste 98%), dar și condiții de mentenanță, fiabilitate și funcționare mai bune. Prin urmare, contestatoarea solicită completarea notei din caietul de sarcini vol. 3 pag. 3 - Nota: „Atenție” cu următoarea precizare: *„soluția tehnică și procedeele tehnice descrise pentru instalația de desulfurare, precum și listele echipamentelor componente ale acesteia, au un caracter orientativ, putând fi îndeplinite de către candidații putând propune soluții tehnice echivalente din punct de vedere al respectării valorii minime obligatorii de eficiență garantată a instalației de desulfurare, a condițiilor privind rezerva de funcționare, durata de viață și mentenanță instalației, dar și a parametrilor de intrare și ieșire indicați în prezenta documentație”.*

În ceea ce privește prevederile caietului de sarcini – vol. 3 - *Cerințele Beneficiarului Secțiunea 3 Specificații tehnice particulare Subsecțiunea 3.1.4 Limitele de furnitură* - tabelul de la pagina 68, poziția nr. 8 - „pompe recirculare absorber-cantitate 5”, contestatoarea solicită eliminarea referinței cantitative, care condiționează nejustificat soluția tehnică ofertată și includerea unei precizări de principiu, în paragraful care precede tabelul menționat, conform căreia lista este exemplificativă, participanții putând oferta echipamente echivalente, din punctul de vedere al funcționalității și eficienței sistemului, în ansamblul său.

De asemenea, contestatoarea solicită eliminarea paragrafului din caietul de sarcini vol. 3 Secțiunea 3 *Specificații tehnice particulare Subsecțiunea 3.1.4 Limitele de furnitură*, pag. 73, ultimul aliat, sau cel puțin a indicațiilor privind numărul nivelurilor de pulverizare și numărul pompelor de recirculare și/sau completarea acestuia cu mențiunea: *„ofertanții pot propune o soluție tehnică echivalentă din punct de vedere al eficienței desulfurării și rezervei de funcționare a sistemului”.*

În plus, contestatoarea solicită și eliminarea paragrafului din caietul de sarcini vol. 3 Secțiunea 3 *Specificații tehnice particulare Subsecțiunea 3.1.4 Limitele de furnitură*, pag. 72, penultimul aliat, prevederi ce impun forma de turn (cilindrică - prin indicarea diametrului), precum și diametrul la baza și înălțimea absorberului, sau precizarea că acestea au un caracter orientativ și că ofertanții pot propune soluții constructive echivalente din punct de vedere al performanțelor specifice. Se impune indicarea expresă, în caietul de sarcini, a mențiunii că sunt acceptate soluții tehnice echivalente, în ceea ce privește alcătuirea, concepția și funcționarea absorberului și a întregii instalații de desulfurare.

Contestatoarea arată că formula de „spray tower” (impusă prin caietul de sarcini), presupune un număr de niveluri de sprayere suprapuse, în locul tehnologiilor de ultimă oră, de tipul celei „double contact flue scrubber – DCFS”, care permite un

randament de desulfurare superior (peste 98 % - ca o consecință a creșterii gradului de expunere a gazelor arse la reacția cu lichidul de absorbție), reducerea dimensiunilor, dar și facilitarea mentenanței (fiind vorba de un singur nivel de duze, amplasat la o înălțime mult mai mică).

Considerând că în mod nejustificat autoritatea contractantă a restrâns accesul la procedura de atribuire, contestatoarea solicită admiterea cererii astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatoarea își întemeiază cererea pe dispozițiile OUG 34/2006.

Prin adresa nr. ■/28.03.2012, transmisă prin fax și înregistrată la CNSC sub nr. ■/28.03.2012, ■ (autoritatea contractantă) a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația înaintată de ■ GmbH, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și netemeinică.

Referitor la criticile contestatoarei privind moneda în care se transmite oferta, autoritatea contractantă arată că atât timp cât contractul se implementează pe teritoriul României, iar Contractul de Finanțare aferent obiectivului de investiții se derulează în lei, are obligația deschiderii conturilor aferente proiectului exclusiv în lei. De asemenea, autoritatea contractantă precizează că nu își poate asuma riscul diferențelor de curs valutar, întrucât acestea nu reprezintă costuri eligibile așa cum este prevăzut în Contractul de Finanțare semnat cu AM POS Mediu.

Raportându-se la dispozițiile art. 11 al. (7) din HG 925/2006, precum și la cele ale art. 45 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă apreciază că solicitarea de prezentare a Formularului nr. 5 - *Declarație privind calitatea de participant la procedură și pentru subcontractant* nu poate fi asimilată unui criteriu de calificare, ci este un formular care ajută în verificarea respectării prevederilor art. 46 din ordonanță.

Referitor la capătul de cerere privind dovada accesului la cash-flow, autoritatea contractantă învederează că această cerință a fost formulată cu deplină respectare a prevederilor Ordinului Președintelui ANRMAP nr. 509/2011 (valoarea fiind calculată după formula: valoare estimată contract/perioadă derulare contract x perioada solicitată de autoritatea contractantă = Suma disponibilă solicitată).

În opinia autorității contractante, contestatoarea face o confuzie gravă între garanția de participare, respectiv garanția de bună execuție (astfel cum acestea sunt reglementate de OUG 34/2006 și HG 925/2006) și dovada mijloacelor financiare necesare asigurării fluxului de numerar pentru execuția lucrărilor pentru o perioadă de 3 luni (așa cum este reglementat de dispozițiile Ordinului Președintelui ANRMAP nr. 509/2011).

În ceea ce privește experiența similară în materie de proiectare,

ce trebuie dovedită prin prezentarea a cel puțin unui contract de servicii de proiectare similară a cărei valoare este de cel puțin 4.000.000 lei fără TVA în ultimii trei ani, autoritatea contractantă precizează că această cerință a fost formulată în deplină concordanță cu principiile reglementate de art. 2 din OUG 34/2006.

Propunerea contestatoarei de a majora valoarea solicitată pentru acest contract nu ar face altceva decât să diminueze cadrul concurențial (ceea ce în mod evident ar fi în avantajul său) și ar determina încălcarea principiilor mai sus amintite.

De altfel, autoritatea contractantă arată că scopul stabilirii criteriilor de calificare și selecție este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial care să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul, însă acestea nu trebuie să fie restrictive și de natură a diminua cadrul concurențial în care trebuie să se desfășoare în mod optim o procedură de achiziție publică.

Prin stabilirea cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă susține că a respectat prevederile art. 178 al. (2) din OUG 34/2006, înțelegând că nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că, potrivit prevederilor HG 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, proiectarea constituie capitol (linie bugetară) distinct/(ă) în devizul general față de investiția de bază (execuția lucrărilor), valoarea prevăzută constituind limita maximă aprobată, chiar dacă tipul contractului este „proiectare și execuție”.

Mai mult decât atât, dacă s-ar ține cont de solicitarea contestatoarei de a majora valoarea contractului de proiectare la ■ RON, valoarea însumată a celor două componente (contractul de proiectare și contractul de lucrări) ar depăși valoarea estimată a contractului care face obiectul prezentei proceduri de achiziție, determinând astfel încălcarea prevederilor art. 9 lit. (a) din HG 925/2006.

În referire la autorizațiile solicitate personalului implicat în implementarea contractului, autoritatea contractantă precizează că deși în fișa de date nu se face referire expres la prezentarea de documente echivalente, în condițiile în care ofertantul este un operator economic străin, care se angajează să îndeplinească obiectul contractului cu personal de naționalitate străină, este de la sine înțeles că această cerință se interpretează cu respectarea

prevederilor art. 177 din OUG 34/2006 care stipulează că *operatorii economici au dreptul de a prezenta certificate emise de către o autoritate publică competentă sau de către un organism de drept public sau privat care respectă standarde europene de certificare, pentru demonstrarea îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în conformitate cu prevederile art. 176.*

Dat fiind faptul ca solicitarea contestatoarei este redundantă atâta timp cât există un articol de act normativ care reglementează acest aspect, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui capăt de cerere ca netemeinic și nefondat.

Mai mult, autoritatea contractantă precizează faptul că în contextul modificărilor aduse de ANRMAP conținutului fiselor de date, s-a urmărit tocmai eliminarea acelor prevederi care nu făceau altceva decât să redea conținutul unor prevederi legale care se regăsesc în OUG 34/2006 și/sau în HG 925/2006.

Cât privește aspectul referitor la contractele care se vor încheia cu experții, în eventualitatea declarării drept câștigător a unui ofertant, autoritatea contractantă apreciază că autoarea contestației trebuie să aibă în vedere că, indiferent dacă operatorul economic declarat câștigător este persoană juridică străină sau română, legislația căreia i se va supune în implementarea contractului este legislația din România, inclusiv cea în domeniul dreptului muncii și al asigurărilor sociale.

Cu privire la termenul de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă precizează faptul că acesta a fost calculat cu respectarea prevederilor art. 75 al. (1) din OUG 34/2005 și anume: *Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 al. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a ofertelor trebuie să fie de cel puțin 52 de zile.*

Chiar dacă, potrivit prevederilor al. (4) și (5) ale art. 75 din ordonanță, avea dreptul de a reduce termenul cuprins între data publicării anunțului de participare și data limită de depunere a ofertelor la 40 de zile, tocmai pentru a respecta prevederile art. 71 coroborate cu cele ale art. 75 al. (1) din același act normativ, autoritatea contractantă precizează că a decis să acorde operatorilor economici un termen de 52 de zile.

Ori, perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare (12.03.2012 ora 11:38) și data limită de depunere a ofertelor (07.05.2012), respectă prevederile OUG 34/2006 și a fost stabilită astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient (54 zile) pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea

documentelor de calificare care sunt solicitate prin documentația de atribuire.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează că, potrivit prevederilor art. 3 lit. (z) din OUG 34/2006, termenul „zile” se interpretează strict ca zile calendaristice.

Totodată, autoritatea contractantă susține că termenul de 25.05.2012 pe care contestatoarea îl numește „termen de deschidere a ofertelor” este în fapt termenul la care va finaliza procedura de evaluare.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la procedura selectată, autoritatea contractantă arată că atât în anunțul de participare cât și în fișa de date se prevede foarte clar că modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire este online, iar tipul procedurii este licitație deschisă.

În condițiile selectării procedurii on-line (integral prin mijloace electronice), conform art. 1 lit. (a) din Normele de aplicare ale HG 1660/2006 cu modificările și completările ulterioare, nu este posibilă organizarea unei etape finale de licitație electronică. Totodată, atâta timp cât este selectată procedura on-line, interfața creată de către SEAP generează în mod automat blocarea utilizării opțiunii licitației offline cu fază finală electronică. Date fiind cele prezentate, rezultă fără echivoc faptul că autoritatea contractantă nu a creat nicio confuzie în legătură cu modalitatea de desfășurare și tipul procedurii. Pe cale de consecință, aceasta solicită respingerea acestui capăt de cerere ca nefondat și netemeinic.

În continuare, autoritatea contractantă susține că persoanele nominalizate la cap. III 2.1.a) pct. 2 sunt persoane cu funcții de decizie din cadrul autorității contractante în ceea ce privește organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atribuire. Aceste persoane sunt indicate în vederea completării declarației privind conflictul de interese, astfel cum este reglementat de prevederile art. 69¹ din OUG 34/2006.

În plus, ■ nu este autoritate contractantă, motiv pentru care persoanele cu funcție de conducere din cadrul acestui organism nu au fost individualizate.

Potrivit prevederilor art. 71 din HG 925/2006, obligația desemnării comisiei de evaluare revine în totalitate autorității contractante, componența acesteia urmând a fi stabilită prin Dispoziția Președintelui CJ cu respectarea condițiilor prevăzute la art. 71 al. (2) coroborate cu cele ale art. 73 din HG 925/2006.

Dat fiind faptul că numirea comisiei de evaluare este apanajul exclusiv al autorității contractante, aceasta solicită respingerea capătului de cerere mai sus menționat ca netemeinic și inadmisibil.

Referitor la obligativitatea depunerii Formularului 24 - Grafic fizic

și valoric de execuție a lucrării, ținând cont de faptul că modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire este online (aplicându-se astfel și dispozițiile HG 1660/2006), autoritatea contractantă arată că a precizat în fișa de date faptul că „Documentele de calificare și propunerea financiară, cu excepția formularului de ofertă, respectiv propunerea tehnică, se transmit prin SEAP în format electronic (...). Valoarea propunerii financiare precizate în formularul de ofertă se va completa în SEAP la rubrica Oferta special prevăzută”.

Din cele prezentate anterior, rezultă în mod cert că autoritatea contractantă a respectat prevederile HG 1660/2006, operatorii economici fiind îndrumați să completeze valoarea ofertei în SEAP, la rubrica special prevăzută pentru completarea prețului.

Este de notorietate faptul că, în cadrul procedurilor de achiziție publică care se desfășoară online, operatorii economici au obligația de a completa toate formularele de buget, formularul de ofertă, formulare pe care le pot atașa în SEAP, fără a dezvălui partea de cifre, acestea putând fi solicitate de autoritatea contractantă ulterior momentului decriptării prețului.

Față de toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, nefondată și nelegală.

Prin adresa nr. ■/29.03.2012, transmisă prin fax și înregistrată la CNSC sub nr. ■/29.03.2012, autoritatea contractantă a transmis Consiliului și punctul de vedere la contestația înaintată de SC ■ SA, solicitând respingerea acesteia ca tardiv formulată, nefondată și netemeinică.

În susținerea excepției de tardivitate, raportându-se la dispozițiile art. 256² al. (1) lit. a) și al. (2) din OUG 34/2006, autoritatea contractantă arată că termenul de contestare al documentației de atribuire se împlinește în data de 25.03.2012, dar, având în vedere că această zi este una nelucrătoare, potrivit prevederilor Regulamentului Consiliului nr. 1182/71 privind stabilirea regulilor care se aplică termenelor, datelor și expirării termenelor și ale Codului de Procedură Civilă, acesta se va prelungi până la sfârșitul primei zile de lucru următoare.

Ori, constatându-se că respectiva contestație a fost comunicată pe fax după finalizarea orelor de program, autoritatea contractantă menționează că ea se consideră primită și înregistrată în următoarea zi lucrătoare, anume în data de 27.03.2012.

Date fiind aceste considerente, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă susține că cerințele privind experiența similară solicitată, atât ca executant/antreprenor cât și ca proiectant, nu încalcă prevederile legislației în vigoare, așa cum în mod nefondat susține

contestatoarea, acestea fiind formulate în temeiul dispozițiilor art. 188 al. (2) lit. a) din OUG 34/2006 (experiență similară în proiectare) și respectiv în conformitate cu prevederile art. 188 al. (3) lit. a) din OUG 34/2006 (experiență similară în execuție).

De asemenea, la stabilirea acestor cerințe, autoritatea contractantă precizează că a respectat întru totul prevederile art. 8 al. (1) coroborate cu cele ale art. 9 lit. a) din HG 925/2006.

Astfel, dat fiind faptul că valoarea cumulată a celor două contracte solicitate pentru demonstrarea experienței similare nu depășește valoarea fondurilor care se pot disponibiliza pentru realizarea acestui contract, autoritatea contractantă apreciază că cerința contestată este perfect legală, în ciuda susținerilor contestatoarei.

În opinia autorității contractante, afirmația contestatoarei potrivit căreia *„este posibil ca valoarea contractului prezentat pentru experiența similară nici să nu conțină o defalcare distinctă a prețului pentru serviciile de proiectare și lucrări de montaj și punere în funcțiune, ceea ce ar face imposibilă satisfacerea condiției impuse de prezenta documentație de atribuire, limitând în mod nepermis accesul la procedura de achiziție publică (...)”* este nefondată, raportat la dispozițiile HG 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, conform cărora proiectarea constituie capitol (linie bugetară) distinct/(ă) în devizul general față de investiția de bază (execuția lucrărilor).

De altfel, autoritatea contractantă arată că scopul stabilirii criteriilor de calificare și selecție este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial care să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul (în cazul de față atât componenta de proiectare cât și cea de execuție), fără ca acestea să fie restrictive și de natură a diminua cadrul concurențial în care trebuie să se desfășoare în mod optim o procedură de achiziție publică, conform prevederilor art. 178 al. (2) din OUG 34/2006.

Referitor la sintagma „recepții parțiale”, autoritatea contractantă precizează faptul că în stabilirea modalității de îndeplinire a cerinței nr. 2 din fișa de date a achiziției s-au avut în vedere prevederile art. 13 al. (1) și (2) și ale art. 14 (1) și (2) din Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/2011, precum și cele ale art. 188 al. (3) lit. a) din OUG 34/2006.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă consideră nefondate considerentele contestatoarei potrivit cărora specificațiile tehnice particulare impun nejustificat soluția pentru compunerea și funcționarea absorberului (prin menționarea numărului de nivele de pulverizare, respectiv 4 și a numărului de pompe de recirculare, respectiv 5, din care patru în funcțiune și una în

rezervă, deci în directă legătură cu numărul de nivele de pulverizare).

În susținerea acestei afirmații, autoritatea contractantă arată că prevederile indicate ca impunând soluția se regăsesc la punctele 3.1.4 și 3.1.4.2. din capitolul 3 - *Specificațiile tehnice particulare*. Punctul 3.1.4 *Limitele de furnitură* - 3.1.4.1 *Generalități* stabilește următoarele: „Principalele echipamente ale instalației de desulfurare umedă sunt prezentate în tabelul următor. Componenta prezentată mai jos nu este limitativă, ofertantul având obligația de a include în instalație toate echipamentele necesare funcționării acesteia”.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că în volumul 4 „Liste” la punctul 3.2.1 *Fișa tehnică nr. 3* - Absorber - linia 7, nu se indică în mod obligatoriu numărul de nivele de pulverizare, ci se lasă rubrica liberă pentru completare de către ofertant. Mai mult, la punctul 3.2.4 *Fișa tehnică nr. 6* - Pompe recirculare absorber - linia 3, nu se indică în mod obligatoriu numărul de pompe, ci se lasă rubrica liberă pentru completare de către ofertant.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că autoarea contestației avea posibilitatea de a solicita clarificări, contestarea documentației de atribuire fiind nejustificată în acest context.

În opinia autorității contractante, cerințele cuprinse în cadrul documentației de atribuire postate în SEAP sunt în deplină concordanță cu specificațiile tehnice cuprinse în Studiul de Fezabilitate, studiu care a stat la baza aprobării Aplicației de Finanțare și implicit a obținerii finanțării. Prin urmare, pentru ca proiectul să fie eligibil, acesta trebuie să respecte Studiul de Fezabilitate.

În ceea ce privește punctul 3.1.4.2 din caietul de sarcini - secțiunea 3 *Specificații tehnice particulare*, potrivit căruia gazele de ardere cu o concentrație de SO₂ variind între 6000-9000 mg/Nm³ urmează a fi tratate într-un absorber de tip turn, cu un diametru la bază de circa 10,0 m și o înălțime de circa 25,0 m, autoritatea contractantă susține că indicarea unui diametru aproximativ și a unei înălțimi aproximative nu sunt făcute astfel încât să impună forma sau dimensiunile absorberului.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că în volumul 4 „Liste” la punctul 3.2.1 *Fișa tehnică nr. 3* - Absorber - linia 3, se solicită numai dimensiunile generale și se lasă rubrica liberă pentru completare de către ofertant.

Față de aprecierea contestatoarei potrivit căreia specificațiile tehnice particulare impun pentru absorber soluția „clasică”, formula spray tower și nu permit aplicarea unor tehnologii de ultimă oră ca de exemplu „double contact flue scrubber-DCFS”, autoritatea contractantă susține că în volumul 4 „Liste” la punctul 3.2.1 *Fișa tehnică nr. 3* - Absorber - linia 2, se solicită ca

ofertantul să prezinte tipul de absorber propus, în rubrica lăsată liberă, pentru completare de către ofertant.

Potrivit fișei de date a achiziției - capitolul IV 4.1 „*Din Propunerea Tehnica trebuie să reiasă calitatea prestării activităților în realizarea etapelor de execuție, respectarea cerințelor minime ale Beneficiarului, soluțiile tehnice adoptate, menționându-se dacă soluția tehnică a mai fost aplicată și unde, precum și justificarea soluțiilor tehnice adoptate*”.

În încheiere, autoritatea contractantă precizează că cerințele caietului de sarcini au fost formulate astfel încât să îndeplinească obligația de a respecta indicatorii prevăzuți în Aplicația de Finanțare.

Pentru toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă, neîntemeiată, nefondată și nelegală.

Ulterior, prin adresa nr. 92/02.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/02.04.2012, SC ■ SA a transmis Consiliului răspunsul la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea excepției de tardivitate a contestației ca neîntemeiată.

În sprijinul cererii sale, contestatoarea precizează că termenul de contestare al documentației de atribuire, expira la sfârșitul ultimei ore (ora 24:00) din următoarea zi lucrătoare (termenul împlinindu-se într-o zi nelucrătoare), respectiv la sfârșitul zilei de luni 26.03.2012, termen pe care consideră că l-a respectat.

Pe fondul cauzei, contestatoarea susține că prin eliminarea, conform propunerii noastre de remediere ce vizează pct. III.2.3). Cerința nr. 3 din Anunțul de participare, respectiv pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției (*Capacitatea tehnică și/sau profesională*), a pasajului indicat în contestație, s-ar elimina o condiționare fără nicio justificare legală sau economică (constituind în impunerea ca, în situația în care, pentru un contract „la cheie” prezentat pentru dovedirea experienței similare, a cărei valoare ar fi, prin ipoteză, egală cu valoarea cumulată de 144.000.000 lei indicată în fișa de date a achiziției (proiectare + montaj)). Autoritatea contractantă ar trebui să dovedească faptul că ponderea valorii activității de proiectare din valoarea totală a contractului ar fi exact aceiași ca cea indicată.

Dacă, prin ipoteza că doi ofertanți diferiți ar prezenta pentru dovedirea experienței similare două contracte „la cheie”, ambele eligibile, în valoare de 144.000.000 (proiectare și montaj), ar fi fost preferat în mod nejustificat și nelegal, cel a cărei valoare pentru proiectare ar fi egală exact cu cea indicată în mod artificial și subdimensionat de autoritatea contractantă (4.000.000 lei, reprezentând 2,77% din valoarea la „cheie”), în timp ce al doilea ofertant (care ar fi ofertat pentru proiectare o valoare diferită față

de primul), fiind în mod inevitabil declarat neeligibil, întrucât fie valoarea proiectării, fie cea a montajului ar fi mai mică decât cea minimă indicată în fișa de date a achiziției (minim 4.000.000 pentru proiectare și 140.000.000 pentru montaj).

În opinia contestatoarei, consecința ar fi evident contraeconomică, întrucât la valori „la cheie” egale, deopotrivă eligibile, ar fi defavorizat ofertantul care într-un proiect similar ar folosi soluții tehnologice superioare (refectate în costurile crescute ale proiectării, dar și în eficientizarea consumurilor de materiale și manoperă), deși proiectele în cauză ar fi, prin ipoteză, de aceeași complexitate.

Totodată, contestatoarea apreciază că soluția contravine principiului promovării concurenței între operatorii economici (art. 2 al. (1) lit. a) din OUG 34/2006), dar și principiilor egalității de tratament și nediscriminării, respectiv principiile proporționalității și eficienței utilizării a fondurilor publice (art. 2 al. (2) lit. a), b), e) și f) din OUG 34/2006). Sunt, de asemenea, încălcate dispozițiile imperative ale art. 178 al. (2) și art. 179 din OUG 34/2006, dar și prevederile art. 8 din HG 925/2006.

În concluzie, autoarea contestației solicită să se prevadă expres în documentația de atribuire (anunț de participare și fișa de date a achiziției) că, în ipoteza în care experiența similară ar fi dovedită printr-un singur contract care are ca obiect și proiectarea și montajul unei instalații similare, este suficient ca valoarea să fie mai mare sau egală cu 144.000.000 lei, fiind eliminată condiția (care impune menținerea unui raport neverificabil și inadecvat, prin subdimensionare, de 2,77%, reprezentând valoarea proiectării din valoarea totală) ca atât valoarea proiectării, cât și valoarea montajului să fie mai mari decât pragurile indicate.

Raportul de 2,77% - impus de fișa de date a achiziției, reprezentând ponderea proiectării din valoarea totală a unui contract la cheie, nu poate avea nicio justificare economică sau statistică, fiind mult inferioară procentului practicat în mod obișnuit pentru realizarea contractelor ce au ca obiect realizarea de instalații de desulfurare.

În opinia contestatoarei, cifra minimă de 4.000.000 pentru activitățile de proiectare utilizate pentru dovedirea experienței similare, este ea însăși inadecvată, fiind disproporționat de mică.

De asemenea, contestatoarea consideră că nu are nici o relevanță trimiterea făcută de autoritatea contractantă la incidența HG 28/2008, întrucât prevederile privind experiența similară se aplică unor contracte ce pot să nu fie guvernate de legea română, modul de structurare a prețului în contracte guvernate de legile străine neavând deci nicio legătură cu actul normativ indicat (acesta fiind aplicabil la întocmirea bugetului pentru un proiect de achiziție publică și nu contractelor prin care se dovedește experiența similară, contracte ce pot fi guvernate de o lege străină).

Pe de altă parte, autoarea contestației apreciază că, în ipoteza în care experiența similară este dovedită cu contracte distincte, pentru proiectare, respectiv montaj, exclusiv pentru serviciile de proiectare, experiența similară poate fi dovedită și prin prezentarea unui proces-verbal de recepție parțială, având ca obiect activitatea de proiectare, însă numai sub condiția precizării exprese și explicite a acestei situații în fișa de date a achiziției.

Totodată, contestatoarea arată că situația în care obiectul contractului prezentat pentru dovedirea experienței similare conține atât proiectarea cât și montajul, exclude posibilitatea dovedirii experienței similare printr-un contract, finalizat cu succes, având ca obiect o instalație de desulfurare a gazelor arse de mare capacitate, altfel decât printr-un proces-verbal de punere în funcțiune și/sau printr-o certificare de bună execuție din partea beneficiarului, din care să rezulte că instalația de desulfurare gaze arse a fost pusă în funcțiune cu succes și că respectă specificațiile tehnice impuse prin fișa de date a achiziției.

În această ipoteză, formularea „recepție parțială” poate fi acceptată doar în situația în care realizarea instalației de desulfurare ar fi parte dintr-un contract mai amplu, ce ar avea ca obiect și realizarea altor lucrări (spre exemplu, realizarea „la cheie” a unei termocentrale, care să aibă în componență și o instalație de desulfurare a gazelor arse), însă numai sub condiția unei formulări explicite în fișa de date a achiziției, din care să rezulte clar acest lucru, și numai cu dovedirea cumulativă a punerii în funcțiune cu succes a respectivei instalații de desulfurare. Acesta este și sensul dispozițiilor art. 14 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011.

În ceea ce privește compunerea instalației (lista echipamente), forma și dimensiunile echipamentelor componente, soluția tehnică aleasă, contestatoarea menționează că, contrar susținerilor autorității contractante, prevederile documentației de atribuire au un caracter obligatoriu pentru ofertanți (art. 170 din OUG 34/2006), din acest motiv condițiile impuse prin caietul de sarcini trebuie să fie clare și neechivoce și să nu restricționeze participarea la procedura de achiziție publică (art. 178 al. 2 din OUG 34/2006).

Mențiunea potrivit căreia o anumită listă de componente nu are un caracter limitativ, nu înseamnă că echipamentele enumerate nu sunt obligatorii pentru ofertanți, ci, dimpotrivă, că ar mai putea fi solicitate și altele, suplimentar.

La o instalație complexă, cum este cea de desulfurare a gazelor arse, pentru care achiziția lucrărilor se face „la cheie” - incluzând proiectarea, esențial este ca ofertanții să dovedească (garantând și răspunzând pentru aceasta) că prin soluțiile tehnice propuse se asigură respectarea specificațiilor tehnice funcționale obligatorii și că eficiența desulfurării este mai mare decât minimul impus.

În opinia contestatoarei, important este deci rezultatul reprezentat prin parametrii funcționali ai instalației, tradus prin randament specific (eficiența desulfurării), fiabilitate și asigurarea rezervei de funcționare, costuri performante de operare și mentenanță, etc. și nu soluția tehnică particulară folosită, a cărei impunere nu poate decât să limiteze în mod nepermis concurența și accesul participanților la procedura de atribuire, cu toate consecințele nefaste pe care le-ar avea aceasta asupra tuturor părților implicate direct, dar și asupra interesului public.

De aceea, având în vedere prevederile legale indicate în contestație, dar și pe cele ale art. 8 din HG 925/2006, în caietul de sarcini ar trebui să se menționeze clar că toate referirile făcute la soluția tehnică folosită, la compunerea instalației și la tipul și numărul echipamentelor componente, ca și la forma și dimensiunile acestora, au un caracter orientativ, ofertanții putând propune soluții tehnice echivalente din punct de vedere al respectării criteriilor tehnice de funcționalitate și performanță impuse prin fișa de date a achiziției.

Din aceste considerente, impunerea în mod direct sau indirect (prin indicarea detaliată a echipamentelor componente) a unui anumit tip de absorber (incintă echipată cu sistemele de pulverizare a soluției de calcar, în care se realizează desulfurarea) este nelegală, întrucât conduce la o restricționare a accesului la procedura de achiziție publică și împiedică libera concurență.

De asemenea, contestația apreciază că trimiterea pe care le face autoritatea contractantă la conținutul studiului de fezabilitate nu au nicio relevanță cu privire la criticile de nelegalitate formulate.

În replică, prin adresa nr. ■/04.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.04.2012, autoritatea contractantă susține că, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, termenul pentru depunerea unei contestații este clar reglementat, o ulterioară „completare” a acesteia echivalând cu o contestație ale cărei capete de cerere sunt tardiv formulate.

În plus, invocând dispozițiile art. 271 al. 1 din OUG 34/2006, autoritatea contractantă arată că se impune respingerea contestației ca tardivă, în condițiile în care aceasta nu a fost depusă, atât la CNSC cât și la autoritatea contractantă, în termenul prevăzut de art. 256² din OUG 34/2006.

Totodată, autoritatea contractantă susține că transmiterea unui document pe fax nu reprezintă o confirmare a depunerii contestației la autoritatea contractantă, atâta timp cât nu se face și dovada prezentării lui la oficiul poștal în termenul legal de depunere a contestației, dat fiind faptul că toate comunicările actelor procedurale se fac cu confirmare de primire. În cazul de

față, data poștei este 27.03.2012, deci în afara termenului legal de depunere a contestației.

Date fiind argumentele expuse, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere privitor la respingerea contestației, ca tardivă.

În ceea ce privește „necesitatea adoptării măsurilor de remediere” cu privire la solicitarea prezentării în cadrul experienței similare atât a unei componente de proiectare în valoare de minim 4.000.000 lei, fără TVA cât și a unei componente de lucrări în valoare de 140.000.000 lei, fără TVA, autoritatea contractantă reiterează faptul că, prin stabilirea cerinței în cauză, a înțeles să respecte prevederile art. 178 al. (2) din OUG 34/2006.

Scopul stabilirii criteriilor de calificare și selecție este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial care să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul (în cazul de față atât componenta de proiectare cât și cea de execuție), fără ca acestea să fie restrictive și de natură a diminua cadrul concurențial în care trebuie să se desfășoare în mod optim o procedură de achiziție publică.

Cât privește noțiunea de „valori la cheie” utilizată de contestatoare, autoritatea contractantă apreciază că, întrucât aceasta nu are corespondență în dreptul român, nu poate fi folosită drept argument în susținerile, de altfel nefondate, formulate de contestatoare.

În referire la formularea „recepții parțiale”, autoritatea contractantă precizează faptul că prevederile Ordinului nr. 509/2011 al Președintelui ANRMAP nu contrazic un act normativ cu forță juridică superioară, cum în mod eronat a înțeles contestatoarea, menirea acestui ordin fiind tocmai aceea de a explicita (în scopul aplicării unitare a prevederilor legale în materia achizițiilor publice) prevederile OUG 34/2006.

Mai mult decât atât, este de la sine înțeles că interpretarea noțiunii de „recepție parțială” se face în concordanță cu prevederile OUG 34/2006 și a actelor normative subsecvente.

Referitor la solicitarea contestatoarei de „eliminarea din documentația de atribuire a unor prevederi restrictive privind compunerea instalației (listă echipamente), forma și dimensiunea echipamentelor componente, soluția tehnică aleasă”, autoritatea contractantă reiterează faptul că cerințele cuprinse în cadrul documentației de atribuire postate în SEAP sunt în deplină concordanță cu specificațiile tehnice cuprinse în Studiul de Fezabilitate, studiu care a stat la baza aprobării Aplicației de Finanțare și implicit a obținerii finanțării. Prin urmare, pentru ca proiectul să fie eligibil, acesta trebuie să respecte Studiul de Fezabilitate.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că

prezentul contract nu este un contract comercial, ci unul de achiziție publică, motiv pentru care interesul public va prevala celui privat. În opinia autorității contractante, pentru motivele arătate atât în punctul de vedere transmis anterior cât și în prezentele concluzii scrise, argumentele invocate de contestatoare sunt de natură să tergiverseze derularea procedurii de achiziție publică. Aceste argumente se raportează la prevederile legale în materia achizițiilor publice, prin interpretarea după bunul plac a contestatoarei, prin scoaterea acestora din context, iar nu prin raportare la situația reală și complexă care guvernează speța de față.

Concomitent adresei transmise de autoritatea contractantă, prin adresa nr. ■/04.04.2012, comunicată prin fax și înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.04.2012, SC ■ SA a solicitat admiterea cererii de a depune concluzii orale în fața Consiliului.

Făcând aplicarea prevederilor art. 273 al. 1 din OUG 34/2006, după conexarea celor două contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei (fără a se impune audierea părților, așa cum au solicitat ambele contestatoare, informațiile fiind suficiente pentru soluționarea cauzei), Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „Implementare proiect instalație de desulfurare gaze de ardere la Cazan 7 din ■”, cod CPV 45253200-7 – *Lucrări de construcții de stații de desulfurare (Rev.2)*, 71320000-7 – *Servicii de concepție Tehnică (Rev.2)*, ■ (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ■ din ■.03.2012. Nemulțumite de unele prevederi ale documentației de atribuire, ■ GmbH și SC ■ SA au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând revizuirea acestora.

Totodată, acestea au formulat în cauză cereri de suspendare a procedurii de atribuire, ce au fost respinse de Consiliu, prin Decizia nr. ■/02.04.2012.

Deși ■ GmbH a solicitat studierea documentelor din dosarul Consiliului, după primirea dosarului achiziției publice, aceasta a fost notificată asupra disponibilității informațiilor, dar nu a mai dat curs.

Astfel, la adresa comunicată de Consiliu, în total respect față de obligația asigurării condițiilor de soluționare a contestațiilor pe baza principiilor legalității, transparenței, dreptului la apărare și contradictorialității, precizată la art. 269 din OUG 34/2006, contestatoarea nu a dat curs, confirmarea poștală a primirii acesteia la 10.04.2012 făcând dovada înștiințării celor pretinse.

Văzând excepția de tardivitate a contestației aparținând SC ■ SA, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată lipsa de

temei a acesteia, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. (1) și (5) din OUG 34/2006, o respinge.

În acest sens, Consiliul a avut în vedere că actul atacat a fost luat la cunoștință de contestatoare la ■.03.2012 (data publicării anunțului de participare în SEAP), iar contestația a fost înaintată prin poștă, în 26.03.2012, la CNSC (conform facturii nr. DIV00004540, ce atestă plata serviciilor de transmitere a contestației) și în aceeași dată la ora 23:20, prin fax, la autoritatea contractantă (conform raportului de transmitere a faxului la numărul ■ - 5 pagini), așa cum însăși aceasta din urmă recunoaște.

În consecință, transmiterea contestației s-a făcut cu respectarea termenului prevăzut la art. 256² al. (1) lit. a) din ordonanța de urgență, aplicabil în speță, ce se calculează în concordanță cu dispozițiile al. (2) al aceluiași art. 256² și cele de la lit. z) a art. 3 din aceasta (modificată prin OUG 76/2010), respectiv în ultima zi a termenului amintit, termen ce se încheie la expirarea ultimei ore a acestei zile.

Aspectul invocat de autoritatea contractantă privind înregistrarea efectivă a contestației la sediul său în ziua următoare celei în care a avut loc transmiterea prin fax, respectiv nevoia probării prin confirmare de trimitere poștală a corespondenței, nu este de natură a proba tardivitatea demersului contestatoarei. În concordanță cu dispozițiile finale de la al. (3) al art. 271 din OUG 34/2006, oricare din modalitățile de comunicare a corespondenței precizate la art. 60 al. (1) este validă (poștă, fax, e-mail, metode combinate între acestea).

În cauză, contestatoarea a prezentat dovada comunicării în termen a corespondenței prin fax către autoritatea contractantă, iar aceasta a confirmat primirea ei (după orele de desfășurare a programului de lucru) în cursul ultimei zile a termenului.

Drept pentru care, după respingerea excepției, Consiliul face analiza pe fond a cauzei, constatând temeinicia în parte a criticilor formulate de cele două contestatoare.

Solicitarea ■ GmbH de modificare a condiției de prezentare a prețului ofertei în moneda națională (prin referire la moneda EURO) este considerată lipsită de temei.

În concordanță cu dispozițiile Regulamentului BNR nr. 4/2005, republicat în Monitorul Oficial Partea I nr. 616/2007, operațiunile valutare cu alte monede decât moneda națională, pe teritoriul României, se pot derula doar de către persoanele fizice și juridice expres menționate în anexa 2 a acestuia, pentru tipurile de relații comerciale expres precizate.

De asemenea, în concordanță cu dispozițiile art. 10 din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, toate operațiunile bugetare se exprimă în monedă națională. Chiar și în situația în

care ar exista obligații de plată în monedă străină, în concordanță cu dispozițiile al. (11) al art. 62 din aceeași lege, instituțiile publice au obligația de a le calcula în moneda națională, la cursul BNR.

Prin urmare, autoritatea contractantă având disponibilități bănești exprimate în moneda națională, raportarea cheltuielilor pe care le va angaja pe baza viitorului contract (chiar dacă ar accepta exprimarea și în echivalent EURO a ofertelor primite) trebuie efectuată în lei (RON).

În consecință, aceasta nu poate fi obligată la acceptarea unei raportări a ofertelor la altă monedă decât cea națională, fiind alegerea sa suverană, în baza principiului asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, de a accepta alte monede pentru prezentarea unor oferte, vis-a-vis de modalitatea obligatorie, prin lege, de raportare a viitoarelor cheltuieli (inclusiv a celor ocazionate de acceptarea unei astfel de oferte).

În privința obligației de prezentare de către ofertanți, pentru eventualii subcontractanți, a documentului intitulat *Formular 5. Declarație privind calitatea de participant în procedură*, precizată la capitolul III.2 al anunțului de participare și al fișei de date a achiziției, Consiliul constată că aceasta nu contravine dispozițiilor OUG 34/2006.

Cerința în cauză nu poate fi apreciată drept cerință de calificare în sarcina subcontractantului, ci condiție impusă ofertantului care înțelege să subcontracteze o parte a contractului.

Ori, în concordanță cu dispozițiile de la art. 188 al. (3) lit. g) din ordonanța de urgență, ofertantul are obligația de a prezenta autorității contractante informații despre subcontractant.

De asemenea, în scopul verificării îndeplinirii condițiilor de la art. 46 al. (1) lit. b) ori a situațiilor precizate la art. 66 și următoarele din ordonanța amintită, privitor la opțiunea de participare în procedură și nevoia de evitare a situațiilor ce ar determina apariția unui conflict de interese ori a concurenței neloiale, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita un minim de informații privitoare la subcontractant.

De altfel, văzând conținutul documentului (Formular 5) „incriminat” de contestatoare, Consiliul constată că informațiile solicitate de autoritatea contractantă în legătură cu subcontractantul privesc exclusiv aspectele sus relevate iar criticile ■ GmbH, în această privință, sunt nefondate.

Privitor la „Cerința nr 2. Bonitate/acces la resurse. Suma solicitată pentru imobilizare în vederea realizării contractului de lucrări, în cazul ofertei câștigătoare este de: 20.655.473,68 lei pentru o perioadă de 3 luni”, aprecierea aceleiași contestatoare că se impune eliminarea ei, motivat de faptul că autoritatea contractantă ar trebui să facă plăți în avans, este considerată de Consiliul lipsită de temei.

Cerința în cauză, așa cum este detaliată în coloana din dreapta din fișa de date a achiziției, este opozabilă strict ofertantului desemnat câștigător, nu tuturor participanților în procedură și este justificată de nevoia autorității contractante de a se asigura că acesta are resursele necesare demarării lucrărilor. Asocierea regimului acestei sume cu cel avut de garanțiile de participare ori de execuție a contractului, făcută de contestatoare, nu are relevanță în susținerea cererii sale de eliminare a cerinței. Garanțiile în cauză au caracter și regim distinct, privind perioade diferite și raporturi diferite cu autoritatea contractantă, respectiv ele activând pe durata procedurii de atribuire sau pe durata contractului, în legătură cu conduita neconformă a ofertantului sau a câștigătorului contractant.

De altfel, în concordanță cu dispozițiile HG 264/2003 privind stabilirea acțiunilor și categoriilor de cheltuieli, criteriilor, procedurilor și limitelor pentru efectuarea de plăți în avans din fonduri publice, autoritatea contractantă are dreptul, și nu obligația, de a plăti în avans pentru lucrările al căror beneficiar este, dar numai maxim 30% din valoarea acestora.

Existența disponibilității altor achizitori, din alte proceduri de achiziție, de a acorda avansuri spre decontare, invocată de contestatoare, nu are relevanță în cauză. Pe de o parte, condițiile de finanțare sunt alese de beneficiar, funcție de disponibilități. Pe de altă parte, angajarea acestor cheltuieli este atributul exclusiv al fiecărui ordonator principal de credite, conform dispozițiilor din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale.

De asemenea, natura și proporția cerinței în cauză sunt considerate de Consiliu corect stabilite de autoritatea contractantă, ce a estimat că viitorul contractant (executantul lucrărilor) va cheltui lunar aproximativ 6.885.000 lei (valoarea estimată/durata contractului).

Astfel, suma impusă ca și cash-flow pentru ofertanți, ca și perioada de disponibilitate asupra acesteia (3 luni) au valori mai mici decât ponderea de 30% din valoarea contractului ce ar putea constitui avans și decât durata totală a acestuia (22 luni).

Văzând criticile ambelor contestatoare referitoare la modul de cuantificare a cerințelor minime de calificare privitoare la experiența similară în executarea componentei de proiectare și a celei de construire, Consiliul constată că autoritatea contractantă s-a raportat strict matematic la valorile minime ce ar trebui dovedite de către ofertanți ca fiind valori ale unor contracte executate în precedent.

Pe de o parte, aprecierea ■ GmbH că valoarea procentuală a contractului prezentat drept experiență similară pentru componenta de proiectare este excesiv de scăzută, coroborată cu prevederile din același capitol al fișei de date a achiziției, ce fac

trimitere la necesitatea ca aceasta să fie îndeplinită inclusiv în cazul contractului „la cheie” (cu obiect mixt: proiectare și execuție lucrări), relevă că autoritatea contractantă nu a evaluat posibilitatea ofertării unor soluții tehnologice în care componenta de proiectare să reprezinte, valoric, procente diferite față de valoarea minim indicată în fișa de date a achiziției (4.000.000 lei, fără TVA). Astfel, în situația în care ar exista un singur contract similar executat în precedent, ce ar îngloba cele două componente, la o valoare ce ar concura (chiar depăși) valoarea estimată a achiziției de față, ar fi lipsit de interes pentru autoritatea contractantă să verifice dacă componenta de proiectare a implicat costuri de cel puțin 4.000.000 lei, respectiv dacă a reprezentat 2,8% din valoarea întregii achiziții.

Pe de o parte, cheltuielile de proiectare sunt specifice fiecărei lucrări, raportat la complexitatea lor, termenul de execuție ori alte condiții asemenea acestora.

Pe de altă parte, experiența similară în executarea proiectului unei lucrări nu trebuie să devină o cerință de calificare de sine stătătoare în procedura de față, ce are ca obiect atribuirea unui contract complex, de natura celui precizat la art. 4 al. 1 lit. b din OUG 34/2006.

Referirile autorității contractante la dispozițiile HG 28/2008, din conținutul punctului de vedere la contestația ■ GmbH, privitoare la capitolul distinct (linia bugetară distinctă) ce conține valoarea proiectării, ce nu ar putea fi depășită (find „limita maximă aprobată”) sunt lipsite de consistență în justificarea alegerii nivelului valorii estimate a componentei de proiectare, de la care (pretinde) nu s-ar putea deroga.

În concordanță cu prevederile art. 1 din Metodologia privind elaborarea devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, Anexa nr. 4 la HG 28/2008, devizul general stabilește valoarea estimativă a cheltuielilor necesare realizării obiectivelor de investiții, iar în concordanță cu art. 4 din aceeași metodologie cheltuielile precizate în capitolele și subcapitolele acestuia se pot compensa.

În consecință, deși nu se impune o modificare a valorii minime a contractului prezentat ca experiență similară pentru componenta de proiectare, în sensul majorării ei (așa cum pretinde prima contestatoare), Consiliul consideră că autoritatea contractantă în mod nejustificat se opune eliminării cerințelor complementare situației ce privește posibilitatea îndeplinirii cerinței de experiență similară printr-un singur contract, respectiv a textului: *„valoarea contractului pentru componenta proiectare trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea contractului solicitat pentru demonstrarea experienței similare pentru partea de proiectare; valoarea contractului pentru componenta lucrări trebuie să fie cel puțin*

egală cu valoarea contractului solicitat pentru demonstrarea experienței similare în execuția de lucrări ca și antreprenor în construcții montaj”.

Concomitent cu cele anterior expuse, Consiliul constată că susținerile celei de-a doua contestatoare (SC ■ SA) privitoare la utilizarea incorectă a sintagmei „recepție parțială”, asociată celei cu conținutul „servicii duse la bun sfârșit (conform art. 13 din Ordin 509/2011)” în legătură cu posibilitatea probării experienței similare în proiectare (de la cerința nr. 2 din conținutul fișei de date a achiziției), sunt întemeiate, în parte.

Autoritatea contractantă nu ar putea accepta, în mod echivalent, bazându-se pe o interpretare strict gramaticală a conținutului art. 13 din ordinul amintit, experiența similară rezultând dintr-un proiect similar ce nu a fost finalizat, motivat de faptul că, datorită specificului prezentei proceduri, o astfel de prestație nu ar putea da asigurări asupra capacității efective a respectivului ofertant de a executa contractul, scop general urmărit la momentul stabilirii criteriilor de calificare, conform art. art. 7 din HG 925/2006.

În înțelesul dat formulării amintite de către Ordinul nr. 509/2011, autorul ei a avut în vedere derularea unor contracte ce au ca obiect prestarea unor servicii, ce ar putea să fie replicate, datorită caracterului lor de continuitate/similaritate, și nu posibilitatea de excepție (regăsită în prezenta procedură) ca serviciile de proiectare să fie executate pe baza aceluiași contract ce are ca obiect execuția lucrărilor.

Pe de o parte, interdependența derulării lucrărilor de finalizarea unor astfel de servicii de proiectare nu poate fi negată.

Pe de altă parte, specificul serviciilor de proiectare din prezenta achiziție (serviciile de proiectare privesc un obiectiv ce va funcționa independent de alte proiecte), neputând fi replicate la nivelul altor obiective similare, orice recepție parțială nu ar confirma îndeplinirea scopului derulării lor. Spre deosebire de acestea, spre exemplificare, desfășurarea unor servicii de curățenie ori de pază (ce au caracter repetitiv) ar putea beneficia de aceste prevederi, respectiv de o recepție parțială a lor (înainte de finalizarea contractului pe baza căroră se derulează).

În consecință, doar serviciile „recepționate la sfârșitul prestării” ar putea fi avute în vedere de autoritatea contractantă în legătură cu experiența similară în proiectare, cu excepția cazului în care un ofertant s-ar găsi în plină derulare a unui contract ce are mai multe astfel de obiective de proiectat („instalații de desulfurare gaze de ardere”), din care a realizat și predat o parte anume.

În mod similar, sintagma în cauză nu poate fi asociată în aceeași manieră nici contractelor ce ar avea ca obiect executarea lucrărilor, ca experiență similară.

Ori, susținerile autorității contractante, în replică față de critici,

vin să confirme faptul că aceasta nu a avut în vedere, la momentul precizării acestora, nevoia sa efectivă de a evalua într-o astfel de manieră capacitatea de realizare a proiectului de către ofertanți, ci prevederile strict neadaptate ale ordinului în cauză, ce reprezintă conduite generale asociate unor condiții previzibile de derulare a unor contracte simple de prestări servicii, fără discernere față de obiectul lor.

Prin urmare, pentru a se asigura caracterul clar și explicit al cerinței, așa cum impun dispozițiile art. 33 al. (1) din OUG, Consiliul consideră că se impune eliminarea formulărilor de tipul „recepție parțială” din conținutul coloanei din dreapta a fișei de date a achiziției asociată cerinței de calificare privind experiența similară.

În privința criticilor formulate de ■ GmbH împotriva cerinței de calificare privitoare la necesitatea de prezentare a personalului strict necesar realizării contractului, respectiv în favoarea acceptării dovezilor echivalente autorizărilor/certificărilor specifice pentru personalul aparținând operatorilor economici de altă naționalitate decât cea română (pentru personalul autorizat ISCIR, ANRE și atestat MECMA al RTE), Consiliul constată temeinicia, în parte, a acestora.

Deși autoritatea contractantă pretinde (prin punctul de vedere la contestație) că este subînțeleasă posibilitatea participării în procedură de către operatori economici străini, cu certificări echivalente pentru autorizațiile solicitate personalului implicat, așa cum se precizează la art. 177 din OUG 34/2006, Consiliul constată că aceasta a scăpat din vedere obligația ca informațiile din documentație să fie clare, complete și explicite (nu implicite), așa cum obligă art. 33 al. (1) din același act normativ.

Astfel că, pe lângă disponibilitatea autorității contractante de a accepta documente cu valoare echivalentă celor indicate în documentația de atribuire pentru atestările/autorizările necesare, aceasta ar trebui să aibă în vedere (inclusiv în etapa de evaluare a ofertelor) efectele pe care le produc acestea, respectiv dacă ele sunt acceptate ca atare (recunoaștere mutuală) sau sunt supuse unui regim de echivalare a lor în prealabil.

Pentru exemplificare, metodologia de atestare a responsabilului tehnic cu execuția (RTE) sau cea de autorizare ANRE a electricienilor face referire la necesitatea echivalării în prealabil a documentului de atestare/recunoaștere.

Conform prevederilor art. 21 al. (1) din Regulamentului privind procedura de atestare tehnico-profesională a specialiștilor verificali de proiecte, responsabililor tehnici cu execuția și experților tehnici de calitate și extrajudiciari pentru lucrările de montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale,

aprobat prin Ordinul nr. 364/2010 al ministrului economiei, comerțului și mediului de afaceri: „Persoanele fizice care au dobândit atestarea în calitate de verificator de proiecte, responsabil tehnic cu executia și expert tehnic de calitate și extrajudiciar într-un alt stat membru al UE sau SEE pot desfășura aceste activități pe teritoriul României după prezentarea copiei de pe documentul de atestare, însoțită de traducere autorizată, și după susținerea unui test de cunoaștere a legislației specifice în domeniu, care este disponibilă pe site-ul Ministerului Economiei, Comerțului și Mediului de Afaceri și pe site-ul ■”.

De asemenea, la art. 18 din Regulamentul pentru autorizarea electricienilor care proiectează, execută, verifică și exploatează instalații electrice din sistemul electroenergetic, aprobat prin Ordinul nr. 90/2009 al ANRE, se precizează:

„Documentele necesare a fi incluse în dosarul întocmit în vederea înscrierii la examen sunt:

a) cererea de autorizare însoțită de documentele "Informații profesionale", "Detalii privind lucrările realizate" și "Pagina de informații" anexate cererii de autorizare, întocmite conform anexei nr. 1 pct. A, B, C și D;

b) copia actului de identitate;

c) copii ale certificatelor sau diplomelor care atestă calificarea profesională;

d) document care atestă recunoașterea certificatelor sau diplomelor de calificare profesională pe teritoriul României, emis în conformitate cu prevederile legale pentru persoanele fizice străine”.

De asemenea, autoritatea contractantă ar trebui să aibă în vedere (și să informeze operatorii economici interesați) că dispozițiile Ordinului nr. 130 din 10 mai 2011 pentru aprobarea Metodologiei privind autorizarea operatorului responsabil cu supravegherea tehnică a instalațiilor/echipamentelor din domeniul ISCIR - operator RSVTI al Inspecției de Stat pentru Controlul cazanelor, recipientelor sub presiune și Instalațiilor de ridicat (ISCIR), publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 395 din 6 iunie 2011 au aplicabilitate în raport cu obligația de autorizare a personalului ce desfășoară activități specifice (“examinări nedistructive” și “sudori în metal”).

În consecință, fără a admite includerea în tot a textului de informare solicitat de contestatoare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă va trebui să informeze operatorii economici asupra posibilității de prezentare și acceptare a unor specialiști (în echipa personalului strict necesar derulării contractului) ce au atestări echivalente celor emise/recunoscute de autoritățile/organismele române, dobândite în alte state (fără a prezenta interes dacă persoanele în cauză ori angajatorii lor au

altă naționalitate decât cea română).

În privința obligației de încheiere a unor contracte individuale de muncă de către ofertantul desemnat câștigător cu persoanele de specialitate ce nu au deja astfel de raporturi de muncă, Consiliul constată că autoritatea contractantă a ignorat posibilitatea ca unele activități să fie desfășurate de către persoane fizice autorizate (RTE, electrician etc.), față de care nu au efect dispozițiile legale aplicabile unor persoane fizice cu calitatea de angajat.

În consecință, fără a prezenta interes deosebit modalitatea în care se stabilesc raporturile de colaborare/subordonare a personalului de specialitate față de viitorul contractant, autoritatea contractantă trebuie să fie preocupată de existența efectivă a disponibilității acestuia de a participa la derularea lucrărilor, în condițiile precizate la art. 188 al. (3) lit. b) din OUG 34/2006. Prin urmare, autoritatea contractantă ar trebui să permită dovedirea acestei disponibilități, pe durata derulării contractului, pe baza oricărui tip de înțelegere contractuală permisă de legea română (contracte de muncă ori de prestări servicii), care să asigure relația directă dintre cele două părți.

Cu toate acestea, cererea contestatoarei de a include printre aceste convenții și contractele încheiate de ofertantul contractant cu angajatorul persoanelor în cauză este considerată de Consiliu excesivă față de nevoia autorității contractante de a se asigura de disponibilitatea persoanelor direct responsabile cu executarea contractului (ce ar avea calitatea de terț față de o astfel de înțelegere).

În consecință, Consiliul consideră necesar ca autoritatea contractantă să completeze cerința în discuție cu informația potrivit căreia, personalul ce nu este angajat al ofertantului câștigător va fi implicat pe baza oricărui tip de înțelegere contractuală permisă de legea română (contracte de muncă ori de prestări servicii).

În referire la termenul de înaintare a ofertelor, Consiliul constată că autoritatea contractantă a asigurat operatorilor economici interesați termenul pe care îl impunea art. 75 al. 1 din OUG 34/2006, aceasta comunicând anunțul de participare către JOUE (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene) la 14.03.2012.

De asemenea, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă nu a uzat de dreptul de a reduce această perioadă minimă (52 zile), deși erau îndeplinite condițiile precizate la al. 4 și 5 al aceluiași articol din ordonanța de urgență și că a avut în vedere complexitatea acestuia.

În consecință, Consiliul consideră lipsite de temei criticile primei contestatoare față de aceste aspecte.

Cât privește tipul procedurii de atribuire pe care a ales-o autoritatea contractantă, Consiliul constată că în partea

de început a anunțului de participare există mențiunea că acesta corespunde unei proceduri derulate prin mijloace electronice (*on line*, conform mențiunii de la subcapitolul IV.1.1 din fișa de date a achiziției), deschiderea ofertelor având loc "În SEAP", fără ca autorii lor să asiste la aceasta (punctul IV.3.8 din anunțul de participare).

De asemenea, atât anunțul de participare cât și fișa de date a achiziției nu au informații contradictorii în privința posibilității de derulare a unei etape de licitație electronică, susținerile contestatoarei ■ GmbH privind existența unei confuzii datorate bifării opțiunii respective în mod diferit pe cele două documente fiind eronate.

Pretinsa componentă, neconformă cu nevoia obiectivă a autorității contractante de a implica specialiști în procedură, a comisiei de evaluare a ofertelor, indicată de aceiași contestatoare, prin raportare la conținutul anunțului de participare, respectiv la lista persoanelor cu funcții de decizie la nivelul autorității contractante, este considerată de Consiliu eronată.

Persoanele în cauză au fost amintite în legătură cu nevoia de întocmire de către ofertanți a declarației pe proprie răspundere privitoare la lipsa de incidență a situațiilor prevăzute la art. 69¹ din OUG 34/2006, respectiv a angajamentului că nu există, față de acestea, un conflict de interese.

Ori, văzând dispozițiile art. 71 din HG 925/2006, în lipsa unor oferte (ce urmează a fi primite la o dată ce nu poate fi asociată unui eveniment cu caracter iminent), cererea de obligare a autorității contractante la numirea unei comisii de evaluare a acestora care să cuprindă specialiști apare ca prematură.

Consiliul constată că eronat autoritatea contractantă a precizat obligația ofertanților de a prezenta valori ale execuției lucrărilor (în subcapitolul *IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice* al fișei de date a achiziției):

„Propunerea Tehnică a ofertantului va include, dar nu va fi limitată la următoarele: [...] Formular 24: Grafic fizic și valoric de execuție a lucrării (completat)”.

Cerința în cauză este contrară regulilor de confidențialitate special instituite de modalitatea specifică de derulare a procedurii (*on line*), precizate la art. 22 din Norma de aplicare a OUG 34/2006 privitor la derularea procedurilor de atribuire prin mijloace electronice, aprobată prin HG 1660/2006. Conform acestora, propunerea financiară transmisă în SEAP va fi accesibilă autorității contractante abia după evaluarea propunerii tehnice și a documentelor de calificare.

Ori, punerea la dispoziție a informațiilor ce ar evidenția valoarea ofertei (deși, pe etape) ar conduce la încălcarea regulii mai sus amintite.

De altfel, opinia autorității contractante (din punctul de vedere la contestația ■ GmbH) că astfel de informații (legate de buget) pot fi înaintate în SEAP „fără a dezvălui partea de cifre” confirmă că aceasta a stabilit în mod eronat cerința criticată, ignorând nevoia asigurării confidențialității acestor informații până la momentul stabilirii conformității propunerii tehnice și a îndeplinirii cerințelor de calificare de către ofertant.

În consecință, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu putea solicita evidențierea din punct de vedere valoric a etapelor graficului de execuție, la momentul înaintării în SEAP a propunerii tehnice, motiv pentru care consideră că se impune reformularea cerinței, prin eliminarea din textul „Grafic fizic și valoric de execuție a lucrării”, ce se regăsește la capitolul privind modalitatea de prezentare a propunerii tehnice, a sintagmei „și valoric”.

În privința disputei dintre SC ■ SA și autoritatea contractantă privind specificațiile din caietul de sarcini (pretins a fi „excesiv de detaliate și particularizate”), Consiliul constată inconsecvența susținerilor autorității contractante privind caracterul permisiv al specificațiilor criticate.

Deși în punctul de vedere la contestație autoritatea contractantă amintea că ofertanții au libertatea de a prezenta propuneri proprii (pretextând că documentele specifice au „rubrica liberă pentru completare de către ofertant”) privitoare la numărul de nivele de pulverizare (*Fișa tehnică nr. 3 - Absorber*), numărul de pompe (*Fișa tehnică nr. 6- Pompe recirculare*), tipul de absorber, dimensiunile absorberului sau la componența listei cu echipamente a instalației de desulfurare (*Limitele de furnitură*), în adresa de replică la punctul de vedere emis de contestatoare (*Concluzii scrise*, nr. ■/04.04.2012) arată că solicitările contestatoarei sunt bazate pe argumente ce nu țin cont de situația reală, ce prezintă o complexitate specifică.

De altfel, autoritatea contractantă pare că recunoaște necesitatea clarificării unor aspecte reclamate de contestatoare, întrucât în punctul de vedere la contestație pretinde că autoarea criticilor trebuia să-i solicite doar clarificări și nu să depună contestație, pentru a rezolva disputa.

În același context, pretextele autorității contractante că specificațiile caietului de sarcini trebuie să respecte specificațiile studiului de fezabilitate și ale „Aplicației de finanțare” nu sunt dublate de precizări explicite ale conținutului acestora și de motivări care să conducă la aprecierea că ele au fost dimensionate obiectiv, pentru a răspunde unei necesități specifice, așa cum impun dispozițiile art. 35 al. (2) din OUG 34/2006.

De altfel, în concordanță cu dispozițiile celui de-al 3-lea alinat al art. 1 din Instrucțiunile de aplicare a unor prevederi din HG

28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, aprobate prin Ordinul nr. 863/2008 al MDLPL: "Proiectul tehnic se elaborează pe baza studiului de fezabilitate/documentației de avizare, etapa în care s-au aprobat indicatorii tehnico-economici, elementele și soluțiile principale ale lucrării și în care au fost obținute toate avizele și acordurile de principiu, în conformitate cu prevederile legale".

De asemenea, pretextul general al autorității contractante că specificațiile tehnice din caietul de sarcini trebuie să respecte prevederile studiului de fezabilitate pare a nu ține cont atât de posibilitatea prevăzută de lege a revizuirii acestuia (art. 3 din aceleași instrucțiuni) cât și de, eventual, de nevoia (interesul) efectivă a achiziționării unor lucrări cu caracteristici superioare (raportat și la momentul întocmirii studiului de fezabilitate).

Ori, lipsa de concizie (claritate) a opiniilor autorității contractante față de posibilitatea ofertării unor soluții tehnice/procedee tehnice echivalente, așa cum le solicită contestatoarea, este confirmată chiar și de conținutului caietului de sarcini.

În concordanță cu cele menționate la subcapitolul *3.1.3 Obiectivul lucrărilor*, din volumul 3 al caietului de sarcini, la cazanul nr. 7 al ■ se va monta o instalație de desulfurare „care folosește ca substanță de absorbție suspensia de calcar, prin metoda de spălare umedă a gazelor de ardere...”.

De asemenea, se precizează că gazele sunt evacuate printr-un coș de fum nou, după ce trec prin niște separatoare de picături, coș ce urmează a fi dotat și cu instalație de monitorizare a emisiilor.

De asemenea, același subcapitol conține informații privitoare la limitele de emisii ce trebuie asigurate pentru funcționarea instalației de desulfurare, raportat la caracteristicile combustibililor utilizați (lignit), cu asigurarea garanției de desulfurare de minim 97,3%.

Ultimul paragraf al subcapitolului amintit precizează: „Instalația de desulfurare umedă care se solicită va fi predată de antreprenor *la cheie*. Indiferent de conținutul acestei documentații, Antreprenorul trebuie să înțeleagă și să se angajeze că va preda o instalație de desulfurare umedă care să funcționeze fără blocaje...”.

Din aceste informații rezultă că, alegând soluția tehnică (rezultată probabil din studiul de fezabilitate) de desulfurare a gazelor prin absorbția asigurată de suspensia de calcar (ca element principal al lucrărilor), autoritatea contractantă lasă la alegerea ofertanților să precizeze, prin proiect, caracteristicile tehnice ale componentelor

sistemului care ar asigura atingerea obiectivului.

Cu toate acestea, în subcapitolele următoare, autoritatea contractantă face trimitere nu doar la componența minimă a instalației, ci chiar la caracteristicile acesteia, ce denotă că aceasta a avut în vedere o instalație anume, la momentul întocmirii acestor specificații tehnice ale caietului de sarcini.

Astfel, conținutul minimal al instalației (din capitolul 3.1.4 *Limitele de furnitură*) este dublat de cantitățile minime ale componentelor, în loc să facă trimitere la nevoia de asigurare a etapelor fiecărui subproces (evacuare, absorbție).

Conținutul acestui capitol (inclusiv precizarea de sub tabelul conținut, că antreprenorul va livra toate echipamentele specificate în document), ce face trimitere și la cantitățile minime, vine în contradicție cu aprecierile autorității contractante că fiecare ofertant va indica numărul necesar de nivele de pulverizare sau de pompe de recirculare, aferent fișelor tehnice ale componentelor de interes, motivat de lipsa unor mențiuni exprese ale cantităților respective în fișele tehnice nr. 3 și nr. 6.

De asemenea, indicarea dimensiunilor absorberului, gen înălțime, diametru (chiar aproximative), precum și precizarea că acesta va fi unul de *tip turn*, apreciate de autoritatea contractantă ca fiind generale și nu de detaliu (acestea din urmă fiind alese liber de antreprenor), sunt precizări ce confirmă că autoritatea contractantă a avut în vedere un anumit tip de produs, cu caracteristicile fizice identificate. Ori, în opinia Consiliului, caracteristicile fizice ale absorberului (diametru, înălțime, formă) ar putea fi determinate strict doar de regimul constructiv asociat amplasamentului obligatoriu al acestuia sau formei produsului ales de fiecare ofertant.

Toate acestea pot conduce și la aprecierea că autoritatea contractantă, fie a neglijat obligația generală ca documentația de atribuire să asigure ofertanților o informare clară, completă și explicită (conform al. (1) al art. 33 din OUG 34/2006), fie a avut în vedere, la definirea specificațiilor tehnice particulare ale viitoarei instalații de desulfurare o soluție tehnică apropiată unei surse, producții, procedeu special sau a unei mărci, contrar dispozițiilor de la al. (2) și (3) ale art. 38 din ordonanța de urgență.

În consecință, aprecierea contestatoarei că autoritatea contractantă ar putea accepta soluții tehnice echivalente celei indicate în caietul de sarcini (desulfurare a gazelor prin absorbția asigurată de suspensia de calcar) este contrară nevoii acesteia din urmă de a obține oferte care pot fi evaluate comparativ, eventuale soluții tehnice/economice neuniforme din ofertele primite putând conduce la măsura de anulare a procedurii, în concordanță cu dispozițiile art. 209 al. (1) lit. b) a ordonanței de urgență.

Cu toate acestea, atingerea obiectivelor specifice soluției tehnice alese ar trebui să fie urmărită prin alegerea de către fiecare executant a componentei tehnologice a sistemului și a caracteristicilor (inclusiv fizice) acestuia în mod obiectiv, la momentul întocmirii proiectului tehnic (partea scrisă), conform punctului 3 al literei A. de la art. 1 al Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din HG 28/2008, mai sus amintite: „3. Caietele de sarcini

Sunt documentele care reglementează nivelul de performanță a lucrărilor, precum și cerințele, condițiile tehnice și tehnologice, condițiile de calitate pentru produsele care urmează a fi încorporate în lucrare, testele, inclusiv cele tehnologice, încercările, nivelurile de toleranțe și altele de aceeași natură, care să garanteze îndeplinirea exigențelor de calitate și performanță solicitate.

Caietele de sarcini se elaborează de către proiectant pe specialități, prin dezvoltarea elementelor tehnice cuprinse în planșe, și nu trebuie să fie restrictive”.

În consecință, referirile actuale (chiar și cele indirecte) ale documentației de atribuire la numărul de pompe de recirculare, numărul nivelelor de pulverizare, absorberul de *tip turn*, cu mărimile asociate (diametru, înălțime), precum și la componenta minimă sau procesele tehnologice de funcționare a absorberului ori a instalației de desulfurare în general ar trebui eliminate de autoritatea contractantă, ori ar trebuiacompaniate de mențiunea „sau echivalent”, așa cum impun dispozițiile de excepție ale art. 38 al. (2) din OUG 34/2006, pentru a nu veni în contradicție cu cele ale art. 35 al. (5) al reglementării.

Pentru toate cele ce preced, în concordanță cu dispozițiile art. 278 al (2), (4) și (6) din OUG 34/2006, aprobată prin Legea 337/2006, cu modificările și completările la zi, Consiliul admite ambele contestații, în parte, și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, prin remedierea documentației de atribuire, conform celor mai sus reținute, ce va fi adusă la cunoștința operatorilor economici interesați în condițiile precizate la art. 32 al. (2) din HG 925/2006, respectiv publicarea în SEAP.

Concomitent, autoritatea contractantă va stabili o nouă dată limită de depunere a ofertelor, ce nu va fi mai devreme de 42 zile de la publicarea remediilor aduse, ținând cont de perioada scursă de la momentul publicării inițiale a documentației de atribuire și până la înaintarea contestațiilor, respectiv de cea minim necesară întocmirii unor oferta care să corespundă cerințelor de participare.

În acest sens, autoritatea contractantă va proceda la:

- eliminarea textului: „*valoarea contractului pentru componenta proiectare trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea*

contractului solicitat pentru demonstrarea experienței similare pentru partea de proiectare; valoarea contractului pentru componenta lucrări trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea contractului solicitat pentru demonstrarea experienței similare în execuția de lucrări ca și antreprenor în construcții montaj” din cuprinsul fișei de date a achiziției;

- eliminarea formulărilor de tipul „recepție parțială” din conținutul coloanei din dreapta a aceleiași fișe de date;

- includerea informației că operatorii economici asupra posibilității de prezentare și acceptare a unor specialiști (în echipa personalului strict necesar derulării contractului) ce au atestări echivalente celor emise/recunoscute de autoritățile/organismele române, dobândite în alte state;

- includerea informației că personalul ce nu este angajat al ofertantului câștigător va fi implicat pe baza oricărui tip de înțelegere contractuală permisă de legea română (contracte de muncă ori de prestări servicii);

- eliminarea din textul „Grafic fizic și valoric de execuție a lucrării”, ce se regăsește la capitolul fișei de date a achiziției privind modalitatea de prezentare a propunerii tehnice, a sintagmei „și valoric”;

- modificarea informațiilor din caietul de sarcini, fie prin eliminarea referirilor la numărul de pompe de recirculare, numărul nivelelor de pulverizare, absorberul de tip turn, cu mărimile asociate (diametru, înălțime), precum și la componența mimimă sau procesele tehnologice de funcționare a absorberului ori a instalației de desulfurare în general, fie prin menținerea lor în forma actuală dar acompaniate de mențiunea „sau echivalent”.

În temeiul dispozițiilor al. (5) al aceleiași art. 278, Consiliul respinge, ca nefondate, celelalte cereri ale contestatoarelor de modificare a documentației de atribuire.

La punerea în aplicare a prezentei, părțile vor avea în vedere caracterul obligatoriu al dispozițiilor ei, statuat în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. (1) și (3) din OUG 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactată în 5 exemplare originale, conține 35 (treizeciscinci) pagini