

D E C I Z I E
BO2012_0597
Data: ■.2012

Prin contestația (fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la CNSC cu nr. ■/05.03.2011, formulată de către ■, cu sediul în ■, autorizată să funcționeze în baza Deciziei Baroului ■ nr. ■/24.01.2005 CIF ■, împotriva documentației de atribuire, elaborată de SC ■ SA, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică, având ca obiect "Consultanță financiară și juridică generală pentru activitatea de afaceri corporatiste a SC ■ SA", se solicită următoarele:

- în principal, anularea documentației și, implicit, a procedurii *in integrum*, precum și a tuturor actelor pe care autoritatea contractantă le-a emis și/sau le va emite în cadrul acesteia ;

- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea documentației, inclusiv prin eliminare/remediere, corespunzător celor invocate în conținutul contestației în cauză, precum și

- suspendarea prezentei proceduri de achiziție publică până la data soluționării prezentei contestații.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ■, cu sediul în ■, în contradictoriu cu SC ■ SA, cu sediul în ■.

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

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:

■ a formulat contestația(fără număr de înregistrare la emitent și nedată), înregistrată la CNSC cu nr. ■/05.03.2012, împotriva documentației de atribuire, elaborată de SC ■ SA în

cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică, având ca obiect "Consultanță financiară și juridică generală pentru activitatea de afaceri corporatiste a SC ■ SA" solicitând următoarele:

- în principal, anularea documentației și, implicit, a procedurii *in integrum*, precum și a tuturor actelor pe care autoritatea contractantă le-a emis și/sau le va emite în cadrul acesteia ;

- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea documentației, inclusiv prin eliminare/remediere, corespunzător celor invocate în conținutul contestației în cauză, precum și

- suspendarea prezentei proceduri de achiziție publică până la data soluționării prezentei contestații.

În susținerea contestației, ■ a invocat următoarele motive :

Astfel, contestatorul arată că documentația de atribuire încalcă principiul transparenței și pe cel al utilizării eficiente a fondurilor, stipulate la art. 2 al. (2) lit. d) și f) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, ■ precizează că în cuprinsul caietului de sarcini nu se regăsesc criteriile de punctare, algoritmul de calcul și metodologia de punctare a avantajelor rezultând din propunerile tehnice și financiare ale ofertanților.

De asemenea, contestatorul afirmă că în fișa de date a achiziției, secțiunea IV – „Procedura”, punctul IV.2 – „Criterii de atribuire” se face referire la unele criterii de atribuire menționate în caietul de sarcini.

Cu toate acestea, caietul de sarcini nu prevede niciun criteriu de atribuire, ci numai informații generale cu privire la obiectivele contractului de consultanță, generale și minime obligatorii și descrierea serviciilor solicitate.

Totodată, ■ susține că, în cuprinsul caietului de sarcini, nu se face nicio referire cu privire la factorii obiectivi de evaluare a propunerii tehnice.

Deși criteriul de atribuire stabilit este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, în cuprinsul caietului de sarcini nu se regăsesc informații minime, precum:

- Criteriile de punctare / factorii obiectivi de evaluare a ofertei tehnice;
- Punctajul care revine fiecărei componente care formează oferta tehnică, respectiv ponderea fiecărui factor în punctaj.

Or, în lipsa acestor criterii, caietul de sarcini nu oferă operatorilor economici o șansă reală de a-și întocmi oferta tehnică în acord cu factorii și criteriile care vor fi aplicate de către autoritatea contractantă la evaluarea ofertelor și desemnarea ofertantului câștigător.

Față de cele expuse mai sus, contestatorul consideră că, prin întocmirea documentației de atribuire, SC ■ SA a încălcat dispozițiile art. 2 al. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv principiul transparenței și pe cel al utilizării eficiente a fondurilor publice, precum și pe cele ale art. 199 din OUG menționată anterior.

■ mai precizează că documentația de atribuire, aferentă procedurii în cauză, încalcă principiul nediscriminării și pe cel al tratamentului egal, prevăzute la art. 2 lit. a) și b) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, contestatorul arată că cerințele privind condițiile de calificare din cuprinsul fișei de date a achiziției sunt „restrictive, discriminatorii și nelegale”.

Astfel, următoarele cerințe se regăsesc la majoritatea experților :

- experiență în contracte de privatizare similare, cu accentul pe vânzarea de pachete minoritare de acțiuni;
- cunoștințe despre funcționarea societăților de distribuție și furnizare a energiei electrice care operează atât într-un cadru reglementat, cât și într-un mediu de piață;
- experiență în prestarea următoarelor tipuri de servicii în beneficiul societăților din industria energetică: finanțare de capital și datorii, evaluare, modelare financiară, planuri de afaceri, studii de fezabilitate, strategie, privatizare, adică servicii similare cu cele care vor trebui să fie prestate în cadrul contractului;
- experiență în evaluarea utilitarilor de distribuție și furnizare a energiei electrice sau în întocmirea/auditarea situațiilor financiare în contextul procesului de privatizare
- experiență în privatizare/postprivatizare societăți din domeniul distribuirii și furnizării energiei electrice;
- experiența pentru privatizarea utilităților de energie electrică.

Referitor la cerința privind experiența în contracte de privatizare similare, cu accent pe vânzarea de pachete minoritare de acțiuni, ■ afirmă că aceasta este „excesivă și lipsită de o motivație legitimă”.

Conform susținerilor contestatorului, există un număr limitat de contracte de privatizare a societăților din domeniul energiei electrice, iar restrângerea acestei cerințe la consultanții implicați anterior în privatizarea societăților de stat din domeniul energiei este „discriminatorie”.

În ceea ce privește cerința referitoare la experiența în vânzarea pachetelor minoritare de acțiuni, ■ susține că și aceasta este „discriminatorie”.

Totodată, contestatorul menționează că și cerința, potrivit căreia ofertanții trebuie să aibă experiență cu societăți din domeniul distribuției și furnizării energiei electrice este „excesivă”.

În opinia sa, este lipsit de relevanță dacă un ofertant a avut anterior un contract de consultanță cu una dintre societățile din domeniul distribuției și furnizării energiei electrice, în condițiile în care ar trebui să fie suficientă experiența acestuia în vânzarea de participații.

Concluzionând, ■ susține că menținerea cerințelor prezentate anterior echivalează cu încălcarea evidentă a principiilor nediscriminării, tratamentului egal și recunoașterii reciproce, prevăzute la art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Contestatorul aduce la cunoștința Consiliului și faptul că documentația de atribuire încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art 2 al. 2 lit. f din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel acesta arată că, în ciuda caracterului general al serviciilor de consultanță solicitate prin anunț și titlul caietului de sarcini (*consultanță financiară și juridică generală pentru activitatea de afaceri corporatiste*), serviciile achiziționate, în mod predominant, prin caietul de sarcini sunt cele referitoare la asistența economică, financiară și juridică pentru vânzarea pachetelor minoritare de acțiuni deținute de ■ la filialele sale.

De asemenea, ■ precizează că „sunt neclare și nu pot constitui un fundament” pentru întocmirea riguroasă a ofertei tehnice următoarele :

- Natura serviciilor de consultanță solicitate în domeniul afacerilor corporatiste;

- Dacă aceste servicii în domeniul afacerilor corporatiste sunt strict legate de înstrăinarea participațiilor ■ la filialele sale menționate în caietul de sarcini sau aceste servicii vor acoperi o arie mai largă, fără legătură cu vânzarea participațiilor. Lipsesc indicii precum tipul serviciilor de domeniul afacerilor corporatiste care sunt necesare ■, precum și ponderea acestora în cadrul tuturor serviciilor solicitate.

Lipsa unor indicații minime cu privire la natura serviciilor de consultanță „de domeniul afacerilor corporatiste” poate genera arbitrarul la întocmirea ofertelor tehnice, dar mai cu seamă excese și ilegalități în ceea ce privește evaluarea ofertelor depuse în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică.

Or, coroborat cu lipsa unor criterii clare de evaluare a ofertelor, modalitatea „defectuoasă” de întocmire a documentației de atribuire reprezintă „o nesocotire” a obligației autorității contractante de a utiliza în mod eficient fondurile publice.

Având în vedere aspectele expuse mai sus, ■ solicită Consiliului să constate existența unei proceduri de achiziție publică „discriminatorie”, de natură să încalce principiile fundamentale care guvernează materia achizițiilor publice, statuate la art. 2 al. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 2 al. (2), art. 256² al. (1) și pe cele ale art. 275¹ din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

La dosarul cauzei, în temeiul art. 274 al. (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare a fost depus punctul de vedere al autorității contractante, înregistrat la CNSC cu nr. ■/14.03.2012, referitor la contestația formulată de către ■, prin care se solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată, pentru următoarele motive :

În fapt, SC ■ SA arată că la ■.02.2012, a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Consultanță financiară și juridică generală pentru activitatea de afaceri corporatiste a SC ■ S.A”, sens în care a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ■.

În concret, serviciile pe care SC ■ SA intenționează să le contracteze în cadrul procedurii de față se referă la vânzarea pachetelor minoritare de acțiuni deținute de ■ la societățile ■ și ■, pentru studiul preliminar, cât și pentru pregătirea și realizarea

acestui exit, dar și având în vedere necesitatea asigurării unor servicii de consultanță financiară și juridică pentru desfășurarea în condiții optime a activității corporatiste a SC ■ SA

Prin adresa din 02.03.2012, operatorul economic ■ a solicitat clarificări de la autoritatea contractantă, în temeiul art. 78 al. (1) din OUG ■/2006, cu modificările și completările ulterioare, cu privire la următoarele aspecte:

- modalitatea de selecție a ofertantului câștigător;
- condițiile de participare pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale;
- obiectul contractului.

Referitor la contestația formulată de către ■, autoritatea contractantă susține că aceasta este neîntemeiată și că documentația de atribuire respectă principiile care guvernează materia achizițiilor publice.

În acest sens, contestatorul afirmă că documentația de atribuire cuprinde toate criteriile în vederea desemnării în mod transparent a ofertei câștigătoare.

Conform punctului IV.2) din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire a contractului îl constituie „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Punctajul total al fiecărui ofertant urmează să se determine pe baza componentei financiare și a celei tehnice, fiecare dintre cele două componente menționate având o pondere de 50% în punctajul final.

În ceea ce privește evaluarea ofertelor, aceasta se realizează prin acordarea unui punctaj pentru capacitatea tehnico-economico-financiară a fiecărei oferte depuse. Apoi ofertele se vor clasa în ordinea descrescătoare a punctajului total obținut, fiind declarată câștigătoare oferta care întrunește cel mai mare punctaj.

Aceasta evaluare parcurge mai multe etape, toate cu aplicarea principiilor care guvernează achizițiile publice, însă din considerente tehnice operatorul SEAP nu a permis la data respectivă afișarea a mai mult de 100 de caractere în cadrul fișei de date a achiziției, ceea ce înseamnă că o detaliere a acestei proceduri de evaluare urmează a se realiza prin clarificările ce vor fi postate pe site-ul operatorului S.E.A.P.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că în nota justificativă, înregistrată sub nr. ■ din 19.12.2011 se prevede, în mod detaliat, algoritmul de calculare a punctajului aferent capacității tehnice și ofertei financiare.

Astfel, grila de punctaj pentru capacitatea tehnică rezidă în oferirea unui număr de puncte pentru numărul de aspecte complexe specifice procesului de privatizare a companiilor de utilități din domeniul energiei electrice, cu accentul pe aspecte particulare în cadrul vânzării de pachete minoritare și modalitatea adecvată de abordare a acestor aspecte. Punctajul maxim de 100 puncte ar urma să fie acordat ofertantului care identifică cel mai mare număr de aspecte complexe, iar celorlalți prin raportare la punctajul maxim, după o formulă clară în acest sens.

Apoi se punctează termenul de îndeplinire a etapei I, fiind oferit punctajul maxim ofertei care prevede cel mai mic termen, iar pentru restul ofertelor urmează să se procedeze prin raportare la punctajul maxim după un mod de calcul similar.

În final, în ceea ce privește evaluarea propunerii financiare, aceasta vizează nivelul *success fee*-ului ofertat (exprimat în procent din suma încasată de către autoritatea contractantă din fiecare tranzacție). Astfel punctajul maxim este conferit ofertei cu nivelul cel mai scăzut al *success fee*-ului, pentru restul urmând a se proceda într-o manieră similară, respectiv după o formulă descrisă, ca în cazurile de mai sus.

Având în vedere descrierea succintă a obiectului contractului, respectiv „vânzarea pachetelor minoritare de acțiuni deținute de ■ la ■ și ■, pentru studiul de piață preliminar, cât și pentru pregătirea acestui exit, dar și având în vedere necesitatea asigurării unor servicii de consultanță financiară și juridică pentru desfășurarea în condiții optime a activității de afaceri corporatiste a SC ■ SA”, conform punctului II. 1.5 din fișa de date achiziției, rezultă că respectiva modalitate de determinare a ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic reflectă cel mai fidel necesitățile ce se vor ivi pe parcursul executării contractului de achiziție publică, printre care chestiuni de drept corporatist referitoare la vânzarea pachetelor minoritare și bineînțeles aspectele financiare care rezultă de aici.

Alegerea acestui criteriu de atribuire este în deplină concordanță cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene care în cauza C-315/01 (GAT) a statuat în §64:

*„Cu toate acestea, deși articolul 26 (1) din Directiva 93/36 (**echivalentul art. 55 din Directiva 2004/18 - n.n**) lasă la aprecierea autorității contractante criteriile pe baza cărora intenționează să acorde contractul, totuși această alegere poate viza doar **criteriile destinate să identifice oferta care e cea mai avantajoasă economic** (a se vedea în acest sens Beentjes,*

paragraful 19, SIAC Construction, paragraful 36, și Concordia Bus Finland, paragraful 59). "

În speță, SC ■ SA a inclus criteriile de atribuire care vizează identificarea ofertei și nu a ofertantului, așa cum în mod eronat susține contestatorul, respectiv nivelul cel mai scăzut al *success fee* - ului, termenul cel mai mic pentru finalizarea Etapei I și identificarea celui mai ridicat număr de aspecte complexe relevante pentru obiectul contractului de achiziție publică.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă susține că acest criteriu respectă și cerințele din Hotărârea Curții din 4 decembrie 2003, §37, pronunțată în cauza C-448/01, Wienstrom GmbH c. Republicii Austria deoarece nu conferă „(...) *autorității o libertate nerestricționată de alegere în ceea ce privește atribuirea contractului unui ofertant.* "

Totodată, aceasta menționează că, potrivit OUG 120/2011 s-a prelungit termenul prevăzut în OUG 114/2005 privind unele măsuri pentru derularea și finalizarea privatizării societăților comerciale filiale de distribuție și furnizare a energiei electrice "■ SA și ■ SA în care anumite persoane își puteau exercita dreptul de achiziționare a un număr de acțiuni deținute la ■ (societate rezultată în urma privatizării ■ și unor modificări corporative subsecvente), respectiv până la data de 31 decembrie 2012.

În aceste condiții, orice operator interesat să participe la prezenta procedură de atribuire poate, în mod egal cu orice alt operator, să își redacteze oferta pe care intenționează să o depună.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă s-a conformat în totalitate principiului transparenței, astfel cum este acesta definit în §144 din Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță în cauza T-345/03:

„In ceea ce privește principiul transparenței, care constituie corolarul acestuia (n.n. - principiul egalității de tratament), el are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini. "

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că a respectat și dispozițiile art. 199 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Din cele prezentate mai sus rezultă că documentația de atribuire nu încalcă principiile transparenței și utilizării eficiente a

fondurilor publice, astfel cum, în mod eronat, susține ■ în cuprinsul contestației formulate.

Referitor la cerințele privind experții, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt „perfect legitime” și nu încalcă principiile nediscriminării și tratamentului egal.

Astfel, în calitate de autoritate contractantă, SC ■ SA direct interesată ca, în cadrul licitației, să participe operatori economici care dețin o experiență reală și necesară unor tranzacții complexe și care implică o societate dintr-un sector strategic al României.

Totodată, trebuie avut în vedere și faptul că orice operator economic poate, în mod nerestricționat, să apeleze la prevederile art. 190 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, prin susținerea capacității tehnice și profesionale de către o terță persoană sau să se asocieze cu alți operatori economici, în condițiile art. 44 din ordonanța de urgență menționată anterior.

S-ar fi putut discuta despre o restricționare a accesului la procedură, în condițiile în care, s-ar fi făcut proba că nici beneficiind de cele două articole invocate anterior, operatorii economici nu ar fi putut în mod efectiv și competitiv să participe la această procedură de atribuire, ceea ce nu este cazul.

Cu privire la cerința experienței specifice, SC ■ SA arată că aceasta are drept fundamentare confirmarea capacității ofertanților de a duce la îndeplinire corespunzătoare contractul ce urmează a fi atribuit.

Potrivit susținerilor autorității contractante, experiența profesională solicitată prin cerințele minime, precum și numărul și profilul experților cheie derivă din profilul tranzacției complexe care urmează a se realiza și care presupune cunoștințe temeinice în sectorul utilităților (liderul echipei), cunoștințe în domeniul privatizării (expert în privatizare), în industria energetică și respectiv cunoștințe în domeniul financiar-contabil (expert financiar-contabil pentru evaluarea pachetului de acțiuni ce urmează a fi vândut) și juridic.

Chiar și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cuprinsul Hotărârii din 20 septembrie 1988, pronunțată în cauza 31/87 a statuat în §37 (dispozitivul hotărârii) următoarele:

„Ca răspuns la cea de-a doua întrebare adresată de instanța națională trebuie menționat că:

(i) Criteriul experienței specifice pentru lucrarea ce trebuie executată este un criteriu legitim referitor la cunoștințele și

capacitatea tehnică în scopul confirmării corespunderii contractanților."

Pe lângă jurisprudența comunitară, aceste criterii de calificare și de selecție respectă și actele normative în vigoare, respectiv Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 la care se face referire în documentație:

„(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

(2) Stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție rămâne la latitudinea autorității contractante, aceasta având obligația de a ține cont de complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat. ”

De asemenea, se poate observa că, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a prevăzut o marjă largă de apreciere a ofertanților, cu privire la modul de justificare a capacității tehnice și/sau profesionale, menționându-se că *„se va prezenta o listă cu echipa propusă pentru realizarea serviciilor care fac obiectul contractului. Se vor prezenta CV-urile și copii de pe orice act doveditor al studiilor de specialitate ale persoanelor din echipa propusă pentru realizarea serviciilor care fac obiectul contractului din care să rezulte experiența similară.”*

Autoritatea contractantă aduce la cunoștința CNSC și faptul că documentația de atribuire cuprinde toate elementele privitoare la afacerile corporatiste ale SC ■ SA

Referitor la afirmațiile contestatorului, conform cărora există anumite lipsuri în oferirea unor indicații minime cu privire la natura serviciilor de consultanță de domeniul afacerilor corporatiste, autoritatea contractantă menționează că obiectul contractului care urmează a fi atribuit reprezintă o punere în practică a prevederilor pe care Guvernul României și le-a asumat prin scrisoarea de intenție și memorandumul tehnic semnate cu Fondul Monetar Internațional, Banca Mondială și Comisia Europeană, aceasta implicând necesitatea contractării unor servicii de consultanță în afaceri corporatiste pe domeniul distribuției și furnizării energiei electrice.

Din cele expuse anterior rezultă că, demersul procedural al ■ este cel care încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, din moment ce prezenta procedură reprezintă chiar o

aplicare a acordurilor internaționale încheiate de statul român cu organismele menționate.

În ceea ce privește natura serviciilor care se intenționează a fi contractate, SC ■ SA susține că cele de domeniul afacerilor corporatiste sunt enunțate la pagina 18 din cuprinsul caietului de sarcini, după cum urmează:

„prestarea de servicii de consultanță juridică pentru Beneficiar în vederea îndeplinirii tuturor și oricăroră dintre obiectivele de post-privatizare și a clauzelor prevăzute în Contractele de Privatizare ale fostelor filiale ■, ■, ■, ■ și ■, așa cum sunt acestea menționate în Contractele de Privatizare ale acestor societăți,

„realizarea în folosul Beneficiarului de analize și/sau puncte de vedere legale, inclusiv opinii legale, urmare a solicitării explicite a Beneficiarului, referitoare la activitățile desfășurate de ■ în domeniul afacerilor corporatiste,

„prestarea de servicii de reprezentare juridică pentru Beneficiar în eventualele litigii și/sau arbitraje rezultate din potențialele încălcări ale oricărei prevederi/clauze din Contractele de Privatizare ale fostelor filiale ■, ■, ■, ■ și ■ sau rezultate în urma unei decizii corporatiste a Beneficiarului, după caz.”

Având în vedere aspectele prezentate mai sus, autoritatea contractantă concluzionează că documentația de atribuire indică natura tuturor serviciilor care se intenționează a fi contractate și că acestea au un corespondent în vocabularul comun privind achizițiile publice, respectiv servicii de consultanță financiară și servicii de consultanță juridică.

Cu privire la ponderea serviciilor din domeniul afacerilor corporatiste în totalul serviciilor, SC ■ SA arată că aceasta nu poate fi determinată, deoarece depinde de necesitățile autorității contractante care vor apărea pe parcursul derulării contractului.

Referitor la termenul de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă precizează că acesta a fost calculat avându-se în vedere prevederile art. 75 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și că a fost ales pentru a se putea respecta atât prevederile speciale în materie, cât și cele restrictive și accelerate asumate de către Guvernul României cu organismele internaționale.

În finalul punctului de vedere exprimat, SC ■ SA menționează că documentația aferentă prezentei proceduri de atribuire a fost verificată sub aspectul conformității cu dispozițiile legislației achizițiilor publice, inclusiv cu principiile care guvernează materia achizițiilor publice, de către ANRMAP, potrivit

art. 33¹ din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, astfel că susținerile contestatorului privind pretinsa nelegalitate ale unor prevederi sunt neîntemeiate.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 2, art. 33¹, art. 75 și art. 199 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și pe cele ale Ordinului ANRMAP nr. 509/2011.

Alăturat punctului de vedere, SC ■ SA a depus, în copie, dosarul achiziției publice.

Analizând contestația formulată de către ■, prin luarea în considerare a susținerilor părților, a înscrisurilor aflate la dosarul cauzei și a dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul constată următoarele:

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect "Consultanță financiară și juridică generală pentru activitatea de afaceri corporatiste a SC ■ SA", SC ■ SA a ales procedura de atribuire prin licitație deschisă, ce a fost demarată la ■.02.2012, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ■.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire aplicat este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, valoarea estimată fiind de ■ euro, fără T.V.A.

Deoarece Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, prin Decizia nr. ■ la 08.03.2012, prin prezenta urmează a fi soluționate capetele de cerere prin care ■ a solicitat:

- în principal, anularea documentației și, implicit, a procedurii *in integrum*, precum și a tuturor actelor pe care autoritatea contractantă le-a emis și/sau le va emite în cadrul acesteia ;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea documentației, inclusiv prin eliminare/remediere, corespunzător celor invocate în conținutul contestației în cauză.

În ceea ce privește critica formulată de contestator referitoare la faptul că „lipsesc din Caietul de sarcini criteriile de punctare, algoritmul de calcul și metodologia de punctare a avantajelor rezultând din propunerile tehnice și financiare ale ofertanților”, Consiliul constată că atât în anunțul de participare cât mai ales în documentația de atribuire, este prezentat criteriul de atribuire, respectiv oferta cea mai avantajoasă din punct de

vedere economic, sunt prezentați factorii de evaluare, ponderea acestora și algoritmul de calcul.

Astfel, Consiliul constată că în Fișa de date a achiziției, la capitolul **IV.2) Criterii de atribuire**, este precizat:

„Evaluarea ofertelor se va face după cum urmează:

A. Grila de punctaj pentru capacitatea tehnică

Grila de punctaj pentru termenul de îndeplinire a Etapei I

Pentru termenul de îndeplinire a Etapei I se acordă următorul punctaj:

Prin raportare la punctajul maxim pentru oferta care prevede cel mai mic termen, astfel:

$$\mathbf{Ptn = (Pt0/tn)*100}$$

Unde

Ptn este punctajul aferent termenului de îndeplinire a Etapei I oferit prin oferta „n”;

tn este termenul de îndeplinire a Etapei I efectiv oferit prin oferta „n” (zile calendaristice);

Pt0 este punctajul maxim acordat pentru oferta care prevede cel mai mic termen, respectiv 100 puncte.

B. Grila de punctaj pentru oferta financiară

Punctajul pentru oferta financiară va avea în vedere nivelul success fee-ului ofertat (exprimat în procent din suma încasată de Vânzător din fiecare Tranzacție) și propus ca Success Fee de către ofertanți.

Astfel pentru cea mai mică dintre cotațiile procentuale pentru success fee-ului ofertat în oferta financiară se acordă 100 de puncte;

Prin raportare la punctajul maxim acordat pentru cea mai mică valoare a success fee-ului ofertat, punctarea fiecărui success fee ofertat în ofertele financiare primite se va face în baza următorului algoritm de calcul:

$$\mathbf{Pfvn = (Vfv0/Vfvn)*100}$$

Unde

Pfvn este punctajul financiar aferent componentei variabile a prețului oferit prin oferta „n”;

Vfv0 este valoarea celei mai mici componente variabile a prețului oferit;

Vfvn este valoarea componentei variabile a prețului oferit prin oferta „n”

C. Punctajul Total

Algoritmul de calcul pentru punctajul total (PT) este următorul:

$$PT = (Ptn*50\%+Pfvn*50\%)/100$$

Unde:

Ptn este punctajul aferent criteriului de la punctul A

Pfvn este punctajul financiar aferent success fee-ului cotate de la punctul B".

În ceea ce privește Etapa I, pentru a cărei termen de îndeplinire se acordă punctajul referitor la capacitatea tehnică, Consiliul constată că, în Caietul de sarcini, la punctul **4.1. Descrierea Proiectului**, sunt prezentate etapele principale, iar **Etapa I – Realizarea Strategiei de vânzare a pachetelor minoritare de acțiuni deținute la EDB, EDD și EE, denumite în continuare „Filialele Enel”**, cuprinde sarcinile cheie ale Consultantului aferente obiectivului general, respectiv *„realizarea unei evaluări financiare a pachetelor minoritare de acțiuni de la EDB, EDD și EE și propunerea unei variante optime de exit, referitoare la pachetele minoritare de acțiuni deținute la aceste societăți”*, termenul privind realizarea acestora fiind „elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor”, în înțelesul prevederilor art. 199 al. (2) din OUG 34/2006.

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat obligațiile prevăzute la al. 3 și 4 ale art. 199 din OUG 34/2006 și respinge critica formulată de contestator ca fiind nefondată.

În ceea ce privește critica referitoare la condițiile de calificare ce demonstrează capacitatea tehnică și/sau profesională, Consiliul constată că, în Fișa de date a achiziției, la punctul *III.2.3.d) – Informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii*, se solicită „prezentarea unei liste cu echipa propusă pentru realizarea serviciilor care fac obiectul contractului și prezentarea cv-urilor și a copiilor după orice act doveditor al studiilor de specialitate ale persoanelor din echipa propusă (...)”, iar pentru fiecare expert în parte sunt stabilite calificări și abilități. Astfel, referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia „cerințele privind condițiile de calificare din cuprinsul fișei de date a achiziției sunt restrictive, discriminatorii și nelegale”, Consiliul reține prevederile art. 1 al. 1 și 2 din Ordinul ANRMAP nr. 509 din 2011, unde este stipulat:

„(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele

care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

(2) Stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție rămâne la latitudinea autorității contractante, aceasta având obligația de a ține cont de complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat”

Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit aceste condiții de calificare ținând cont de obiectul achiziției publice, în vederea selectării unor operatori economici cu experiență în derularea unor contracte de privatizare, punând **accentul** pe vânzarea de pachete minoritare de acțiuni, această cerință nefiind restrictivă.

Mai mult, impunerea cerinței privind experiența în domeniul contractelor de privatizare din domeniul energetic este în concordanță cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică în cauză, obiectul contractului aferent procedurii de achiziție publică în cauză fiind „consultanță financiară și juridică generală pentru activitatea de afaceri corporatiste a SC ■ SA”. Astfel, cerința este în concordanță cu dispozițiile art. 188 al. 2 lit. d din OUG 34/2006 care prevăd că *„În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:*

(...)

d) informații referitoare la studiile, pregătirea profesională și calificarea personalului de conducere, precum și ale persoanelor responsabile pentru îndeplinirea contractului de servicii”, coroborate cu prevederile art. 8 al. 2 din HG 925/2006, conform cărora „Atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 al. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției,, și Nota Justificativă înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. ■/22.12.2011.

În ceea ce privește afirmația contestatorului potrivit căreia „există un număr limitat de contracte de privatizare a societăților din domeniul energiei electrice, iar restrângerea acestei cerințe la consultanții implicați anterior în privatizarea societăților de stat din domeniul energiei este discriminatorie”, Consiliul reține afirmația autorității contractante din punctul de vedere transmis prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. ■ din 14.03.2012, potrivit căreia „orice operator economic poate în mod nerestricționat să apeleze la prevederile art. 190 din OUG 34/2006 prin susținerea capacității tehnice și profesionale de către o terță persoană sau să se asocieze cu alți operatori economici în condițiile art. 44 din OUG 34/2006”.

Față de cele arătate mai sus, în ceea ce privește critica referitoare la condițiile de calificare privind capacitatea profesională, Consiliul constată că aceasta este nefondată.

În ceea ce privește critica formulată de contestator referitoare la „lipsa unor indicații minime cu privire la natura serviciilor de consultanță solicitate în domeniul afacerilor corporatiste, Consiliul constată că la punctul **4.1. Descrierea proiectului** din Caietul de sarcini este prevăzut:

„În legătură cu sarcinile cheie ale Consultantului aferente obiectivelor generale menționate la aleatele e), f) și g) de la punctul 2.1. din prezentul Caiet de Sarcini menționăm necesitatea prestării de către Consultant a cel puțin următoarelor:

- realizarea în folosul Beneficiarului de analize și/sau evaluări de specialitate în domeniul financiar-contabil, urmare a solicitării explicite a Beneficiarului, referitoare la activitățile desfășurate de ■ în domeniul afacerilor corporatiste;

- prestarea de servicii de consultanță juridică pentru Beneficiar în vederea verificării îndeplinirii tuturor și oricăroră dintre obiectivele de post-privatizare și a clauzelor prezăzute în Contractele de Privatizare ale fostelor filiale (...);

- realizarea în folosul Beneficiarului de analize și/saupuncte de vedere legale, inclusiv opinii legale, urmare a solicitării explicite a Beneficiarului, referitoare la activitățile desfășurate de ■ în domeniul afacerilor corporatiste;

- prestarea de servicii de reprezentare juridică pentru Beneficiar în eventuale litigii și/sau arbitraje rezultate din potențialele încălcări ale oricărei prevederi/clauze din Contractele de Privatizare ale fostelor filiale (...) sau rezultate în urma unei decizii corporatiste a Beneficiarului, după caz”.

Consiliul reține afirmația autorității contractante potrivit căreia „ponderea serviciilor din domeniul afacerilor corporatiste din totalul serviciilor nu poate fi determinată, deoarece depinde de necesitățile autorității contractante care se vor ivi pe parcursul derulării contractului”.

Consiliul constată că, în elaborarea documentației de atribuire, autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 2 al. 2 lit. a, b, d și f din OUG 34/2006, referitoare la nediscriminare, tratament egal, transparență și eficiența utilizării fondurilor publice, precum și pe cele ale art. 33 al. 1 din același act normativ, conform cărora „autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

De asemenea, Consiliul constată că, pentru clarificarea unor aspecte privind documentația de atribuire, contestatorul avea posibilitatea să facă aplicarea prevederilor art. 78 al. 1 din OUG 34/2006, conform căruia „Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire”, urmând ca autoritatea contractantă să răspundă conform prevederilor al. 2 și (3) ale aceluiași articol.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 278 al. 5 și 6 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ■, în contradictoriu cu SC ■ SA, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

În conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 3 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizia este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

Redactată în patru exemplare originale, conține 17 (săptesprezece) pagini