

BO2013_0013

Prin contestația, înregistrată la CNSC sub nr. ■/19.12.2012, formulată de ■ LIMITED, cu sediul în ■, reprezentată legal prin dl. ■, împotriva fișei de date a achiziției, elaborată de către autoritatea contractantă asocieria formată din ■ și ■ SA (denumită în continuare ■-■), cu sediul în ■, în cadrul procedurii de atribuire, prin „dialog competitiv”, a contractului de concesiune de lucrări, având ca obiect: „CONTRACT DE CONCESIUNE DE LUCRĂRI PUBLICE PRIVIND PROIECTAREA, CONSTRUCȚIA, FINANȚAREA, OPERAREA ȘI ÎNTREȚINEREA AUTOSTRĂZII ■, TRONSONUL ■, KM 110+600 – KM 168+600”, s-au solicitat următoarele:

- anularea documentului intitulat „Fișa de date” care face parte din documentația de atribuire a „Contractului de concesiune de lucrări publice privind proiectarea, construcția, finanțarea, operarea și întreținerea Autostrăzii ■, Tronsonul ■, km 110 + 600 - km 168 + 600” și a întregii proceduri de atribuire;

- suspendarea procedurii de atribuire în stadiul în care se află.

În baza legii și documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației formulate de ■ LIMITED, cu sediul în ■, invocată de asocieria formată din ■ și ■ SA, cu sediul în ■.

Admite, în parte, contestația formulată de ■ LIMITED, în contradictoriu cu asocieria formată din ■ și ■ SA.

Obligă asocieria formată din ■ și ■ SA la publicarea, în SEAP și în JOUE, a unei erate care să cuprindă criteriile de preselecție, algoritmi de calcul aferenți acestora, numărul minim și numărul maxim de operatori economici și la decalarea termenului de deschidere a ofertelor cu o perioadă egală cu intervalul de timp în care procedura de atribuire a fost suspendată.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la anularea documentului intitulat „Fișa de date” și a întregii proceduri de atribuire din contestația formulată de ■ LIMITED.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

MOTIVARE

Prin contestația, înregistrată la CNSC sub nr. ■/19.12.2012, formulată de ■ LIMITED, împotriva fișei de date a achiziției, elaborată de către autoritatea contractantă asocieria formată din ■ și ■ SA (denumită în continuare ■-■), în cadrul procedurii de atribuire, prin „dialog competitiv”, a contractului de concesiune de lucrări, având ca obiect: „CONTRACT DE CONCESIUNE DE LUCRĂRI PUBLICE PRIVIND PROIECTAREA, CONSTRUCȚIA, FINANȚAREA, OPERAREA ȘI ÎNTREȚINEREA AUTOSTRĂZII ■, TRONSONUL ■, KM 110+600 – KM 168+600”, s-au solicitat următoarele:

- anularea documentului intitulat „Fișa de date” care face parte din documentația de atribuire a „Contractului de concesiune de lucrări publice privind proiectarea, construcția, finanțarea, operarea și întreținerea Autostrăzii ■, Tronsonul ■, km 110 + 600 - km 168 + 600” și a întregii proceduri de atribuire;

- suspendarea procedurii de atribuire în stadiul în care se află.

În fapt, contestatorul precizează că, prin anunțul de concesiune nr. ■, publicat în ■.12.2012, în SEAP, Asocieria formată din ■ și ■ SA aduce la cunoștința operatorilor economici interesați că dorește să încheie un contract de concesiune, având ca obiect proiectarea, construcția, finanțarea, operarea și întreținerea Autostrăzii ■, Tronsonul ■, km 110 + 600- km 168 + 600.

Față de prevederile documentului intitulat „Fișa de date”, care face parte din documentația de atribuire a contractului de concesiune, ■ LIMITED semnalează o serie de motive de nelegalitate după cum urmează:

1. Autoritatea contractantă nu precizează în Anunțul de concesiune care sunt criteriile de preselecție și nici nu menționează care este algoritmul de calcul care va fi aplicat pentru fiecare criteriu de preselecție, ci se limitează la exemplificarea aplicării algoritmului de calcul asupra unuia din criteriile de preselecție;

- potrivit art. 101 alin. (2) din OUG 34/2006: "Autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de preselecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preseleccioneze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora", dar în anunțul de concesiune nu sunt menționate criteriile de preselecție și nici numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preseleccioneze, ci se precizează că: "În vederea stabilirii candidaților preselecțați, toți candidații care au atins pragurile minime prevăzute în cerințele de calificare, vor fi evaluați; 2Punctajul total se va stabili prin însumarea ponderilor relative obținute pentru fiecare criteriu de preselecție precizat; 3Ponderea relativa din cadrul fiecărui criteriu de preselecție se stabilește astfel: candidatul calificat

care prezintă cea mai mare valoare (prin documentele prezentate în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare în cadrul unui criteriu de preselecție primește punctajul maxim alocat respectivului criteriu, în timp ce ceilalți candidați calificați vor primi punctaj în mod direct proporțional, prin raportare la punctajul maxim; 4 În cazul în care în urma aplicării algoritmului de calcul sus precizat, doi candidați calificați primesc același nr. de puncte, departajarea acestora se va realiza în funcție de cea mai mare valoare prezentată a mediei cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier. Ex. de calcul: în cadrul CS1 Candidatul calificat X prezintă cea mai mare valoare privind media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent infrastructurii de transport rutier (CMA max) în ultimii 3ani, ca atare va primi 100 puncte astfel încât pentru CS1 este: $100 \times 45\% = 45$ puncte. În cadrul aceluiași criteriu, Candidatul n va primi punctaj astfel: $CMA_n / CMA_{max} \times 100 \times 45\%$;

- în condițiile în care în anunțul de concesionare nu sunt prevăzute criteriile de preselecție, este evidentă încălcarea prevederilor art. 101 alin (1) din OUG 34/2006 potrivit căroră „Atunci când preselectează candidații, autoritatea contractantă are obligația de a aplica criterii obiective și nediscriminatorii, utilizând în acest scop numai criteriile de preselecție prevăzute în anunțul de participare”;

- potrivit art.102 alin.(1) din OUG 34/2006: „Numărul de candidați admiși în cea de-a doua etapă a dialogului competitiv trebuie să fie cel puțin egal cu numărul minim indicat în anunțul de participare”, însă în anunțul de concesionare nu este menționat numărul minim al candidaților preselecțați.

2. Autoritatea contractantă nu precizează, în anunțul de concesionare, care sunt factorii de evaluare și modalitatea concretă de aplicare a acestora în cadrul etapei a II-a a dialogului competitiv care vor sta la baza reducerii soluțiilor prezentate în cadrul etapei a II-a a dialogului competitiv.

- dialogul competitiv este reglementat de art. 18 alin. (1) lit. c) din OUG 34/2006, ca fiind: „procedura la care orice operator economic are dreptul de a-și depune candidatura și prin care autoritatea contractantă conduce un dialog cu candidații admiși, în scopul identificării uneia sau mai multor soluții apte să răspundă necesităților sale, urmând ca, pe baza soluției/soluțiilor, candidații selectați să elaboreze oferta finală”;

- referitor la reducerea numărului de candidați, până la numărul maxim de 5 candidați care vor depune ofertă finală, autoritatea contractantă face două minime precizări, și anume:

(i) în anunțul de concesionare, ■-■ susține că: "Dialogul se va desfășura pe baza documentației descriptive redactate de autoritatea contractanta anterior etapei de dialog”;

(ii) În fișa de date, ■-■ precizează că: „Aplicarea unei licitații care să se deruleze în etape succesive pentru a reduce progresiv numărul soluțiilor care trebuie discutate sau al ofertelor care trebuie negociate”;

- potrivit art. 106 alin. (4) din OUG 34/2006; "Autoritatea contractantă derulează dialogul până când identifică soluția/soluțiile corespunzătoare necesităților sale obiective”;

- în concordanță cu prevederile art. 50 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, pentru respectarea principiilor transparenței și tratamentului egal, autoritatea contractantă are obligația de a informa candidații cu privire la factorii care vor sta la baza identificării soluțiilor corespunzătoare din punct de vedere tehnic, montajelor financiare, aspectelor juridice ale viitorului contract de concesiune, inclusiv repartizarea riscurilor între concedent și concesionar, în condițiile în care autoritatea contractantă va selecta maxim 5 candidați;

- autoritatea contractantă este obligată să informeze candidații cu privire la orice cerință, criteriu, pentru ca aceștia să aibă deplină cunoștință de cauză la momentul depunerii candidaturilor; în acest sens sunt și prevederile art. 49 alin. (1) din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

3. Autoritatea contractantă nu precizează algoritmul de calcul al factorului de evaluare "Nivelul calitativ, tehnic și funcțional al soluției tehnice propuse".

- potrivit documentului intitulat "Fișa de date", care face parte din documentația de atribuire a Contractului de concesiune, autoritatea contractantă precizează că sub - factorii de evaluare cuprinși în cadrul factorului "Nivelul calitativ, tehnic și funcțional al soluției tehnice propuse" sunt următorii:

"1.1.Nivelul plăților de disponibilitate în valoare netă actualizată 55%;

1.2. Nivelul tarifelor de utilizare plătibile de către beneficiarii finali 10%;

1.3. Planurile de Finanțare și Dezvoltare 10%";

- potrivit art. 14 alin. (2) din HG nr. 925/2006: „Algoritmul de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor, care vor fi luați în considerare în cazul aplicării criteriului "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți"; factorii de evaluare nu asigură garanția unei comparări obiective a ofertelor, iar efectul imposibilității

cuantificării obiective a aplicării unui factor de evaluare este acela că punctarea ofertelor se va face potrivit aprecierii întru-totul subiective a membrilor comisiei de evaluare; în aceste condiții, este evident că atribuirea contractului de concesiune se va face cu încălcarea principiului transparenței, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG 34/2006, cât și cu încălcarea principiului tratamentului egal între ofertanți, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG 34/2006;

- potrivit art. 199 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 „autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți. Factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătură concretă cu specificul contractului și, după ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire”; și normele comunitare, în speță Directiva nr. 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, transpusă în dreptul intern prin OUG 34/2006, prevăd expres că: „Atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor criterii obiective care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență. Pentru a garanta egalitatea de tratament, criteriile de atribuire trebuie să permită compararea și evaluarea ofertelor în mod obiectiv ”;

- factorii de evaluare aferenți componentei tehnice nu permit compararea ofertelor, nu au o legătură directă cu îndeplinirea obiectului Contractului de concesiune (exemplificativ: nivelul plăților de disponibilitate) și nu sunt prevăzute criterii minime de transparență în etapa de evaluare a ofertelor;

- în vederea respectării principiilor achizițiilor publice, în special a principiului transparenței, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a preciza orice cerință, criteriu, regulă și orice alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire;

- autoritatea contractantă nu a stabilit, în documentul intitulat „Fișa de date”, o modalitate concretă de evaluare și punctare, de către comisia de evaluare a ofertelor, care să facă posibilă eventuala verificare a corectitudinii acordării punctajului;

4. Factorul de evaluare "Prețul ofertei" nu este specific unui contract de concesiune, ci unui contract de achiziție publică, iar

autoritatea contractantă nu precizează algoritmul care va sta la baza aplicării acestuia.

- contractul de concesiune de lucrări publice este definit de art. 2 alin. (1) lit. g) din OUG 34/2006, ca fiind: „contractul care are aceleași caracteristici ca și contractul de lucrări, cu deosebirea că în contrapartida lucrărilor executate, contractantul, în calitate de concesionar, primește din partea autorității contractante, în calitate de concedent, dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor pe o perioadă determinată sau acest drept însoțit de plata unei sume de bani prestabilite”;

- legislația secundară în materia atribuirii contractelor de concesiune de lucrări publice este reprezentată de HG nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, care, prin prevederile art. 18 alin. (1), statuează că: „Autoritatea contractantă are obligația de a anunța criteriile de atribuire a contractului de concesiune a lucrărilor publice și a serviciilor în anunțul de participare. Modul detaliat de aplicare a acestor criterii se prezintă în cadrul documentației de atribuire”;

- se constată că, fiind în prezența atribuirii unui contract de concesiune, concedentul nu va achita concesionarului un preț, ci concesionarul va achita, concedentului, o redevență; autoritatea contractantă nu a indicat algoritmul, care va sta la baza aplicării unui factor de evaluare nefericit ales;

Pentru toate motivele de nelegalitate, semnalate în cuprinsul prezentei contestații, care au ca efect imposibilitatea depunerii ofertei, din cauză că se blochează accesul la procedura publică a ofertanților, ■ LIMITED solicită CNSC să dispună anularea documentului intitulat „Fișa de date”, care face parte din documentația de atribuire, atașată anunțului de concesionare și, implicit anularea întregii proceduri de atribuire și a tuturor și oricăror acte pe care Asocieria ■-■ le-a emis în cadrul procedurii publice organizate pentru atribuirea contractului de concesiune.

În vederea soluționării contestației susmenționate, prin adresa nr. ■/19.11.2012, Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită copia dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere referitor la contestație.

Prin adresele nr. ■/21.12.2012 și nr. ■/21.12.2012 înregistrate la CNSC cu nr. ■/21.12.2012, nr. ■/21.12.2012 și nr. ■/21.12.2012 autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate, formulând un punct de vedere cu privire la contestația ■ LIMITED.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă solicită, în principal, respingerea contestației formulate de ■ LIMITED ca tardivă și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

Ca o precizare prealabilă, Asocieria ■-■ afirmă faptul că, prin motivele invocate în cuprinsul contestației, contestatorul denotă atât o necunoaștere a specificului unui contract de concesiune de lucrări publice, a dispozițiilor legale care guvernează procedura de dialog competitiv și a modului de organizare a acesteia, cât și o evidentă rea-credință, neexistând în realitate un interes al contestatorului de a participa la procedura de atribuire; astfel, în locul soluției firești a formulării în primul rând a unor solicitări de clarificări (la care autoritatea contractantă ar fi oferit toate răspunsurile necesare pentru a lămuri aspectele menționate de contestator, în cuprinsul contestației) și, ulterior, în măsura în care, în urma răspunsurilor autorității contractante, preținsele probleme de legalitate ar fi persistat, a introducerii unei contestații, contestatorul a ales direct calea formulării unei contestații, solicitând anularea procedurii pentru motive care nu au fundament legal.

Referitor la tardivitatea contestației, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- contestația a fost introdusă tardiv, după expirarea termenului prevăzut de lege pentru depunerea contestațiilor;

- în conformitate cu prevederile art. 256² alin. (1) lit. a), alin. (2) și art. 3 lit. z) din OUG 34/2006, momentul de început al termenului de 10 zile în care putea fi depusă o contestație față de conținutul Documentației era ora 00:00 a datei de 9 decembrie 2012, iar momentul de sfârșit al termenului era ora 23:59:59 a datei de 18 decembrie 2012 (momentul imediat anterior al orei 00:00 a datei de 19 decembrie 2012);

- în condițiile în care, conform documentelor emise de furnizorul de servicii poștale, prin intermediul căruia a fost transmisă contestația, data expedierii acesteia către autoritatea contractantă este data de 19 decembrie 2012 și, față de dispozițiile art. 271 alin. (1) din OUG 34/2006, potrivit cărora contestația trebuie înaintată atât CNSC cât și autorității contractante înainte de expirarea termenului de 10 zile, sub sancțiunea respingerii ca tardivă, rezultă fără echivoc introducerea contestației ulterior expirării termenului în care documentația putea fi contestată.

În concluzie, având în vedere că data transmiterii contestației este data de 19 decembrie 2012, autoritatea contractantă solicită, în principal, respingerea acesteia ca tardiv introdusă.

Cu privire la caracterul nefondat al contestației, Asocieria ■-■ solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată, pentru motivele expuse în continuare, sistematizate prin raportare la criticile și motivele de

nelegalitate aduse și, respectiv, invocate de contestator în cuprinsul contestației:

1. A. Pretinsa neprecizare, în cuprinsul anunțului, a criteriilor de preselecție și a algoritmului de calcul aplicabil pentru fiecare criteriu de preselecție

- argumentele aduse de contestator nu pot să atragă anularea fișei de date; contestatorul critică, oricum în mod nefondat, conținutul anunțului, iar nu al fișei de date, împrejurare față de care solicitarea de anulare a fișei de date apare, în mod evident ca neîntemeiată;

- elementele indicate în cuprinsul contestației se regăsesc atât în cuprinsul fișei de date, actul contestat de contestator, cât și al anunțului, fiind respectat principiul transparenței și celelalte dispoziții legale invocate de contestator (dispozițiile art. 101 alin. (1) și (2) și art. 102 alin. (1) din OUG 34/2006, referitoare la precizarea criteriilor de preselecție, a regulilor aplicabile și a numărului minim și maxim al candidaților preselecțai);

- , în cuprinsul Secțiunii IV. 1.2 din fișa de date, sunt prevăzute criteriile de preselecție și ponderile relative ale acestora, fiind stabilite trei criterii de preselecție, și anume: (1) CSI - media cifrei de afaceri în domeniul infrastructurii de transport rutier, cu o pondere relativă de 40%; (2) CS2 - experiența generală în construcția de autostrăzi (număr de km de autostradă construiți), cu o pondere relativă de 55%; (3) CS3 - lichiditatea generală pentru exercițiul financiar 2011, cu o pondere relativă de 5%; de asemenea, Secțiunea IV. 1.2 din Fișa de Date prevede numărul minim de candidați preselecțai (3) și numărul maxim (5);

- în ceea ce privește conținutul anunțului, act necontestat de contestator, informațiile referitoare la criteriile de preselecție și modul de aplicare a acestora (algoritmul de calcul) se regăsesc la pct. VI.2;

- potrivit dispozițiilor art. 47 alin. (2) din OUG 34/2006, în cazul contractelor de lucrări/concesiune de lucrări publice cu o valoare estimată mai mare decât pragul prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. c) (categorie în care se încadrează contractul ce urmează a fi atribuit prin aplicarea prezentei proceduri), anunțurile de participare se redactează prin utilizarea formularelor standard adoptate de Comisia Europeană, acestea cuprinzând informațiile prevăzute în Anexa 3A la OUG 34/2006; de asemenea, dispozițiile art. 21 din Normele de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, prevăzute în OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobate prin HG 71/2007 ("Normele"), stabilesc faptul că anunțurile pentru care există obligația de publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene trebuie să respecte forma adoptată prin Regulamentul CE nr.

1564/2005 (act normativ în vigoare la data intrării în vigoare a Normelor);

- în prezent, la nivelul UE este în vigoare Regulamentul CE nr. 842/2011, privind stabilirea formatului standard pentru publicarea anunțurilor în domeniul achizițiilor publice și abrogarea Regulamentului nr. 1564/2005, astfel încât Anunțul a fost elaborat având în vedere formatul standard prevăzut în Anexa nr. 10 - anunț de participare privind concesiunile de lucrări — la regulamentul, iar, conform acestui format standard, informațiile privind criteriile de preselecție trebuie completate în cuprinsul pct. VI.2 (.Informații suplimentare), neexistând o rubrică distinctă cu privire la acestea;

- în condițiile în care, din considerente tehnico-redacționale, numărul caracterelor unui anunț de participare este limitat, în cuprinsul pct. VI.2 din anunț se regăsește și o trimitere la Secțiunea IV. 1.2 din Fișa de Date, al cărei conținut a fost prezentat anterior, astfel încât toți operatorii economici interesați să participe la procedură pot obține toate informațiile necesare cu privire la criteriile de preselecție și modul de aplicare a acestora;

- deși contestatorul pretinde că nu a fost respectat principiul transparenței, prin lipsa precizării numărului maxim al candidaților preselecțai, în continuare, în cuprinsul contestației, face referire la numărul maxim de 5 candidați preselecțai, stabilit de autoritatea contractantă, ceea ce demonstrează, încă o dată, că principiul transparenței a fost respectat și în concret față de contestator, aceasta luând astfel cunoștință de acest număr maxim.

2. Pretinsa neprecizare, în cuprinsul anunțului, a factorilor de evaluare și a modalității concrete de aplicare a acestora care vor sta la baza reducerii succesive a soluțiilor în cadrul etapei a doua a procedurii de dialog competitiv.

- argumentele aduse de contestator nu pot să atragă anularea fișei de date; contestatorul critică, oricum în mod nefondat, conținutul anunțului, iar nu al fișei de date, împrejurare față de care solicitarea de anulare a fișei de date apare, în mod evident, ca neîntemeiată;

- în cuprinsul Secțiunii IV. 1.3 din fișa de date se precizează expres că autoritatea contractantă nu va derula dialogul în etape succesive, astfel încât este evident că nu poate fi vorba, nici în prezent și nici în viitor, de precizarea modului de desfășurare a rundelor intermediare, a factorilor de evaluare și a modului de aplicare a acestora pentru reducerea succesivă a numărului de participanți la dialog;

- autoritatea contractantă a ales ca dialogul să nu se desfășoare în runde intermediare, neexistând reduceri succesive ale soluțiilor în etapa de dialog, fiind astfel inutilă combaterea pe fond a argumentelor contestatorului, din moment ce au în vedere o situație de fapt care nu

reflectă realitatea; acest lucru putea fi foarte ușor precizat încă o dată de autoritatea contractantă, prin intermediul unui răspuns la o solicitare de clarificări, în condițiile în care contestatorul ar fi fost de bună-credință și intenționa să participe în mod real la procedură.

3. Pretinsa neprecizare a algoritmului de calcul al factorului de evaluare „Nivelul calitativ, tehnic și funcțional al soluției propuse”.

- în formularea criticii sale, contestatorul folosește o premisă eronată, afirmând că, în cuprinsul Fișei de Date, factorul de evaluare „Nivelul calitativ, tehnic și funcțional al soluției tehnice propuse” este divizat în trei subfactori de evaluare, și anume „Nivelul plăților de disponibilitate în valoare netă actualizată”, „Nivelul tarifelor de utilizare plătibile de către beneficiarii finali” și „Planurile de Finanțare și Dezvoltare”; în realitate, însă, Secțiunea IV.2.1) din Fișa de Date nu cuprinde o asemenea sub-divizare a factorului de evaluare „Nivelul calitativ, tehnic și funcțional al soluției tehnice propuse”, ci acestuia îi este alocată o pondere relativă de 25%, fără a se opera o divizare subsecventă a acestuia;

- în conformitate cu dispozițiile articolelor din OUG 34/2006 și HG nr. 925/2006, referitoare la modul de organizare a unei proceduri de dialog competitiv, în cadrul etapei de preselecție, operatorilor economici, interesați de participarea la procedură, este obligatoriu să li se pună la dispoziție informații complete cu privire la condițiile de participare la procedură, elemente care se regăsesc în cuprinsul documentației, în timp ce o documentație descriptivă, un proiect al contractului de concesiune de lucrări publice și alte informații care vizează exclusiv etapele de dialog și de elaborare și depunere a ofertelor finale și modul de derulare a acestora se vor regăsi în cuprinsul documentației de atribuire care va fi transmisă candidaților; autoritatea contractantă va preciza, potrivit dispozițiilor art. 199 alin. (4) din OUG 34/2006, algoritmul de calcul sau metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți în cuprinsul documentației de atribuire care va fi transmisă candidaților preselecțai, potrivit dispozițiilor art. 103 și art. 104 din OUG 34/2006;

4. Pretinsa neprecizare a algoritmului care stă la baza aplicării factorului de evaluare „Prețul ofertei”.

- cu privire la această categorie de critici formulate de contestator, sunt pe deplin aplicabile considerațiile menționate mai sus, cu privire la precizarea, în cuprinsul documentației de atribuire, a algoritmului de calcul sau a metodologiei concrete de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți; acestea vor fi precizate de Autoritatea Contractantă, potrivit dispozițiilor art. 199 alin. (4) din OUG 34/2006, în cuprinsul documentației de atribuire care va fi transmisă candidaților preselecțai potrivit

dispozițiilor art. 103 și art. 104 din OUG 34/2006, iar, în măsura în care contestatorul va manifesta un interes real de a participa la procedură și se va încadra în categoria candidaților preselecți, va avea posibilitatea de a critica algoritmul de calcul stabilit de autoritatea contractantă, în cazul în care va considera că acesta nu respectă dispozițiile legale aplicabile;

- potrivit dispozițiilor art. 198 alin. (2) din OUG 34/2006, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv, criteriul de atribuire a contractului este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic; modul de funcționare a acestui criteriu de atribuire este stabilit prin dispozițiile art. 199 alin. (1) din OUG 34/2006, în sensul în care oferta câștigătoare este cea care întrunește punctajul cel mai mare rezultat din aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative;

- prețul este un factor de evaluare care se regăsește în mecanismul de funcționare a criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, astfel încât nu poate fi în niciun caz vorba de un factor de evaluare nefericit ales, așa cum apreciază în mod eronat contestatorul;

- potrivit dispozițiilor art. 3 lit. g), contractul de concesiune de lucrări publice „are aceleași caracteristici ca și contractul de lucrări, cu deosebirea că în contrapartida lucrărilor executate contractantul, în calitate de concesionar, primește din partea autorității contractante, în calitate de concedent, dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor pe o perioadă determinată sau acest drept însoțit de plata unei sume de bani prestabilite”; în schimbul executării lucrărilor, concesionarul va putea primi de la autoritatea contractantă: (i) fie doar dreptul de a exploata rezultatul acestora (adică dreptul de exploatare comercială și de a încasa venituri de la utilizatori); (ii) fie atât dreptul de exploatare menționat anterior cât și, în completare, sume de bani (adică plățile de disponibilitate);

- raționamentul contestatorului, conform căruia, în cazul unei concesiuni de lucrări publice, nu concedentul achită concesionarului un preț, ci concesionarul achită concedentului o redevență este fundamental eronat; concesionarul achită concedentului o redevență doar în prima ipoteză menționată anterior (cea în care concesionarul primește doar dreptul de a exploata rezultatul lucrărilor, iar o parte din veniturile acestuia rezultate din dreptul de exploatare este transferată concedentului sub formă de redevență); în cea de-a doua ipoteză, în care autoritatea contractantă achită concesionarului o sumă de bani pe lângă acordarea dreptului de exploatare, este evident că nu poate fi vorba și de o redevență, din moment ce caracteristicile proiectului impun efectuarea unor plăți de la autoritatea contractantă către concesionar (iar nu invers), așa cum este cazul prezentului proiect;

de altfel, această modalitate de finanțare și plată este oricum prevăzută în cuprinsul Secțiunii III. 1.2) din fișa de date;

- având în vedere caracteristicile specifice ale contractului de concesiune de lucrări publice menționate anterior, conceptul de preț al ofertei în această materie și în cazul de față se raportează atât la plățile de disponibilitate care vor fi efectuate de autoritatea contractantă cât și la veniturile obținute de concesionar din dreptul de exploatare acordat de autoritatea contractantă; astfel, în Secțiunea IV.2.1) din fișa de date, ponderea totală de 75% alocată prețului ofertei este împărțită între (i) nivelul plăților de disponibilitate solicitate de ofertant (55%), (ii) nivelul tarifelor care vor fi achitate de utilizatorii tronsonului de autostradă Comarnic - Brașov (10%) și (iii) planurile de finanțare și dezvoltare (10%), element ce vizează relațiile dintre concesionar și finanțatorii proiectului, fiind binecunoscut că un proiect de concesiune având valoarea estimată menționată în documentație este finanțat în principal prin împrumuturi bancare, iar modul de structurare a împrumuturilor se reflectă într-un cost total mai mic sau mai mare al proiectului.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Asocierea formată din ■ și ■ SA a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „dialog competitiv”, a contractului de concesiune de lucrări, având ca obiect: „CONTRACT DE CONCESIUNE DE LUCRĂRI PUBLICE PRIVIND PROIECTAREA, CONSTRUCȚIA, FINANȚAREA, OPERAREA ȘI ÎNTREȚINEREA AUTOSTRĂZII ■, TRONSONUL ■, KM 110+600 – KM 168+600”, elaborând în acest sens documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de concesiune nr. ■/■.12.2012, conform căruia valoarea estimată este de 5.325.098.735 lei, fără TVA.

Potrivit fișei de date a achiziției, criteriul de atribuire ales este: „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, factorii de evaluare utilizați și ponderea aferentă acestora fiind: prețul ofertei – 75 puncte; nivelul calitativ, tehnic și funcțional al soluției tehnice propuse – 25 puncte.

Prin Decizia nr. ■/21.12.2012, Consiliul a admis suspendarea procedurii de atribuire în cauză, ca urmare a solicitării formulate de ■ LIMITED în contradictoriu cu asocierea formată din ■ și ■ SA.

În temeiul art. 278 alin. (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul procedează, mai întâi, la soluționarea excepției tardivității contestației depuse de ■ LIMITED, invocată de către autoritatea contractantă.

Astfel, verificând respectarea dispozițiilor legale precizate, Consiliul constată că actul atacat este anunțul de concesiune nr. ■/■.12.2012, precum și faptul că ■ LIMITED a transmis contestația sa, atât Consiliului

cât și autorității contractante, la 18.12.2012, conform informațiilor existente pe site-ul Poștei Române.

Prin raportare la termenul de depunere a contestațiilor la organul administrativ-jurisdicțional, Consiliul constată că, în cauză, sunt aplicabile dispozițiile art. 256² alin.(1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora: „(1) Persoana vătămată poate sesiza CNSC în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)”.

Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică de 753.079,4 lei, fără TVA și tipul acestuia (contract de prestări servicii), Consiliul constată că termenul pe care îl avea la dispoziție ■ LIMITED, pentru a contesta actul menționat, era de 10 zile de la data comunicării acestuia, în speță 18.12.2012.

Din probele administrate la dosarul cauzei, rezultă faptul că ■ LIMITED a luat la cunoștință asupra anunțului de concesionare în data de 08.12.2012, termenul legal de 10 zile, avut la dispoziție pentru depunerea contestației, calculat în conformitate cu dispozițiile art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare: *“zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”,* împlinindu-se la data de 18.12.2012.

În temeiul dispozițiilor legale menționate anterior, Consiliul constată că depunerea contestației de către ■ LIMITED s-a făcut în termen, atât la CNSC, cât și la autoritatea contractantă.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, constatându-se îndeplinită obligația prevăzută de art. 271 alin. (1) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în baza art. 278 alin. (1) și (5) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge excepția tardivității contestației formulată de către ■ LIMITED, invocată de către asocieria formată din ■ și ■ SA și va proceda la analiza fondului contestației.

Consiliul reține că ■ LIMITED formulează critici cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a precizat, în anunțul de participare, criteriile de preselecție a candidaților și numărul maxim de candidați selectați și cu privire la faptul că nu a descris, detaliat, în fișa de date a achiziției, atât factorii de evaluare care vor aplicați în cadrul criteriului de atribuire cât și algoritmi de calcul al punctajelor aferente acestora.

Din analiza anunțului de concesionare nr. ■/■.12.2012, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a precizat, în cuprinsul acestuia, care sunt criteriile de preselecție a ofertanților pentru etapa de dialog, numărul minim și maxim al operatorilor economici care vor fi selectați, încălcând, astfel, prevederile art. 101 alin. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora "Autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare criteriile de preselecție și regulile aplicabile, numărul minim al candidaților pe care intenționează să îi preseleccioneze și, dacă este cazul, numărul maxim al acestora", precum și principiul transparenței, enunțat la art. 2 alin. (2) lit. d) din același act normativ.

Consiliul nu reține, în soluționare, susținerile autorității contractante, cu privire la faptul că elementele mai sus menționate se regăsesc în fișa de date a achiziției, anexată anunțului de concesiune, deoarece pe de o parte, prevederile legale susmenționate sunt imperative pentru autoritatea contractantă, iar, pe de altă parte, aceasta are obligația de a publica anunțul de concesionare și în JOUE, care nu cuprinde și anexa în cauză, însă, având în vedere faptul că aceste elemente există, consideră că măsura anulării procedurii de atribuire, solicitată de contestator, este excesivă, autoritatea contractantă având posibilitatea remedierii erorii susmenționate fără încălcarea principiilor enunțate la art. 2 alin. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește criticile formulate de contestator, referitoare la factorii de evaluare care vor aplicați în cadrul criteriului de atribuire și la faptul că algoritmi de calcul al punctajelor aferente acestora nu se regăsesc în anunțul de concesiune și în documentele anexate acestuia, Consiliul constată că acestea sunt premature formulate, deoarece, în conformitate cu prevederile art. 104 alin. (2) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora "Autoritatea contractantă are obligația de a transmite invitația de participare însoțită de un exemplar al documentației de atribuire, care va include și documentația descriptivă"; detaliile cu privire la factorii de evaluare și la algoritmi aferenți urmează a fi cuprinse în cadrul acestor documente, ■ LIMITED având dreptul, în cazul în care va face parte dintre operatorii economici selectați, de a contesta prevederile documentației descriptive.

În acest sens, Consiliul reține, în soluționare, faptul că factorii de evaluare, precizați în anunțul de concesionare, vor fi utilizați pentru aplicarea criteriului de atribuire, autoritatea contractantă precizând la Secțiunea IV.1.3 din fișa de date, că nu va derula dialogul în etape succesive, în scopul reducerii numărului de participanți, ci pentru a reduce numărul de soluții, operatorii economici preselecțați având dreptul de a depune oferte finale.

Totodată, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă are obligația de a respecta, în cadrul algoritmilor utilizați, prevederile art. 199 alin. (4) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv "Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire algoritmul de calcul sau metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți" și dispozițiile art. 14 alin. (2) din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv "Algoritmul de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor, care vor fi luați în considerare în cazul aplicării criteriului "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți".

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ■ LIMITED, în contradictoriu cu asocierea formată din ■ și ■ SA.

Va obliga asocierea formată din ■ și ■ SA la publicarea în SEAP și în JOUE a unei erate care să cuprindă criteriile de preselecție, algoritmi de calcul aferenți acestora, numărul minim și numărul maxim de operatorii economici și la decalarea termenului de deschidere a ofertelor cu o perioadă egală cu intervalul de timp în care procedura de atribuire a fost suspendată.

În temeiul art. 278 alin. (5) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la anularea documentului intitulat „Fișa de date” și a întregii proceduri de atribuire din contestația formulată de ■ LIMITED.

Va dispune, în baza alin. (6) al aceluiași articol, continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■