



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., Bd. ... nr. ..., bl. ..., sc. ... și ..., et. ..., ..., cp ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ...- Administrator, formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de ..., cu sediul în ..., Bd. ...nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ...”, coduri CPV 45253200-7 – *Lucrări de construcții de stații de desulfurare (Rev.2)*, 71320000-7 – *Servicii de concepție tehnică (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și publicarea unui nou anunț de participare, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

Admite contestația, în parte și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în 10 zile de la primirea prezentei, prin indicarea clauzelor contractuale obligatorii, concomitent cu eliminarea din conținutul fișei de date a achiziției a obligației de prezentarea a formularului de contract semnat pentru asumarea lui.

Respinge capătul de cerere privind anularea procedurii, ca nefondat.

Respinge capătul de cerere privitor la obligarea autorității contractante la reorganizarea procedurii după modificarea documentației de atribuire, ca inadmisibil.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

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

Prin contestația nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., SC ...SRL atacă conținutul documentației de atribuire elaborate de ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus arătată, solicitând:

- anularea licitației deschise inițiată prin anunțul de participare (SEAP) nr. ...din 21.12.2012;

- obligarea autorității contractante de a dispune măsuri corective pentru modificarea documentației de atribuire și publicarea în consecință a unui nou anunț de participare la licitație, cu următoarele modificări:

- renunțarea la condițiile contractuale propuse și înlocuirea acestora printr-un nou model de contract care să conțină condiții echilibrate de împărțire a riscurilor și limitarea responsabilităților;

- includerea unor prevederi clare și fără ambiguități în legătură cu părțile din condițiile contractuale revizuite asupra cărora ofertanții au dreptul să prezinte deviații;

- revizuirea duratei de execuție a proiectului pentru a permite o durată realistă și fezabilă pentru finalizarea acestuia (minimum 27 de luni);

- includerea în criteriile de calificare a unor cerințe privind indicarea sursei tehnologiei ce va fi utilizată pentru realizarea proiectului și asigurarea că această tehnologie este cea care a fost utilizată pentru a îndeplini cerințele de calificare privind experiența similară anterioară, includerea unei cerințe de indicare a istoricului litigiilor în legătură cu drepturile de proprietate intelectuală;

- includerea unor cerințe de calificare adecvate și proporționale în legătură cu experiența similară anterioară, care să fie consistente cu criteriile de atribuire care se bazează foarte mult pe performanțele tehnice;

- revizuirea criteriilor de atribuire pentru a respecta proporția dintre consumul diferitelor utilități, așa cum a fost indicat în Studiul de fezabilitate;

- includerea unui Formular privind experiența similară anterioară în care să se indice sursa tehnologiei și performanțele cheie obținute (consumul de reactiv, energie electrică și apă);
- includerea unei definiții care să nu fie ambiguă privind similaritatea proiectelor solicitate pentru îndeplinirea cerințelor privind experiența similară anterioară;
- revizuirea gradului minim de desulfurare și/sau concentrației maxime de SO₂ la ieșirea din instalația de desulfurare (FGD) pentru a stabili o singură cerință tehnică minimă coerentă;
- în temeiul dispozițiilor art. 275¹ din OUG nr. 34/2006, suspendarea de urgență a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului prezentei contestații.

Contestatoarea amintește că în precedent autoritatea contractantă a mai organizat o procedură de atribuire având același obiect, dar care datorită neconformităților înregistrate a fost anulată. În acea procedură de atribuire au fost emise mai multe decizii ale CNSC (7) privitoare la rezultatul procedurii, ultima validând măsura anulării acesteia. Procedura în cauză a făcut și obiectul unei plângeri adresate Comisei Europene.

Contestatoarea consideră că reluarea procedurii de atribuire cu menținerea aceluiași condiții de contractare ce au făcut obiectul criticilor la adresa primei proceduri de atribuire este o conduită contrară principiului transparenței achiziției publice.

Pe de o parte, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a inclus în documentația de atribuire modelul de contract publicat de ANRMAP pe site-ul propriu, care este, însă, inadecvat pentru proiectul în cauză.

Este de o relevanță particulară în cauză faptul că și Comisia Europeană împărtășește ideea că modelul de contract este inadecvat, motiv pentru care a solicitat recent și a obținut de la ANRMAP retragerea lui de pe site-ul Internet.

Contrar acestor aprecieri, autoritatea contractantă a stipulat în articolul IV.4.2) (*Modul de prezentare a propunerii financiare*) din fișa de date a achiziției faptul că „.../... Se solicită prezentarea Propunerii de contract, însușită de ofertant (vizată pe fiecare pagină). Autoritatea contractantă va avea în vedere și va permite formularea de amendamente cu privire la clauzele specifice odată cu depunerea ofertei”.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă adoptă un comportament inconsistent, impunând o formă inadecvată de contract (care trebuie vizată, ca dovadă a însușirii de către ofertanți) și, în același timp, declară că va permite deviații la clauzele specifice ale contractului.

Această prevedere ambiguă este în mod evident o încălcare a principiilor transparenței, tratamentului egal, nediscriminării și utilizării eficiente a fondurilor publice și contravine, de asemenea, prevederilor art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. Autoritatea contractantă nu poate, în opinia contestatoarei, pe de o parte, să stipuleze faptul că va permite deviații la condițiile contractuale propuse, pentru ca apoi să utilizeze prevederile art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006 într-o manieră discreționară, pentru a descalifica un ofertant, fără să prezinte nicio motivare.

Astfel, contestatoarea susține că unele aspecte contractuale, care sunt esențiale, nu sunt în mod adecvat tratate în modelul de contract ANRMAP (lista de mai jos nefiind exhaustivă):

- nu există o limitare a responsabilităților contractuale;
- penalitățile pentru daune indirecte, pierdere de profit, etc. nu sunt excluse;
- penalitățile contractuale nu sunt definite ca daune contractuale și nu sunt definite ca fiind exclusiv singurele remedii pentru achizitor;
- nu există limite sau sub-limite pentru penalitățile contractuale pentru întârzieri și neatingerea performanțelor;
- nu există o definiție clară a „condițiilor neprevăzute” și, de aceea, achizitorul poate să decidă în mod discreționar dacă acceptă sau nu timp suplimentar sau să recunoască costurile în cazul apariției condițiilor neprevăzute, cum ar fi riscurile legate de condițiile de sol, obstacole întâlnite la săpături sau contaminarea solului;
- există prea multe condiții care permit achizitorului să rezilieze contractul;
- rolul inginerului consultant (Supervizorului) nu este definit și nici reglementat în modelul de contract.

Utilizarea acestui model de contract va duce la condiții contractuale inechitabile și dezechilibrate, care sunt discriminatorii și vor duce la excluderea din procedura de achiziție publică a celor mai serioși și profesioniști contractori. În opinia contestatoarei, numai contractori mai puțin experimentați sau contractori locali, care nu au soliditatea financiară necesară, ar putea accepta astfel de condiții și riscurile asociate, cu speranța de a le renegocia în timpul execuției contractului, pentru a evita o aplicare prea brutală a condițiilor contractuale.

Într-adevăr, aplicarea de penalități nelimitate și inechitabile îi poate aduce pe aceștia într-o situație financiară dezastruoasă, care ar putea împiedica asigurarea continuării executării contractului și ar pune presiune pe autoritatea contractantă pentru renegocierea contractului.

În cele din urmă, contestatoarea consideră că singura alternativă ar fi să se mărească în mod substanțial cerințele privind cifra de

afaceri pentru calificarea participanților la această procedură de achiziție publică, dar aceasta poate constitui, de asemenea, un criteriu discriminatoriu. În cazul prezentei proceduri, cerința privind media cifrei de afaceri globale pe ultimii trei ani de referință este fixată la minimum 120.000.000 lei, iar mijloacele financiare pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării de 14,456 milioane lei, pentru o valoare estimată a contractului de 96,379 milioane lei.

Totodată, contestatoarea reclamă durata nerealistă de execuție indicată de autoritatea contractantă. În Studiul de Fezabilitate (pagina 24) elaborat de ..., o companie de consultanță care are o lungă listă de referințe în acest domeniu al instalațiilor de desulfurare, este specificată o durată de execuție de 33 de luni (calculată de la data atribuirii contractului până la data acceptării provizorii a lucrării). Ori, în conformitate cu documentația de atribuire (articolul II.3 din anunțul de participare), durata de execuție este fixată la 20 de luni de la atribuirea contractului.

Această reducere dramatică a timpului de execuție este o tentativă de a recupera timpul pierdut cu procedura de atribuire anterioară, iar acest lucru nu este practic fezabil. ...și ...sunt singurii contractanți care au pus în funcțiune până în prezent instalații de desulfurare în România și, în consecință, cunosc bine timpul necesar pentru a finaliza un proiect de desulfurare, având în vedere condițiile locale existente, incluzând aici constrângerile administrative și juridice, precum și perioada necesară obținerii autorizației de construcție.

În opinia contestatoarei, impunerea unor obligații imposibile de onorat reprezintă, de asemenea, o măsură discriminatorie.

Cu atât mai mult cu cât, în condițiile contractuale propuse, penalitățile pentru întâzieri nu sunt plafonate și nu reprezintă remediul unic și exclusiv.

Ori, solicitând un timp extraordinar de scurt pentru execuție, autoritatea contractantă trebuia să înăsprească criteriile de calificare pentru experiența similară, în vederea asigurării că ofertanții au experiența necesară de a executa un proiect într-un timp atât de scurt.

Cu toate acestea, deși timpul de execuție a fost redus, autoritatea contractantă a redus considerabil și nivelul cerinței pentru experiența similară, întrucât pentru atingerea valorii de 50 milioane lei, este posibilă cumularea valorii a două proiecte similare. De aceea, un contractant având 2 referințe a căror valoare individuală reprezintă doar o pătrime din valoarea estimată a contractului, poate întruni acum cerința privind experiența similară.

Contestatoarea apreciază că acest lucru reprezintă o încălcare clară a principiului proporționalității și, de asemenea, a principiului

folosirii eficiente a fondurilor publice, așa cum prevede art. 2 din OUG 34/2006.

În continuare, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a stabilit cerințe de calificare și evaluare incoerente, optând pentru criteriul celei mai avantajoase oferte din punct de vedere economic (art. IV.2 din anunțul de participare), la care a asociat o formulă de evaluare pe bază de puncte, după cum urmează:

- 50 puncte - prețul ofertei;
- 15 puncte - concentrația de SO₂ la ieșirea din instalația de desulfurare (FGD);
- 13 puncte - consumul orar de reactiv;
- 12 puncte - consumul orar de energie electrică;
- 10 puncte - consumul de apă de proces.

Se poate observa că autoritatea contractantă se bazează pe performanțele tehnice declarate de ofertanți într-un procent de până la 50% în vederea determinării criteriului de atribuire.

Ori, ponderea mare dată performanțelor tehnice, vis-a-vis de prețul ofertei, ar fi trebuit să impună autorității contractante necesitatea de a fi sigură că ofertanții calificați au experiența necesară și tehnologia de a livra performanțele promise.

De aceea, criteriile de calificare ar fi trebuit să încorporeze în mod logic prevederi specifice, în vederea asigurării că acest contract nu este atribuit unui ofertant care nu va fi capabil să livreze performanțele pe care le garantează în oferta sa. Nefăcând acest lucru, autoritatea contractantă se bazează pe faptul că penalitățile pentru neatingerea performanțelor garantate vor descuraja ofertanții să propună performanțe pe care nu vor fi capabili să le realizeze.

Din păcate, autoritatea contractantă a făcut exact contrariul, prin reducerea semnificativă a criteriilor de calificare pentru experiență similară.

În plus, contestatoarea menționează că ponderea aferentă consumului de apă de proces este complet disproporționată față de ponderile aferente consumurilor de energie electrică și reactiv.

În continuare, contestatoarea prezintă costul unitar pentru aceste utilități, așa cum este definit în Studiul de fezabilitate (pagina 102) și consumurile de utilități declarate de ea prin oferta din prima procedură de atribuire:

	Consum	UM	Ore funcționare/ an	Consum anual	UM	Cost unitar în EUR	Cost anual în EUR
Reactiv	1 400	kg/h	5 000	7 000	tone	118	826

							000
Electricitate	2 904	kWh	5 000	14 520	MWh	60	871 200
Apa de proces	40	m ³ /h	5 000	200 000	m ³	0,09	18 000

După cum rezultă din tabel, costul consumurilor anuale pentru reactiv și energie electrică este aproape similar, de aceea este legitimă evaluarea lor pe baza unor ponderi similare (13 puncte pentru reactiv și 12 puncte pentru energia electrică).

Totuși, se poate observa că, în fapt, costul consumului anual de apă de proces este de aproximativ 50 (cincizeci) de ori mai mic decât costul consumului de reactiv sau de energie electrică.

În mod surprinzător, autoritatea contractantă alocă ponderi similare în formula de evaluare pentru consumul de apă (ex. 10 puncte) în comparație cu consumul de reactiv (13 puncte) și de energie electrică (12 puncte).

Acest lucru, consideră contestatoarea, este complet disproporționat, chiar în contradicție cu Studiul de fezabilitate și cu prevederile art. 15 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006.

De asemenea, contestatoarea reclamă lipsa verificării prealabile a sursei tehnologiei și a experienței similare. Astfel, deși sunt cunoscuți ofertanții ce folosesc tehnologii de desulfurare contrafăcute (.../..., ...), precum și referințele false folosite în ofertarea pentru proiecte similare, autoritatea contractantă nu a reușit să includă în criteriile de calificare cerințe referitoare la deținerea unei tehnologii de desulfurare semi-uscată sau a unei licențe de folosire a unei astfel de tehnologii.

Autoritatea contractantă are obligația verificării prealabile a sursei tehnologiei și ar fi trebuit să implementeze criterii de calificare, precum următoarele:

- o cerință ca ofertanții să demonstreze că dețin propria tehnologie semi-uscată prin prezentarea dovezilor referitoare la brevetele proprii, mărci comerciale și/sau prezentarea dovezii privind resursele și activitățile de cercetare și dezvoltare;
- alternativ, o cerință ca ofertanții să prezinte copii legalizate ale acordului de licență prin care aceștia au dreptul de a folosi licența de desulfurare semi-uscată pe teritoriul României. În acest caz, ofertanții vor trebui să prezinte documentele menționate pentru licențiatorul lor;
- o cerință care să stabilească faptul că tehnologia folosită în referințele de calificare trebuie să fie aceeași cu tehnologia folosită pentru îndeplinirea cerințelor anterioare;

- o declarație privind trecutul litigiilor ofertanților în legătură cu drepturile de proprietate intelectuală.

Necesitatea verificării prealabile este chiar întărită de faptul că pentru acest proiect criteriul de atribuire se bazează într-o mare măsură pe performanțele tehnice ale ofertantului selectat.

Contestatoarea apreciază că ar avea mai mult sens să se solicite, pe lângă experiența similară, o declarație referitoare la performanțe, ce ar permite autorității contractante, cel puțin, să verifice dacă performanțele declarate în oferte sunt compatibile cu performanțele atinse de către ofertanți în referințele prezentate.

Mai mult, cerința privind experiența similară vizează o referință „similară”, fără a detalia deloc care sunt elementele cheie ce definesc această similaritate (scop, mărime, parametri tehnici, etc.)

În cele din urmă și cel mai important, solicitarea privind experiența similară anterioară nici măcar nu vizează prezentarea de către ofertanți a unei referințe (sau a terțului susținător, pe care se bazează) din care să reiasă că ofertantul a fost contractant principal.

De aceea, conform articolului III.2.3) din anunțul de participare, se poate pre-califica și un subcontractor oarecare. Nu este nici măcar menționat dacă valoarea de 50 milioane lei se referă la un contract de desulfurare, în care ofertantul a participat ca subcontractant sau partener și, de asemenea, nu este menționată valoarea subcontractului sau a cotei de participare din consorțiu.

Aceste criterii de calificare extrem de slabe pentru experiența similară nu sunt deloc în concordanță cu faptul că autoritatea contractantă se bazează, conform criteriului de atribuire, pe performanțele tehnice într-un procent de până la 50%.

Nu în ultimul rând, contestatoarea reclamă lipsa prevederilor și a definițiilor clare în legătură cu criteriile de atribuire/performanțele garantate.

Documentația de atribuire stabilește caracteristicile gazelor de ardere:

- debitul de gaze de ardere - $632.500 \text{ Nm}^3/\text{h}$;

- concentrația de SO_2 la intrarea în FGD - $2.190 \text{ mg}/\text{Nm}^3$.

Performanțele minime solicitate sunt definite în documentația de atribuire astfel:

- concentrația maximă de SO_2 la ieșirea din FGD - $\leq 200 \text{ mg}/\text{Nm}^3$;

- gradul minim de desulfurare - $\geq 93\%$.

Cerința pentru un grad minim de desulfurare de 93% nu este coerentă cu cerința pentru o concentrație maximă de SO_2 de $200 \text{ mg}/\text{Nm}^3$ la ieșirea din instalația de desulfurare.

Gradul de desulfurare = $\left[\frac{\text{concentrație SO}_2 \text{ la ieșirea din FGD}}{\text{concentrație SO}_2 \text{ la intrarea în FGD}} \right] \times 100$ [%].

Prin urmare, concentrația maximă de SO₂ la ieșirea din FGD, de 200 mg/Nm³, corespunde unui grad minim de desulfurare de $\left[\frac{2190 - 200}{2190} \right] = 90.87$ % și nu 93%.

Astfel că, această prevedere cheie a documentației de atribuire, în opinia contestatoarei, induce în eroare și este ambiguă, motiv pentru care trebuie modificată, pentru ca ofertanții să nu aibă niciun dubiu asupra dimensionării corecte a instalației de desulfurare.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată și netemeinică.

Amintind că, în conformitate cu art. 170 din OUG nr. 34/2006, operatorii economici au obligația de a respecta dispozițiile documentației de atribuire, la întocmirea ofertei, inclusiv clauzele contractuale asociate acesteia.

Raportându-se la criticile formulate de contestatoare, autoritatea contractantă arată că prevederile din cadrul cap. IV.4.2 *Modul de prezentare a propunerii financiare* au fost inserate ca urmare a recomandărilor ANRMAP, în urma respingerii documentației de atribuire. Astfel, formularea contestată nu reprezintă decât rezultatul implementării recomandărilor ANRMAP în vederea validării documentațiilor de atribuire.

De altfel, prevederile art. 81 din HG nr. 925/2006 instituie în sarcina autorității contractante obligația de a respinge ofertele inacceptabile și pe cele neconforme. Or, potrivit prevederilor art. 36 alin. (2) lit. b) din același act normativ, „Oferta este considerată neconformă în următoarele situații: b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.

Întrucât nerenunțarea la negocierea clauzelor contractuale, în contextul în care acestea sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, este sancționabilă, conform dispozițiilor HG nr. 925/2006, fiind opozabilă tuturor subiecților de drept care își desfășoară activitatea pe teritoriul României, acceptarea clauzelor contractuale postate de autoritatea contractantă poate avea influențe asupra unui operator economic

serios, care dorește nu doar „bifarea acțiunii de câștigare a contractului”, ci și implementarea acestuia cu succes.

În vederea respectării principiului transparenței, autoritatea contractantă susține că este necesară punerea la dispoziția celor interesați a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, principiu ce a fost pe deplin respectat, așa cum se poate observa.

Mai mult decât atât, orice referire la o procedură anterioară este total irelevantă, procedura de față neavând legătură cu cea desfășurată anterior.

În conformitate cu prevederile art. 33 alin. (2) lit. c), autoritatea contractantă nu este obligată să accepte negocierea unor clauze ci, în situația în care s-ar accepta negocierea unor clauze, acestea trebuie să fie precizate.

Negocierea unor clauze ar conduce la inechități față de ceilalți ofertanți, care nu pot cunoaște modul în care se negociază, iar în situația ipotetică în care ar cunoaște acest lucru, ar exista posibilitatea de îmbunătățire a ofertei, ceea ce ar conduce la o discriminare față de ceilalți ofertanți.

Referitor la criticile contestatoarei privind „modul inechitabil și neadecvat al condițiilor contractuale propuse/încălcarea principiilor tratamentului egal, nediscriminatoriu și utilizarea eficientă a fondurilor publice”, având în vedere că orice contract de achiziție publică reprezintă un contract administrativ, autoritatea contractantă arată că interesul public prevalează celui privat.

Alegerea modelului de contract este dreptul autorității contractante, nefiind statuat legal un anumit model/tip de contract. Modelul de contract stabilit nu conduce la inechități, dezechilibre și nu conține clauze discriminatorii.

În opinia autorității contractante, criticile formulate de către contestatoare nu sunt reale, astfel:

- responsabilitățile părților sunt precizate în Modelul de contract, art. 10 și 11 și acestea nu pot fi limitate;
- penalitățile contractuale nu sunt singurele remedii datorate de către executant. Din contract face parte și documentația de atribuire, în al cărei Vol.4 sunt prevăzute și alte remedii, în afara penalităților. Atât penalitățile cât și celelalte remedii sunt aplicabile tuturor ofertanților.

Rolul inginerului (definit astfel în contractul „...”) în cazul modelului de contract din documentația de atribuire este luat de către „reprezentantul achizitorului”. Mai mult, fiind un contract pe care-l cunosc toți ofertanții, nu poate fi vorba de un tratament neegal acordat ofertanților.

În sprijinul argumentelor enunțate anterior, consideră autoritatea contractantă, vine și sentința civilă nr. ..., prin care Curtea de Apel ...se pronunță asupra *Excepției de nelegalitate, act administrativ cu caracter normativ - admisibilitate. Nelegalitatea rezultând din limitarea dreptului la negocierea clauzelor contractului de achiziție publică. Analiza susținerilor privind lipsa conformității.* Curtea de Apel ...a reținut următoarele: „*Atâta timp cât autoritatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative, prezența acestor clauze este subînțeleasă și decurge din necesitatea realizării interesului general*”.

Astfel, autoritatea contractantă arată că, pentru a se asigura de ducerea la îndeplinire, completă și reglementară, a contractului care face obiectul procedurii contestate, a stabilit anumite măsuri de constrângere, cum ar fi penalitățile contractuale. Bineînțeles că, din perspectiva potențialilor contractanți, clauzele contractuale sunt dezavantajoase și disproporționate întrucât nu le permite să realizeze contractul după bunul plac și fără „repercusiuni”.

În opinia autorității contractante, rolul condițiilor contractuale este acela de a o pune la adăpost de un comportament inadecvat al antreprenorului, cu atât mai mult cu cât, în cazul de față, durata de implementare a contractului este esențială.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că aceste condiții contractuale nu au de ce să conducă la excluderea celor mai serioși profesioniști, ci din contră, cu cât seriozitatea este mai mare cu atât riscul de a se ajunge la aplicarea de penalități/rezilierea contractului este mai mic. Astfel, orice antreprenor care știe că este capabil să implementeze o astfel de lucrare, în condițiile pe care deja le cunoaște, nu are motive de îngrijorare, cu privire la sancțiuni, întrucât, atâta timp cât nu există premisele pentru aplicarea acestora, nu există implicit nici acestea.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază că susținerile contestatoarei cu privire la așa zisele avantaje ale contractorilor locali sunt nefondate și lipsite de dovezi, motiv pentru care acestea nu pot fi reținute.

Creșterea cifrei de afaceri solicitată de către contestatoare ar conduce la limitarea concurenței, ceea ce ar însemna pentru autoritatea contractantă aplicarea de corecții financiare din partea ..., pentru „aplicarea de criterii de calificare restrictive de natură să reducă concurența”. În condițiile în care orice ofertant trebuie să facă dovada că deține fondurile necesare execuției lucrărilor pentru o perioadă de trei luni (până la prima plată din partea beneficiarului) iar ulterior lucrările executate se vor plăti de către beneficiar, nu are relevanță cifra de afaceri realizată de către

ofertanții în anii anteriori. În ceea ce privește disponibilul de cash-flow, valoarea acestuia a fost calculată conform formulei reglementate de Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/2011.

În referire la criticile contestatoarei privind durata nerealistă de execuție, autoritatea contractantă susține că aceasta trebuie să se încadreze atât în termenul de conformare asumat de România prin Tratatul de Aderare (decembrie 2013) cât și în perioada de eligibilitate aferentă Axei prioritare nr. 3 din cadrul Programului Operațional Sectorial Mediu, de a cărui finanțare beneficiază proiectul. Prelungirea procedurii ar avea drept efect scurtarea perioadei disponibile de realizare a lucrărilor și, implicit, dificultăți la decontarea lor din fondurile structurale (Fondul de Coeziune al Uniunii Europene).

Cu titlu de exemplu, autoritatea contractantă arată că un contract similar (identic), care se află în implementare în Municipiul ..., are o durată de execuție de 20 de luni, aflându-se la acest moment într-un stadiu avansat de implementare, graficul de execuție fiind respectat întocmai.

Acest fapt, și anume că o instalație identică se construiește în 20 de luni este mult mai relevant decât o planificare a unei investiții efectuată de o firmă de consultanță. Respectarea unui termen realist de execuție de către firme cunoscătoare nu trebuie să conducă la impunerea unor condiții restrictive de calificare, adică la diminuarea concurenței, așa cum propune contestatoarea. De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că propunerea contestatoarei de a crește valoarea „experienței similare” (pe care, de altfel, o dorește identică) nu este în spiritul creșterii concurenței și nici nu are relevanță în sensul că valoarea unei lucrări de construcție a unei desulfurări depinde numai de mărimea acesteia (debitul de gaze purificat), precum și de conținutul de SO₂ din gazele de ardere la intrarea în instalația de desulfurare. Ori, în cazul lucrării supuse procedurii, conținutul de SO₂ are valori foarte mici față de alte proiecte (de circa 4,5 ori decât în cazul arderii lignitului, de exemplu ...). De altfel, aceste precizări se găsesc și în Studiul de fezabilitate.

O lucrare nu este similară dacă are valoare mai mare, în opinia autorității contractante. Experiența similară înseamnă aplicarea unui procedeu de desulfurare semiumedă, indiferent de mărimea acesteia. Faptul că valoarea experienței similare solicitate este de circa 50% din valoarea estimată a contractului (circa 25% pe contract în cazul prezentării a 2 contracte) nu are legătură cu proporționalitatea și, mai ales, cu utilizarea judicioasă a fondurilor publice. Folosirea judicioasă înseamnă să se organizeze o licitație cu

cât mai mulți ofertanți capabili să execute lucrarea și care respectă cerințele autorității contractante.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă susține 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, 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.

La stabilirea cerințelor privind experiența similară, autoritatea contractantă consideră că a respectat întru totul prevederile art. 8 alin. (1) și ale art. 9 lit. a) din HG nr. 925/2006, precum și pe cele ale art. 178 alin. (2) și art. 179 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În completarea celor precizate, consideră că vin și dispozițiile art. 7 din HG nr. 925/2006, care impun autorității contractante aceeași conduită, pornind de la identificarea scopului general al stabilirii nivelului cerințelor de calificare, respectiv nevoia de a reflecta posibilitatea concretă a ofertantului de a duce la îndeplinire contractul, în cazul desemnării lui câștigător al procedurii.

Prin condițiile impuse în documentația de atribuire și prin contract, autoritatea contractantă se asigură că ofertanții vor realiza lucrările la performanțele garantate și nu doar promise, așa cum afirmă contestatoarea.

Ponderea performanțelor tehnice, de 50%, a fost stabilită pornind de la ponderea de peste 50% a acestora în costul de producție realizat de instalația de desulfurare după punerea în funcțiune. Astfel, valoarea investiției contribuie la costuri prin amortizarea acesteia și care, pentru o durată de viață de 20 de ani, poate fi cel mult de 4,8 milioane lei/an, dar costurile cu utilitățile, așa cum le-a calculat contestatoarea (pe baza tehnologiei sale) sunt de peste 1,7 mil. euro/an (7,48 milioane lei la cursul de 4,4 lei/Euro).

În realitate, conform consumurilor și prețurilor din studiul de fezabilitate, la care face des referire contestatoarea, acestea sunt de 4,3 mii lei; deci valoarea amortizării anuale (investiției) este comparabilă cu costurile cu utilitățile și deci și punctajele s-au stabilit egal. În plus, un conținut de SO₂ la ieșirea din instalația de desulfurare mai mic presupune consumuri mai mari de utilități.

Chiar dacă, aparent, contestatoarea are dreptate că este supraevaluat punctajul pentru consumul de apă, totuși autoritatea contractantă precizează că în calculele acesteia și chiar și cele din Studiul de fezabilitate sunt incorecte, pentru că prețul apei nu a fost și nu este 0,09 Euro/t, ci de peste 10-12 ori mai mare. În plus, din informațiile primite cu ocazia altor licitații privind instalații de desulfurare din România, Europa, SUA, etc., prospecte, prezentări

ale unor firme ce dețin tehnologii de desulfurare semiumedă, a rezultat că diferă foarte mult consumurile de utilități, în mod special, cele cu apa de proces.

De altfel, pentru clarificare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate care sunt consumurile de utilități orare precizate în Studiul de fezabilitate (pag. 260) și cele ale contestatoarei. Această diferență mare a fost și unul din motivele pentru care s-a stabilit criteriul de atribuire ca fiind oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere tehnico-economic. Alte firme, ce dețin tehnologii de desulfurare semiumedă, au consumuri diferite de cele ale contestatoarei.

În concluzie, autoritatea contractantă dorește să contracteze lucrarea cu firma care are cele mai mici consumuri de utilități, pentru că, în fapt, va avea cele mai mici costuri de producție ulterior punerii în funcțiune, iar contribuția costurilor cu desulfurarea în prețul energiei electrice și termice va fi cea mai mică, în condițiile în care energia electrică se vinde pe o piață liberă.

În ceea ce privește criticile legate de „lipsa verificării prealabile a sursei tehnologiei și experienței similare anterioare”, autoritatea contractantă menționează că, din economia cerințelor ..., înțelege că aceasta sugerează că tehnologia trebuie să fie în proprietatea/posesia ofertantului.

Proprietatea intelectuală e o formă de titlu legal care permite posesorului să controleze utilizarea anumitor intangibile, cum ar fi idei sau expresii, brevet de invenție, drept de autor, mărcile înregistrate, secretul industrial.

Cu privire la deținerea licențelor, autoritatea contractantă consideră că această responsabilitate revine exclusiv și implicit operatorului economic/furnizorului echipamentelor. În aceeași situație se află și cerința contestatoarei cu privire la „litigiile referitoare la drepturile de proprietate intelectuală”.

Contrar celor solicitate de contestatoare, autoritatea contractantă învederează Consiliului că, din punct de vedere tehnic, o condiție minimă pe care trebuie să o îndeplinească tehnologia este să fie BAT (Best Available Techniques), conform prevederilor Directivei LCP 2001/80/CE.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că nu sunt necesare cerințe suplimentare, în condițiile în care ofertanții fac dovada că au experiența similară solicitată, cu atât mai mult cu cât respectarea legislației privind dreptul de proprietate industrială este obligația fiecărui ofertant.

Nu este necesară o declarație privind parametrii de performanță, pentru că există probabilitatea ca în cazul altor lucrări similare să

nu se fi solicitat drept parametri de performanță și consumurile de utilități și deci să se descalifice un ofertant cu experiența similară.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei legată de „lipsa prevederilor și a definițiilor clare în legătură cu criteriile de atribuire/permanțele garantate”, autoritatea contractantă arată că cerințele angajatorului sunt foarte clare, se solicită atât realizarea unei concentrații a SO₂ la ieșirea din instalația de desulfurare, cât și un grad de desulfurare mai mare de 93%.

Sunt 2 parametri diferiți și trebuie să se demonstreze realizarea independentă a fiecăruia dintre ei. Concentrația de SO₂ se demonstrează în condițiile de calitate ai cărbunelui de garanție, dar așa cum este precizat în vol. 4. Cap. 4.6.1.2 gradul de desulfurare trebuie să se realizeze în orice condiții de funcționare și de calitate a cărbunelui.

Pentru considerentele expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, nefondată și nelegală.

În replică la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., SC ...SRL a transmis Consiliului un răspuns, prin care reia criticile formulate în contestație.

Astfel, în referire la condițiile inechitabile și discriminatorii ale contractului, contestatoarea arată că condițiile contractuale propuse de către autoritatea contractantă reprezintă exact modelul de contract despre care Comisia Europeană - DG Market a subliniat că este inadecvat și pe care ANRMAP l-a retras de pe pagina sa de internet.

Prin urmare, dacă ofertantul face obiecțiuni la un astfel de model inadecvat de contract o va face numai pentru a ajunge la condiții și modalități echitabile de împărțire a riscurilor și responsabilităților.

Contrar opiniei autorității contractante, contestatoarea apreciază că impunerea de condiții inechitabile și neadecvate este împotriva interesului public, deoarece va îndepărta contractorii profesioniști experimentați care, după ce vor face o analiză a condițiilor contractuale propuse, se vor abține să participe la procedura de atribuire sau vor face obiecțiuni la condițiile contractuale inechitabile și vor fi descalificați.

Pe de altă parte, contestatoarea menționează că, în cadrul unui astfel de proiect de instalație de desulfurare, care constă în instalarea unei instalații complexe de tratare a gazelor de ardere dintr-o centrală existentă, există deja un mare risc, pe care și-l asumă chiar un contractor foarte experimentat.

...a instalat peste 100 de astfel de instalații și este pe deplin conștient de profilul de risc al unui astfel de proiect. În consecință,

condițiile de contract trebuie să fie echilibrate și responsabilitatea contractorului trebuie să fie în mod particular limitată (contrar celor afirmate de către autoritatea contractantă), penalitățile pentru întârzieri trebuie să aibă o limită la un nivel rezonabil și trebuie definite ca *daune interese prestabilite*, în timp ce condițiile neprevăzute (așa cum sunt condițiile de sol), care nu pot fi prevăzute de către contractor, ar trebui să rămână pe riscul beneficiarului, etc.

Toate aceste condiții au fost stabilite de foarte mult timp de firme profesioniste de consultanță în inginerie, de contractori și achizitori, în modele de contract cum ar fi cele

De asemenea, contestatoarea menționează faptul că entități internaționale, cum ar fi Banca Mondială, au adoptat principii și condiții similare pentru contracte. Astfel de instituții au o prioritate deosebit de focusată pe interesul public și eficiența utilizare a fondurilor publice și acesta este motivul pentru care utilizează condiții contractuale verificate și echitabile.

În acest sens, contestatoarea face referire și la documentul de poziție transmis Comisiei Europene de către Federația Europeană a Industriei de Construcții (FIEC) și Contractorii Internaționali Europeni (IEC) în luna mai 2011 (pe care îl anexează).

Totodată, contestatoarea precizează că documentația de atribuire pentru lucrarea la care face referire autoritatea contractantă în punctul de vedere (instalație de desulfurare de la ...) a fost elaborată de același consultant - ..., modelul de contract propus de către acesta fiind modelul

În acest context, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a interpretat în mod greșit indicația ANRMAP (punctul 13 din decizia din data de 12.10.2012), întrucât nu poate obliga un ofertant să își însușească necondiționat propunerea de contract parte a documentației de atribuire, întrucât ANRMAP a obligat autoritatea contractantă să permită ofertanților să formuleze amendamente la clauzele contractuale odată cu ofertarea.

De asemenea, contestatoarea reclamă faptul că formula de evaluare contravine dispozițiilor art. 15 din HG nr. 925/2006, care stipulează faptul că formula de evaluare trebuie să reflecte un avantaj real și evident pentru autoritatea contractantă.

Ponderea alocată consumului de apă de proces este disproporționată în raport cu ponderile alocate consumului orar de energie electrică și, respectiv, consumului orar de reactiv.

De altfel, contestatoarea arată că, potrivit celor afirmate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, în conformitate cu Studiul de fezabilitate costurile anuale de exploatare ar trebui să fie

în jurul valorii de 4,3 milioane lei. Aceasta reprezintă aproximativ jumătate din valoarea calculată de societatea sa.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă se contrazice pe sine însăși, menționând că parametrii considerați în Studiul de fezabilitate sunt greșiți și că, costul actual al apei de proces nu este 0,09 eur/m³, ci de 10-12 ori mai mare.

Chiar dacă ar fi așa, aceasta nu schimbă cu nimic faptul că, prin acordarea a 13 puncte pentru consumul de reactiv, 12 puncte pentru consumul de energie electrică și 10 puncte pentru consumul de apă de proces, aceste punctaje sunt disproporționate, în raport cu costurile corespunzătoare de exploatare pentru fiecare utilitate. Astfel, dacă costul anual cu apa de proces este de 180.000 euro și nu 18.000 euro, nu se schimbă cu nimic faptul că valoarea de 180.000 euro este doar aproximativ 20% din costul anual al energiei electrice sau al reactivului și, în consecință, cele 10 puncte acordate consumului de apă de proces sunt disproporționate, în raport cu cele 13 și, respectiv, 12 puncte acordate pentru consumul de reactiv și de energie electrică. Costul consumului de apă de proces justifică acordarea a numai 2 sau 3 puncte în evaluare.

Totodată, contestatoarea susține că afirmația autorității contractante potrivit căreia prețul apei de proces este de 10-12 ori mai mare decât cel luat în considerare în Studiul de fezabilitate nu este susținută de nicio evidență sau document. Ori, apa de proces este apă de râu (nu apă din rețeaua de apă potabilă), prețul acesteia fiind reglementat la nivel național prin hotărâre de guvern. Mai mult, față de data elaborării Studiului de fezabilitate, prețul acestei ape a scăzut, în conformitate cu HG nr. 1202/2010, privind actualizarea cuantumului contribuțiilor specifice de gospodărire a resurselor de apă. Pentru operatorii economici producători de energie electrică prin termocentrale (cazul CET 2 ...), cuantumul contribuției a scăzut de la 44,74 lei/1000 m³ la 24,00 lei/1000 m³ (cca 53,6% - vezi Anexa la HG nr. 1202/2010, punctul A.1.2), ceea ce înseamnă 0,0054 euro/t, mult sub prețul apei indicat în Studiul de fezabilitate. Mai important decât atât, formula matematică utilizată pentru evaluarea emisiilor de SO₂, a consumurilor de reactiv, energie electrică și apă de proces va distorsiona evaluarea și va distruge orice corelare posibilă între bonusul acordat în formula de evaluare pentru performanțe tehnice mai bune și avantajul financiar corespunzător obținut de către autoritatea contractantă.

Pentru exemplificare, contestatoarea prezintă o simulare pentru trei scenarii diferite, utilizând parametrii consemnați în procesul-verbal de deschidere a ofertelor încheiat de autoritatea contractantă în procedura ce a avut același obiect, precizând că matematica din

spatele criteriilor de evaluare, de fapt, transformă procesul de evaluare a ofertelor într-o loterie.

În continuare, contestatoarea reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la durata nerealistă de execuție, precum și la faptul că documentația de atribuire este incompletă.

Ulterior, prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă a înaintat Consiliului *Concluzii scrise*, prin care solicită înlăturarea susținerilor contestatoarei, formulate prin răspunsul la punctul de vedere.

În sprijinul cererii sale, autoritatea contractantă arată că stabilirea clauzelor de contract este atributul autorității contractante. Legislația în domeniul achizițiilor publice nu obligă autoritatea contractantă ca în cadrul unei proceduri de licitație publică să negocieze cu ofertanții clauzele contractuale stabilite, ci OUG 34/2006 prin art. 33 alin. (2) lit. d) obligă autoritatea contractantă la includerea clauzelor contractuale în documentația de atribuire.

Din opinia Comisiei Europene la care face referire contestatoarea, nu rezultă care sunt riscurile care „în mod tradițional sunt suportate de către autoritatea contractantă”, astfel ca aceasta este îndreptățită să și le stabilească și, pe cale de consecință, să stabilească conținutul clauzelor contractuale. În plus, este vorba despre o opinie și nu despre o obligație legală.

Încercarea contestatoarei de a impune un contract model ...nu elimină dreptul legal al autorității contractante de a stabili clauzele contractuale pe baza riscurilor pe care și le poate asuma, mai ales în cazul de față când aceasta are obligații suplimentare ce rezultă din Contractul de finanțare încheiat cu

În plus, autoritatea contractantă precizează că și Clauzele Generale ale contractului ...care transferă riscuri „tradiționale” autorității contractante se pot modifica/completa/concretiza prin Clauzele Speciale, astfel că forma finală pe care autoritatea contractantă o stabilește va fi tot cea care reflectă riscurile pe care și le poate asuma. Astfel, ar rezulta un contract tip ...laborios, greu de derulat dar care, în final, are același conținut cu cel stabilit de către autoritatea contractantă.

În concluzie, indiferent de „tipul”/modelul de contract stabilit, clauzele contractuale sunt elaborate ținând seama de riscurile pe care poate să le asume și de constrângerile la care este supusă.

Referitor la criteriile de atribuire, autoritatea contractantă precizează că criteriul de atribuire și, implicit, factorii de evaluare au fost corect stabiliți, aspect ce reiese și din analiza de oferte pe care contestatoarea a făcut-o în mai multe variante.

În continuare, autoritatea contractantă reiterează faptul că la stabilirea factorilor de evaluare și a criteriului de atribuire a ținut seama și de prevederile studiului de fezabilitate. Un argument suplimentar îl reprezintă valorile ridicate ale consumurilor de utilități și declarate chiar de către contestatoare, precum și faptul că în funcție de tehnologia de desulfurare semiumedă a fiecărui posibil ofertant, consumurile diferă foarte mult.

Astfel, autoritatea contractantă dorește să obțină cea mai bună ofertă atât din punct de vedere tehnologic cât și din punct de vedere al consumurilor de utilități.

Referitor la apa de proces, autoritatea contractantă precizează că aceasta nu se asigură direct din râu ci, așa cum este precizat în vol. 3 cap. 3.4.2 *Limitele instalației*, de la secția chimică și are parametrii prevăzuți în Anexa 2 din același vol. 3, apa preluată din râu fiind supusă unui proces de tratare (limpezire și filtrare mecanică) înainte de a se livra la instalația de desulfurare. Astfel că, la prețul apei precizat de către contestatoare, se adaugă alte costuri, legate de preluarea ei din râu și tratare, evacuare reziduuri, întreținere, reparație și exploatare a acestor instalații, etc. Această operație fiind numai o etapă din tratarea apei în secția chimică, nu există evidențe clare ale costului, ce a fost doar aproximat.

Referitor la modul de calcul al punctajului, autoritatea contractantă consideră că toate comparațiile sunt irelevante, fiind făcute pe baza unor date dintr-o licitație anterioară al cărui criteriu de evaluare a fost prețul cel mai scăzut, caz în care ofertanții nu au avut interes să-și asume consumuri de utilități competitive.

Referitor la durata de execuție a contractului, autoritatea contractantă susține că argumentația contestatoarei este irelevantă, deoarece nu se poate face o argumentație pe baza unor date precizate pe un site despre care nu se știe dacă au fost actualizate sau nu. În plus procentul indicat de contestatoarea este valoarea decontată (progresul valoric) și nu cea efectiv realizată (progresul fizic), pentru că decontările se fac conform contractului și anume pentru echipamente a căror pondere este foarte mare, decontarea se face la punerea în operă, adică după ce au fost montate și nu la sosirea în șantier.

Pe de altă parte, referitor la gazele de ardere la intrarea în instalația de desulfurare, a precizat numai parametrii pe care-i cunoaște și a prezentat caracteristicile constructive și funcționale ale cazanului. În plus, ofertanții au dreptul conf. vol. 3 cap. 2.3 „să verifice prin inspecție, măsurători sau calcule, toate datele, dimensiunile interfețelor, etc., pe care le va utiliza pentru lucrările de reabilitare, deci dacă consideră că este absolut necesar să cunoască compoziția integrală a gazelor de ardere la intrarea în

instalația de desulfurare (nu numai concentrația de SO₂ precizată în documentația de atribuire), pot face analiza acestora la ieșirea din cazan.

Raportat la cele de mai sus, autoritatea contractantă precizează că trebuie să pună în aplicare prevalența interesului public asupra celui privat, asumându-și riscurile pe care le poate acoperi raportat la crearea unui cadru concurențial real și efectiv.

La analiza susținerilor părților și a documentelor din dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului de lucrări (proiectare și execuție) având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ...”, coduri 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, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...din 21.12.2012, la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

Împotriva conținutului modelului de contract atașat documentației de atribuire, ce trebuie însușit de ofertanți, precum și împotriva unora dintre cerințele acestei documentații, SC ...SRL a investit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, prin care solicită atât anularea procedurii de atribuire cât și obligarea autorității contractante la emiterea unei noi documentații de atribuire, odată cu organizarea unei proceduri noi, iar până la soluționarea cererilor pe fond să se dispună suspendarea procedurii în derulare.

Privitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire, Consiliul a decis admiterea ei, prin Decizia nr. ..., suspendând procedura până la soluționarea cauzei pe fond (prin prezenta).

Văzând criticile aduse de contestatoare modului de întocmire a actelor atacate, Consiliul constată temeinicia în parte a acestora.

În referire la modelul de contract atașat documentației de atribuire, precum și la obligația asociată acestuia ca ofertanții să îl depună odată cu oferta, dar cu rezerva că ar putea face propuneri de amendare a clauzelor specifice, rezultând din capitolul IV.4.2) *Modul de prezentare a propunerii financiare* din fișa de date a achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a emis informații clare și explicite, legate de aceste aspecte.

Pe de o parte, se constată că modelul de contract atașat documentației de atribuire nu conține informațiile care să releve clauzele contractuale obligatorii, în concordanță cu dispozițiile art. 33 alin. (2) lit. h) din OUG nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

Prin urmare, se poate presupune că, implicit, toate clauzele din modelul de contract ar putea fi considerate obligatorii, ipoteză contrară dispozițiilor de la alin. (1) al acelu... art. 33, întrucât informațiile respective trebuie să aibă caracter explicit (nu implicit). Pe de altă parte, dreptul asigurat ofertanților de a emite observații asupra clauzelor specifice pare fără obiect, întrucât nu sunt identificate clauzele respective. Ori, această libertate de propunere a modificării clauzelor contractuale specifice, fără identificarea domeniului de aplicare a lor ar putea conduce la obținerea de propuneri tehnice/financiare disproporționate ori cu soluții ce nu ar putea fi comparabile, respectiv ar conduce la creșterea riscurilor de neatribuire a contractului de achiziție publică, cu incidența dispozițiilor de la art. 209 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

În consecință, privitor la conținutul modelului de contract pe care autoritatea contractantă l-a atașat documentației de atribuire, Consiliul consideră necesară completarea informațiilor privind delimitarea clauzelor obligatorii de clauzele specifice, pentru informarea completă a ofertanților asupra condițiilor de contractare ce pot, eventual, să le negocieze după desemnarea câștigătorului.

Cât privește susținerile contestatoarei legate de modul inechitabil și neadecvat al condițiilor contractuale propuse de autoritatea contractantă, Consiliul constată că parte din acestea sunt dependente de condițiile formale de întocmire a contractului, respectiv de posibilitățile efective de negociere sau nu a unora dintre clauzele propuse, după indicarea clauzelor contractuale obligatorii și a celor specifice.

Astfel, unele clauze legate de răspunderea contractuală (asociate direct cu obligația de a face/obligația de plată) ar putea fi clauze contractuale obligatorii, în timp ce clauzele de penalitate (pentru neexecutarea conformă a obligațiilor reciproce) pot avea caracter de clauze specifice, ce ar putea fi negociate. De asemenea, sunt susceptibile de același tratament clauzele privind condițiile neprevăzute, ori cele legate de modalitatea de încetare a contractului.

Nu este, în schimb, obligatoriu ca prin contract să se identifice rolul specialiștilor implicați în execuția lucrărilor (Inginerul consultant). Ar putea prezenta interes, cel mult, indicarea obligației contractantului de a asigura acestuia accesul la informațiile/datele legate de lucrările executate, precum și la amplasamentul lucrărilor. Prin urmare, criticile contestatoarei legate de dezechilibrul în care s-ar găsi părțile contractante, la momentul acceptării complete a clauzelor propuse de autoritatea contractantă, formulate generic, sunt întemeiate în parte.

Lipsa precizărilor explicite legate de întinderea obligațiilor părților este contrară dispozițiilor de la alin. (1) al art. 33 din OUG nr. 34/2006: *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.*

Solicitările contestatoarei privind revizuirea cerințelor de calificare, în sensul impunerii unei experiențe similare cu nivel superior celei actuale, a indicării unei definiții asociate experienței similare, precum și a impunerii precizării de către ofertanți a sursei tehnologiei utilizate, cu indicarea istoricului litigiilor legate de drepturile de utilizare a acestei tehnologii sunt considerate de Consiliu lipsite de temei.

În concordanță cu dispozițiile de la art. 176 din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația de a aplica criteriile de calificare și selecție, iar în concordanță cu art. 179 alin. (2) din același act normativ, la stabilirea lor trebuie să se respecte principiul proporționalității.

Ori, solicitarea contestatoarei de impunere a unei cerințe minime de calificare privind experiența similară se bazează pe o presupusă facilitare de participare în procedura de atribuire a unor operatori economici ce nu ar putea executa conform contractul, în cazul atribuirii acestuia. Consiliul consideră că această cerere este contrară libertății de participare în procedura de atribuire, consacrată la art. 41 și 77 din OUG nr. 34/2006, ce asigură participarea oricărui operator economic într-o procedură de atribuire, individual ori în asocieră.

Autoritatea contractantă a indicat un nivel minim al cerinței de calificare privind experiența similară pe care trebuie să o dovedească ofertanții fără a încălca dispozițiile legale aplicabile, respectiv că, *în calitate de unic antreprenor, asociat sau subcontractant dovada executării și finalizării (conform art.14 din Ordin 509/2011) a cel puțin unui contract, maxim 2 contracte de lucrări similare privind construcția de instalații de desulfurare a cărui/căror valoare cumulată este de cel puțin 50.000.000 lei fără TVA în ultimii 5 ani.*

Nivelul cantitativ/valoric al cerinței nu este contrar dispozițiilor art. 9 din HG nr. 925/2006 și nici celor ale Ordinului nr. 509/2012 al ANRMAP.

Cât privește interpretarea dată de contestatoare acestei cerințe, privitor la posibilitatea luării în considerare a prestațiilor subcontractantului sau ale asociatului din lucrări similare, fără

distincție asupra obiectului prestației, Consiliul consideră că acesta este speculativă și prematură. Este evident că executantul trebuie să dovedească experiență în lucrări similare ca natură celor care urmează a fi executate, și nu doar experiență în gestionarea unor lucrări de un anumit nivel valoric, concurent cu cel al lucrărilor ce fac obiectul viitorului contract.

De altfel, autoritatea contractantă a precizat explicit că obiectul lucrărilor privind experiența similară trebuie să fie legat de „construcția de instalații de desulfurare”.

În acest context, și solicitarea privind definirea experienței similare este lipsită de temei, Consiliul constatând că documentația de atribuire conține o astfel de explicație.

Legat de pretinsa absență a cerințelor ce ar trebui să impună ofertanților prezentarea informațiilor legate de originea tehnologiei utilizate, respectiv dovada deținerii proprii tehnologii ori a dobândirii acesteia în mod legitim, inclusiv asupra drepturilor conexe utilizării, precum și un istoric al litigiilor legate de drepturile de proprietate intelectuală, Consiliul constată că autoarea criticilor face supoziții asupra posibilității de atribuire a contractului către ofertanți neserioși, invocând riscuri ipotetice.

De altfel, contrar susținerilor contestatoarei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a indicat, la capitolul *IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, necesitatea ca ofertanții să precizeze și să producă probe legate de originea echipamentelor propuse: *Cataloagele tehnice ale furnizorilor și fișa de date se vor pune la dispoziție pentru toate echipamentele prevăzute în ofertă. Ofertantul poate consolida propunerea tehnică cu informații suplimentare care să permită evaluarea ofertei în raport cu specificațiile tehnice minime din Cerințele angajatorului. Din propunerea tehnică trebuie să reiasă calitatea prestării serviciilor 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.*

Ori, aprecierile contestatoarei că eventuala participare a unor operatori economici ce nu ar deține capacitatea ori experiența necesară derulării unor astfel de lucrări este facilitată de documentația de atribuire, iar aceasta ar putea determina atribuirea contractului către un astfel de operator economic sunt contrare evidenței. Documentația de atribuire conține niveluri ale cerințelor de calificare, sub acest aspect, ce nu pot fi considerate a priori contrare scopului organizării procedurii de atribuire. De altfel, se poate constata o concordanță între cerințele de calificare privitoare la experiența similară și cerințele privitoare la precizarea

informațiilor tehnice legate de viitoarea achiziție, ce înlătură suspiciunile de tipul celor evocate de contestatoare.

Lipsa unui istoric al litigiilor asupra drepturilor de proprietate intelectuală legate de tehnologia folosită de ofertant nu poate fi imputată autorității contractante, în condițiile în care acest tip de cerință de calificare nu este întâlnit printre cele precizate la art. 180 ori art. 187 din OUG nr. 34/2006.

Eventuala neconcordanță a informațiilor din ofertă legate de deținerea oricăror drepturi de utilizare a unor tehnologii poate face obiectul evaluării suplimentare a ofertelor sau chiar al excluderii lor, în condițiile precizate la art. 181 lit. e) din OUG nr. 34/2006, dacă ofertantul „prezintă informații false”.

În legătură cu pretinsa disproporție a punctajelor asociate factorilor de evaluare a ofertei, respectiv stabilite fără a se ține cont de importanța obiectivă a acestora, Consiliul constată lipsa de temei a criticilor.

Pe de o parte, Consiliul constată că autoritatea contractantă a indicat ponderi diferite și gradual diminuate factorilor de evaluare aferenți componentei tehnice punctate paritar cu punctajul acordat pentru prețul ofertat. Astfel, jumătate din ponderea totală a punctajului este obținută din punctajele stabilite pentru caracteristicile tehnice considerate relevante de autoritatea contractantă, ce reflectă nu doar un avantaj direct, stabilit la atribuirea contractului, ci și avantaje rezultând din exploatarea în timp a instalației, respectiv din diminuarea costurilor de exploatare:

- 15 puncte - concentrația de SO₂ la ieșirea din instalația de desulfurare (FGD);
- 13 puncte - consumul orar de reactiv;
- 12 puncte - consumul orar de energie electrică;
- 10 puncte - consumul de apă de proces.

Astfel, Consiliul a luat act de conținutul notei justificative nr. ..., întocmite de autoritatea contractantă în condițiile precizate la art. 15 alin. (4) din HG nr. 925/2006, ce reflectă modul documentat de alegere a acestor factori și a ponderilor punctajelor aferente, respectiv avantajele urmărite de autoritatea contractantă din utilizarea lor.

De asemenea, Consiliul constată că autoritatea contractantă a fost preocupată și de păstrarea unui echilibru între factori, prin acordarea unor ponderi ale punctajelor apropiate, în așa manieră încât, la momentul punctării, să nu existe disproporții vădite între oferte cu unele caracteristici care să primească punctaje superioare, ce ar fi făcut de prisos comparația cu oferte cărora, pentru aceleași caracteristici li s-ar fi acordat punctaje inferioare

dar care nu ar fi putut, în același timp, să „recupereze” diferența de punctaj prin punctajul obținut pentru ceilalți factori.

Totodată, Consiliul constată că evaluările făcute de contestatoare în susținerea lipsei de relevanță a nivelului punctajelor, respectiv a modului disproportionat de aplicare a lor pornesc de la premisa că în procedura de atribuire vor fi depuse doar două oferte admisibile (din care una i-ar aparține), iar acordarea punctajelor ar defavoriza oferta cu prețul cel mai scăzut, datorită faptului că elementele din propunerea tehnică a acesteia asociată factorilor de evaluare vor avea un nivel inferior celor din oferta mai scumpă, ce ar atrage punctajul „0”.

Astfel, invocarea elementelor de punctaj față de parametrii ofertelor din procedura derulată anterior, dar anulată de autoritatea contractantă, este lipsită de relevanță, întrucât contestatoarea nu poate pretinde cu certitudine că vor depune ofertă doar ace... 2 operatori economici și că, totodată, propunerea tehnică a acestora nu va fi îmbunătățită.

În privința susținerilor contestatoarei legate de imprecizia datelor din documentația de atribuire, privitor la caracteristicile gazelor de ardere la intrarea în instalație, care să concorde cu nevoia asigurării unui nivel minim de desulfurare a acestora, de 93%, Consiliul constată că aceasta a neglijat faptul că procedura de atribuire include și componenta de proiectare a lucrărilor, respectiv etapa ce cuprinde și efectuarea calculelor tehnologice.

De asemenea, Consiliul constată că autoarea criticilor a avut în vedere, în calculul exemplificativ prezentat, o concentrație maximă de SO₂ de până la 200 mg/Nm³, excluzând posibilitatea ca acest parametru să fie mai mic (mai bun).

De altfel, acest din urmă element de ofertare este punctat suplimentar, conform algoritmului de calcul aferent criteriului de atribuire, în cazul unei oferte care conține un parametru îmbunătățit față de maximul admis - 200 mg/Nm³.

Ori, procentul de desulfurare, de minim 93%, nu are importanță de sine stătătoare, în absența unei concentrații a SO₂ din gazele de ardere la ieșire de nivelul impus, așa cum rezultă și din caietul de sarcini, punctul 4.6.1. *Secțiunea 3 - Garanții oferite.*

Cu toate acestea, procentul respectiv relevă caracteristicile superioare ale instalației de desulfurare, respectiv eficiența ei și privește un parametru rezultat din gazele emise din „funcționarea cazanului integral pe huilă cu caracteristicile de garanție”. Conform secțiunii 4.6.3 *Remedii și penalități*, din același caiet de sarcini, parametrii de performanță garantați ar trebui obținuți, cel mai

târziu, în 6 luni de la recepția terminării lucrărilor, în caz contrar fiind atrasă răspunderea contractuală a executantului.

Prin urmare, susținerile contestatoarei privind neclaritatea informațiilor legate de modul de raportare a factorului de evaluare „concentrația de SO₂ la ieșirea din instalația de desulfurare (FGD)” ori de imprecizia nivelurilor performanțelor garantate, drept motivație a solicitării de modificare a documentației de atribuire sunt lipsite de temei.

Cât privește durata de realizare a lucrărilor, Consiliul constată că autoarea criticilor împotriva perioadei de 20 luni, indicată de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, nu își susține teoria pe elemente informative care să concure la stabilirea realității acesteia.

Astfel, contestatoarea face referiri la proceduri diferite de atribuire a unor contracte cu obiect similar, dar nu probează că împrejurările derulării acestora ar fi identice celei în discuție.

Ar fi putut prezenta relevanță, spre exemplu, în susținerea opiniei contestatoarei, precizarea etapelor succesive de derulare a investiției și durata aferentă fiecăreia dintre acestea, inclusiv evocarea unor metodologii/proceduri specifice de punere în operă a lucrărilor, nu doar compararea cu durata estimată de realizare a investiției precizată în documentația de atribuire aferentă procedurii anulate în precedent.

De altfel, singura dată certă legată de derularea lucrărilor, evocată de contestatoare, ar fi cea indicată în studiul de fezabilitate, însă contestatoarea ignoră că achiziția conține și partea de proiectare a lucrărilor, adică inclusiv „stabilirea soluțiilor finale de proiectare, planul procesului...” (secțiunea 4.5 *Liste de prețuri*, subpunctul 4.5.1 *Preliminarii* din caietul de sarcini).

Astfel, deși studiul de fezabilitate a precizat o perioadă, aceasta are caracter estimativ, ce nu exclude posibilitatea derulării lucrărilor și pe un termen mai scăzut. Doar după parcurgerea etapei de proiectare, inclusiv după vizitarea amplasamentului (aparent, parcursă de contestatoare, întrucât a prezentat ofertă în procedura organizată anterior, cu același obiect și care a fost anulată) se poate aprecia efectiv asupra întinderii în timp a lucrărilor.

În consecință, Consiliul consideră că aprecierile contestatoarei că perioada în cauză trebuie extinsă nu sunt întemeiate pe motivații temeinice.

Pentru toate cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația, în parte și obligă autoritatea contractantă la

continuarea procedurii de atribuire, în 10 zile de la primirea prezentei, prin emiterea unei adrese de clarificare (în SEAP) cu indicarea clauzelor contractuale obligatorii, concomitent cu eliminarea din conținutul fișei de date a achiziției a obligației de prezentarea a formularului de contract semnat pentru asumarea lui. În temeiul dispozițiilor de la alin. (5) al acelu... articol 278, Consiliul respinge cererea de anulare a procedurii, ca nefondată, având în vedere măsura de remediere sus amintită.

Totodată, Consiliul respinge capătul de cerere privitor la obligarea autorității contractante la reorganizarea procedurii după modificarea documentației de atribuire, ca inadmisibil, autoritatea contractantă având libertatea/inițiativa de a organiza o procedură de atribuire conform necesităților proprii, în temeiul dispozițiilor de la art. 6 al HG nr. 925/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...