



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 ... cu sediul în localitatea ... județul ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - Director general, formulată împotriva adresei nr. 105/07.03.2013, reprezentând răspunsul la solicitările de clarificări întocmit de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Valorificarea energetică a combustibilului alternativ obținut din deșeuri municipale, prin realizarea unei instalații și încadrarea acesteia în cadrul CET Sud ... (Proiectare, execuția lucrărilor și punerea în funcțiune a instalațiilor)”, coduri CPV 45251220-9 - *Lucrări de construcții de centrale de cogenerare (Rev.2)*, 71000000-8 - *Servicii de arhitectură, de construcții, de inginerie și de inspecție (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, precum și obligarea autorității contractante la dispunerea măsurilor corective pentru clarificarea, corectarea și completarea documentației de atribuire în sensul solicitărilor sale, respectiv: anularea răspunsurilor de clarificare nr. 1-6 și 8-9 din adresa nr. 105/07.03.2013 și a celor din adresele nr. 192/21.02.2013 și nr. 97/14.02.2013; obligarea autorității contractante la emiterea unor răspunsuri complete la solicitările de clarificare și de a nu mai face trimiteri la „HCL 149/2012”; obligarea autorității contractante la precizarea explicită a condițiilor de eșalonare a valorilor de plată ale biletelor la ordin și la argumentarea modului de evaluare a ofertelor; obligarea

autorității contractante la emiterea unui răspuns privind asigurarea resurselor financiare de plată a 10% din valoarea contractului și de a pune la dispoziție orice informații solicitate legitim de potențialii ofertanți, cu decalarea termenului limită de depunere a ofertelor cu 40 zile.

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

DECIDE:

Admite, în parte, excepția de tardivitate a criticilor, invocată de autoritatea contractantă și respinge capătul de cerere privind anularea răspunsurilor de clarificare nr. 192/21.02.2013 și nr. 97/14.02.2013, ca tardiv.

Respinge excepția de inadmisibilitate a criticilor, invocată de autoritatea contractantă, ca nefondată.

Admite, în parte, capătul de cerere privind anularea răspunsului nr. 2 de clarificare și, în tot, capetele de cerere privitoare la răspunsurile nr. 8 și 9 din adresa nr. 105/07.03.2013 și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea prezentei, prin emiterea unor răspunsuri de clarificare (inclusiv, în relație cu răspunsul nr. 2, amintit anterior), conform celor reținute în motivarea ce urmează.

Admite, în parte, capătul de cerere corelativ și obligă autoritatea contractantă la stabilirea unui nou termen limită de depunere a ofertelor, ce nu poate fi mai scurt de 8 zile de la data postării în SEAP a răspunsurilor de clarificare arătate.

Respinge celelalte capete de cerere privind anularea răspunsurilor de clarificare nr. 1, 3, 4, 5 și 6 din adresa nr. 105/07.03.2013 și de obligare a autorității contractante la emiterea altor răspunsuri, ca nefondate.

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. atacă adresa nr. 105/07.03.2013, reprezentând răspunsul la solicitările sale de clarificări, întocmit de ... în calitate de autoritate contractantă în procedura mai sus arătată, solicitând:

- „suspendarea de urgență a procedurii, în termen de 3 (trei) zile de la data primirii, până la data soluționării fondului prezentei

contestații, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/2006;

- anularea răspunsurilor de clarificare la întrebările nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 și 9 din scrisoarea de clarificare nr. 105/07.03.2013, emisă de autoritatea contractantă, precum și a răspunsurilor anterioare de clarificare ce au legătură cu subiectul contestației, prezentate în cadrul scrisorilor de clarificare nr. 192/21.02.2013 și nr. 97/14.02.2013 emise de autoritatea contractantă;

- obligarea autorității contractante de a răspunde pe fond și complet la întrebările formulate de subscrisa și de a fundamenta răspunsurile sale cu respectarea prevederilor OUG nr. 34/2006 art. 33 alin. (1) și (2) și art. 78 alin. (1) și (2), având în vedere faptul că multe din răspunsurile oferite de autoritatea contractantă nu se referă la obiectul întrebării, se evită răspunsul concret și explicit;

- obligarea autorității contractante de a nu mai utiliza trimiteri către HCL nr. 149/2012, din moment ce acest set de documente nu este parte din documentația de atribuire;

- obligarea autorității contractante de a prezenta cerințe explicite privind condițiile de eșalonare a valorilor de plată ale Biletelor la Ordin din care să rezulte concret sumele maxime admisibile la plată în fiecare an din perioada de scadență, cerințe care sunt obligatorii pentru pregătirea/obținerea ofertelor de credit angajante;

- obligarea autorității contractante de a argumenta modul de evaluare adoptat, în condițiile în care devine clar din cadrul răspunsurilor la clarificări faptul că nu toate componentele financiare care alcătuiesc prețul total al contractului sunt folosite în cadrul criteriului de evaluare *prețul ofertei*;

- obligarea autorității contractante de a răspunde în mod temeinic și justificat în privința modalității de asigurare a resurselor financiare necesare pentru plata directă de către autoritatea contractantă a sumei de 10% din valoarea contractului;

- obligarea autorității contractante de a pune la dispoziția potențialilor ofertanți interesați orice informații solicitate în mod legitim de către aceștia și/sau potențialii finanțatori, în scopul obținerii ofertei ferme angajante de creditare”.

În motivarea solicitărilor de mai sus, contestatoarea invocă următoarele aspecte:

- Răspunsul nr. 1 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 relevă lipsa unor cerințe privind condițiile de întocmire a ofertei cu privire la eșalonarea valorilor limită admisibile pe perioada de 10 ani, iar trimiterile la HCL nr. 149 nu pot fi luate în considerare, acesta fiind un document ce nu face parte din conținutul documentației de atribuire.

În opinia contestatoarei, HCL nr. 149/2012 (inclusiv anexa sa) conține cu titlu de estimare informații privind eşalonarea plăților BO, prin urmare nu ar putea să se constituie în cerințe valide. Pe de altă parte, deși autoritatea contractantă face referire la HCL (inclusiv anexa) pentru a scoate în evidență că detaliile care lipsesc există și nu sunt corect interpretate/utilizate de subscrisa (a se vedea răspunsul la întrebarea nr. 3 din adresa nr. 105), de fiecare dată precizează că, oricum, acest document va fi modificat după adjudecarea licitației, anulând astfel posibilitatea de a fi luat în considerare de către operatorii economici, ca o cerință validă.

În concluzie, consideră că autoritatea contractantă nu specifică (în cadrul unei clarificări distincte) tabelul cu valorile limită ale Biletelor la Ordin și datele programate pentru plată în fiecare an, din cei 10, cât reprezintă perioada de scadență. Măsura de precizare a informațiilor este justificată, întrucât autoritatea contractantă însăși consideră că respectivele condiții de creditare/finanțare sunt obligatorii și ne-negociabile pentru ofertant (răspunsul nr. 2 din adresa nr. 102 - *nu ofertantul este cel care stabilește Data de emitere, Maturitatea, Scadența și Valoarea Biletelor la Ordin, respectiv ofertantul nu poate propune orice fel de eşalonare a plăților Biletelor la Ordin, cu referire la valoare și date de plată*).

În acest context, contestatoarea solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă evită să răspundă în mod expres și concis la întrebările privind condițiile de scontare a Biletelor la Ordin, respectiv că evită să prezinte o cerință explicită și concretă cu privire la sumele limită admisibile ale valorilor acestora acceptabile la plată în fiecare an din perioada de returnare a creditului.

- Răspunsul nr. 2 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 (corectitudinea bugetării contractului) - răspunsul autorității contractante nu este complet și relevant.

Întrebarea pusă anterior evidențiază faptul că, deși ar trebui ca valoarea principalului + dobânzii aferentă creditului de 90% din valoarea estimată a contractului (publicată în anunțul de participare) să fie comparabilă (aproximativ egală) cu valoarea principalului + dobânzii aferentă creditului (de 90% din valoarea estimată a contractului) publicată în cadrul Hotărârii Consiliului Local al Municipiului ... nr. 149/2012, în condițiile în care se utilizează cotele euro SWAP actuale și tabelul de valori ale Biletelor la Ordin și scadențe stabilit în cadrul acestei hotărâri. Din calculele care se pot face, rezultă că există o diferență semnificativă între aceste 2 valori, de aproximativ 12,370,000 euro, diferență care lipsește din cadrul HCL nr. 149.

Totodată, întrebarea evidențiază faptul că HCL nr. 149 conține o eroare pe care autoritatea contractantă nu o clarifică (suma

calculată din valorile Biletelor la Ordin este mai mare cu 5,000,000 euro, față de valoarea totală înscrisă în rubrica Total).

Chiar dacă HCL nu face parte din documentația de atribuire, atât timp cât pentru potențialii ofertanți singurele informații pe care se pot baza cu privire la eșalonarea valorilor Biletelor la Ordin se regăsesc doar în Anexa la HCL nr. 149/2012 (aceste cerințe neexistând în cadrul documentației de atribuire), contestatoarea consideră oportun și justificat ca autoritatea contractantă să prezinte răspunsuri la obiect.

- Răspunsul nr. 3 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 (lipsă cerințe privind condițiile de întocmire a ofertei cu privire la eșalonarea valorilor limită admisibile pe perioada de 10 ani) - nu este valid și acceptabil, întrucât face trimitere la anexe care se vor adopta ulterior.

Întrebarea evidențiază faptul că trimiterile anterioare la condițiile din cadrul anexei HCL nr. 149 nu rezolvă problema cerințelor care lipsesc din cadrul documentației de atribuire, întrucât însăși această anexă face referiri la date estimative, date care au o valoare indicativă și nu ar putea să constituie cerințe valide, cu atât mai mult cu cât nu fac parte din documentația de atribuire.

- Răspunsul nr. 4 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 (modul de evaluare a ofertelor nu implică toate componentele financiare ale prețului total al contractului) - autoritatea contractantă precizează că este dreptul său de a impune condițiile financiare, respectiv că aceste condiții de finanțare sunt conforme cu prevederile legale, fără a justifica însă acest răspuns pe fond.

În fapt, evaluarea criteriului *preț* se face doar în funcție de prețul de implementare a contractului, nu în funcție de prețul total al contractului, care include atât prețul implementării cât și prețul finanțării.

Întrucât, în opinia contestatoarei, situația contravine dispozițiilor art. 25 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, a solicitat clarificări cu privire la baza legală prin care o componentă de preț (prețul finanțării) nu este parte a „prețului ofertei” și nu intră în evaluare.

- Răspunsul nr. 5 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 - nu este complet în raport cu conținutul întrebării, în contextul în care rata dobânzii, impusă de către autoritatea contractantă este insuficientă pentru a acoperi prețul finanțării.

- Răspunsul nr. 6 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 - autoritatea contractantă nu garantează plata a 10% din prețul contractului și nu justifică temeinic modul în care va asigura fondurile pentru plățile directe.

- Răspunsul nr. 8 și nr. 9 din adresa de clarificare nr. 105/07.03.2013 - nu este conform cu obligațiile ce îi revin

autorității contractante, aceasta nerăspunzând la solicitări legitime ale ofertantului.

Din cadrul cerinței stabilite la III.2.2.(2) din fișa de date a achiziției, se înțelege faptul că ofertantul are obligația de a obține, nu în folosul său, ci în cel al autorității contractante, un credit de finanțare pentru investiția viitoare.

Din acest motiv, contestatoarea consideră că o obligație implicită a autorității contractante (neinclusă în cadrul cerințelor documentației de atribuire) este aceea de a pune la dispoziția potențialilor ofertanți orice informații solicitate în mod legitim de către aceștia, în scopul obținerii ofertei ferme angajante de creditare: garanțiile de plată ale clientului, fezabilitatea și profitabilitatea investiției, planificarea financiară a plăților efectuate de client, gradul de îndatorare a clientului, bonitatea antreprenorului și a asociaților săi, etc.

Așadar, contestatoarea consideră legitim ca autoritatea contractantă să pună la dispoziție astfel de documente, în scopul obținerii ofertei de creditare angajante. Conform solicitării de clarificare, documentele solicitate sunt:

- Studiul de fezabilitate - document în care autoritatea contractantă bugetează costurile și planifică în timp veniturile și cheltuielile, prezintă riscurile investiției, prezintă informații cu privire la eşalonarea activităților contractului, etc. Toate aceste informații sunt necesare pentru un finanțator, pentru a-și putea evalua costurile și pentru a propune prețul ofertei în concordanță cu toate condiționalitățile;

- Documente justificative din care să rezulte faptul că sunt identificate modalitățile și resursele de finanțare integrală a valorii de investiție (la valoarea estimată a contractului, mai ales pentru componenta de 10% plăți directe ale autorității contractante) respectiv să rezulte modul cum s-a stabilit cota dobânzii de finanțare (euro SWAP % @ 2...10 ani + 3,75%/an) - documente care să ateste și să garanteze ofertantului/finanțatorului faptul că riscurile de neplată sunt minime iar nivelul de dobândă stabilit este unul în acord cu cerințele pieței din acest moment;

- Proiecția cu gradul de îndatorare a autorității contractante și respectiv a autorității publice care avalizează Biletele la Ordin predate de autoritatea contractantă antreprenorului - document care este necesar pentru evaluarea riscurilor de plată ale achizitorului/avalizatorului.

În consecință, contestatoarea solicită admiterea cererilor sale, în sprijinul cărora înaintează Consiliului un set de documente, în copie.

Prin adresa nr. 120/22.03.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 9478/25.03.2013, autoritatea contractantă a transmis Consiliului,

pe lângă punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea contestației ca tardivă, în ceea ce privește răspunsurile la solicitările de clarificări nr. 97/14.02.2013 și nr. 192/21.02.2013, precum și respingerea contestației ca neîntemeiată, dosarul achiziției publice, în copie.

În sprijinul excepției de tardivitate invocate, autoritatea contractantă susține că toate criticile aduse de contestatoare vizează documentația de atribuire, conținutul acesteia fiind luat la cunoștință la data publicării sale în SEAP, 24.10.2012. Astfel, întrucât privește tocmai acest conținut, contestația este formulată peste termenul prevăzut de art. 256² din OUG nr. 34/2006. În consecință, se impune respingerea ei, ca tardivă.

Totodată, autoritatea contractantă apreciază că răspunsurile formulate la clarificările pe care contestatoarea urmărește să le anuleze nu constituie un act de natură a o vătăma pe aceasta din urmă, în sensul art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Inițierea prezentului demers se fundamentează pe pretinsa vătămare a contestatoarei prin răspunsurile la clarificări nr. 105/07.03.2013, nr. 192/21.02/2013 și nr. 97/14.02.2013, acestea constituind, în sensul art. 255 din OUG nr. 34/2006, acte care pot fi atacate în termenul prevăzut de art. 256² alin. (1) din ordonanța de urgență, de la data formulării lor.

O astfel de afirmație este nefundamentată. În opinia autorității contractante, răspunsul la clarificări nu constituie un act în sensul art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, ci reprezintă modalitatea prin care autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 78 alin. (2) din același act normativ, își îndeplinește obligația de a răspunde la orice clarificare solicitată privind documentația de atribuire, care reprezintă, în fapt, actul ce poate fi contestat în condițiile art. 256² din ordonanța de urgență.

În măsura în care s-ar admite că orice explicație privind documentația de atribuire conduce la prelungirea termenului de atac împotriva documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată că s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor și la lipsirea de efecte a acestuia. În același timp, orice persoană ar putea bloca sau întârzia procedura de achiziție, prin simpla formulare a unui cereri de clarificări și prin atacarea ulterioară a răspunsului primit.

Din cele de mai sus, rezultă în mod evident nu numai faptul că cererea de clarificări privește anumite cerințe din documentația de atribuire, publicată în SEAP în data de 24.10.2012, ci și că această cerere a fost formulată de către petentă după împlinirea termenului de 10 zile, prevăzut de art. 256² din OUG nr. 34/2006, pentru contestarea documentației de atribuire.

De altfel, autoritatea contractantă menționează că atât jurisprudența instanțelor naționale cât și soluțiile pronunțate de CNSC confirmă tardivitatea contestației formulate de

Cu titlu de exemplu, autoritatea contractantă indică Decizia nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ... - Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal și Decizia nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că, într-o speță ce privește prezenta procedură de achiziție publică, Curtea de Apel ... s-a pronunțat, prin decizia nr. ..., emisă în dosarul nr. ..., în sensul posibilității desfășurării procedurii de achiziție publică conform condițiilor financiare cuprinse de documentația de atribuire publicată la 24.10.2012. Drept urmare, se impun a fi respinse pretensele neregularități reclamate de contestatoare.

Astfel, criticile aduse de contestatoare vizează pretense neregularități în ceea ce privește finanțarea proiectului, garantarea acestuia și modalitățile de plată care ar îngreuna obținerea creditării în vederea realizării proiectului.

Toate neregularitățile reclamate nu constituie un impediment în continuarea procedurii și în obținerea creditării, în opinia autorității contractante.

În acest sens, s-a pronunțat și Curtea de Apel ... - Secția de contencios administrativ și fiscal, în cadrul deciziei civile amintite, cu caracter irevocabil, având ca obiect plângerea formulată de SC ... SA împotriva Deciziei CNSC nr.

S-a reținut de către instanța de control judiciar că *este corectă și argumentația din considerentele deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în sensul că o eventuală modificare a HCL ... nr. 149/24.04.2012 prin care se garantează finanțarea a 90% din valoarea contractului, ar fi de dorit să se producă după stabilirea exactă a valorii contractului și a ofertei câștigătoare, modificarea valorii estimată a procedurii nefiind necesară.*

Totodată Curtea constată că autoritatea contractantă a menționat în punctul de vedere exprimat în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor că valorile finale se vor modifica după adjudecarea licitației, astfel că și HCL ... nr. 149/24.04.2012 va fi modificată în momentul atribuirii contractului.

Din analiza celor de mai sus se desprinde ideea că documentația de atribuire este corect întocmită și că procedura de achiziție se poate desfășura în mod legal, conform condițiilor financiare cuprinse de aceasta.

Având în vedere acest lucru, autoritatea contractantă consideră că se impune respingerea petitelor care privesc exact condițiile de finanțare cuprinse de documentația de atribuire.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă apreciază că majoritatea petitelor contestatoarei nu pot fi aduse la îndeplinire, termenii *pe fond, complet* sau *temeinic*, utilizați de aceasta din urmă nefiind supuși unor criterii de determinare exactă.

Mai mult decât atât, se solicită obligarea autorității contractante la punerea la dispoziție a oricăror informații solicitate de către potențialii ofertanți, în mod legitim de către aceștia în scopul obținerii unei oferte ferme de angajare, solicitare ce excede în mod evident documentației de atribuire, mai ales ținând cont de faptul că toate condițiile de finanțare sunt cuprinse de aceasta.

Pentru motivele prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea pe fond a contestației.

Prin adresa FN, înregistrată la CNSC sub nr. 10710/..., autoarea contestației a comunicat Consiliului Concluzii scrise și completări la contestație, prin care reiterează și dezvoltă criticile din cererea inițiatoare dar prin care solicită, totodată, și obligarea autorității contractante la decalarea termenului limită de depunere a ofertelor cu cel puțin 40 zile.

De asemenea, contestatoarea răspunde excepțiilor de tardivitate și de inadmisibilitate a criticilor sale, invocate de autoritatea contractantă, solicitând respingerea lor.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Valorificarea energetică a combustibilului alternativ obținut din deșeuri municipale, prin realizarea unei instalații și încadrarea acesteia în cadrul CET Sud ... (Proiectare, execuția lucrărilor și punerea în funcțiune a instalațiilor)”, coduri CPV 45251220-9 – *Lucrări de construcții de centrale de cogenerare (Rev.2)*, 71000000-8 – *Servicii de arhitectură, de construcții, de inginerie și de inspecție (Rev.2)*, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 24.10.2012, la care a atașat documentația de atribuire aferentă.

Împotriva documentației de atribuire în discuție au fost înaintate Consiliului contestațiile aparținând SC Siemens SRL și SC ... SA, ce au fost admise, în parte, prin Decizia CNSC nr. din ...

De asemenea, împotriva unora din răspunsurile la solicitările sale de clarificare a documentației de atribuire (numerele 1-6 și 8-9) regăsite în adresa nr. 105/07.03.2013, întocmită de autoritatea contractantă, ... a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând obligarea autoarei acestora la dispunerea măsurilor corective, enumerate în petit, necesare pentru a asigura

clarificarea, corectarea și completarea documentației de atribuire în sensul cererilor sale, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

Văzând măsura dispusă din oficiu de autoritatea contractantă, în concordanță cu cererea provizorie formulată de ... privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, Consiliul a emis Decizia nr. ... de respingere a ei, ca rămasă fără obiect.

Analizând cu înțâietate, în condițiile impuse la art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, excepția de tardivitate a criticilor din contestație, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere la contestație, Consiliul constată temeinicia ei, în parte.

Consiliul are în vedere că obiectul contestației cuprinde solicitări de adoptare a unor măsuri față de acte/conduite distincte ale autorității contractante, emise/adoptate în precedent, la momente diferite.

În privința termenului de atac împotriva conținutului adresei nr. 105/07.03.2013, Consiliul constată că, raportat la data comunicării acestuia în SEAP și la data promovării contestației (... demersul ... respectă dispozițiile art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Astfel, având în vedere valoarea estimată a lucrărilor ce urmează a face obiectul viitorului contract de achiziție publică (59.850.000 lei, conform anunțului de participare), ce depășește pragul valoric indicat la art. 55 alin. (2) lit. c) din OUG nr. 34/2006, termenul de 10 zile, calculat în concordanță cu dispozițiile de la art. 3 lit. z) din același act normativ, se împlinea la ...

Ori, contestația a fost înaintată, atât Consiliului (prin poșta electronică) cât și autorității contractante (conform mențiunilor acesteia din urmă), la această dată.

Însă, adresele de clarificare nr. 97/14.02.2013 și nr. 192/21.02.2013, atacate concomitent cu adresa anterior menționată (conform celui de-al doilea capăt de cerere al contestației) nu mai pot face obiectul unei revizuiri, pe fond, solicitate Consiliului, motivat de scurgerea termenului de atac amintit. Luarea lor la cunoștință, prin postarea în SEAP, la 16.02 și 21.02.2013, asigura contestatoarei un termen de contestare a lor ce se împlinea la 26.02.2013 și, respectiv 04.03.2013.

Drept pentru care, Consiliul admite excepția de tardivitate a criticilor contestatoarei doar în legătură cu cererea de anulare a acestor din urmă documente emise de autoritatea contractantă, ce se regăsește în capătul de cerere amintit și, în temeiul dispozițiilor de la alin. (5) al art. 278 din OUG nr. 34/2006, o respinge ca tardivă.

Totodată, văzând excepția de inadmisibilitate a contestației, având același autor, întemeiată pe aprecierea că actele de clarificare nu ar

putea fi atacate în mod distinct, fiind parte din documentația de atribuire, Consiliul constată eroarea autorității contractante.

Deși conținutul pe fond al unor astfel de acte trebuie să concorde cu conținutul documentației de atribuire, ele nu pot fi confundate, ca regim juridic. De altfel, dispozițiile OUG nr. 34/2006 stabilesc în mod distinct condițiile de emitere a lor, iar Ordinul nr. 171/2012 al Președintelui ANRMAP precizează expres caracterul de „acte administrative” aparținând răspunsurilor de clarificare.

În consecință, acestea pot fi atacate separat de orice persoană care se consideră vătămată de conținutul lor, în concordanță cu dispozițiile de la art. 255 alin. (1) și următoarele din OUG nr. 34/2006.

Raportat la situația de față, actul atacat are această calitate (răspuns la solicitarea de clarificare a documentației de atribuire), iar Consiliul consideră că el poate fi supus cenzurii pe calea administrativ-jurisdicțională, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor de la alin. (5) al aceluiași art. 278 din OUG nr. 34/2006, respinge excepția de inadmisibilitate amintită.

Prin urmare, Consiliul va face analiza pe fond a cererilor îndreptate efectiv împotriva adresei conținând răspunsurile de clarificare a documentației de atribuire emise de autoritatea contractantă sub nr.105/07.03.2013.

Văzând solicitarea de anulare a răspunsului nr. 1 din aceasta, acompaniată de capătul de cerere nr. 4 privind obligarea autorității contractante de a nu mai face trimiteri la conținutul „HCL 149/2012”, Consiliul ia act de faptul că adresa de clarificare preciza (răspunsul nr. 1) că Hotărârea Consiliului Local ... nr. 149/24.04.2012 a fost adoptată în sensul garantării de către această autoritate locală a plăților pentru 90% din valoarea viitorului contract, prin bilete la ordin.

De asemenea, informațiile de clarificare aminteau și de posibilitatea reevaluării sumelor de garantat, văzând rezultatul procedurii de atribuire, respectiv prețul ofertei desemnate câștigătoare, aspecte luate la cunoștință de contestatoare și din conținutul adresei de clarificare nr. 102/21.02.2013, precum și din adresa nr. 97/16.02.2013 (vezi conținutul întrebării nr. 1 din prima adresă).

Prin urmare, răspunsul nr. 1 din actuala adresă de clarificare are un conținut clar, explicit și lipsit de echivoc, iar trimiterile autorității contractante la „HCL 149/2012” au tocmai scopul asigurării unei informări de acest tip.

Aprecierile că actul în sine (hotărârea consiliului local) nu face parte din documentația de atribuire, motiv pentru care ar trebui exclus ca informație din aceasta sunt eronate. Deși documentul în sine are statut distinct, fiind emis de o autoritate publică, nu de către una din părțile din prezenta procedură, Consiliul constată că efectele lui

se întind și asupra procedurii de atribuire, respectiv informațiile conținute de el fiind utile operatorilor economici (privește modalitatea de finanțare a majorității cheltuielilor ocazionate de viitorul contract).

Pe de o parte, precizarea documentului în cauză este conformă cu dispozițiile de la alin. (1) al art. 33 din OUG nr. 34/2006, ce obligă autoritatea contractantă la furnizarea (prin documentația de atribuire) oricăror informații necesare asigurării unei informări clare, complete și explicite viitorilor ofertanți.

Pe de altă parte, precizarea acestui document s-a făcut de la momentul publicării documentației de atribuire, iar asupra modalității de asigurare a finanțării prin intervenirea dispozițiilor inițiale, actuale sau modificate ale acestuia au fost emise critici în precedent, ce au făcut obiectul Deciziei CNSC nr. din ...

Prin urmare, cele două solicitări ale contestatoarei din capătul 2 de cerere și din capătul 4 de cerere, privind „HCL 149/2012” sunt lipsite de temei.

În privința răspunsului de clarificare nr. 2 din adresa nr. 105, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a precizat explicit că își asumă diferențele valorilor indicate de contestatoare, rezultând din compararea valorii estimate a contractului cu valoarea garantată în plată de către Consiliul Local ... conform HCL nr. 149/2012.

Prin răspunsul său, autoritatea contractantă a indicat existența deciziei anterior pronunțate de CNSC și menținute de Curtea de Apel, în recurs, în legătură cu contestația formulată de SC ... SA, ce avea aceleași observații (contestația în cauză fiind încunoștiințată tuturor operatorilor economici, prin postare în SEAP, alăturat adresei nr. 46 din 06.11.2012), prin care se reținea netemeinicia cererii de modificare a sumelor din cuprinsul amintitei hotărâri a autorității locale.

Însă, în cuprinsul deciziei amintite (pagina 16) se reținea și că autoritatea contractantă recunoaște existența unor astfel de diferențe valorice, dar că valorile finale din hotărârea consiliului local se vor modifica, la nivelul ofertei desemnate câștigătoare.

Ori, întrucât decizia în cauză nu a fost adusă la cunoștința operatorilor economici, Consiliul consideră că era necesar ca, odată cu actualul răspuns de clarificare a aspectelor sesizate, autoritatea contractantă să precizeze informațiile reținute de către CNSC și de instanță în precedent, ca fiind poziția sa neechivocă.

De altfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a indicat nici răspunsul de clarificare nr. 17 din adresa sa nr. 37/01.11.2012 (postată în SEAP), drept minimă diligență de informare, ce conținea confirmarea diferențelor valorice sesizate.

Prin urmare, doar unul din cele două aspecte ce se doreau a fi clarificate (cel privind asumarea de către autoritatea locală a angajamentelor de plată la nivelul unei valori diferite de valoarea estimată și valoarea eronat conținută de HCL nr. 149/2012) a primit un răspuns parțial din partea autorității contractante, Consiliul considerând că, sub acest aspect, criticile contestatoarei sunt parțial întemeiate.

În consecință, pentru a se asigura un răspuns clar, complet și explicit, concordant cu cerințele de la art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă trebuie să emită un răspuns de clarificare care să conțină atât elementele din Decizia CNSC anterior emisă, privind asumarea diferențelor valorice arătate cât și trimiteri la răspunsul său de clarificare din 01.11.2012.

Criticile aduse conținutului răspunsului nr. 3 din adresa de clarificare, ce stau, în fapt, la originea capătului de cerere nr. 5, privitor la condițiile de eșalonare a valorilor de plată aferente biletelor la ordin emise de Achizitor, sunt considerate de Consiliu nefondate.

În fapt, prin răspunsul emis de autoritatea contractantă se confirmă răspunsurile anterioare legate de aceeași chestiune, contestatoarea negând caracterul explicit al acestora doar prin raportare la pretinsa lipsă de opozabilitate a conținutului lipsit de fermitate al anexei nr. 5 a documentației de atribuire, constituită din Hotărârea Consiliului Local ... nr. 124/2012.

Ori, răspunsurile emise de autoritatea contractantă pleacă de la premisa opusă celei aparținând contestatoarei, respectiv de la caracterul estimativ (informativ) al hotărârii consiliului local, privitor la garantarea plăților viitorului contract, în condițiile precizate la art. 10. *CONDIȚII DE PLATĂ ȘI DECONTARE* al modelului de contract atașat documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul are în vedere și faptul că, odată cu răspunsul de clarificare, contestatoarea a pretins autorității contractante și un răspuns „din partea Municipality” (cu contrasemnarea de către reprezentantul legal al acesteia a clarificărilor). Ori, acest aspect a fost clarificat, indirect, prin soluția dată de CNSC și instanța de recurs în conflictul precedent, în sensul că autoritatea contractantă nu poate impune o anume conduită autorității publice locale (terț față de procedura de atribuire), respectiv că nu deține instrumentele determinante în adoptarea unei poziții de tipul celei reclamate.

Văzând răspunsul de clarificare nr. 4, ce stă la baza formulării capătului 6 din cererea contestatoarei, respectiv obligarea autorității contractante la argumentarea modului adoptat de evaluare, privitor la prețul ofertei, ca și factor de evaluare explicit

indicat în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, Consiliul constată netemeinicia criticilor.

Informațiile legate de modul de evaluare a ofertelor au fost precizate încă de la momentul publicării în SEAP a anunțului de participare și documentației de atribuire, nefiind prevăzută de legislația în domeniu o obligație a autorității contractante de tipul celei pretinse de autoarea criticilor.

De asemenea, răspunsul de clarificare are un conținut clar asupra modalității de evaluare a ofertelor, ce concordă cu condițiile de ofertare precizate în documentația de atribuire, inclusiv cu clauzele contractuale aferente (punctul 3.2 din modelul de contract atașat), la care contestatoarea a făcut referire în cuprinsul întrebării.

Astfel, Consiliul constată că, în fapt, contestatoarea a luat cunoștință anterior de clauzele privitoare la dobânda fixă și la necuprinderea în prețul contractului a dobânzii pentru biletele la ordin, iar cererea de clarificare pune la îndoială tocmai validitatea acestor prevederi ale documentației de atribuire.

Ori, răspunsul autorității contractante confirmă aspectele amintite, iar reconfigurarea condițiilor de evaluare a ofertelor (a factorului de evaluare *prețul ofertei*) ar fi o cerere tardiv pusă în discuția Consiliului.

Prin urmare, se constată că răspunsul atacat nu a fost emis contrar dispozițiilor art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, motiv pentru care nu există temei de anulare a lui.

Similar raționamentului expus anterior de Consiliu, criticile aduse de contestatoare răspunsului nr. 5 din adresa de clarificări, privind nivelul dobânzii de finanțare, sunt lipsite de temei.

Condițiile de finanțare/decontare precizate la articolele 3 și 10 din contractul atașat documentației de atribuire au fost luate la cunoștință încă de la momentul publicării lor în SEAP.

Ori, răspunsul autorității contractante că acestea nu se schimbă, în replică la aprecierea contestatoarei că menținerea lor ar restrânge participarea în procedură, concordă cu conținutul inițial al documentației de atribuire, ce putea fi atacat în termen de 10 zile de la luarea ei la cunoștință, în condițiile prevăzute la art. 256² alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006.

Pretextul contestatoarei că răspunsul în cauză nu a fost emis cu respectarea dispozițiilor art. 33 și art. 78 din OUG nr. 34/2006, respectiv că nu ar fi clar, complet și neechivoc, este combătut chiar de solicitarea de a fi analizată cerința sa pe fond, aceea de a se reevalua rata dobânzii, pe care o consideră insuficientă pentru acoperirea prețului finanțării.

În privința cererii de anulare a răspunsului de clarificare nr. 6, cu consecința obligării la emiterea unui răspuns temeinic și justificat legat de modalitatea de acoperire a sumelor necesare în limita a

10% din valoarea contractului (capătul de cerere nr. 7), Consiliul constată netemeinicia solicitărilor contestatoarei.

Contrar susținerilor acesteia, autoritatea contractantă a emis un răspuns ferm, ce nu lasă loc aprecierilor că ar fi lipsit de claritate, incomplet sau echivoc, cu precizarea că sumele în discuție vor fi suportate de ea, spre deosebire de procentul de 90% garantat de Municipality Astfel, răspunsul nr. 6 din adresa de clarificare (a documentației de atribuire) nr. 105/07.03.2013 este complementar răspunsului nr. 19 din adresa nr. 102/21.02.2013, ce preciza constituirea sumelor „prin aportul de capital de lucru al acționarilor”. Cum acest din urmă act nu mai poate fi cenzurat, răspunsul completator din adresa nr. 105/07.03.2013 are caracter definitiv, neputând fi cenzurată, eventual, veridicitatea lui.

Văzând refuzul autorității contractante de a pune la dispoziție informații rezultând din Studiul de fezabilitate, din documentele referitoare la stabilirea cotei de 3,75% a dobânzii, ori a celor legate de proiecția gradului de îndatorare a Municipiului ... sub pretextul că acestea exced documentației de atribuire, Consiliul consideră întemeiată cererea contestatoarei de anulare a răspunsurilor cu numerele 8 și 9 din adresa de clarificare atacată.

Pe de o parte, în concordanță cu dispozițiile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, informațiile din documentația de atribuire trebuie să asigure viitorilor ofertanți o informare clară, completă și explicită asupra condițiilor de derulare a procedurii.

Pe de altă parte, este evident că documentele cu pricina, deși nu fac parte din dosarul achiziției, au influențat conținutul documentației de atribuire, fiind adoptate anterior demarării procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile HG nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice.

Prin urmare, eventualul refuz al autorității contractante de a le pune la dispoziție contestatoarei se putea justifica doar prin lipsa posesiei lor (puțin probabil a fi real, raportat la obligațiile din HG nr. 28/2008), ori prin probarea că nu prezintă relevanță, raportat la condițiile de derulare a procedurii, întrucât informațiile conținute ar fi preluate integral în actualul conținut al documentației de atribuire.

Ori, în absența unor justificări temeinice asupra imposibilității obiective de a pune la dispoziție aceste informații relevante față de procedura de atribuire, autoritatea contractantă trebuia, în total respect față de principiul transparenței, consacrat la art. 2 din OUG nr. 34/2006, să dea curs solicitării contestatoarei, dispozițiile alin. (1) al art. 2 din HG nr. 925/2006 având deplină aplicabilitate („...orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se

interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență.”).

În mod implicit, văzând finalitatea evaluării condițiilor de emitere a răspunsurilor de clarificare nr. 2, 8 și 9, Consiliul constată că sunt întemeiate, în parte, capetele de cerere nr. 3 și nr. 8 din contestație, respectiv solicitările cu caracter generic ca autoritatea contractantă să răspundă în condițiile impuse de OUG nr. 34/2006, prin emiterea de clarificări și să pună la dispoziție informațiile legitim pretinse de viitorii ofertanți.

Astfel, deși formularea contestației nu conținea și o precizare a actelor vizate, fiind lipsită oarecum de precizie, Consiliul constată că ea este complementară nevoii de emitere a unor clarificări de acest tip, în relație cu răspunsurile amintite, reclamate în mod temeinic.

În mod implicit, văzând și solicitarea contestației din adresa completatoare a cererii inițiale (concluzii scrise) din ..., Consiliul constată nevoia decalării termenului de depunere a ofertelor, respectiv stabilirea unui termen limită nou, după comunicarea în SEAP a clarificărilor ce se impun, cu respectarea dispozițiilor art. 32 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Pentru asigurarea unui termen rezonabil de luare la cunoștință a acestora și văzând perioada scursă din termenul anterior, respectiv momentul intervenirii prezentei contestații (... față de data limită de depunere a ofertelor (27.03.2013), precizată prin anunțul tip erată nr. 30970 din 19.02.2013, Consiliul consideră că se impune asigurarea, cel puțin, a 8 zile între data comunicării în SEAP a noii date și data de referință.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul admite contestația, în parte, respectiv capetele de cerere privind anularea în tot a răspunsurilor de clarificare nr. 8-9 și anularea în parte a răspunsului 2 din adresa nr. 105/07.03.2013 postată în SEAP și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea prezentei, prin emiterea unor răspunsuri conforme cu nevoia de informare a participanților, ținând cont de cele mai sus relevate.

În considerarea aceluiași dispoziții ale ordonanței de urgență, Consiliul admite, în parte, capătul de cerere privind decalarea termenului de depunere a ofertelor și obligă autoritatea contractantă la stabilirea unui nou termen limită de depunere a ofertelor, ce nu poate fi mai scurt de 8 zile de la data postării în SEAP a răspunsurilor de clarificare arătate anterior.

În temeiul dispozițiilor alin. (5) al aceluiași art. 278 din ordonanța de urgență, Consiliul respinge celelalte capete de cerere privind anularea răspunsurilor de clarificare nr. 1, 3, 4, 5 și 6 din adresa

nr. 105/07.03.2013 și de obligare a autorității contractante la emiterea altor răspunsuri, ca nefondate.

La punerea în aplicare a prezentei decizii, părțile vor avea în vedere caracterul ei obligatoriu, rezultând din prevederile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, precum și dreptul de a o ataca cu plângere, conform dispozițiilor de la art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...