



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având C.I.F. RO ... reprezentată legal prin împotriva scrisorilor de clarificare nr. 2497/11726 din 08.02.2013 și nr. 13100 din 14.02.2013, emise de către ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări 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), se solicită următoarele:

- anularea actelor contestate;
- obligarea autorității contractante de a revizui clarificările în ceea ce privește criteriile de calificare referitoare la experiența similară, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini;
- obligarea autorității contractante de a prezenta răspunsuri clare la întrebările nr. 3-7 din solicitarea de clarificări nr. IS2-005/13 din 11.02.2013, formulată de ... și la care autoritatea contractantă nu a răspuns;
- suspendarea, de urgență, respectiv în 3 zile, a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, precum și anularea oricăror acte subsecvente emise de autoritatea contractantă după notificarea acestei contestații, constituindu-se dosarul nr. ...

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor a fost înregistrată cu nr. ... din ... contestația nr. ... din ... depusă tot de către ... împotriva scrisorii de clarificare nr. 13526 din 15.02.2013, emisă de aceeași autoritate contractantă, ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitându-se următoarele:

- anularea actului atacat;
- obligarea autorității contractante de a revizui lista condițiilor contractuale obligatorii, conform deciziei C.N.S.C. nr. ... instrucțiunilor A.N.R.M.A.P. din data de 12.10.2012 și indicațiilor DG-Market din cuprinsul reclamației CHAP (2012)00665 și CHAP (2013)00027;
- obligarea autorității contractante de a oferi un răspuns clar și concret cu privire la întrebările nr. B-1 - B-9, din cadrul solicitării de clarificări nr. IS2-006/2013 din 12.02.2013, formulată de ...;
- obligarea autorității contractante de a retrage, din SEAP, anexa nr. 4 atașată la contestația nr. ... din ... formulată de ...;
- suspendarea, de urgență, respectiv în 3 zile, a procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului contestației, în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, precum și anularea oricăror acte subsecvente emise de autoritatea contractantă după notificarea acestei contestații, constituindu-se dosarul nr. ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... cu sediul în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CIF RO ... reprezentată legal prin președintele Consiliului de Administrație dr. ing. ... împotriva răspunsului la întrebarea nr. 1 din cadrul scrisorii de clarificare nr. 18090 din 28.02.2013, emisă de aceeași autoritate contractantă, respectiv ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, se solicită următoarele:

1. suspendarea, de urgență, respectiv în 3 zile de la data primirii contestației, a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006;
2. anularea răspunsului la întrebarea nr. 1, din cadrul scrisorii de clarificare nr. 18090 din 28.02.2013 și, pe cale de consecință, anularea răspunsului la întrebarea nr. 8 din cadrul scrisorii de clarificare nr. 1375 din 28.02.2013;
3. obligarea autorității contractante de a nu modifica sensul cerințelor documentației de atribuire;
4. obligarea autorității contractante de a clarifica duratele specifice ale contractului (durata de execuție a lucrărilor, durata de efectuare a testelor și probelor pentru punerea în funcțiune, durata de efectuare a testelor și probelor ce demonstrează atingerea parametrilor garanței), în raport cu cerințele volumului 3 – „Cerințele angajatorului”, precum și cu prevederile legale în materie de recepție a instalațiilor tehnologice;
5. obligarea autorității contractante de a fundamenta răspunsurile sale subsecvente cu privire la duratele specifice contractului și la momentele de referință asociate în raport cu graficul fizic al investiției existent în cadrul studiului de fezabilitate, dacă situația impune acest lucru;

6. obligarea autorității contractante de a corecta, completa, modifica și/sau adapta modelul de contract, în concordanță cu cerințele din cadrul volumului 3 – „Cerințele angajatorului”, precum și cu prevederile legale în materie de recepții ale lucrărilor și instalațiilor tehnologice (H.G. nr. 273/1994 și H.G. nr. 51/19...), menționate în cadrul cerințelor din volumul 3.

7. obligarea autorității contractante de a extinde, în mod rezonabil, perioada de elaborare a ofertelor, cu o perioadă suplimentară, constituindu-se dosarul nr. ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă tot de de către ... împotriva adresei nr. 21571 din 12.03.2013, emisă de aceeași autoritate contractantă, ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, se solicită anularea scrisorii de clarificare nr. 21571 din 12.03.2013 și obligarea autorității contractante de a revizui condițiile contractuale de plată (art. 22), constituindu-se dosarul nr. .../2013.

Având în vedere faptul că cele patru contestații sunt formulate în cadrul acele... proceduri de atribuire, pentru a pronunța o soluție unitară, în baza dispozițiilor art. 273 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul conexează dosarele susmenționate, contestațiile urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. ...

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... precum și excepția tardivității contestației depusă de către ... cu sediul în ... excepții invocate de către ... și, pe cale de consecință, respinge contestațiile susmenționate ca tardiv introduse.

Respinge, ca nefondate, contestațiile nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... și, respectiv nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depuse de către ... cu sediul în ... B-dul Dimitrie Cantemir nr. 1, bl. 2, sc. 2 și 3, et. 3, ... cod poștal 040231, în contradictoriu cu ... cu sediul în ...

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din critică procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ... organizată de ... în calitate de autoritate contractantă, solicitând următoarele:

- anularea scrisorilor de clarificare nr. 2497/11726 din 08.02.2013 și nr. 13100 din 14.02.2013, emise autoritatea contractantă;

- obligarea autorității contractante de a revizui clarificările în ceea ce privește criteriile de calificare referitoare la experiența similară, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini;

- obligarea autorității contractante de a prezenta răspunsuri clare la întrebările nr. 3-7 din solicitarea de clarificări nr. IS2-005/13 din 11.02.2013, formulată de ... la care autoritatea contractantă nu a răspuns.

De asemenea, în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, se solicită suspendarea, de urgență, respectiv în 3 zile, a procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului contestației, precum și anularea oricăror acte subsecvente emise de autoritatea contractantă după notificarea acestei contestații, pentru prevenirea unei pagube iminente pe care ... ar urma să o sufere.

În motivarea contestației, ... arată că a mai formulat o altă contestație la această procedură, referitoare la lipsa de claritate a principalelor criterii de calificare privind capacitatea tehnică a ofertanților, prevăzute în anunțul de participare nr. ... din 21.12.2012 și la secțiunea III 2.3.a, din fișa de date a achiziției, respectiv o cerință care vizează o referință „similară”, fără detalierea elementelor cheie care definesc această similaritate (scop, mărime, parametri tehnici, etc.)”, față de care, autoritatea contractantă a afirmat, în punctul de vedere, că „experiența similară înseamnă aplicarea unui procedeu de desulfurare semiumedă, indiferent de mărimea acesteia”, iar, prin decizia nr. ... din ... Consiliul a admis, în parte, contestația, referitor la modificarea documentației de atribuire.

Invocând pasaje din motivarea acestei decizii, precum și articolul 3.6.2. din documentația de atribuire (Cerințele Angajatorului, Volumul 3, pagina 109), contestatorul critică faptul că, la solicitările de clarificări înregistrate de autoritatea contractantă sub nr. 2497 din 11.01.2013 și nr. 11726 din 06.02.2013, prin care un potențial ofertant solicită confirmarea că orice tip de tehnologie/procedeu de desulfurare constituie o referință validă, și în care face referire explicită la tehnologia de desulfurare umedă ce utilizează calcarul drept reactiv, autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. 2497/11726 din 08.02.2013, precizând: „Prin urmare se acceptă ca experiență similară construcția de instalații de desulfurare de orice tip și în orice tehnologie”.

Contestatorul arată că, după publicarea în SEAP a acestei clarificări, a solicitat autorității contractante, prin scrisoarea nr. IS2 005/13 din 11.02.2013, o confirmare a ceea ce înseamnă experiență similară,

Întrucât respectiva clarificare contravenea prevederilor documentației de atribuire și afirmațiilor din punctul de vedere transmis la C.N.S.C., formulând, totodată, și o serie de întrebări în legătură cu tehnologia care urma să fie utilizată, la care, prin răspunsul nr. 13100 din 14.02.2013, autoritatea contractanta a precizat: „Așa cum s-a reținut și în decizia C.N.S.C. nr. ... din ... obiectul lucrărilor privind experiența similară trebuie să fie legat de „construcția de instalații de desulfurare”, fără a se limita la un anumit tip/procedeu de desulfurare, deoarece acest lucru ar conduce la transformarea „experienței similare” într-o « experiență identică ». În acest sens a se vedea clarificarea nr. 2497/11726/08.02.2013.”, fără a răspunde la celelalte întrebări, pe considerentul că întrebările constituiau, în principal, o evaluare a unor situații ipotetice, care nu puteau fi clarificate, întrucât procedura nu se afla în etapa de evaluare a ofertelor.

În contestație se subliniază că autoritatea contractantă face o modificare esențială a prevederilor anunțului de participare, cu nerespectarea deciziei C.N.S.C., a propriului punct de vedere și cu încălcarea prevederilor art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006

Contestatorul arată că există mai multe tipuri de procedee de desulfurare, destul de diferite între ele, și care, în mod sigur, nu pot fi calificate drept similare, chiar dacă scopul lor este de a reduce emisiile de dioxid de sulf (SO_2) în atmosferă.

În cuprinsul contestației este prezentat procedeul de desulfurare semi-uscată, în care se utilizează drept reactiv varul, și, în urma căruia, se produce sulfat de calciu, ca subprodus, procedeu care constă în injectarea unei pulberi umidificate, formată din cenușă zburătoare și var în gazele de ardere în amonte de un colector de particule (filtru cu saci), pulberea absoarbe dioxidul de sulf din gazele de ardere, particulele conținute în gazele de ardere sunt îndepărtate cu ajutorul unui colector de particule, iar gazele de ardere curate se evacuează la coș; particulele colectate sunt reciclate într-un mixer, în care se adaugă var proaspăt, se trec apoi către sistemele de umidificare pentru a fi injectate din nou în amonte de colectorul de particule; unul din componentele centrale ale acestui procedeu îl constituie colectorul de particule (filtre cu saci) și sistemul care controlează injecția varului proaspăt în cenușa zburătoare colectată.

Contestatorul menționează că procedeul de desulfurare umedă este o tehnologie complet diferită, care utilizează calcarul drept reactiv și produce gips ca subprodus, și constă în pulverizarea unei suspensii de particule de calcar în apă (slam) în contracurent cu gazele de ardere într-un reactor (absorber) de tip turn prin pulverizare deschisă.

În contestație este prezentat un tabel comparativ cu aceste procedee, care, în opinia contestatorului, demonstrează că elementele componente ale unui procedeu de desulfurare semi-uscată și umedă nu pot fi calificate drept „similare”.

În opinia contestatorului, faptul că un operator economic stăpânește un procedeu de desulfurare nu înseamnă că va fi capabil să

implementeze un alt procedeu pentru care nu are tehnologia și/sau experiență anterioară, astfel încât, atribuirea contractului unei companii care are experiență numai în procedee de desulfurare umedă pe bază de calcar-gips, este total inadecvată, deoarece nu dă niciun fel de garanție pentru realizarea scopului contractului și vine în contradicție cu principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, prevăzut la art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul învederează că jumătate din punctajul ofertei este dat de factori de evaluare care vizează performanțele tehnice ale ofertei, iar afirmația autorității contractante conform căreia solicitarea unei experiențe similare pentru procedeu de desulfurare semi-uscă ar duce la transformarea „experienței similare” în „experiența identică” este un simplu abuz de limbaj.

În opinia contestatorului, o „experiență identică” ar însemna executarea unei instalații de desulfurare nu numai utilizând procedeu semi-uscă dar și cu aceeași mărime, ace... parametri tehnici (debit de gaze de ardere, concentrație de SO₂, etc), același scop al lucrărilor, același preț, aceleași performanțe.

Invocând pasaje de la pag. 23 și 24 din decizia C.N.S.C, contestatorul susține că nu există similaritate între procedeu de desulfurare semi-uscă, specificat în documentația de atribuire, și procedeu de desulfurare umedă, iar, în decizia respectivă, nu s-a confirmat că experiența similară trebuie să fie legată de „construcția de instalații de desulfurare fără limitare la un anumit tip/procedeu de desulfurare”, așa cum a indicat autoritatea contractantă, care a implementat incorect Decizia nr. ... din ... încălcând prevederile art. 179 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu respectă nici prevederile art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, refuzând să răspundă la mai multe solicitări de clarificare.

În acest sens, se menționează faptul că, prin adresa nr. IS2-005/13 din 11.02.2013, ... a solicitat mai multe clarificări privind modul de aplicare a criteriilor de calificare în ceea ce privește experiența similară și cerințele privind ofertarea unei tehnologii de desulfurare dovedită, în mod special întrebările nr. 3 și 6 sunt foarte concrete, vizând clarificarea obligativității includerii în ofertă a acele... tehnologii utilizată în vederea îndeplinirii criteriilor de calificare privind experiența anterioară.

Contestatorul învederează că, dacă răspunsul la această întrebare este negativ, înseamnă că un ofertant se poate califica prezentând ca experiență anterioară o tehnologie aparținând unei terțe părți și să oferteze un alt tip de tehnologie, care poate fi un prototip care îndeplinește cerințele de calificare, dar pentru care nu s-a demonstrat experiența anterioară.

Invocând prevederile art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul susține că întrebările nr. 3 și 6 nu se referă la istoricul litigiilor privind drepturile de proprietate intelectuală, iar, prin refuzul de a

răspunde la aceste întrebări, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006.

Având în vedere că solicitarea de obligare a autorității contractante de adoptare a unor măsuri de remediere privește cerințele minime de calificare referitoare la experiența similară, elemente care trebuie cunoscute cu titlu definitiv și cât mai devreme posibil pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor, ... solicită suspendarea, de urgență, a procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului contestației, conform prevederilor art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

În acest sens, se arată că prejudiciul care s-ar crea în cazul în care procedura de atribuire ar continua, ar fi dat de efortul financiar și uman considerabil pentru pregătirea și depunerea ofertelor, care nu ar servi la nimic în perspectiva admiterii contestației și a modificării documentației de atribuire.

Se învederează că o altă procedură de atribuire a acestui contract a fost inițiată, prin anunțul de participare nr. ... din 31.12.2010, a făcut obiectul a 7 decizii emise de C.N.S.C., a 3 plângeri la Curtea de Apel ... și a unei plângeri la Comisia Europeană, fiind anulată prin ultima decizie a C.N.S.C.

În sprijinul celor de mai sus, se invocă decizia C.N.S.C. nr. ... din 08.11.2011, prin care Consiliul a dispus suspendarea procedurii de atribuire organizată în cadrul proiectului de desulfurare gaze de ardere de la CTE Deva, până la soluționarea pe fond a contestației.

În susținerea contestației, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: scrisoarea de clarificare nr. 2497/11726 din 08.02.2013, scrisoarea de clarificare nr. 13100 din 14.02.2013, solicitarea de clarificare nr. IS2-005/13 din 11.02.2013, comparație între procedeul de desulfurare semi-uscată și procedeul de desulfurare umedă, dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor a fost înregistrată cu nr. ... din ... contestația nr. ... din ... depusă tot de către ... împotriva scrisorii de clarificare nr. 13526 din 15.02.2013, emisă de aceeași autoritate contractantă, ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitându-se următoarele:

- anularea actului atacat;
- obligarea autorității contractante de a revizui lista condițiilor contractuale obligatorii, conform Deciziei C.N.S.C. nr. ... a instrucțiunilor A.N.R.M.A.P. din data de 12.10.2012 și indicațiilor DG-Market din cuprinsul reclamației CHAP (2012)00665 și CHAP (2013)00027;
- obligarea autorității contractante de a oferi un răspuns clar și concret cu privire la întrebările nr. B-1 - B-9, din cadrul solicitării de clarificări nr. IS2-006/2013 din 12.02.2013, formulată de ...;
- obligarea autorității contractante de a reține, din SEAP, anexa nr. 4 atașată la contestația nr. ... din ... formulată de ...

De asemenea, se reiterează solicitarea de suspendarea, de urgență, respectiv în 3 zile, a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, precum și

anularea oricăror acte subsecvente emise de autoritatea contractantă după notificarea acestei contestații, pentru prevenirea unei pagube iminente pe care ... ar urma să o sufere.

În motivare, contestatorul arată că, prin decizia nr. ... din ... Consiliul a admis, în parte, contestația sa cu privire la documentația de atribuire și a obligat autoritatea contractantă să clarifice, într-un mod explicit, clauzele obligatorii din cadrul condițiilor contractuale propuse, astfel că, prin clarificarea nr. 12039 din 06.02.2013, publicată în SEAP, autoritatea contractantă a modificat secțiunea IV.4.2 a din fișa de date a achiziției, iar prin clarificarea nr. 13994 din 13.02.2013, a modificat amendamentele exprimate în clarificarea anterioară.

... menționează că, prin adresa nr. IS2-006/13 din 12.02.2013, a comunicat autorității contractante că modificările documentației de atribuire încălcă decizia C.N.S.C. și a formulat un set de 9 întrebări pentru a putea evalua "proporțiile anumitor obligații contractuale" ce nu sunt stipulate în mod explicit sau precis în cadrul condițiilor contractuale incluse în documentația de atribuire, iar, prin răspunsul nr. 13526 din 15.02.2013, autoritatea contractantă a declarat că a implementat în mod corect decizia C.N.S.C., fără a răspunde la cele 9 întrebări formulate, pe motiv că observațiile privind clauzele contractuale au constituit deja subiectul unei decizii a C.N.S.C.

Contestatorul susține că, prin refuzul de a răspunde la cele 9 întrebări din adresa nr. IS2-006/13, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 33 alin. 1 și art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

În contestație se susține că răspunsurile la aceste întrebări sunt esențiale pentru a evalua obligațiile contractuale ce nu sunt stipulate, în mod explicit sau precis, în cadrul condițiilor contractuale incluse în documentația de atribuire. În acest sens, se menționează că în legătură cu modelul de contract vechi, elaborat de A.N.R.M.A.P., DG Market a solicitat să fie retras de pe pagina de internet a acestei instituții, prin adresa din 23.11.2012.

Un alt aspect criticat în contestație se referă la stipularea unor condiții contractuale obligatorii defavorabile, susținându-se că acestea sunt discriminatorii și contravin prevederilor art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și Directivei privind achizițiile publice.

În opinia contestatorului, clauzele contractuale propuse de autoritatea contractantă nu prezintă o împărțire echitabilă și echilibrată a riscurilor și obligațiilor între contractant și autoritatea contractantă, multe dintre aceste riscuri neputând fi controlate de contractant (condiții neprevăzute, condiții subterane, modificări legislative, etc.), ceea ce poate conduce la neparticipare la procedură a unor operatori economici cu experiență și posibilități financiare, iar, prin reducerea cerințelor de calificare se va permite unor operatori economici fără experiență sau cu experiență redusă să participe la această procedură, a cărei complexitate le depășește capacitățile tehnice și financiare.

... arată că se consideră discriminată și privată să depună o ofertă, având opțiunea fie de a căuta o societate locală de mici dimensiuni în

spatele căreia să se poată proteja de condițiile contractuale inechitabile, în calitate de simplu subcontractant, societate care să fie utilizată ca scut în cazul aplicării clauzelor contractuale inechitabile, fie să supună cazul atenției Comisiei Europene / Curții Europene de Justiție.

Invocând adresa autorității contractante nr. 13526 din 15.02.2013, contestatorul critică faptul că în contract sunt cuprinse 21 de clauze obligatorii, contrar recomandărilor exprese din decizia C.N.S.C., conform căreia ofertanții nu trebuie privați de dreptul de negociere a clauzelor semnificative ale contractului, și, în acest sens, se exemplifică prin clauzele nr. 12 - cu privire la sancțiunile în caz de nerespectare a obligațiilor contractuale, nr. 16 - inclusiv prevederile aferente condițiilor neprevăzute și nr. 28 - cu privire la rezilierea contractului.

În opinia contestatorului, care invocă pasaje de la pag. 32-37 din decizia C.N.S.C. nr. ...din 06.05.2011, prin atribuirea caracterului obligatoriu tuturor clauzelor contractuale semnificative, autoritatea contractantă a depășit limitele puterii discreționare ale unei autorități administrative, fapt care a determinat Comisia Europeană, care finanțează în proporție de 50% din valoarea proiectului, să solicite A.N.R.M.A.P. eliminarea acestora de pe pagina sa de internet.

Invocând prevederile art. 14.1 - Informații despre șantier alin. 2 și alin. 3 lit. a) din proiectul de contract, contestatorul învederează că nu ar putea fi evaluate condițiile subterane (inclusiv proprietățile mecanice ale solului, obstacolele subterane sau substanțe periculoase ce pot fi descoperite) în timpul unei singure vizite pe șantier, așa cum prevede documentația de atribuire, ci pot fi evaluate numai prin efectuarea unor foraje în sol, pe care numai proprietarul le putea efectua înainte de publicarea documentației de atribuire.

Toate aceste informații relevante ar fi trebuit să fie parte integrantă a documentației de atribuire, ceea ce nu este cazul.

O altă critică a contestatorului vizează violarea informațiilor confidențiale, a secretelor comerciale și dreptului de copyright, aparținând „Alstom”, încălcându-se prevederile art. 24 din O.U.G. nr. 34/2006.

În acest sens, contestatorul precizează că, în contestația anterioară, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ... din ... a inclus anexa nr. 4 cu vederi 3D ale unei instalații tipice de desulfurare umedă și ale proiectului de instalație de desulfurare semi-uscată de la CET 2 ..., anexă care a fost publicată în SEAP, de către autoritatea contractantă, în data de ... deși conține informații tehnice acoperite de dreptul de copyright, sunt confidențiale și constituie secrete comerciale, fapt indicat prin simbolul de copyright și de un avertisment de confidențialitate tipărit pe toate cele patru pagini ale anexei nr. 4.

Contestatorul învederează că, deși prin adresa nr. IS2-012/13 a solicitat autorității contractante să retragă imediat anexa nr. 4 din SEAP, aceasta a fost menținută în continuare fără a avea acordul său.

Reiterează motivele din contestația precedentă referitoare la solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire, până la soluționarea fondului contestației.

În probațiune, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: scrisoarea de clarificare nr. 13526 din 15.02.2013, adresa nr. IS2-006/2013 din 12.02.2013 și dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă de către ... împotriva răspunsului la întrebarea nr. 1 din cadrul scrisorii de clarificare nr. 18090 din 28.02.2013, emisă de aceeași autoritate contractantă, respectiv ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, se solicită următoarele:

1. suspendarea, de urgență, respectiv în 3 zile de la data primirii contestației, a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, în temeiul art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006;

2. anularea răspunsului la întrebarea nr. 1 din cadrul scrisorii de clarificare nr. 18090 din 28.02.2013 și, pe cale de consecință, anularea răspunsului la întrebarea nr. 8 din cadrul scrisorii de clarificare nr. 1375 din 28.02.2013;

3. obligarea autorității contractante de a nu modifica sensul cerințelor documentației de atribuire;

4. obligarea autorității contractante de a clarifica duratele specifice ale contractului (durata de execuție a lucrărilor, durata de efectuare a testelor și probelor pentru punerea în funcțiune, durata de efectuare a testelor și probelor ce demonstrează atingerea parametrilor garantați) în raport cu cerințele volumului 3 – „Cerințele angajatorului”, precum și cu prevederile legale în materie de recepție a instalațiilor tehnologice;

5. obligarea autorității contractante de a fundamenta răspunsurile sale subsecvente cu privire la duratele specifice contractului și la momentele de referință asociate în raport cu graficul fizic al investiției existent în cadrul studiului de fezabilitate, dacă situația impune acest lucru;

6. obligarea autorității contractante de a corecta, completa, modifica și/sau adapta modelul de contract în concordanță cu cerințele din cadrul volumului 3 – „Cerințele angajatorului”, precum și cu prevederile legale în materie de recepții ale lucrărilor și instalațiilor tehnologice (H.G. nr. 273/1994 și H.G. nr. 51/19...), menționate în cadrul cerințelor din volumul 3.

7. obligarea autorității contractante de a extinde, în mod rezonabil, perioada de elaborare a ofertelor, cu o perioadă suplimentară.

... arată că, în urma punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. ... din ... autoritatea contractantă a publicat scrisoarea de clarificare nr. 12039 din 06.02.2013, prin care stabilește clauzele/articolele contractuale obligatorii din modelul de contract publicat în SEAP, care, fiind obligatorii, nu pot face decât obiectul unor clarificări, de către autoritatea contractantă, așa cum prevede Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 171 / 2012.

Ca urmare a faptului că art. 6 din cadrul modelului de contract, privind durata de execuție a lucrărilor contractului, devine obligatoriu, și pentru a-și clarifica propriile sale nelămuriri, distincte față de problema ridicată de precizează că a solicitat, în data de 12.02.2013, clarificări referitoare la duratele specifice contractului, inclusiv a momentelor cheie aferente, de referință, care determină duratele specifice, transmițând, în data de 12.02.2013, o scrisoare de solicitare pe acest subiect, respectiv întrebarea nr. 8 din cadrul adresei de clarificare nr. 13775 / ... emisă de autoritatea contractantă, iar, întrucât în urma răspunsului autorității contractante, nelămuririle chiar s-au amplificat, ... a formulat o nouă solicitare de clarificare, pe aceleași subiecte, în data de 25.02.2013, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 18090 din 28.02.2013.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu interpretează corespunzător cerințele prevăzute în documentația de atribuire, neluând în considerare cerințele din volumul 3 - „Cerințele angajatorului” și nefăcând corelarea acestora cu cerințele prevăzute în cadrul fișei de date a achiziției și în modelul de contract, din următoarele motive:

1. Răspunsurile autorității contractante nu iau în considerare, cu prioritate, cerințele prevăzute în volumul 3 pentru a clarifica / soluționa contradicțiile existente între aceste cerințe și cele prevăzute în fișa de date a achiziției și, respectiv, în cadrul contractului;

2. Răspunsurile autorității contractante sunt de natură să modifice sensul original al cerințelor impuse, prevăzute în documentația de atribuire. În ceea ce privește primul motiv de mai sus, contestatorul invocă faptul că, la cap. 1.3 din volumul 3 - „Cerințele angajatorului”, este prevăzută o durată de 20 luni pentru „perioada de execuție a lucrărilor, fabricației și procurării”, autoritatea contractantă neținând seama, în răspunsurile sale, de faptul că această perioadă nu conține explicit și perioada pentru testare și punere în funcțiune. De asemenea, contestatorul învederează că deși la cap. 1.2 din vol. 3 este prevăzută o durată de 3 luni pentru „testare și punere în funcțiune, începând cu terminarea lucrărilor de execuție”, totuși, în răspunsurile sale, autoritatea contractantă precizează că această perioadă de 3 luni trebuie înțeleasă în interiorul duratei de 20 luni, respectiv că ofertantul este liber să programeze testele pentru punere în funcțiune cum dorește până la momentul de referință „recepția la terminarea lucrărilor”. Contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă pune semnul egal între „recepția la punerea în funcțiune” și „recepția la terminarea lucrărilor”, ceea ce contravine prevederilor legale în materie de recepție, întrucât, în cazul instalațiilor tehnologice, se aplică atât Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții (civile) și instalații aferente acestora, cât și Regulamentul de recepție a lucrărilor de montaj și a punerii în funcțiune a instalațiilor tehnologice, conform cărora etapele de recepție trebuie efectuate în următoarea ordine: recepția la terminarea lucrărilor (atât a celor de construcții și instalații, care fac, obiectul H.G. nr. 273/1994, cât și a celor de montaj echipamente și instalații tehnologice, care fac

obiectul H.G. nr. 51/19...), recepția la punerea în funcțiune a instalației tehnologice (care face obiectul H.G. nr. 51/19...), recepția definitivă, la atingerea performanțelor garantate ale instalației tehnologice în ansamblu (care face obiectul H.G. nr. 51/19...), recepția finală, la și H.G. nr. 51/19...).

Față de prevederile legale susmenționate, precum și de celelalte argumente prezentate în cadrul acestei contestații, contestatorul susține următoarele:

- durata de execuție a lucrărilor contractului, de 20 luni, este perioada cuprinsă între data emiterii „ordinului de începere a lucrărilor” și data admiterii „recepției la terminarea lucrărilor”;

- durata de efectuare a testelor și probelor tehnologice pentru punerea în funcțiune (de 3 luni), care include și proba de 72 ore, este perioada cuprinsă între data admiterii „recepției la terminarea lucrărilor” și data admiterii „recepției la punerea în funcțiune”;

- durata de efectuare a testelor și probelor tehnologice pentru demonstrarea / atingerea parametrilor garantați (de 6 luni) este perioada cuprinsă între data admiterii „recepției la punerea în funcțiune” și data admiterii „recepției definitive la atingerea parametrilor garantați”;

- perioada de notificare a defecțiunilor (de 12 luni) este perioada care începe de la data admiterii „recepției la terminarea lucrărilor”.

Invocând prevederile clauzei 18.1 alin. 3, conform căreia este prevăzută o perioadă de maximum 6 luni în care se vor efectua probele de performanță și se vor atinge parametrii garantați, moment de la care autoritatea contractantă poate să solicite aplicarea de penalități pentru neîndeplinirea parametrilor garantați, contestatorul critică faptul că, în răspunsul autorității contractante, conform căruia probele de performanță încep de la momentul de referință „recepția la terminarea lucrărilor” nu se ține seama de prevederile art. 3 și 5 din H.G. nr. 51/19..., prevăzute și în volumul 3, ci trebuie să se raporteze la ultimul moment de referință, anterior, care este „recepția la punerea în funcțiune”.

În acest sens, contestatorul solicită revenirea asupra răspunsului autorității contractante și corectarea corespunzătoare a momentului de referință la care se raportează perioada pentru probele de performanță de 6 luni.

... arată că, în conformitate cu prevederile cap. 1.16 din volumul 3, atât durata de realizare a testelor și probelor pentru punerea în funcțiune, cât și durata de realizare a probelor de performanță se consideră în interiorul perioadei de notificare a defectelor, care este de 12 luni de la admiterea „recepției la terminarea lucrărilor”, iar durata de realizare a probelor de performanță urmează după ce expiră durata de realizare a testelor și probelor pentru punerea în funcțiune.

Contestatorul menționează că, în conformitate cu cerințele de la cap. 2.2.1.1 „Legi aplicabile pentru lucrări civile” și cap. 2.2.4 din vol. 3, ofertanții trebuie să aplice atât „Regulamentul de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora”, așa cum prevede H.G. nr. 273/1994 pentru recepția la terminarea lucrărilor, cât și „Regulamentul

de recepție a lucrărilor de montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice și a punerii în funcțiune a capacităților de producție”, așa cum prevede H.G. nr. 51/19..., acte normative conform cărora etapele de „recepție la punerea în funcțiune”, respectiv de „recepție definitivă la atingerea parametrilor garanți” sunt distincte de etapa de „recepție la terminarea lucrărilor”, care poate fi realizată concomitent atât pentru partea de construcții civile și instalații aferente acestora, cât și pentru partea de construcții și montaj echipamente și instalații tehnologice, motiv pentru care testele pentru darea în exploatare (testele și probele pentru punere în funcțiune și testele și probele de performanță), prevăzute la capitolul 1.16.2 din volumul 3, se consideră că încep după ce are loc „recepția la terminarea lucrărilor” sau, altfel spus, după ce se finalizează execuția lucrărilor.

Contestatorul învederează că, probabil, din forma defectuoasă pe care o au clauzele contractuale referitoare la definiții (art. 2), teste (art. 18, 19), finalizarea lucrărilor (art. 20.1), la recepții (art. 20.1 și 20.2), din răspunsurile la clarificare reiese că recepțiile contractului se desfășoară doar în conformitate cu prevederile H.G. nr. 273/1994 și nu și cu cele ale H.G. nr. 51/19..., deși obiectul contractului îl constituie o instalație tehnologică și cu atât mai mult cu cât aceasta este o cerință obligatorie pentru ambele părți.

În opinia contestatorului, cerința de la cap. 11.3 din fișa de date a achiziției, perioada de 20 luni prevăzută a fi „durata contractului sau termenul pentru finalizare”, trebuie interpretată ținând seama atât de cerințele prevăzute în volumul 3, cât și de conținutul clauzei 6.1 din cadrul art. 6 „Durata contractului”, conform căreia „Durata de execuție a prezentului contract este de maxim 32 luni (inclusiv minim 12 luni perioadă de notificare a defectelor)”.

În contestație se subliniază că, luând în considerare și modul în care trebuie efectuate recepțiile în cadrul contractului, rezultă următoarele:

- perioada de 20 luni indicată de autoritatea contractantă, reprezintă „durata de execuție a lucrărilor din cadrul contractului” sau, altfel spus, „termenul pentru finalizare a execuției lucrărilor din cadrul contractului”, definiție care pune în acord toate cerințele legate de această durată din cadrul celor 3 documente;

- „Durata contractului”, de 32 luni, este dată de suma dintre „durata de execuție a lucrărilor”, de 20 luni, și „Perioada de notificare a defecțiunilor”, de 12 luni.

Față de cele de mai sus, se solicită următoarele:

- obligarea autorității contractante la corectarea răspunsurilor legate de duratele specifice contractului și de momentele de referință (momentele cheie) care marchează aceste durate, ținând cont, cu prioritate, de prevederile din volumul 3 „Cerințele angajatorului”;

- obligarea autorității contractante la fundamentarea răspunsurilor sale legate de duratele specifice ale contractului și de momentele de referință care marchează aceste durate, prin raportare la modul în care sunt prevăzute acestea în cadrul studiului de fezabilitate;

- obligarea autorității contractante la luarea în considerare a prevederilor legale în materie de recepții ale lucrărilor și instalațiilor tehnologice, în vederea consolidării răspunsurilor de clarificare ce vor urma din partea autorității contractante.

Referitor la cel de-al doilea motiv, respectiv că răspunsurile autorității contractante sunt de natură să modifice sensul cerințelor din documentația de atribuire, contestatorul arată că durata contractuală pentru finalizarea execuției lucrărilor, indicată la cap. 11.3 din fișa de date a achiziției, nu poate include, în interiorul său, și perioada de 3 luni aferentă efectuării testelor și probelor pentru punerea în funcțiune, ci trebuie să se limiteze doar la finalizarea lucrărilor, fără a include și testele pentru punere în funcțiune, care reprezintă o etapă distinctă, ce ține de punerea în funcțiune, însă, prin răspunsul la întrebarea nr. 1 din cadrul adresei nr. 18090 din 28.02.2013, autoritatea contractantă modifică sensul cerințelor prezentate în fișa de date a achiziției și în volumul 3, ceea ce este inacceptabil, pentru că, pe de o parte, obligă executantul să-și planifice într-un timp mult mai scurt activitățile contractului, iar, pe de altă parte, prezintă sugestii cu privire la scurtarea programului de timp pentru activitățile contractului, sugestii ce nu pot fi luate în considerare de către ofertanți, întrucât nu pot fi susținute în orice condiții, fiind o situație pur ipotetică. În contestație se învederează că termenul de execuție nu poate să facă abstracție de prevederile legale și de timpul efectiv necesar pentru implementarea unui proiect de acest tip, cu atât mai mult cu cât contractul prevede penalități pentru întârziere. Având în vedere aspectele semnalate mai sus, ... solicită, de asemenea, și adaptarea și corectarea, de către autoritatea contractantă, a modelului de contract publicat în SEAP, în sensul expres prevăzut de lege, precum și ținând cont de legislația în materie de achiziție publică.

Deoarece prin clarificarea nr. 12036 din 06.02.2013, majoritatea clauzelor / articolelor contractuale sunt declarate cerințe obligatorii, contestatorul solicită, referitor la acest capăt de cerere, următoarele:

- obligarea autorității contractante de a retrage modelul de contract propus, până la corectarea tuturor aspectelor privitoare la momentele de referință (recepția la terminarea lucrărilor, recepția la punerea în funcțiune, recepția definitivă la atingerea parametrilor garanțați) și, în consecință, la duratele specifice contractului (durata de execuție a lucrărilor, durata de punere în funcțiune, durata pentru atingerea parametrilor garanțați);

- obligarea autorității contractante de a introduce / adăuga clauze cu privire la „recepția la punerea în funcțiune” (art. 20.1¹ nou), respectiv cu privire la „recepția definitivă la atingerea parametrilor garanțați” (art. 20.1² nou), în conformitate cu prevederile legale sus-menționate;

- obligarea autorității contractante de a muta clauzele 18.1 alin. 2, 3 și 4 în cadrul clauzei 19.1, deoarece aceste cerințe sunt parte a testelor după terminarea lucrărilor (teste+probe de punere în funcțiune respectiv teste+probe de performanță), care sunt detaliate în cadrul art. 19;

- obligarea autorității contractante de a corecta definițiile utilizate în modelul de contract, în conformitate cu argumentele prezentate mai sus, precum și de a introduce definiții noi, corespunzătoare pentru următoarele: recepția la punerea în funcțiune, recepția definitivă la atingerea parametrilor garantați, proces-verbal de recepție la punerea în funcțiune, proces-verbal de recepție definitivă, perioada de notificare a defectiunilor, durata de execuție a lucrărilor, durata de punere în funcțiune, durata probelor de performanță, durata totală a contractului.

De asemenea, contestatorul solicită următoarele:

- obligarea autorității contractante de a permite formularea de amendamente din partea ofertanților la clauzele obligatorii și depunerea acestora în cadrul ofertelor, amendamente care să aibă ca scop corectarea erorilor din cadrul clauzelor contractuale obligatorii, indiferent de natura acestor erori;

- obligarea autorității contractante de a permite, prin intermediul mecanismului de solicitare / răspuns clarificări în cadrul perioadei de elaborare a ofertelor, completarea clauzelor contractuale obligatorii în măsura în care acestea completează sau modifică, în sensul clarificării, conținutul lor și sunt acceptabile pentru autoritatea contractantă.

- obligarea autorității contractante de a extinde, în mod rezonabil, perioada de elaborare a ofertelor, cu cel puțin 45 zile calendaristice, prin modificarea datei limită actuale de depunere a ofertelor la o dată ulterioară acesteia, dată până la care toate problemele legate de clauzele contractuale să poată fi clarificate prin mecanismul „solicitare ofertant / răspuns autoritate contractantă”.

În probațiune, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: scrisoarea de clarificare nr. 18090 din 28.02.2013, scrisoarea de clarificare nr. 13775 din ... explicație grafică privind duratele și momentele de referință specifice contractului, dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... depusă tot de de către ... împotriva adresei nr. 21571 din 12.03.2013, emisă de aceeași autoritate contractantă, ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, se solicită anularea scrisorii de clarificare nr. 21571 din 12.03.2013 și obligarea autorității contractante de a revizui condițiile contractuale de plată (art. 22).

Contestatorul arată că, prin adresa nr. 138 din 06.03.2013 (IS2-020/13), a solicitat autorității contractante să clarifice modul în care se face plata echipamentelor și materialelor și să revizuiască condițiile de plată prevăzute în propunerea de contract, conform căroră, exceptând plata în avans de 10%, executantul nu va primi nici o plată pentru echipamente și materiale până când acestea nu vor fi montate în șantier, deși prețul echipamentelor și materialelor împreună cu activitățile de proiectare asociate acestora reprezintă aproximativ 50% din valoarea contractului.

În opinia contestatorului, prin decalarea plăților până la finalizarea perioadei de montaj, autoritatea contractantă impune executantului

finanțarea proiectului prin creditarea furnizorilor pe întreaga perioadă de montaj, fără a oferi vreo garanție de plată pentru această perioadă.

Prin solicitarea de clarificare în cauză, contestatorul solicită revizuirea acestei condiții de plată și revenirea la condițiile de plată progresivă, respectiv la livrarea echipamentelor.

În contestație se menționează că, prin răspunsul autorității contractante, formulat prin adresa nr. 21571 din 12.03.2013, autoritatea contractantă a confirmat faptul că prețul aferent utilajelor și echipamentelor tehnologice incluse în lucrări va fi plătit de către achizitor, în conformitate cu prevederile art. 22.6 din modelul de contract, iar condițiile de plată au fost stabilite în funcție de cash-flow-ul pe care trebuie să îl asigure antreprenorul, în conformitate cu prevederile de la secțiunea III.2.2) „Capacitatea economică și financiară”, din fișa de date a achiziției.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă impune “condiții exorbitante” de plată, disproporționate în raport cu cerințele de calificare.

Se învederează că documentația de atribuire din această procedură este aproape identică cu cea din prima procedură de atribuire, publicată în 31.12.2010, fiind efectuate numai câteva mici modificări, care au degradat, în mod serios, condițiile în care trebuie executat proiectul.

În contestație se prezintă un grafic cu cash-flow-ul cumulat după primirea ordinului de începere a lucrărilor, conform căruia acesta depășește pentru o perioadă de circa 6 luni, cele 14.500.000 lei prevăzute drept criterii de calificare, ajungând la un minus de 30.000.000 lei.

Contestatorul concluzionează că, solicitările privind plățile, așa cum sunt prevăzute în art. 22 din modelul de contract, sunt disuasive și disproporționate în raport cu criteriile de calificare.

... mai afirmă că, dacă nu vor fi descurajați toți operatorii economici, atunci această cerință va fi discriminatorie pentru cei interesați.

În probațiune, au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: scrisoarea de clarificare nr. 21571 din 12.03.2013 și dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Cu adresa nr. 16829 din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 5985 din a transmis punctul său de vedere față de prima dintre contestațiile depuse de către ... prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată și netematică.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, prin anunțul de participare nr. ... și documentația de atribuire, publicată în întregime în SEAP, a prezentat cerințele pe care le-a considerat necesare pentru evaluarea ofertanților, raportat la importanța și valoarea proiectului ce urmează a se implementa.

În punctul de vedere se menționează că, la stabilirea cerințelor privind experiența similară, s-au respectat prevederile art. 7, art. 8 alin. (1), art. 9 lit. a) din H.G. nr. 925/2006, art. 178 alin. (2) și art. 179 alin.

(2) din O.U.G. nr. 34/2006, impunându-se suficient de multe cerințe pentru a se asigura că ofertanții vor realiza performanțele garantate.

În opinia autorității contractante, sub pretextul interesului ca autoritatea contractantă să beneficieze de ofertanți cu experiență identică, contestatorul solicită, de fapt, restricționarea concurenței, propunând interpretări ale criteriilor/cerințelor de calificare care sunt exclusiv în avantajul său.

Se învederează că, pe baza datelor din documentația de atribuire, ce reprezintă situația reală/date minime pentru proiectarea instalației de desulfurare, câștigătorul procedurii trebuie să proiecteze o instalație nouă.

Autoritatea contractantă arată că cerința privind experiența similară o îndeplinește orice operator economic care a avut potențialul tehnic și organizatoric de a construi o instalație de desulfurare, în orice tehnologie. Se subliniază că există un singur cod CPV, și anume 45253200-7 - Lucrări de construcții de stații de desulfurare, întrucât toate tipurile/tehnologiile de reținere a SO₂ sunt lucrări similare.

... precizează că, în vol. 3 - „Cerințe beneficiar”, cap. 3.6.2., s-a specificat că experiența antreprenorului/constructorului trebuie să fie în proiectarea, execuția, punerea în funcțiune a unei instalații de desulfurare, în general, și nu de tip semi-umed, așa cum încearcă contestatorul să inducă ideea eronată că obiectul contractului și experiența anterioară trebuie să fie identice, deși din text nu reiese că între obiectul lucrării și experiență există identitate.

Autoritatea contractantă menționează că potențialul ofertant, invocat de contestator, a înțeles și a dorit să se confirme că obiectul contractului este construcția unei instalații de desulfurare de tip semi-umeda, iar experiența similară trebuie să fie în instalații de desulfurare, în general. Invocând și decizia C.N.S.C. nr. ... din ... autoritatea contractantă arată că a răspuns identic atât acelui potențial ofertant cât și contestatarului, respectiv că experiența similară nu trebuie să fie identică, ci similară, deci se admite ca experiență similară realizarea unei instalații de desulfurare de orice tip și tehnologie.

Autoritatea contractantă susține că a răspuns la solicitările de clarificări, cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, în contextul în care întrebările contestatorului nu au fost de clarificare/lamurire/explicitare/limpezire, așa cum prevede și Ordinul Președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 171/2012, ci presupuneau efectuarea unei evaluări a fiecărei situații ipotetice, or, în această etapă a procedurii, nu se poate face evaluarea unor situații ipotetice de calificare funcție de deținerea licenței, în condițiile în care în documentația de atribuire nu sunt prevăzute cerințe de calificare referitoare la licențe.

Arată că, în opinia sa, indicarea tipului de tehnologie drept cerință de calificare ar conduce la restricționarea participării la procedură a operatorilor economici și ar determina, implicit, și încălcarea prevederilor art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Invocând prevederile art. 45 și art. 32 alin. 1 și 2 din Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă arată că, în fișa de date a achiziției, a solicitat ofertanților să facă dovada că pot îndeplini obiectul contractului și că au mai realizat astfel de tipuri de proiecte.

Față de prevederile legale susinvocate și de faptul că deținerea și utilizarea unui drept de proprietate industrială/intelectuală cade exclusiv în obligația ofertantului, autoritatea contractantă susține că nu se află în situația de a încălca drepturile de proprietate intelectuală ale proprietarilor legali ai tehnologiei.

În opinia autorității contractante, toate argumentele contestatorului privind diferențele între tehnologia de desulfurare umedă și semiumedă sunt nerelevante din punct de vedere al experienței similare, în ambele cazuri fiind vorba despre reținerea SO₂ din gazele rezultate din arderea cărbunelui în cazan, deci orice instalație care reține SO₂ poate constitui experiență similară, indiferent de reacțiile chimice prin care acesta se reține.

Autoritatea contractantă susține că, în situația în care ar solicita experiență similară numai în construcția de instalații de desulfurare semi-umeda, ar încălca prevederile O.U.G. nr. 34/2006 și art. 8 din H.G. nr. 925/2006.

Arată, de asemenea, că solicitările și criticile contestatorului asupra unor aspecte în legătură cu care C.N.S.C. s-a pronunțat printr-o decizie ramasă definitivă și irevocabilă prin neatacare cu plângere, de către niciuna dintre părți, au ca scop de a determina autoritatea contractantă să impună cerințe de calificare care să poată fi respectate de un număr redus de ofertanți, ceea ce va conduce, printre altele, și la utilizarea nejudicioasă a fondurilor publice.

În opinia autorității contractante, prin depunerea de contestații repetate, în care interpretează și „virgula”, contestatorul urmărește chiar pierderea finanțării europene, deși critică perioada scurtă de execuție de 20 de luni, toate demersurile sale fiind de natură a scurta și mai mult perioada de timp disponibilă implementării, având în vedere că proiectele finanțate prin POS Mediu au ca termen limită, stabilit de Comisia Europeană data de 31.12.2015.

În punctul de vedere se arată că, de fapt, contestatorul îndeplinind cerințele de calificare, dorește restrângerea cadrului concurențial, ceea ce contravine prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Autoritatea contractantă susține că nu a încălcat prevederile art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, postatând în SEAP răspunsurile la toate clarificările primite din partea potențialilor ofertanți, cu respectarea termenului „de regulă 3 zile lucratoare de la primirea unei astfel de solicitări”, raportat la numărul mare de întrebări precum și la complexitatea acestora.

... opinează că art. 33 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 trebuie interpretat în sensul că documentația de atribuire reprezintă un ansamblu de documente care conține informații generale și specifice referitoare la

desfășurarea unei proceduri al cărei scop este atribuirea contractului de achiziție publică, în care autoritatea stabilește regulile privind participarea, cerințele pe care trebuie să le îndeplinească operatorii economici, condițiile pe care trebuie să le îndeplinească oferta, formalitățile care trebuie urmate pentru depunerea acesteia, precum și termenii derulării contractului ce urmează a fi atribuit, fiind guvernată de principiile nediscriminării, transparenței, tratamentului egal, recunoașterii reciproce, proportionalității și eficienței utilizării fondurilor publice.

Cu adresa nr. 18151 din 25.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 6632 din 27.02.2013, ... a transmis punctul său de vedere față de a doua contestație depusă de ... în care, pe fondul cauzei, subliniază că, în conformitate cu prevederile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, ofertele trebuie să respecte cerințele caietului de sarcini, prevăzute la art. 33 alin. (2) lit. d) din același act normativ.

Autoritatea contractantă menționează că, în evaluarea ofertelor, trebuie să se țină seama de prevederile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 33 alin. (2), art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 36 alin. (2) lit. a) din H.G. nr. 925/2006.

Referitor la solicitarea de anulare a scrisorii de clarificare nr. 13526 din 15.02.2013 și de obligare a autorității contractante de a oferi un răspuns clar și concret cu privire la întrebările nr. B1 - B9 din cadrul solicitării de clarificari nr. IS2-006/2013 din 12.02.2013, ... susține că acele critici sunt nereale, deoarece clauzele contractuale au făcut deja obiectul unei decizii a C.N.S.C., iar întrebările formulate de contestatoare nu erau unele de clarificare, în sensul reglementat de prevederile Ordinului Președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 171/2012, ci de interpretare a contractului ca un întreg, clauzele și documentele contractului întrepătrunzându-se, astfel că obligația autorității contractante de „a clarifica” se transformă în asistență juridică pentru interpretarea documentelor contractului și textului acestuia, cele 3 contestații depuse de ... neavând alt rost decât de a șicana autoritatea contractantă pentru a o obliga să prevadă în documentația de atribuire condiții și cerințe care să crească riscurile acesteia și să reducă, în mod nelegal, concurența.

Se menționează că modelul de contract nu este unul stabilit printr-o reglementare a unei autorități, ci este întocmit de autoritatea contractantă, în virtutea dreptului acesteia de a-l stabili.

În ceea ce privește obligarea autorității contractante de a revizui lista de condiții contractuale obligatorii conform deciziei C.N.S.C. nr. ... din ... a instrucțiunilor A.N.R.M.A.P. din 12.10.2012 și a indicațiilor date de către DG Market în cadrul reclamației CHAP (2012) 00665 și CHAP (2012) 00027, autoritatea contractantă învederează că orice contract de achiziție publică reprezintă un contract administrativ, iar interesul public prevalează celui privat, astfel încât alegerea modelului de contract este dreptul autorității contractante, nefiind statuat legal un anumit model/tip de contract.

În opinia autorității contractante, modelul de contract respectiv nu conduce la inechități, dezechilibre și nu conține clauze discriminatorii,

criticile contestatorului nefiind unele reale. În acest sens, se precizează că responsabilitățile părților sunt prevăzute la art. 10 și 11 din modelul de contract și nu pot fi limitate, penalitățile contractuale nu sunt singurele remedii datorate de către executant, în volumul 4 al documentației de atribuire care face parte din modelul de contract fiind prevăzute și alte remedii în afara penalităților, iar rolul inginerului este luat de „reprezentantul achizitorului”.

Autoritatea contractantă menționează că, urmare a punerii în aplicare a deciziei C.N.S.C. nr. ... din ... a prevăzut clauzele contractuale obligatorii, prin raportare atât la interesul public ce se dorește a fi apărat, cât și la complexitatea și natura contractului.

În sprijinul argumentelor de mai sus, se invocă și sentința civilă nr. 412 din 20.09.2011 a Curții de Apel

Subliniind că rolul condițiilor contractuale este de a pune la adăpost autoritatea contractantă de un comportament inadecvat al antreprenorului, cu atât mai mult cu cât, în cazul de față, durata de implementare a contractului este esențială, în punctul de vedere se susține că aceste condiții contractuale nu vor conduce la excluderea celor mai experimentați profesioniști, ci dimpotrivă, cu cât experiența este mai mare, cu atât este mai mic riscul de a se ajunge la aplicarea de penalități/ rezilierea contractului.

În ceea ce privește pretinsa „discriminare și privare” a contestatorului, autoritatea contractantă susține că sunt lipsite de fundament, bazându-se doar pe presupuneri ipotetice.

Referitor la solicitarea de obligare a autorității contractante de a retrage, din SEAP, anexa nr. 4 atașată la contestația nr. ... din invocă prevederile art. 271 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, conform cărora are obligația de a înștiința despre depunerea unei contestații și pe ceilalți participanți încă implicați în procedura de atribuire, inclusiv prin transmiterea copiei contestației respective, precum și prevederile art. 1¹ lit. b) din Legea nr. 11/1991, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora constituie secret comercial informația care nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, iar deținătorul a luat măsuri rezonabile pentru a fi menținută în regim de secret, protecția secretului comercial operând atâta timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite.

În opinia autorității contractante, informațiile prezentate în cadrul anexei 4 la contestație nu constituie o informație confidențială intrinsecă, prezentând scheme cu caracter general care, potrivit susținerilor contestatorului, sunt deja protejate de un drept de proprietate intelectuală (trade mark), în conformitate cu legislația aferentă, iar, din moment ce au fost atașate contestației, se consideră că ... și-a exprimat acordul de a fi făcute publice, asumându-și, astfel, aplicarea prevederilor legislative în materia achizițiilor publice, care impun obligația autorității contractante de a face publică contestația, cât și caracterul public al

dosarului de achiziție publică, potrivit principiului de drept „nemo censetur ignorare legem”.

Având în vedere prevederile legale susmenționate, cât și faptul că deținerea și utilizarea unui drept de proprietate industrială/intelectuală cade exclusiv în obligația ofertantului, autoritatea contractantă susține că nu se află în poziția de a încălca drepturile de proprietate intelectuală prin publicarea, în SEAP, a anexei nr. 4.

... învederează că, prin solicitările și criticile față de care Consiliul s-a pronunțat deja, printr-o decizie rămasă definitivă și irevocabilă prin neatacare cu plângere, contestatorul încearcă să deteremine autoritatea contractantă să impună cerințe de calificare care să poată fi respectate de un număr redus de ofertanți, ceea ce ar conduce, printre altele, și la utilizarea nejudicioasă a fondurilor publice.

Autoritatea contractantă prezumă că, depunând contestații repetate, cu interpretarea excesivă a prevederilor din documentația de atribuire, contestatorul urmărește pierderea finanțării europene, toate demersurile sale fiind exclusiv de natură a scurta și mai mult perioada de timp disponibilă implementării, al cărei termen limită, stabilit de Comisia Europeană, este 31.12.2015.

Față de cele din punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită, ca, în măsura în care Consiliul consideră că obiectul acestei contestații este corect formulat, contestația să fie respinsă, ca neîntemeiată, nefondată și nelegală, iar documentele emise de autoritatea contractantă să fie menținute, așa cum au fost publicate în SEAP.

Cu adresa nr. 16262 din 20.02.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 6176 din 22.02.2013, ... a depus, în copie conformă cu originalul, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Cu adresa nr. 28103 din 25.03.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9362 din 25.03.2013, ... a transmis punctul său de vedere la ultima contestație depusă de ... prin care solicită respingerea acesteia, ca tardivă, inadmisibilă și nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, interpretând „per a contrario” prevederile art. 256² alin. 1 lit. a) și b) și alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 2 din Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 171/2012, rezultă că, atâta timp cât autoritatea contractantă nu a modificat, prin răspunsurile sale, conținutul documentației de atribuire, prorogarea termenului legal de contestație nu operează.

Autoritatea contractantă subliniază că actul atacat de către contestator este, în fapt documentația de atribuire publicată în SEAP în data de 21.12.2012, care a făcut obiectul contestației soluționate prin Decizia C.N.S.C. nr. ... din ... motiv pentru care consideră că adresa de clarificare în cauză nu este aptă, prin ea însăși, să producă efecte juridice în sensul prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004, respectiv să dea naștere, să modifice sau să stingă raporturi juridice, în speță actul administrativ care produce efecte juridice fiind documentația de atribuire publicată în SEAP.

În acest sens, se invocă practica judiciară, care, în Decizia Curții de Apel Alba Iulia - secția contencios administrativ și fiscal nr. 151 S/CA din 8 septembrie 2010 a statuat în sensul celor de mai sus.

Autoritatea contractantă precizează că solicitarea contestatorului cu privire la „obligarea autorității contractante de a revizui condițiile contractuale de plată (art. 22)” a făcut și obiectul contestației solutionate prin decizia C.N.S.C. nr. ... din ... prin care s-a dispus obligarea autorității contractante la emiterea unei adrese de clarificare cu indicarea clauzelor contractuale obligatorii.

În punctul de vedere se menționează că, în vederea punerii în aplicare a acestei decizii, autoritatea contractanta a publicat în SEAP adresa nr. 12039 din 06.02.2013, în cadrul căreia se prevede în mod expres faptul că art. 22 face parte dintre cerințele obligatorii și nu poate face obiectul negocierilor.

Solicită Consiliului să constate că există autoritate de lucru judecat în ceea ce privește condițiile contractuale, în baza deciziei C.N.S.C. rămasă definitivă și irevocabilă.

Autoritatea contractantă susține că, prin răspunsul formulat, a reconfirmat informațiile cuprinse în documentația de atribuire, respectiv:

„Orice referire la procedura anterioară este nerelevantă, deoarece fiecare procedură de achiziție publică are propria documentație de atribuire.

Buletinele de probe și încercări solicitate drept document justificativ pentru plata echipamentelor în cadrul situațiilor de lucrări de montaj sunt cele emise de către furnizorul echipamentelor, adică cele aferente probelor și încercărilor efectuate în fabrică.

Confirmăm faptul că prețul aferent utilajelor și a echipamentelor tehnologice incluse în lucrări va fi plătit de către achizitor în conformitate cu prevederile art. 22.6 din modelul de contract. Condițiile de plată au fost stabilite în funcție de cash-flow-ul pe care trebuie să îl asigure Antreprenorul. „În conformitate cu prevederile din fișa de date secțiunea 111.2.2) Capacitatea economică și financiară „Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la credite sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării de 14.456....3,55 lei pentru o perioadă de 3 luni.” Îndeplinirea acestei cerințe de către antreprenor permite acestuia să acopere și contravaloarea echipamentelor până la montarea lor în instalație, când vor fi plătite de către achizitor. În plus achizitorul va acorda un avans executantului de 10% din prețul contractului într-o singură transă, care va fi dedus progresiv, în procent de 15%”.

În opinia autorității contractante, cerința ca plata echipamentelor să se efectueze la punerea în operă a acestora nu este neuzuală și exorbitantă, ci pune la adăpost autoritatea contractantă de intenția operatorilor economici de a livra echipamentele la începutul lucrărilor,

pentru a încasa contravaloarea acestora, iar, până la punerea în operă echipamentele se degradează.

În punctul de vedere se precizează că se dorește să se realizeze construcția unei instalații de desulfurare și nu să se cumpere echipamente pentru instalația de desulfurare, iar, prin condițiile de plată impuse, se dorește ca livrările și, deci și plățile echipamentelor să se efectueze ritmic pe fluxul de montaj și nu să se plătească echipamente care să stea în depozite în regim de custodie, ci echipamente care să meargă la montaj. În opinia autorității contractante, contestatarul trebuie să încheie contractele cu furnizorii săi, astfel încât livrările să se efectueze atunci cind trebuie montate. Specificând că graficul de montaj și corelarea livrărilor cu montajul este obligația și dreptul ofertantului, autoritatea contractantă subliniază că ofertantul este cel care poate influența cash-flow-ul, iar dacă acesta este negativ sau pozitiv depinde exclusiv de modul în care sunt negociate contractele.

Autoritatea contractantă învederază că acest contract este în fond „green-field”, în care acesta nu asigură decât predarea amplasamentului, plata execuției contractului și preluarea instalației după recepție, fiind aberant să se vorbească despre disproporționalitatea prevederilor clauzelor contractuale, neuzualitate, împărțire riscuri, etc. în condițiile în care modul de realizare a obiectului contractului depinde exclusiv de către ofertant/antreprenor.

Cu adresa nr. 147 din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 7644 din 14.03.2013, ... a formulat „note scrise” în susținerea celor 2 contestații și în contradictoriu cu punctele de vedere al autorității contractante.

Referitor la cerința de calificare privind experiența similară în realizarea de instalații de desulfurare semi-uscată, contestatorul dezvoltă ideea că procesele de desulfurare umedă și semi-uscată sunt foarte diferite, necesitând competențe și o expertiză tehnică complet diferite, precum și implementarea unor proiecte și tehnici diferite.

Contestatorul învederează că autoritatea contractantă a prevăzut anumite condiții contractuale prin care responsabilitatea contractantului este nelimitată, motivul pentru care a solicitat clarificări/confirmări cu privire la 9 aspecte contractuale.

În acest sens, se menționează condițiile de plată ale echipamentelor și materialelor, conform cărora, înainte de finalizarea etapei de montaj, autoritatea contractantă nu va plăti decât avansul de 10%, ceea ce va conduce la un flux de numerar negativ pe majoritatea perioadei de derulare a proiectului, contractantului urmând să finanțeze proiectul până la sfârșitul etapei de montaj, fără a primi vreo garanție de plată.

Referitor la interesul public, invocat de autoritatea contractantă, contestatorul critică faptul că, în procedura anterioară, oferta sa, având cel mai mic preț, a fost respinsă ca având un preț anormal de scăzut, deși a instalat aproximativ 100 de instalații similare.

Invocând scrisorile primite de la Comisia Europeană - DG Market din 10.09.2012 și din 21.11.2012, contestatorul subliniază că nu este normal ca autoritatea contractantă să impună clauze de execuție

„dezechilibrate”, fără a lăsa candidaților altă opțiune decât să aleagă să ocolească regulile achizițiilor publice.

Precizând că este întru totul de acord cu decizia C.N.S.C. nr. ... din ... contestatorul susține că modelul de contract propus încalcă această decizie și este în contradicție cu recomandările Comisiei Europene - DG Market, respectivul contract fiind transformat într-un contract de adeziune.

Contrar opiniei Autorității Contractante, formularea unui contract inechitabil nu este calea corectă de a obține execuția în siguranță a unui proiect de o asemenea complexitate la cel mai bun preț. Acest lucru se poate obține numai prin calificarea pentru participare la procedura de achiziție publică a unor contractori cu o solida experiență.

... critică prevederile art. 14.1 - „Informații despre șantier” paragrafele 2 și 3 subliniind că riscurile și evenimentele neprevăzute nu pot fi cunoscute, iar contractantul nu are posibilitatea de a obține vreo informație înainte de a efectua foraje, ci se bazează doar pe informațiile din documentația de atribuire pentru a determina volumul de excavații, mărimea fundațiilor, necesitatea fundării pe piloți, îndepartarea rețelelor subterane existente de utilități, poluarea solului cu substanțe periculoase, etc., fără a avea acces la vreun studiu geologic.

Contestatorul critică și faptul că, la art. 16.1 al propunerii de contract, care este obligatoriu, nu este oferită nicio informație în legătură cu condițiile subterane, iar contractantul este obligat să execute lucrările de construcții civile pentru un preț fix, indiferent de condițiile subterane.

Susține, totodată, că afirmațiile autorității contractante, conform cărora informațiile prezentate în cadrul anexei 4 la contestație nu constituie o informație confidențială intrinsecă, prezentând scheme cu caracter general (instalație tipică/principiu de funcționare) sunt neadevărate, întrucât schemele instalației de desulfurare semi - uscată prezentate reprezintă chiar structura și elementele soluției tehnice pe care ... a conceput-o și pe care dorește să o propună în oferta sa, dezvăluind informații care pot influența structurarea propunerilor celorlalți operatori economici.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și proportionalității și determină consecințe ireversibile pentru ... care ar putea pierde procedura de atribuire a acestui contract din pricina acestei conduite.

Se reiterează solicitarea de admitere a celor două contestații așa cum au fost formulate.

În probațiune, au fost depuse, în copie și în traducere în limba română, scrisorile Comisiei Europene DG-Market din 10.09.2012 și din 21.11.2012 și scrisoarea de referință privind instalația de desulfurare semi-uscată de la Janikowo.

Cu adresa nr. 24084 din 14.03.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 8167 din 14.03.2013, ... a transmis punctul său de vedere la contestația depusă de ... prin care solicită respingerea tuturor celor 7 capete de cerere, ca tardiv formulate, inadmisibile și nefondate.

Autoritatea contractantă arată că, interpretând „per a contrario” prevederile art. 256² alin. 1 lit. a) și b) și alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 2 din Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 171/2012, rezultă că, atâta timp cât autoritatea contractantă nu a modificat, prin răspunsurile sale, conținutul documentației de atribuire, prorogarea termenului legal de contestație nu operează.

În acest sens, se invocă Decizia Curții de Apel Alba Iulia - secția contencios administrativ și fiscal nr. 1518/CA din 08.09.2010.

Având în vedere argumentele de mai sus, ... solicită Consiliului respingerea contestației depusă de ... ca tardiv formulată.

Pe fond, autoritatea contractantă subliniază că referirile la contestația nr. 1137 din 28.12.2012, depusă de ... nu prezintă relevanță pentru prezenta contestație, întrucât aceasta a făcut obiectul deciziei nr. ... din ... care a fost pusă deja în aplicare. În acest sens, autoritatea contractantă precizează că asupra termenului de execuție, Consiliul s-a pronunțat prin decizia respectivă și nu mai poate face obiectul unei noi contestații.

Autoritatea contractantă susține că această contestație este neîntemeiată, deoarece răspunsurile la întrebările de clarificare au fost formulate în conformitate cu cerințele angajatorului și legislația aplicabilă, referitor la recepții.

Mai susține că răspunsurile la clarificări nr. 13775 din ... nr. 18090 din 28.02.2013 au avut la bază prevederile pct. 1.3 din vol. 3 „Cerințele angajatorului”, precum și prevederile legale privind efectuarea probelor și nu există contradicții între vol. 3 „Cerințele angajatorului”, contract și fișa de date a achiziției, conform cărora ofertantul are obligația de a prezenta, în ofertă, un grafic detaliat, denumit grafic de îndeplinire a contractului, care va cuprinde activitățile de proiectare, execuție, probe, etc., care va face parte din contract, cu termen total de 20 de luni, grafic în cadrul căruia vor fi stabilite termenele pentru teminarea lucrărilor, probelor și punerea în funcțiune, putându-se suprapune activitățile de proiectare cu cele de fabricație, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire.

În susținerea ideii că nu există diferențe între cele 3 documente, și că, prin răspunsurile la solicitările de clarificare, nu s-a modificat conținutul documentației de atribuire, autoritatea contractantă invocă prevederile secțiunii II.3) „Durata contractului sau termen de finalizare”, din fișa de date a achiziției, art. 6 „Durata contractului” alin. 6.2 și art. 7 „Executarea contractului”.

Autoritatea contractantă subliniază că, așa cum a precizat în răspunsul nr. 1 din adresa de clarificare nr. ... cap.1.2. din Vol. 3 se referă la scopul general al lucrărilor și numai cap. 1.3 se referă la programul lucrărilor.

În conformitate cu prevederile art. 3 și art. 8 din Regulamentul de recepție a lucrărilor de montaj utilaje, echipamente, instalații tehnologice și a punerii în funcțiune a capacităților de producție, aprobat prin H.G. nr. 51/19..., se arată în punctul de vedere, data începerii celor 2 probe este aceeași, însă finalizarea acestora poate avea loc la momente diferite,

motiv pentru care dovedirea terminării lucrărilor este reprezentată de trecerea, cu succes, a probei de 72 de ore, iar documentul care o dovedește este Certificatul de recepție la terminare, prevăzut la pct. 1.3 din vol. 3, care presupune efectuarea ambelor recepții, adică semnarea ambelor procese-verbale.

Față de cele de mai sus, ... susține că nu a încălcat prevederile H.G. nr. 51/19..., și nici că între cele 2 recepții trebuie să fie o perioadă de timp de 3 luni, ci doar de câteva zile, întrucât echipamentele sunt probate și testate și în fabrică, precum și pe șantier, în cadrul operațiunilor de montaj, iar reglajele instalației se fac în timpul funcționării acesteia. În punctul de vedere se arată că perioada de notificare a defectelor nu poate cuprinde și perioada de probe de punere în funcțiune, adică perioada în care instalația este în responsabilitatea executantului, deci nu a fost preluată de către Beneficiar, pentru ca acesta din urma să notifice Executantul asupra defectelor aparute în funcționare, chiar dacă instalația încă nu funcționează, fiind în probe. Se menționează că, în cele două răspunsuri la solicitările de clarificare, este precizat care este perioada în care se vor efectua probele pentru dovedirea parametrilor de performanță garantați, cu indicarea capitolului din „Cerințele angajatorului”, perioadă care nu este specificată în H.G. nr. 51/19....

Autoritatea contractantă arată că a avut în vedere că H.G. nr. 51/1994 prevede o singură dată pentru începerea recepției la terminarea lucrărilor și recepția pentru punere în funcțiune, iar referirile contestatorului conform cărora s-ar aplica numai prevederile H.G. nr. 273/19... sunt incorecte și nerealiste, deoarece, în articolele de contract indicate, nu se face referire la actele normative ci se prevede, în mod clar, cum vor fi respectate actele normative și cu precădere H.G. nr. 51/19....

În opinia autorității contractante, solicitarea contestatorului privind definirea și precizarea tuturor probelor este total nejustificată, ținând seama că, la art. 33 „Legea aplicabilă contractului”, se prevede „Contractul va fi interpretat conform legilor din România”.

Verificând respectarea dispozițiilor legale cu privire la termenul de depunere a contestației, în considerarea dispozițiilor art. 269 din ordonanța de urgență, Consiliul a solicitat ... să se pronunțe în legătură cu excepția tardivității contestației, invocată de către ... în punctul de vedere, raportat la prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, și art. 2 din Ordinul Președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 171/2012.

Cu adresa nr. A9917 din 18.03.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 8584 din 18.03.2013, ... a răspuns solicitării Consiliului, formulând punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației sale, în care, față de prevederile legale mai susinvocate, subliniază că această contestație privește în mod explicit și fără echivoc un răspuns de clarificare din cadrul scrisorii nr. 18090 din 28.02.2013, și nu are un obiect identic cu cel al contestației nr. 1137 din 28.12.2012, depusă de ... care a făcut obiectul deciziei C.N.S.C. nr. ... din ...

Invocând prevederile art. 256² alin. 1 lit. a) și alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 1 și art. 2 din Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 171/2012, ... susține că nu există o identitate a obiectului contestației sale cu obiectul deciziei Consiliului nr. ... din ... astfel încât nu se poate discuta despre autoritatea lucrului judecat și se justifică judecarea pe fond a contestației sale.

De asemenea, susține că această contestație privește, în mod explicit și fără echivoc, un răspuns de clarificare din cadrul scrisorii autorității contractante nr. 18090 din 28.02.2013, și este formulată în conformitate cu prevederile art. 256² alin. 1 lit. (a) din O.U.G. nr. 34/2006.

Atâta timp cât prin răspunsul de clarificare contestat, autoritatea contractantă modifică sensul unor cerințe inițiale ale documentației de atribuire și nu elimină toate ambiguitățile acesteia, punând potențialii ofertanți în imposibilitatea respectării unor cerințe ce decurg din legislația aplicabilă referitoare la recepții, contestatorul se consideră îndreptățit să formuleze contestația, având în vedere prevederile art. 2 alin. 2 din Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 171 / 2012.

În susținerea argumentelor cu privire la netemeinicia aplicării excepției de tardivitate, contestatorul prezintă, succint, modificările documentației de atribuire și ambiguitățile pe care răspunsul de clarificare vizat de contestație le amplifică, în loc să le clarifice.

Un prim aspect criticat îl reprezintă termenul „durata de execuție a contractului”, care, conform răspunsului nr. 8(a) din adresa nr. 13775 din ... confirmat prin răspunsul din adresa nr. 18090 din 28.02.2013, „este de 20 luni de la emiterea ordinului de începere a lucrărilor și până la trecerea cu succes a probei de 72 ore”, ceea ce contravine prevederilor cap. 11.3 „Durata contractului sau termenul pentru finalizare”, din fișa de date a achiziției, care prevede 20 luni pentru finalizarea execuției lucrărilor contractului, considerat că începe de la emiterea „ordinului de începere a lucrărilor”. Contestatorul susține că în documentația de atribuire această perioadă se referă strict la „durata de execuție a lucrărilor contractului” și „nu trebuie” să includă teste și operațiuni de recepție aferente punerii în funcțiune, întrucât, conform celor prevăzute la cap. 11.2.1 „Cantitatea sau domeniul contractului”, contractul presupune realizarea activității I (proiectare, obținere avize și autorizații, pregătire personal exploatare) și activității II (furnizare echipamente, execuție lucrări construcții+montaj.), iar testele și operațiunile aferente recepțiilor sunt incluse în perioada de notificare a defectiunilor, perioadă care începe de la terminarea lucrărilor. Se învederează că „durata contractului” sau echivalent „durata de execuție a contractului” este definită distinct în cadrul cap. 1.3 „Programul lucrărilor”, vol. 3 - Cerințele Angajatorului, cât și la art. 6.1 din modelul de contract, ca fiind 32 luni (20 luni + PND), diferită de „durata de execuție a lucrărilor”, de 20 luni.

În opinia contestatorului, conform prevederilor cap. 11.2 - „Cantitatea sau domeniul contractului”, din fișa de date a achiziției, în interiorul perioadei de notificare a defectelor au loc testele și probele

(inclusiv proba de 72 ore) pentru punerea în funcțiune, precum și testele și probele de performanță pentru atestarea parametrilor garantați.

Invocă prevederi ale documentației de atribuire care au făcut obiectul modificărilor prin clarificările contestate: cap. 1.2 – „Scopul general al lucrărilor” - vol. 3, cap. 1.16.2. „Teste la punerea în funcțiune și probele de performanță” – vol. 3, cap. 2.2.1 „Legi general aplicabile pentru lucrări civile” – vol. 3, cap. 2.2.3 „Coduri și standarde principale pentru partea mecanică a instalațiilor (obligatorii)” – vol 3, cap. 2.2.4 „Echipament tehnologic mecanic și chimic aferent echipamentelor energetice” – vol 3.

Contestatorul critică răspunsul de clarificare al autorității contractante din adresa nr. 18090, conform căruia: „Numai cap. 1.3 din vol. 3 se referă la programul lucrărilor”, în timp ce „Cap. 1.2 se referă la scopul lucrărilor”, susținându-se că cerințele din cadrul vol. 3 au aceeași putere și trebuie luate în considerare, iar anularea unei cerințe constituie, de asemenea, o modificare a cerinței inițiale.

De asemenea, răspunsul la întrebarea 8 (b) este considerat de contestator a nu fi explicit, ci doar făcând trimitere la prevederile cap. 3.19 din vol. 3. În opinia contestatorului, referirile la recepția punerii în funcțiune și la momentele când au loc anumite operațiuni de teste și probe sunt imprecise și contradictorii.

Față de această situație, având în vedere prevederile legale în materie de recepții, care sunt obligatorii pentru părți și care trebuie să prevaleze în situația unor ambiguități ale cerințelor, contestatorul arată că a explicat că recepția la punerea în funcțiune trebuie să se realizeze în maxim 3 luni de la recepția la terminarea lucrărilor, după ce au loc testele și probele pentru punerea în funcțiune, în interiorul perioadei de notificare a defectelor, însă autoritatea contractantă a reluat răspunsul nr. 8 (b) din adresa 13775 în cadrul răspunsului 1 din adresa nr. 18090, ceea ce, în opinia contestatorului, constituie o modificare a cerințelor inițiale.

Semnaleză contradicții cu privire la termenii folosiți în cadrul modelului de contract și vol. 3.

Susține și că autoritatea contractantă nu interpretează corespunzător prevederile recepțiilor la terminarea lucrărilor, conform H.G. nr. 273 pentru cele de instalații tehnologice, conform H.G. nr. 51/19....

Cu aceeași adresă, ... a formulat „note scrise la punctul de vedere” în care precizează decizia C.N.S.C. nr. ... din ... este importantă, întrucât stabilește obligațiile autorității contractante de a corecta viciile de formă ale documentației de atribuire.

În opinia contestatorului, în contestație și în celelalte documente depuse de ... există suficiente date care să indice temeinicia motivelor și solicitărilor sale.

Contestatorul susține că există contradicții referitoare la modul cum interpretează autoritatea contractantă cerințele stabilite în cadrul documentației de atribuire, referitoare la durata de execuție a lucrărilor,

durata de testare și punere în funcțiune, respectiv la momentele care marchează aceste durate.

Precizează că principalele cerințe la care a făcut referire sunt prevăzute la cap. II.1.1 - „Denumirea dată contractului”, cap. 11.1.2 - „Tipul contractului, locul de executare a lucrărilor (...)”, cap. II.2 - „Cantitatea sau domeniul contractului”, cap. II.2.1. - „Cantitatea totală sau domeniul”, cap. II.3 - „Durata contractului sau Termenul pentru finalizare” din fișa de date a achiziției, art. 1 - „Părțile contractante”, art. 2 - „Definiții”, art. 6 - „Durata contractului”, art. 18 - „Testarea”, art. 19 - „Testele la terminarea lucrărilor”, art. 20.1 - „Finalizarea și recepția lucrărilor”, art. 33 - „Legea aplicabilă contractului” din - vol. 2 - „Model de Contract”, cap. 1.2. „Scopul general al lucrărilor”, cap. 1.3. „Programul lucrărilor”, cap. 1.7. „Graficul de execuție a lucrărilor”, cap. 1.16 „Testele instalațiilor”, cap. 1.16.1. „Testele în timpul execuției”, cap. 1.16.2. „Testele la punerea în funcțiune și probele de performanță”, cap. 1.16.3 Testele la lucrări civile, cap. 2.2 „Standarde, normative și reglementări de referință”, cap. 2.2.1 „Legi general aplicabile pentru lucrări civile”, cap. 2.2.1.1 „Legi general aplicabile”, cap. 2.2.3. „Coduri și standarde principale pentru partea mecanică a instalațiilor (obligatorii)”, cap. 2.2.4. „Echipament tehnologic mecanic și chimic aferent echipamentelor energetice”, cap. 3.19 - „Recepția și Exploatarea lucrărilor și echipamentelor” din vol. 3 și cap. 4.6.3. „Remedii și penalități” din vol. 4 „Liste”.

Contestatorul învederează că „recepția la terminarea lucrărilor de construcții și instalații aferente” nu poate fi opozabilă „recepției lucrărilor de montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice”, întrucât aceasta din urmă cuprinde, conform prevederilor art. 3 din H.G. nr. 51/19..., următoarele 4 etape de recepție: recepția la terminarea lucrărilor (RTL), recepția la punerea în funcțiune (RPIF), recepția definitivă la atestarea parametrilor garantați (RD=RPGA), recepția finală (RF), iar recepția la terminarea lucrărilor de construcții, reglementată de H.G. nr. 273/1994, este una dintre cele două etape de recepție cuprinse în „recepția lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora”.

Singura modalitate de derulare concomitentă a celor 2 categorii de recepții (aferente lucrărilor de construcțiilor, respectiv aferente lucrărilor de montaj instalațiilor tehnologice) este, în opinia contestatorului, aceea de a suprapune cele două etape de recepții la terminarea lucrărilor, precum și recepțiile finale aferente celor 2 categorii de recepții.

Contestatorul susține că RTL aferentă celor 2 categorii de lucrări se poate realiza simultan cu RPIF aferentă categoriei de lucrări de montaj instalații tehnologice, întrucât „recepția lucrărilor de montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice” se desfășoară în cele 4 etape de recepție, distincte și subsecvente, enumerate mai sus.

Susține că cele două „probe” la care face referire autoritatea contractantă și care semnifică de fapt „teste și probe” aferente finalizării lucrărilor, respectiv punerii în funcțiune a instalației, au finalități diferite și nu se pot desfășura decât etapă cu etapă; mai întâi au loc toate

operațiunile necesare terminării lucrărilor, se realizează recepția lucrărilor, apoi se trece la operațiunile necesare punerii în funcțiune (ce includ proba de 72 ore).

Art. 3 din Regulamentul HG 51/19... stabilește efectuarea recepției lucrărilor de montaj instalații tehnologice în patru (4) etape de recepție distincte și subsecvente, din care doar recepțiile la terminarea lucrărilor și recepțiile finale pot avea loc concomitent (atât pentru construcții, cât și pentru montajele tehnologice), arată contestatorul. Arată, de asemenea, că etapele de recepție la punerea în funcțiune, respectiv de recepție definitivă pentru atestarea parametrilor garanți, sunt distincte și trebuie să fie realizate subsecvent, după recepția la terminarea lucrărilor, iar aceasta rezultă din scopul / obiectul pe care îl au fiecare din aceste etape, fiecare etapă de recepție fiind precedată de operațiuni, teste și probe, eventual remedieri/refaceri, specifice fiecărei etape de recepție.

Se subliniază că, în conformitate cu prevederile art. 13/19... din H.G. nr. 51 și art. 14 din H.G. nr. 273/1994, la terminarea lucrărilor, comisia de recepție examinează următoarele:

- respectarea prevederilor din autorizația de construire, precum și avizele și condițiile de execuție impuse de autoritățile competente. Examinarea se va face prin: cercetarea vizuală a lucrării; analiza documentelor conținute în cartea tehnică a construcției sau a utilajului;
- executarea lucrărilor în conformitate cu prevederile contractului, ale documentației de execuție și ale reglementărilor specifice, cu respectarea exigențelor esențiale conform legii;
- referatul de prezentare, întocmit de proiectant, cu privire la modul în care a fost executată lucrarea;
- terminarea tuturor lucrărilor prevăzute în contractul încheiat între investitor și executant și în documentația anexată la contract.
- valoarea declarată a investiției

De asemenea, se precizează că, în conformitate cu prevederile art. 37 din H.G. nr. 51/199..., comisia de recepție, la punerea în funcțiune a instalației, examinează următoarele:

- verificarea realizării lucrărilor de montaj utilaje, instalații tehnologice;
- îndeplinirea tuturor condițiilor pentru punerea în funcțiune a capacităților de producție;
- verificarea efectuării prealabile a probelor tehnologice, existența condițiilor pentru exploatarea normală a instalațiilor și utilajelor tehnologice;
- referatul întocmit de proiectant, cu privire la modul în care a fost executată lucrarea;
- verificarea îndeplinirii prevederilor din avizele tuturor organelor de aviz, abilitate în acest scop.

În „note scrise”, se menționează că, în conformitate cu prevederile art. 63 din H.G. nr. 51/19..., comisia de recepție definitivă pentru atestarea parametrilor garanți examinează următoarele:

- finalizarea lucrărilor cerute la recepția lucrărilor de montaj utilaje și instalații tehnologice;

- referatul investitorului privind comportarea utilajelor tehnologice și a instalațiilor tehnologice pe perioada de la preluare a lucrărilor, inclusiv viciile aferente remedierea lor;

- realizarea performanțelor tehnice proiectate.

Invocând definiția din H.G. nr. 51/19... și H.G. nr. 273/1994, contestatorul susține că documentul care atestă recepția la terminarea lucrărilor este „Procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor”, care este identic cu „Certificatul de recepție la terminarea lucrărilor”, conform definiției de la art. 2 lit. (u).

Se specifică, de către contestator, că, în conformitate cu prevederile H.G. nr. 51/19..., procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor se eliberează după ce comisia de recepție examinează condițiile descrise în art. 13 din H.G. nr. 51/19... și în art. 14 din H.G. nr. 273/1994, la solicitarea antreprenorului, după ce acesta a notificat finalizarea lucrărilor.

Contestatorul subliniază că trecerea cu succes a probei de 72 ore este ultima condiție de admitere a recepției la punerea în funcțiune, însă eliberarea acestui document (certificat) nu are legătură cu nicio condiție de punere în funcțiune.

... arată că perioadă de timp, de (maxim) 3 luni pentru efectuarea testelor și probelor necesare pentru punerea în funcțiune, prevăzută la cap. 1.2 din vol. 3, trebuie corelată cu cerința de la cap. 11.2.1, din fișa de date a achiziției, unde se prevede că testele și operațiunile (de recepție) sunt în interiorul perioadei de notificare a defectelor, perioadă ce începe de la data recepției la terminarea lucrărilor, precum și cu cerința de la cap. 1.16.2 din vol. 3.

Contestatorul susține că perioada de timp de 3 luni, prevăzută la cap. 1.2 din vol. 3, reprezintă un interval de timp corespunzător pentru acest tip de instalație, iar aprecierea autorității contractante că această perioadă pentru operațiunile de testare și probe de punere în funcțiune ar dura doar câteva zile este nerealistă și total insuficientă și vine în contradicție cu libertatea antreprenorului de a propune planul de inspecții și teste „Conform Programului Antreprenorului” (documentul C4 din cadrul tabelului de la cap. 1.3.1 din vol. 3).

Referitor la susținerea autorității contractante, conform căreia perioada de notificare a defecțiunilor nu poate să cuprindă și perioada de probe de punere în funcțiune, întrucât instalația se află încă în responsabilitatea executantului, nefiind preluată de beneficiar, contestatorul invocă prevederile H.G. nr. 273/1994, conform cărora predarea construcțiilor și instalațiilor tehnologice se realizează cu ocazia admiterii recepției la terminarea lucrărilor, existând posibilitatea ca recepția la terminarea lucrărilor să se realizeze și parțial.

Invocând prevederi contradictorii din vol. 3 și fișa de date a achiziției, contestatorul solicită stabilirea explicită a momentului la care are loc predarea instalației, ținând cont de prevederile legale.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante conform căreia H.G. nr. 51/1994 nu stabilește perioada de timp în care se

efectuează proba de performanță, contestatorul susține că aceasta are loc după recepția la punerea în funcțiune, conform definiției de la art. 2 pct. (jj) din contract, deci, implicit, după finalizarea cu succes a probei de 72 ore, probă care este ultima condiție de admisibilitate a recepției la punerea în funcțiune). O altă contradicție criticată de contestator se referă la termenul în care parametrii garanți trebuie demonstrați, care este de 3 luni, la art. 2, pct. (jj) din contract, și de 6 luni, la art. 18.1. alin. (4) în vol. 4. În acest sens se invocă prevederile art. 61 din H.G. nr. 51/19....

Contestatorul critică decizia autorității contractante de a prevedea o singură dată pentru începerea recepției la terminarea lucrărilor și recepția pentru punerea în funcțiune, reiterând susținerile conform cărora etapele de recepție pentru terminarea lucrărilor, respectiv pentru punerea în funcțiune, sunt operațiuni distincte și nu se pot suprapune, întrucât la momentul notificării finalizării lucrărilor nu sunt realizate testele și probele necesare punerii în funcțiune, acestea urmând să fie efectuate după realizarea recepției la terminarea lucrărilor.

Susține că autoritatea contractantă nu a ținut cont, în elaborarea contractului, de prevederile H.G. nr. 51/19..., ci doar de prevederile H.G. nr. 273/1994, nefiind prevăzute clauze contractuale explicite pentru recepția la punerea în funcțiune respectiv pentru recepția definitivă la atestarea parametrilor garanți.

Contestatorul susține că solicitarea sa privind definirea și precizarea tuturor probelor este cât se poate de legitimă, întrucât vizează cerințe precise, clar identificabile, legate de recepția la punerea în funcțiune respectiv de recepția definitivă și nu se referă la „probe”, iar toate problemele semnalate, inclusiv cele legate de corectarea și completarea modelului de contract, pot fi rezolvate prin intermediul unei corecții aduse documentației de atribuire.

Cu adresa nr. 187 din 22.03.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9115 din 22.03.2013, ... a formulat „note scrise” în susținerea contestațiilor sale și a contestației depusă de ... și în contradictoriu cu punctul de vedere al autorității contractante la contestația depusă de ...

... arată că are o mare experiență în domeniu, realizând și punând în funcțiune peste 100 de instalații de desulfurare semi-uscată, și susține că proiectul în cauză nu poate fi executat în 20 de luni, ci în 33 de luni, așa cum s-a prevăzut în studiul de fezabilitate.

În opinia acestui contestator încercarea de reducere a duratei de execuție a proiectului cu mai mult de o treime, argumentată de depășirea perioadei de eligibilitate pentru subvențiile europene, nu poate duce decât la atragerea unor contractanți care vor dori să speculeze o prelungire a duratei proiectului.

Prin contrast, arată scesta, autoritatea contractanta achiziționează pentru prima dată acest tip de instalație și implementează primul proiect de desulfurare, iar consultantul căruia autoritatea contractantă i-a atribuit contractul de asistență tehnică nu a implementat încă niciun proiect similar în calitate de consultant.

Subliniind că în studiul de fezabilitate au fost descrise foarte bine fazele proiectului, care cuprind următoarele: 6 luni pentru proiectare, 12 luni pentru fabricare și procurare echipamente, 15 luni pentru activități de construcții-montaj (care se suprapun 6 luni cu perioada de execuție și montaj), 6 luni pentru punerea în funcțiune, deci o durată de 33 luni, iar duratele de execuție oferite în prima procedură au fost cuprinse între 26 și 33 luni, contestatorul arată că a ajuns la concluzia că acest proiect poate fi finalizat în 29 de luni în loc de 33 de luni.

Referitor la implementarea unui contract similar (identic) în municipiul Timișoara, cu o durată de execuție de 20 de luni, contestatorul a depus documente în susținere, pentru edificarea Consiliului cu privire la stadiul real al lucrărilor.

... critică contradicțiile dintre condițiile contractuale, caietul de sarcini și clarificările emise ulterior de autoritatea contractantă, evidențiate și în contestația depusă de ...

În sensul celor de mai sus, subliniază modificările efectuate în cap. 1.3 Volumul 3 - Cerințele Angajatorului, din noua procedură de atribuire, respectiv faptul că duratele de execuție au fost reduse cu 10 luni, fiind invocate prevederi care nu au sens, prevederi interpretabile, prevederi contradictorii, care nu sunt cazuri izolate.

Cu privire la comportamentul discriminatoriu al autorității contractante față de potențialii ofertanți, menționează că autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, anexa 4 la contestația sa din data de ... încălcând confidențialitatea și secretele sale comerciale, pe motiv că avea obligația de a publica și anexele la contestație, însă, atunci când un alt potențial ofertant a depus contestație, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, numai contestația, fără a publica și documentele care au însoțit contestația, pe care le-a publicat după 4 ore, însă numai după notificarea transmisă de ... prin scrisoarea nr. IS2 021/13 din 12.03.2013.

Contestatorul reiterează solicitarea de obligare a autorității contractante de a retrage din SEAP anexa 4 la contestația sa din data de

În opinia contestatorului, sunt relevante și dispozițiile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004. În probațiune au fost depuse, în copie, următoarele înscrisuri: Lista de referință ... + traducerea în limba română a acesteia, Graficul de execuție (document confidențial), Comunicat Primăria Timișoara privind stadiul implementării proiectului de la Colterm la data de 01.10.2012, Fotografii care arată stadiul realizării proiectului de la Colterm în luna octombrie 2012, scrisoarea autorității contractante nr. 23399 din ...

Cu adresa nr. 228 din 29.03.2013, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 10123 din 29.03.2013, ... a formulat „note scrose” în susținerea ultimei sale contestații și cu privire la excepția tardivității acesteia, invocată de autoritatea contractantă.

Referitor la argumentele pe fond, contestatorul susține că autoritatea contractantă are cunoștință despre elementele ofertei sale,

depusă în precedenta procedură, reieterând critica privind publicarea, în SEAP, a documentelor care au însoțit contestația și care conțineau și aranjamentul general 3D al instalației sale.

Referitor la argumentele autorității contractante, că nu poate accepta plata la livrare deoarece exista riscul ca, în mod deliberat, contractantul să accelereze livrările pentru a fi plătit mai repede, creând o povară financiară inutilă pentru autoritatea contractanta, contestatorul susține că un contractant nu are niciun interes să stocheze echipament și furnituri care nu sunt necesare pe șantier, deoarece trebuie să plătească echipamentele la livrare.

Contestatorul susține că perioada de garanție a instalației nu începe la livrarea echipamentelor și materialelor, ci de la PIF, indiferent de data livrării echipamentelor și materialelor.

Critică omisiunea de a defini, la art. 22 din contract, ce înseamnă „au fost montate în instalație”, ceea ce poate face să rămână la discreția autorității contractante când un anumit echipament poate fi considerat montat sau nu.

Se susține că, într-un astfel de proiect, nu este posibil ca totul să se monteze la livrare.

... învederează contradicțiile cu privire la cash-flow dintre clarificarea nr. 21571 din 12.03.2013 și punctul de vedere al autorității contractante.

Solicită Consiliului să înlăture excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Contestatorul susține că, publicând în SEAP adresa nr. 12039 din 06.02.2013, în cadrul căreia se prevede, în mod expres, faptul că „art. 22 face parte din cerințele obligatorii, acesta neputând face obiectul negocierilor”, autoritatea contractantă a schimbat conținutul documentației de atribuire, transformând articolul 22, dintr-o clauză cu statut nedefinit, într-o clauză obligatorie.

Urmare a publicării în SEAP a adresei nr. 12039 din 06.02.2013, susține contestatorul, a transmis adresa nr. 138 din 06.03.2013 (IS2-020/13), în care a solicitat revizuirea condițiilor de plată, la care autoritatea contractantă a răspuns, prin adresa nr. 21571 din 12.03.2013, respingând aceste solicitări.

... subliniază că actul contestat este adresa autorității contractante nr. 21571 din 12.03.2013, prin care solicitarea sa de a se revizui condițiile de plată din propunerea de contract a fost respinsă, de către autoritatea contractantă.

Contestatorul invocă prevederile art. 255 alin. 1) din O.U.G. nr. 34/2006 și susține că, în cazul de față, sunt aplicabile și prevederile art. 188 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 7 din H.G. nr. 925/2006 și art. 1 alin. (1) din Ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Contestația a fost depusă în termen, susține contestatorul, fiind înregistrată la C.N.S.C. în data de ... conform prevederilor art. 256² alin.

(1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, termenul expirând în data de 22.03.2013

... solicită respingerea excepției tardivității invocată de autoritatea contractantă și admiterea contestației sale, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ...

În aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza, mai întâi, excepțiile invocate de către autoritatea contractantă, respectiv excepția tardivității contestației depusă de către S.C. ... S.R.L., precum și a tardivității contestației nr. ... din ... depusă de către ...

În ceea ce privește contestația depusă de către S.C. ... S.R.L., în legătură cu care autoritatea contractantă invocă excepția tardivității, Consiliul constată:

Contestatorul atacă, sub un prim aspect, răspunsul nr. 1 din scrisoarea de clarificare nr. 18090 din 28.02.2013, a cărui anulare o solicită, dar și răspunsul nr. 8 din scrisoarea de clarificare nr. 13775 din ... în legătură cu care cere, de asemenea, anularea, "pe cale de consecință".

În legătură cu cele de mai sus, Consiliul reține că întrebarea nr. 1 din clarificarea nr. 18090 din 28.02.2013, se referă, în fapt, la un răspuns dintr-o clarificare anterioară, respectiv nr. 13775 din ... după cum urmează: "**Referitor la răspunsul nr. 8, punctele (a) și (b) din adresa de clarificare nr. 13775/... (...), observăm neconcordanțe între răspunsul Dvs. și cerințele impuse în cadrul Volumului 3- Cerințele Angajatorului (caiet de sarcini), cerințe care ar trebui să fie prioritare față de modelul de contract propus (...)**".

Prin urmare, Consiliul constată că atât prin întrebarea nr. 1 din clarificarea nr. 18090 din 28.02.2013, cât și prin conținutul contestației, S.C. ... S.R.L. formulează critici referitoare la răspunsul autorității contractante din **clarificarea nr. 13775 din ...** la întrebarea nr. 8, lit. a) și b), în sensul că acesta nu este corelat cu volumul 3 din documentația de atribuire, răspuns a cărui anulare o și solicită, așa cum s-a arătat.

Mai constată Consiliul că, prin celelalte capete de cerere ale contestației și prin motivarea prezentată, sunt formulate critici referitoare la duratele specifice ale contractului, care au făcut, de asemenea, obiectul clarificării nr. 1377 din ... dar și cu privire la modelul de contract, parte a documentației de atribuire, în legătură cu care se solicită "obligarea autorității contractante de a corecta, completa, modifica și/sau adapta modelul de contract în acord cu cerințele din cadrul Volumului 3- Cerințele Angajatorului, precum și în acord cu prevederile legale în materie de recepții ale lucrărilor și instalațiilor tehnologice (...)".

Reținând ca fiind elemente relevante în cauză data luării la cunoștință despre clarificările referitoare la termenele și duratele aferente investiției, respectiv ... când autoritatea contractantă a publicat clarificarea în SEAP, data publicării documentației de atribuire în SEAP, inclusiv a modelului de contract, **21.12.2012**, tipul contractului - de lucrări, valoarea estimată a contractului -379.757 lei, fără TVA,

precum și data depunerii contestației, ... Consiliul va face, în cele ce urmează, aplicarea dispozițiilor art. 256² alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu care: „Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (...) în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori interesului legitim, în termen de: (...); a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2).

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că este tardiv formulată contestația, raportat la data luării la cunoștință despre pretensele inadvertențe dintre răspunsul la clarificările privind termenele și duratele aferente investiției și prevederile caietului de sarcini, precum și raportat la data la care ... a luat cunoștință de modelul de contract.

Consiliul nu poate accepta modalitatea de repunere în termen, printr-o nouă solitare de clarificări care, în fapt, se referă la un aspect tratat de către autoritatea contractantă anterior, într-o manieră care, după cum rezultă, l-a nemulțumit pe contestator. Dacă răspunsul la întrebarea nr. 8, din clarificarea nr. 1377 din ... nu corespundea prevederilor art. 78 alin. 2 din ordonanța de urgență, ce reglementează obligația autorității contractante de a răspunde clar, complet și fără ambiguități, orice operator economic interesat avea dreptul de a depune contestație împotriva clarificării, în termenul prevăzut de lege, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta cauză.

Nu vor fi primite apărările contestatorului potrivit cărora contestația “privește în mod explicit și fără echivoc un răspuns de clarificare din cadrul scrisorii transmise de AC nr. 18090 din 28.02.2013”, deoarece, așa cum s-a arătat, despre aspectele ce s-a cerut a fi clarificate, S.C. ELASACO ELECTRONIC S.R.L. luase cunoștință din răspunsul la clarificări nr. 1377 din Mai mult decât atât, dacă s-ar desființa răspunsul la clarificări referitor la întrebarea nr. 1, din adresa nr. 18090 din 28.02.2013, pe care contestatorul susține că îl atacă, ar rămâne valabil cel despre care Consiliul constată că este atacat în fapt, dovada de netăgăduit a faptului că s-a reținut corect de către Consiliu fiind tocmai cererea contestatorului de anulare inclusiv a clarificării nr. 1377 din ... cu privire la răspunsul la întrebarea nr. 8.

În sensul celor arătate mai sus, respectiv că o “solicitare de clarificări” cu privire la un act, nu poate opera decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației împotriva actului respectiv, s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr. 1...1/01.10.2009, decizia nr. 1903/05.10.2009 și decizia nr. 1742 din 19.07.2010, pronunțate de Curtea de Apel ... – Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și decizia nr. 1449/CA/16.12.2009, decizia nr. 1462/CA/11.08.2011 și decizia nr.

1518/CA/08.09.2010, pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

De asemenea, observând că modelul de contract prezentat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire nu corespunde prevederilor legale, cum se susține prin contestație, S.C. ...S.R.L. avea dreptul să atace actul, cu contestație în termenul prevăzut de lege.

Nu vor fi reținute, de către Consiliu, nici motivările legate de clarificarea nr. 12036 din 06.02.2013, care a precizat clauzele obligatorii din contract, situație care a generat celelate critici, deoarece nici această clarificare nu a fost contestată în termenul legal, reglementat de art. 256² alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, invocat în cele ce preced.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite excepția tardivității contestației formulată de către S.C. ...S.R.L., invocată de către autoritatea contractantă, urmând ca, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 5 din același act normativ, să respingă contestația ca atare.

În cele ce urmează, Consiliul va analiza excepția tardivității contestației nr. ... din ... formulată de către ... invocată de către autoritatea contractantă.

Reține că, prin contestație, se indică drept act atacat, clarificarea nr. 21571 din 12.03.2013, emisă de către autoritatea contractantă în urma unor solicitări de clarificări, formulate de către operatori economici interesați.

Astfel, analizând actul în cauză, Consiliul constată că, prin așa-zisa întrebare, operatorul economic face referire la o clarificare precedentă, respectiv cea cu nr. 13775 din ... punctul 12, prin care se confirmă și se mențin clauzele 4.4.11 și cele de la art. 22.6 punctul 2 din modelul de contract, dar și la clarificarea nr. 12039 din 06.02.2013, prin care se precizează că articolul 22 este o condiție contractuală obligatorie, iar nu negociabilă. În continuare, în ceea ce se intitulează solicitare de clarificări, se face referire la cum a fost prezentat art. 22 în documentația întocmită pentru o procedură anterioară, concluzionându-se că "aceste condiții neobișnuite de plată vor impune o sarcină financiară extraordinară asupra executantului. De fapt, executantul va trebui să finanțeze valoarea echipamentelor și a materialelor până la terminarea perioadei de montaj (...)". Cu relevanță în cauză reține Consiliul a fi solicitarea din finalul "întrebării", respectiv: "Vă rugăm să revizuiți aceste condiții de plată și să reveniți cu condiții de plată progresivă, mult mai uzuale acestui gen de contract (...). Subliniem încă odată faptul că propunerea dumneavoastră privind condițiile de plată și alte condiții contractuale constituie într-adevăr un obstacol nejustificat în calea participării la licitație a ofertanților interesați".

Din economia celor de mai sus, Consiliul constată că, în fapt, se află în fața unor critici cu referire la clauze din modelul de contract, despre care contestatorul a luat cunoștință în data de 21.12.2012, când s-a

publicat documentația de atribuire, sau, cel mai târziu, în data de 06.02.2013, când autoritatea contractantă a precizat că respectivele clauze contractuale sunt obligatorii. Reținând ca dată de referință data de 06.02.2013, despre care s-a făcut vorbire mai sus, și făcând aplicarea dispozițiilor art. 256² alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că termenul de 10 zile definit potrivit dispozițiilor legale invocate, coroborate cu cele ale art. 3 lit. z) din același act normativ, în care puteau fi atacate respectivele prevederi din modelul de contract, parte a documentației de atribuire, s-a încheiat în data de Prin urmare, data de ... când s-a depus contestația, se află în afara termenului legal în care putea fi atacat modelul de contract, despre ale cărui clauze contestatorul a luat cunoștință, deplin, în data de 06.02.2013, astfel cum s-a arătat.

De altfel, în legătură cu cele de mai sus, constată Consiliul, și prin contestație, ca și prin așa-zisa solicitare de clarificări, se cere, explicit, o modificare a clauzelor contractuale, respectiv : "obligarea autorității de a revizui condițiile de plată (articolul 22)". Prin urmare, solicitarea ... nu are natura unei solicitari de clarificări, conform DEX prin clarificare înțelegându-se lămurire, limpezire, edificare, în timp ce contestatorul a solicitat o modificare a prevederii din fișa de date a achiziției și nici critice din contestație nu vizează aspectele legate de răspunsul la solicitarea de clarificări, ci refuzul autorității contractante de a modifica documentația de atribuire.

Consiliul are în vedere faptul că exercitarea dreptului de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 78 alin. 1 din ordonanța de urgență, nu conduce, automat, la prelungirea termenului de contestare, pe de-o parte, iar, pe de altă parte, că autoritatea contractantă este ținută, conform alin. 2 al acelu... articol, cu privire la demersul respectiv, de obligația de a răspunde "în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil", acestea constituind singurele aspecte ce pot fi contestate, cu privire la un răspuns la clarificări. Prin urmare, refuzul autorității contractante de a modifica prevederi ale documentației de atribuire, care nu a fost atacată în termenul legal, nu poate fi considerat, de drept, obiect al unei contestații împotriva răspunsului la clarificări.

Și în cazul ce face obiectul prezentei analize, ca și în cel al contestației depusă de către S.C. ... S.R.L., Consiliul a avut în vedere practica judiciară a Curților de Apel, relevante fiind decizia nr. 1...1/01.10.2009, decizia nr. 1903/05.10.2009 și decizia nr. 1742 din 19.07.2010, pronunțate de Curtea de Apel ... - Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și decizia nr. 1449/CA/16.12.2009, decizia nr. 1462/CA/11.08.2011 și decizia nr. 1518/CA/08.09.2010, pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 1 și 5 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite excepția tardivității contestației nr. ... din ... formulată de către ...

invocată de către autoritatea contractantă, și, pe cale de consecință, respinge contestația ca tardivă, fără a se pronunța pe fondul cauzei.

Pe fond, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

... a inițiat, în calitate de autoritate contractantă, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări 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), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ... din 21.12.2013.

Conform anunțului de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, cu următorii factori de evaluare „prețul ofertelor” - 50%, concentrația de SO₂ din gazele de ardere la ieșirea din instalația de desulfurare - 15%, consum orar de reactiv de desulfurare - 13%, consum orar de energie electrică - 12% și consum de apă de proces - 10%, iar valoarea estimată a contractului este de379.757 lei, fără TVA.

Documentația de atribuire a fost contestată de ... Consiliul pronunțându-se asupra acestei contestații prin decizia ... din ... în sensul admiterii contestației, în parte și obligării autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, 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.

După punerea în aplicare a acestei decizii, au mai fost depuse 4 contestații, 3 de către ... și una de către ...

În cele ce urmează, Consiliul va analiza pe fond, contestațiile nr. ... din ... și, respectiv nr. ... din ... formulate de către ...

Examinând susținerile părților, probatoriul administrat și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Contestatorul atacă, prin contestația nr. ... din ... răspunsurile autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 2497/ 11726 din 08.02.2013, respectiv nr. 13100 din 14.02.2013, a căror anulare o solicită, printr-unul din capetele de cerere.

Într-o primă critică, ... se referă la răspunsul la următoarea întrebare, formulată de către un operator economic: “În fișa de date la punctul III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională s-a prevăzut cerința nr. 2 (...). Ce se înțelege în acest caz prin lucrări similare de instalații de desulfurare, având în vedere că în vol. 3, art. 3 se precizează că “Instalația de desulfurare trebuie să fie de tip semiuscat (semiumed) având ca materie primă varul (...)”. Se acceptă ca și experiență din partea Antreprenorului realizarea orcărei instalații de desulfurare indiferent de tipul acesteia?”.

Răspunsul autorității contractante atacat prin contestație, este următorul: “În fișa de date se menționează: (...). Prin urmare se acceptă

ca experiență similară construcția de instalații de desulfurare de orice tip și în orice tehnologie”.

Consiliul urmează să analizeze cele de mai sus, prin prisma dispozițiilor art. 78 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu care “Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată (...)”.

Analizând prevederea din fișa de date punctul III.2.3 a) “Capacitatea tehnică și/sau profesională”, cerința 2, prin care s-a solicitat “Ofertantul va prezenta ca experiență similară în calitate de unic antreprenor, asociat sau subcontractant dovada executării și finalizării (...) a cel puțin unui contract, max 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”, Consiliul constată că, în cadrul acestei cerințe, nu s-a făcut vreo precizare cu privire la contractele ce se vor depune ca experiență similară, în sensul tehnologiei ce a stat la baza instalației de desulfurare, drept pentru care răspunsul autorității contractante este unul legal, care nu schimbă prevederile din documentația de atribuire, ba mai mult, le menține și le precizează aducând pe deplin lămurirea cerută de către operatorul economic sub acest aspect.

Prin urmare, operatorul economic interesat a dorit să afle dacă trebuie să depună, în dovedirea experienței similare, contracte ce au avut drept obiect “realizarea oricărei instalații de desulfurare indiferent de tipul acesteia”, cum însuși formulează în solicitare, iar autoritatea contractantă i-a răspuns că da, astfel încât Consiliul nu determină vreo ambiguitate sau neclaritate în răspunsul criticat prin contestație.

Mai mult decât atât, cu referire la cel de-al doilea act atacat de către contestator, respectiv răspunsul nr. 13100 din 14.02.2013 la o solicitări de clarificări, Consiliul constată că s-a reluat discuția în legătură cu criteriul de calificare privind experiența similară, operatorul economic interesat formulând următoarele întrebări, în finalul unei expuneri ce face trimitere la răspunsul anterior, la prevederi din volumul 3 al documentației de atribuire, la punctul de vedere al autorității contractante referitor la o contestație anterioară, soluționată de către Consiliu: „1) Vă rugăm să confirmați că experiența similară înseamnă construcția de instalații de desulfurare de orice tip și în orice tehnologie cu condiția ca aceste tehnologii să utilizeze procese de desulfurare semi-uscată (semi-umedă) utilizând varul drept reactiv. 2) Vă rugăm să confirmați că referințele utilizând procese de desulfurare umedă, procese de desulfurare uscată, procese cu pat fluidizat circulant, precum și orice alte procese de desulfurare care nu corespund proceselor de desulfurare semi-uscată (semi-umedă) ce utilizează varul drept reactiv, nu vor fi admise ca experiență similară”.

În legătură cu întrebările formulate de către operatorul economic interesat, Consiliul constată că ele depășesc natura unei solicitări de clarificări și, în ciuda faptului că din documentația de atribuire și din

răspunsul la clarificări nr. 2497/11723 din 08.02.2013 reiese cu claritate faptul că se acceptă, ca experiență similară, contracte având ca obiect instalații de desulfurare de orice tip și orice tehnologie, operatorul economic încearcă să obțină, prin solicitările de mai sus, modificarea criteriului de calificare și selecție în sensul pe care personal îl dorește, respectiv în sensul impunerii restricțiilor despre care face expliți vorbire în cele două așa-zise întrebări.

Un astfel de comportament nu poate fi reținut de către Consiliu ca fiind unul legal, operatorul economic în cauză utilizând în mod abuziv instituția clarificării, în scopul obținerii unei modificări a unui criteriu de calificare, cuprins în fișa de date a achiziției, în legătură cu care nu a depus contestație în termenul prevăzut expres de dispozițiile legale mai sus invocate.

În sensul în care a prevăzut în documentația de atribuire referitor la criteriul de calificare în discuție, reține Consiliul că autoritatea contractantă a răspuns clar și fără ambiguități, din nou, respectând dispozițiile art. 78 alin. 2 din ordonanța de urgență, după cum urmează: "Așa cum s-a reținut și în Decizia CNSC nr. .../... obiectul lucrărilor privind experiența similară trebuie să fie legat de «construcția de instalații de desulfurare» fără a se limita la un anumit tip/procedeu de desulfurare, deoarece acest lucru ar conduce la transformarea «experienței similare» într-o «experiență identică». În acest sens a se vedea clarificarea nr. 2497/11726/08.02.2013".

Consiliul nu va reține referirile contestatorului la decizia pronunțată anterior de către C.N.S.C. deoarece, în respectiva decizie, s-a analizat criteriul de calificare privind experiența similară sub aspectul altor critici formulate de către contestator, respectiv cu privire la "lipsa verificării prealabile a **sursei** tehnologiei" deținută de către ofertanți.

În ceea ce privește criticile contestatorului prin care se învederează refuzul autorității contractante de a răspunde "la mai multe solicitări de clarificare", Consiliul constată că, în cuprinsul contestației, se face referire, în concret, la întrebările 3 și 6, precum și la răspunsurile aferente, din adresa nr. 13100 din 14.02.2013, ce vor fi analizate în cele ce urmează:

Astfel, după ce prezintă niște situații ipotetice, conținutul întrebărilor este următorul: "3) Deoarece în documentația de atribuire nu există prevederi explicite, vă rugăm să clarificați dacă oferta consorțiului format din companiile A și B este o ofertă validă? Cu alte cuvinte, poate un consorțiu să se bazeze pe referințele executate cu o tehnologie ce provine dintr-o sursă și să oferteze tehnologie diferită în oferta sa? (...) 6) Deoarece nu există prevederi explicite în documentația de atribuire, vă rugăm să clarificați dacă compania A depune o ofertă validă? Cu alte cuvinte, poate compania A să se bazeze pe referințele executate sub licență de compania D și să oferteze și să execute proiectul cu propria sa tehnologie pentru care nu are referința(e) valabilă(e)".

Consiliul constată că, în fapt, operatorul economic care a formulat întrebările de mai sus, nu intenționează să obțină o clarificare cu privire la documentația de atribuire, astfel cum a fost prezentată, ci, prezumând

situații diverse, obligă autoritatea contractantă să se antepună, cu privire la acestea.

Mai mult decât atât, constată Consiliul că sunt introduse în discuție elemente nesolicitate de către autoritatea contractantă în cadrul criteriilor de calificare și selecție, respectiv prezentarea de licențe, ofertantul compania A fiind definit ca cel ce a executat instalații de referință ce îndeplinesc criteriile de calificare "**sub licența dată de compania D**", iar ofertantul compania B despre care se face vorbire, fiind, în scenariul prezumtiv, "un alt ofertant deținând o tehnologie cu referință(e) care nu îndeplinesc criteriile de calificare". Alte elemente nedefinite în documentația de atribuire, ce apar în cadrul întrebărilor sunt cel de "tehnologie pentru care nu are (ofertantul – n.n.) **referință valabilă**" și, respectiv cel de "tehnologie cu **referință care nu îndeplinește criteriile de calificare**".

Data fiind situația prezentată, Consiliul apreciază răspunsul autorității contractante ca fiind unul care îndeplinește condițiile impuse de prevederile legale mai susprecizate: "Din interpretarea sistematică a prevederilor legale în materia achizițiilor publice se poate stabili că obiectul clarificărilor este de a lămuri și explicita conținutul documentației de atribuire. În consecință apreciem că cele solicitate prin adresa dvs. nu constituie clarificări, ci în esență constituie o evaluare a unor situații ipotetice față de care nu ne putem pronunța având în vedere că nu ne aflăm în faza evaluării".

Consiliul nu va reține susținerile contestatorului în conformitate cu care întrebările sunt concrete deoarece "au drept scop clarificarea faptului dacă un ofertant este obligat sau nu să includă în oferta sa aceeași tehnologie pe care a utilizat-o în vederea îndeplinirii criteriilor de calificare privind experiența similară", pe de-o parte, deoarece astfel cum au fost introduse scenariile nu rezultă explicit acest scop, iar, pe de altă parte, scopul definit apare ca o problemă artificial creată, deoarece potrivit dispozițiilor legale ofertantul trebuie să facă dovada îndeplinirii criteriilor de calificare astfel cum s-a solicitat prin fișa de date a achiziției și, de asemenea, să formuleze oferta în conformitate cu cele prevăzute la punctul IV.4.1. "Modul de prezentare a propunerii tehnice" din fișa de date a achiziției și cu prevederile caietului de sarcini, astfel cum stabilesc dispozițiile art. 170 din ordonanța de urgență.

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 5 din ordonanța de urgență, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația nr. ... din ... formulată de către ...

Prin contestația nr. ... din ... critică răspunsul la solicitările de clarificări nr. 13526 din 15.02.2013, a cărui anulare o solicită.

Analizând cele 9 întrebări formulate de către un operator economic interesat, din clarificarea susmenționată, Consiliul constată că acestea se referă la clauzele modelului de contract, parte a documentației de atribuire, fiecare întrebare începând cu "Vă rugăm să confirmați că...", spre pildă "1. Vă rugăm să confirmați că răspunderile contractuale ale executantului sunt nelimitate. 2. Vă rugăm să confirmați că executantul

trebuie să fie responsabil pentru daunele indirecte și colaterale, cum ar fi pierderea de profit, pierderea dreptului de utilizare, etc fără nicio limitare. 3. Vă rugăm să confirmați că penalitățile pentru întârziere în realizarea la timp a obligațiilor contractuale se aplică oricărui tip de obligație contractuală fără nicio limitare și fără a se ține cont de faptul că lucrările vor fi terminate conform termenului de execuție definit la articolul 6. 4. Vă rugăm să confirmați că penalitățile de întârziere sunt nelimitate. 5. Vă rugăm să confirmați că penalitățile aplicate pentru întârzierea și eșecul în atingerea parametrilor de performanță nu sunt singurul remediu, iar autoritatea contractantă poate solicita despăgubiri suplimentare în plus față de penalitățile prevăzute în contract. (...)"

Determină Consiliul, față de maniera de formulare a întrebărilor, că acestea sunt, în fapt, critici referitoare la articolele cuprinse în modelul de contract, parte a documentației de atribuire, în sensul neprecizării, în cadrul clauzelor respective, a elementelor aduse în discuție de către contestator. Totodată, Consiliul constată că aceste critici au fost formulate, explicit, prin contestația nr. 1137 din 28.12.2012, depusă în cadrul acele... proceduri de atribuire, prin care s-a susținut, de către același contestator, că unele aspecte contractuale care sunt esențiale, nu sunt în mod adecvat tratate în modelul de contract, respectiv: nu există o limitare a responsabilităților contractuale; penalitățile pentru daune indirecte, pierdere de profit, etc., nu sunt excluse; nu există limite sau sublimite pentru penalitățile contractuale pentru întârzieri și neatingerea performanțelor, etc., solicitându-se, tot explicit, în legătură cu acestea, 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 și condițiile contractuale revizuite asupra cărora ofertanții au dreptul să prezinte deviații.

Contestația susmenționată a fost soluționată, de către Consiliu prin Decizia nr. ... din ... pe care ... nu a atacat-o, în termen, cu plângere la Curtea de Apel, aceasta intrând în puterea lucrului judecat, aspectele judecate nemaiputând forma obiectul unei noi analize.

Nu se vor reține, de către Consiliu, în soluționare, susținerile contestatorului potrivit cărora autoritatea contractantă nu a pus corect în executare decizia susmenționată, deoarece, se constată că prin aceasta s-a dispus continuarea procedurii de atribuire "prin indicarea clauzelor contractuale obligatorii, concomitent cu eliminarea din conținutul fișei de date a achiziției a obligației de prezentare a formularului de contract semnat pentru asumarea lui", măsuri care se regăsesc, întocmai, în clarificare nr. 12039 din 06.02.2013 și, respectiv nr. 13994 din 13.02.2013, pe care ... nu le-a atacat cu contestație.

Mai mult decât atât, nu vor fi reținute susținerile contestatorului potrivit cărora Consiliul a stabilit, prin decizie, care sunt clauze obligatorii și care sunt negociabile, deoarece, în motivarea acesteia, și nu în dispozitiv, s-a făcut vorbire despre clauze care "**ar putea fi** clauze

contractuale obligatorii” și despre “clauze specifice, ce **ar putea fi negociate**”, prin urmare la nivel de recomandare, iar nu executoriu.

Față de cele prezentate, răspunsul autorității contractante la întrebările formulate într-o manieră retorică, constată Consiliul că este unul legal, în sensul că este clar și fără ambiguități, făcându-se în mod corect referire la dispozitivul deciziei pronunțată de către C.N.S.C și la “clarificările” publicate în SEAP prin care decizia a fost pusă în aplicare, ba mai mult, explicând și ce a determinat-o să stabilească clauzele obligatorii din contract.

În ceea ce privește cererea privind obligarea autorității contractante de a retrage, din SEAP, anexa nr. 4 atașată la contestația nr. ... din ... înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ... din ... dincolo de faptul că apare ca o cerere formulată într-un dosar, cu privire la un altul, Consiliul constată că nu are atribuții legale sub acest aspect, soluțiile pe care le poate pronunța fiind numai cele prevăzute la capitolul IX secțiunea a 6-a, din ordonanța de urgență.

Având în vedere cele prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 5 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația depusă de către ...

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. 6 din același act normativ, dispune continuarea procedurii de atribuire, decizia de suspendare a procedurii de atribuire nr. din ... încetându-și efectele.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. 3 din actul normativ susmenționat.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...