



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... înaintată de ... cu sediul în ... județul ... având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări de „Implementare proiect la sursa s-a solicitat:

- suspendarea procedurii până la soluționarea fondului cauzei;
- modificarea documentației aferente procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile legislației din România;
- în cazul în care nu este posibilă modificarea documentației, anularea procedurii de atribuire și a tuturor actelor și acțiunilor întreprinse în legătură cu această procedură.

Prin decizia nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, pe care l-a respins, ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25509 din 30.07.2013, înaintată de ... cu sediul în ... județul ... având CUI ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- anularea în parte a anunțului de participare nr. ... precum și a documentației de atribuire, respectiv a fișei de date a achiziției și dispunerea măsurilor corective ce se impun, în sensul refacerii acestor documente după înlăturarea cerințelor arătate în contestație;
- în cazul imposibilității adoptării de către autoritatea contractantă, în timp util, a măsurilor corective, anularea procedurii de atribuire;
- suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Prin decizia nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, pe care l-a respins, ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

În temeiul art. 278 alin. (2), (4) și (6) din aceeași ordonanță de urgență, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după modificarea documentației de atribuire, în sensul emiterii unui act prin care se modifică cerințele minime de calificare privind experiența similară ca proiectant și executant prin eliminarea condiției ca *puterea termică sau electrică a turbinei pe gaz să fie mai mare de 12 MW (sau a pragului valoric de 75,0 mil. lei, respectiv 4,0 mil. lei)*, conform celor precizate în motivare, în maximum 10 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge ca nefondate celelalte critici ale primei contestatoare, conform celor precizate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire organizată de autoritatea contractantă ... a solicitat, în principal, modificarea documentației de atribuire, considerând că au fost identificate o serie de cerințe care încalcă prevederile legale privind achizițiile publice, principiile care guvernează procesul achizițiilor din România și la nivel european, restricționează participarea operatorilor economici și viciază procedura,

putând conduce la participarea a maxim 1-2 ofertanți din lume, excluzând din competiție ofertanții din România, astfel:

1. În cadrul fișei de date a achiziției, la Secțiunea II - Obiectul contractului - punctul II.1.6) Clasificare CPV, se precizează clasificările CPV astfel:

- 45251220-9 Lucrări de construcții de centrale de cogenerare (Rev.2);
- 45251140-4 Lucrări de construcții de centrale termoelectrice (Rev.2);
- 45255400-3 Lucrări de montaj (Rev.2);
- 71000000-8 Servicii de arhitectură, de construcții, de inginerie și de inspecție (Rev.2);
- 71320000-7 Servicii de concepție tehnică (Rev.2).

Aceste coduri CPV sunt diferite de cerințele autorității contractante din fișa de date a achiziției, punctul III 2.3.a) „Capacitatea tehnică și profesională”, Cerința 2 A și B, informații și/sau niveluri minime necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, unde se precizează lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere.

Autoritatea contractantă specifică: prin lucrări „de o natură similară” se înțelege executarea de lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere, respectiv: Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mare de 12 MW.

Prin această solicitare, autoritatea contractantă impune prezentarea de contracte, practic, identice cu obiectul procedurii, restricționate la puterile precizate, nu similare.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a nesocotit normele legale invocate, a restricționat participarea mai multor operatori economici interesați la procedura de atribuire, prin cerința privind caracterul experienței similare evocată mai sus. Față de obiectul solicitat pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară atât pentru partea de proiectare, cât și pentru partea de execuție și față de numărul aproape inexistent de astfel de lucrări executate pe teritoriul României, criteriul este foarte greu de îndeplinit de către operatorii economici.

Având în vedere prevederile art. 178 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și ale Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, Anexa nr. 1, contestatoarea apreciază că impunerea prezentării de către ofertanți a dovezii de îndeplinire a contractelor având același obiect cu cel al contractului ce urmează a se atribui și nu similar, contravine prevederilor legale, precum și scopului și principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Având în vedere cele menționate, autoarea contestației solicită obligarea autorității contractante de a accepta contracte similare cu codurile CPV menționate și de a elimina restricționarea la „lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și

termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere”, care reprezintă alte coduri CPV față de cele menționate.

2. Un alt criteriu de evaluare care încalcă principiul nediscriminării și proporționalității, stipulat în art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, îl reprezintă mențiunile privind numărul de contracte și caracteristicile contractelor prezentate pentru demonstrarea experienței ca antreprenor și experiența de proiectant, fișa de date a achiziției, punctul III.2.3) a) „Capacitatea tehnică și profesională”, Cerința 2 Experiența similară A și B, informații și/sau niveluri minime necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate.

Autoritatea contractantă stabilește prin cerința 2.A) că, în dovedirea experienței ca antreprenor, este necesară prezentarea unui „contract de lucrări similare ca natură și complexitate, a cărui valoare să fie mai mare sau cel puțin egală cu 75 mil lei fără TVA. Prin lucrări „de o natură similară” se înțelege executarea de lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere, respectiv: Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mare de 12 MW”.

Prin aceasta solicitare, autoritatea contractantă impune total restrictiv:

- numărul de contracte pentru îndeplinirea criteriului - un contract;
- prag valoric pentru îndeplinirea criteriului - 75 mil lei;
- un anumit tip de echipament - turbină de gaze;
- praguri valorice de putere Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mare de 12 MW.

În mod similar cerinței 2A), pentru cerința 2B) Experiența ca proiectant, dovedirea experienței ca proiectant se îndeplinește prin: „prestarea de contracte de servicii similare ca natură și complexitate, și a căror valoare cumulată este mai mare sau cel puțin egală cu 4.000.000 lei fără TVA. Prin servicii „de o natură similară” se înțelege prestarea de servicii de proiectare pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere, respectiv: Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mari de 12 MW.

Prin această solicitare, autoritatea contractantă impune, de asemenea, total restrictiv:

- prag valoric pentru îndeplinirea criteriului - 4 mil lei;
- servicii de proiectare pentru un anumit tip de echipament - turbină de gaze;
- praguri valorice de putere Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mare de 12 MW.

Art. 179 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 dă posibilitatea autorității contractante de a stabili criterii de calificare și selecție în funcție de specificul și complexitatea lucrărilor.

Având în vedere valoarea mare a contractului în cauză, complexitatea acestuia și faptul că, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența ca antreprenor, s-a impus prezentarea "unui contract", contestatoarea apreciază că, din acest punct de vedere, cerința de

calificare este restrictivă și contrară scopului noii legislații în materie, și anume de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu în conformitate cu prevederile art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Față de obiectul (domeniul restrâns) și valorile de prag solicitate (valoare contract, putere) pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară atât pe partea de proiectare, cât și pentru execuție, și de numărul aproape inexistent de lucrări executate pe teritoriul României, un astfel de criteriu este teoretic imposibil de îndeplinit de către operatorii economici.

Limitarea numărului de contracte de execuție prezentate pentru experiența ca antreprenor în construcții - montaj (solicitate identice și nu similare), cu obligația de a prezenta un singur contract în valoare mai mare sau egală cu 75.000.000 lei, nu face decât să obstrucționeze participarea ofertanților la licitație. Capacitatea de executare poate fi dovedită la fel de bine prin impunerea ca ofertanții să fi executat contracte ce puteau face obiectul mai multor contracte.

Un astfel de criteriu este restrictiv, limitează accesul la licitație și încalcă dispozițiile art. 178 și 179 din OUG nr. 34/2006. Legiuitorul a dat posibilitatea autorității contractante de a stabili criteriile de selecție în funcție de complexitatea și specificul contractului, dar nu în sens restrictiv.

3. Tot în cadrul fișei de date a achiziției, pct. III.1.1.b) „Garanție de bună execuție”, se stabilește modul de constituire și de eliberare a garanției de bună execuție. Aceasta este în contradicție cu Anexa la ofertă (Secțiunea 3) pag. 3 art. 4.2.

În fișa de date pct. III.1.1.b) se menționează:

„Restituirea garanției de bună execuție se va face după cum urmează:

- 70% din valoarea sumelor reținute, în max. 14 zile după admiterea recepției la terminarea lucrărilor (emiterea Certificatului de recepție la finalizarea lucrărilor, după încheierea procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor), în baza unei solicitări scrise din partea antreprenorului; pt. Pct 1 și 2 restituirea este condiționată de depunerea unui document constituit în formatul indicat în Formularul 3, valabil pentru 30% din suma inițială;
- 30% din valoarea sumelor reținute, în max. 14 zile după admiterea recepției finale (emiterea Certificatului de recepție finală, după încheierea procesului verbal de recepție finală), în baza unei solicitări scrise din partea antreprenorului”.

În contradicție cu fișa de date a achiziției, în Secțiunea 3 – Anexa la ofertă, pag. 3 art. 4.2 (parte a viitorului contract) se stipulează cerințe diferite:

„Durata garanției de bună execuție: 42 de luni; eliberare:

- 50% din valoarea garanției de bună execuție - în termen de 14 zile de la data emiterii Certificatului de recepție la finalizarea lucrărilor;
- 50% din valoarea garanției de bună execuție în termen de 14 zile de la data emiterii Certificatului de recepție finală.

Suplimentar, în propunerea de contract Vol. 2, art. 1.5 Prioritatea documentelor, se stabilește ordinea de prioritate a documentelor care prevede că documentația de atribuire este prioritatea 5, față de oferta (inclusiv Anexa la ofertă) care este prioritatea 2.

Dat fiind faptul că, în legislația achizițiilor publice, fișa de date are caracter obligatoriu și este document prioritar, contestatoarea consideră că aspectele menționate mai sus duc la interpretări cu grad mare de incertitudine și posibil tratament inegal al ofertelor în timpul evaluării.

Având în vedere cele menționate, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante de a decide care variantă primează, de a modifica în mod coerent modul de eliberare a garanției de bună execuție, pentru a elimina posibilele confuzii și abordări inechitabile în decursul evaluării.

4. Autoritatea contractantă nu stabilește în cadrul fișei de date a achiziției, punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, certificări, atestări și autorizări minim necesare (precum atestat ANRE - electric, certificări ISCIR, atestat ANRE - gaze).

Autoritatea contractantă a omis să includă în secțiunea III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, certificări, atestări, autorizații, strict necesare unui antreprenor pentru a realiza obiectul contractului, deși este evidentă necesitatea ca ofertantul să aibă capacitatea certificată de a realiza obiectul contractului, care include activități de lucrări electrice de înaltă, medie și joasă tensiune, lucrări de instalații de utilizare gaze naturale de presiune cel puțin medie și joasă, lucrări de montare conducte cu presiuni/diametre aflate sub incidența ISCIR.

Pentru a mări incertitudinea capacității certificate, în cadrul fișei de date, punctul IV.4.1) „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, pag. 19/21 -ultimul paragraf, autoritatea contractantă menționează: "Din propunerea tehnică trebuie să reiasă calitatea prestării serviciilor în realizarea etapelor de execuție, respectarea cerințelor minime ale beneficiarului. Pe parcursul elaborării ofertei (propunerea tehnică) ofertantul are obligația să identifice toate tipurile de autorizații, respectiv certificări care să-i permită să realizeze contractul de achiziție publică fără costuri suplimentare, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare." Apoi, în același stil evaziv, se continuă: "Se va prezenta o listă cu autorizațiile/certIFICATELE care sunt considerate de către ofertant pentru îndeplinirea contractului, această listă nefiind limitativă, iar în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare și pe parcursul derulării contractului se va dovedi a fi necesare și alte autorizații/certificări, prestatorul le va obține fără a solicita costuri suplimentare."

În contradicție cu toate celelalte criterii din fișa de date a achiziției, solicitate mult prea restrictiv, autoritatea contractantă, pentru acest aspect, dă dovadă de o atitudine extrem de permisivă, solicitând ofertantului să prezinte certificările sale, fără a le defini, și chiar să le obțină pe parcursul lucrării.

Această atitudine, în opinia contestatoarei, pune în pericol grav realizarea contractului, existând fără dubiu riscul ca în timpul desfășurării

lucrării (când probabil ar fi prea târziu) să se dovedească că ofertantul câștigător nu are capacitate tehnică de a realiza obiectul contractului.

În mod evident, o astfel de abordare mărește posibilitatea de interpretări privind capacitatea potențialilor ofertanți precum și tratamentul inegal al potențialilor ofertanți.

Astfel, autoarea contestației solicită obligarea autorității contractante de a include în fișa de date a achiziției cerințe concrete privind minimul necesar de autorizări, atestate, certificări necesare pentru realizarea specificului obiectivului (atestare ANRE pentru proiectare și execuție, atât pentru domeniul electric, cât și pentru domeniu gaze, certificări ISCIR...).

Prin cea de a doua contestație, formulată împotriva documentației de atribuire, ... operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire, a criticat faptul că autoritatea contractantă, ignorând prevederile art. 17 din OUG nr. 34/2006, a impus/solicitat prin anunțul de participare și fișa de date a achiziției, condiții de calificare discriminatorii, prin care este eliminat factorul concurențial, nefiind garantat tratamentul egal și nediscriminarea operatorilor economici.

Astfel, la capitolul III.2, pct. III.2.1. din cuprinsul anunțul de participare nr. ... precum și la capitolul III.2), pct. III.2.1.a) din cuprinsul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă abuzează de prevederile legale care permit excluderea de la procedura a operatorilor economici care se află în una din situațiile prevăzute la art. 181 (respectiv lit. c¹) și impune, printr-o abordare exhaustivă, ca operatorii economici să nu aibă emise pe numele lor documente constatatoare înregistrate la ANRMAP, care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Extras din fișa de date a achiziției - capitolul III.2, pct. III.2.1.a):
„Condiție de calificare: Ofertantul certifică faptul că nu se încadrează la prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006.

În situația în care din documentele solicitate la capitolul III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, reiese că ofertantul se află într-una din situațiile prevăzute de art. 180, art. 181 sau de art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, acesta va fi exclus din procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Sunt asimilați situației expuse mai sus ofertanții care au emise pe numele lor documente constatatoare înregistrate la ANRMAP, care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale în sensul prevederilor art. 181 din OUG 34/2006, respectiv ale art.97¹ din HG nr. 925/2006.”

În opinia contestatoarei, este vizibil "excesul de zel" al autorității contractante în momentul impunerii acestei condiționări, generalist formulate, fără a ține cont de întreg conținut legal prevăzut la lit. c¹) a art. 181 din OUG nr. 34/2006, care explică clar ca pot fi excluși din procedură operatorii economici care „nu și-au îndeplinit, sau și-au îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia”. Din analiza acestui text rezultă

că, neîndeplinirea sau îndeplinirea în mod defectuos a obligațiilor contractuale, nu reprezintă o condiție sine qua non care trebuie cer...ată de autoritatea contractantă. Este absolut necesar ca această neîndeplinire a obligațiilor contractuale să fie din motive ce pot fi imputabile ofertantului în cauză și/sau să fi produs sau să fie de natură să producă prejudicii grave.

Fiecare din aceste condiționări trebuie să se fi produs, deoarece dacă, spre exemplu, neîndeplinirea obligațiilor în cazul unui contract a cauzat prejudicii, dar acestea au avut un caracter minor, sau au fost acoperite prin prevederile contractuale care impun penalizări (penalizări de întârziere la livrare, de exemplu), atunci condiția lit. c¹) nu mai este îndeplinită.

Prin urmare, autoritatea contractantă, prin impunerea acestor cerințe de calificare abuzive, practic asimilează existența documentelor constatatoare emise de ANRMAP, care semnaleză unele neconformități, cu încadrarea în dispozițiile art. 181 lit. c¹), fără a mai face o verificare în detaliu asupra celorlalte condiții impuse de prevederile aliniatului menționat.

Astfel, își rezervă dreptul de a exclude direct din procedură orice operator economic care ar avea astfel de certificate, fără a respecta dreptul legal al acestuia de a elucida situația în care acestea au fost emise, dacă s-au cauzat prejudicii grave, sau nu și natura acestora, sau măcar dacă acele neconformități se pot imputa în mod direct.

Mai mult, excluderea unui ofertant din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică doar în baza existenței unui astfel de certificat/document constatator, fără ca în prealabil autoritatea contractantă să facă această verificare, ar echivala cu sancționarea de către o instanță/autoritate competentă a unei presupuse persoane vinovate, fără ca în prealabil să se cer...eze gradul de vinovăție al persoanei în cauză, condițiile în care a fost săvârșită fapta, precum și rezultatul produs/gravitatea/consecințele faptei. Stabilirea unei sancțiuni, nu se poate realiza decât după o verificare/cer...are prealabilă a tuturor aspectelor menționate, deoarece doar funcție de rezultatul acestor cer...ări se poate stabili/individualiza sancțiunea ce se va aplica.

Aplicarea în mod discreționar de către autoritatea contractantă a unei astfel de sancțiuni, conform condițiilor/cerințelor impuse /menționate în anunțul de participare și fișa de date, fără ca aceasta să verifice în prealabil îndeplinirea cumulativă a condițiilor de la art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006, conduce și la încălcarea principiului proporționalității prevăzut la art. 2 din cuprinsul aceleiași dispoziții legale. Acest lucru este posibil ținând cont de faptul că ordonanța nu cuprinde și o definiție a ceea ce înseamnă prejudiciu grav. Singura dispoziție legală care reglementează prejudiciul grav/consecințe grave, o reprezintă art. 146 din Codul Penal, în conformitate cu care prin consecințe deosebit de grave se înțelege o pagubă materială mai mare de 200.000 lei sau o perturbare deosebit de gravă a activității unei persoane juridice sau fizice. Or, în condițiile în care prejudiciul/paguba produsă este sub nivelul valorii de 200.000 lei și nu a perturbat grav activitatea unei autorități

contractante emitente a certificatului/documentului constatator, rezultă că una din condițiile impuse de către art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006, nu este îndeplinită și, deci, dreptul autorității de excludere a ofertantului din procedura de atribuire nu poate fi aplicat/exercitat.

În acest context, autoarea contestației invocă dispozițiile art. 45 din Directiva 2004/18/CE, articol în cuprinsul căruia se precizează care sunt cauzele de excludere de la participare a unui candidat, conform principiului proporționalității, principiu general al dreptului comunitar, măsură ce urmează a fi aplicată, neputând să depășească ceea ce este necesar pentru realizarea obiectivului propus. Intenția legiuitorului nu a fost să împiedice participarea la alte achiziții publice a operatorilor economici pe numele cărora au fost emise documente constatatoare înregistrate la ANRMAP, ci doar să dea dreptul autorității contractante să excludă din procedură pe cei care, în ultimii doi ani, au cauzat beneficiarilor prejudicii grave, cuantificabile. Este edificator în acest sens și formatul documentului constatator, care permite beneficiarilor să enumere neconformitățile care au survenit în execuția contractului și să ofere autorității contractante o imagine clară asupra motivelor care au stat la baza emiterii lui, cu unele observații, precum și existența rubricii intitulată "prejudicii".

Mai mult, contestatoarea consideră că menținerea în forma actuală a cerințelor/criteriilor de calificare stabilite de către autoritatea contractantă în ceea ce privește neîncadrarea de către ofertanți în prevederile art. 181 lit. c¹) din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv menținerea dreptului acesteia de a elimina din cadrul procedurii orice ofertant, doar datorită faptului că pe numele acestuia au fost emise certificate /documente constatatoare înregistrate la ANRMAP, fără verificarea prealabilă a îndeplinirii cumulative a tuturor condițiilor menționate în cuprinsul lit. c¹), reprezintă și o îngrădire a unei concurențe efective prin participarea unui număr cât mai mare de potențiali ofertanți.

Directiva 2004/18/CE, referitor la criteriile de atribuire, precizează că acestea trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului, să nu confere autorității contractante o libertate nelimitată de alegere și să respecte principiile fundamentale.

În final, petenta solicită Consiliului ca, în soluționarea pe fond a acestei contestații, să țină cont și de celelalte proceduri organizate de Primăria ... care au avut ca rezultat respingerea câtorva oferte, tocmai în baza acestei interpretării abuzive a legii. Aceste decizii de excludere din procedură au fost contestate și respinse ca nefondate de către CNSC tocmai în baza faptului că documentația de atribuire nu a fost contestată în termenul legal, iar prin lipsa acestei acțiuni, ofertanții și-au însușit aceste prevederi.

Prin adresa nr. 14751/... respectiv nr. 14907/... Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... și S.C. ... S.E.L., solicitând punctul de vedere cu privire la contestații, precum și copia dosarului achiziției.

PRIMĂRIA ... a transmis, prin fax, punctul său de vedere nr. 169445 din 01.08.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 25941 din

01.08.2013, documentele necesare în soluționarea contestațiilor fiind transmise, prin poștă, atașat adresei nr. 166486 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. 26032 din 02.08.2013. Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestațiilor ca nefondate, răspunzând punctual criticilor contestatoarelor, astfel:

I. Cu privire la contestația depusă de SC ... SA:

1. Referitor la critica privind clasificarea CPV a obiectului contractului, autoritatea contractantă face următoarele precizări referitoare la rolul CPV: Vocabularul comun al achizițiilor publice – CPV - desemnează nomenclatorul de referință aplicabil contractelor de achiziție publică, asigurând o standardizare care asigură depășirea barierelor lingvistice la nivel comunitar prin definirea în mod identic a obiectelor contractelor de achiziție, în toate limbile comunității. CPV are scopul de a unifica referințele folosite de autoritățile contractante pentru descrierea obiectului achiziției. În esență, punerea în corespondență CPV este necesară pentru ca informația privind obiectul contractului să fie accesibilă pentru toți potențialii ofertanți, inclusiv străini. În speța de față, codul CPV a fost stabilit în mod corect - Lucrări de construcții de centrale de cogenerare, Lucrări de construcții de centrale termoelectrice, Lucrări de montaj, Servicii de arhitectură, de construcții, de inginerie și de inspecție, Servicii de concepție tehnică, acesta fiind obiectul achiziției, astfel cum acesta este descris în detaliu în cuprinsul întregii documentații.

Referitor la solicitarea contestatoarei constând în "obligarea autorității contractante de a accepta contracte similare cu codurile CPV menționate și de a elimina restricționarea la lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...) care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare echipate cu turbină pe gaz de mare putere, care reprezintă alte coduri CPV față de cele menționate", autoritatea contractantă menționează următoarele:

Autoritatea contractantă are obligația de a respecta instrucțiunile cu caracter obligatoriu din Ghidul solicitantului pentru Axa 3 Prioritară POS Mediu pentru "reducerea poluării și minimizarea efectelor schimbărilor climatice pentru reabilitarea sistemelor de încălzire urbană vizând atingerea țintelor de eficiență energetică în zonele prioritare identificată cu privire la tematica proiectelor ce se finanțează prin această axă", precum și Ghidul publicat în iulie 2006 de către Comisia Europeană „Integrated Pollution Prevention and Control Reference Document on Best Available Techniques (BAT) for Large Combustion Plants" (Prevenirea poluării integrate și Documentul de referință privind controlul celei mai bune tehnologii disponibile pentru Instalații mari de ardere).

În capitolul 7.5 din documentul sus-menționat al Comisiei Europene, în capitolul 7.5.2 Eficiența termică a instalațiilor de ardere pe gaz, se indică: „În domeniul instalațiilor de ardere cu combustibil gazos, folosirea unei turbine pe gaz în ciclu combinat și cogenerarea de căldură și energie este, din punct de vedere tehnic, cea mai eficientă modalitate de a mări eficiența energetică (utilizarea combustibilului) a unui sistem de furnizare a energiei. Folosirea unui ciclu combinat și cogenerarea de

căldură și energie este considerată, în consecință, ca primă opțiune de cea mai bună tehnologie disponibilă (BAT), oricând cererea locală de încălzire este suficient de ridicată pentru a garanta implementarea unui astfel de sistem. (For gas-fired combustion plants, the application of gas turbine combined cycles and the cogeneration of heat and power (CHP) are technically the most efficient means of increasing the energy efficiency (fuel utilisation) of an energy supply system. A combined cycle operation and co-generation of heat and power is, therefore, to be considered as the first BAT option, i.e. whenever the local heat demand is great enough to warrant the construction of such a system)."

Tipologia sistemelor de cogenerare avute în vedere pentru demonstrarea experienței similare a respectat clasificările din documentația de specialitate: Victor Athanasovici ș.a. „ALIMENTĂRI CU CĂLDURĂ - COGENERARE”, pag. 86-87 și 597-599, ed. București 2010, unde este considerată Cogenerare mare sistemele cu puteri mai mari de 12 Mwe/CCG.

Referitor la definiția sintagmei „lucrări similare” ca natura și complexitate, se menționează următoarele:

- Conform DEX - "similar,-ă" înseamnă: de aceeași natură, de același fel; asemănător, analog.
- Conform Dicționar de sinonime, ediția 2002, "similar" are următoarele sinonime (despre două lucruri): analog, apropiat, asemănător, asemenea, corespondent, înrudit, sau forme învechite: asemănat, podobnic, semănător.

În lumina acestei definiții pentru demonstrarea cerinței privind experiența într-un „contract de lucrări similare ca natura și complexitate”, nu se pot prezenta lucrări pentru centrale eoliene, nucleare, hidrocentrale, centrale de apartament sau construcții industriale de tip: fabrici, uzine, ateliere, depozite etc., pentru că nu pot proba în asamblu cunoașterea lucrărilor care fac obiectul prezentului contract. Experiența în execuția separată a operațiunilor componente ale complexei lucrări care face obiectul contractului (ex. cofrare, armare, turnare betoane, sudură, montaje elemente prefabricate eic.) nu garantează automat experiența/cunoașterea ansamblului lucrărilor specifice acestui contract.

Turbinele pe gaz pentru furnizarea în ciclu combinat de energie termică și energie electrică reprezintă un capitol separat în tehnologia de specialitate și problematica tehnică și tehnologică este caracteristica acestui tip de utilaj. În cadrul acestei tehnologii există familii diferite de turbine: turbine heavy-duty sau turbine aeroderivative, iar referințe anterioare, în care s-a proiectat/montat unul din aceste tipuri de turbină, poate fi considerată "experiență similară".

Tocmai de aceea s-a solicitat "lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere, respectiv: Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mare de 12 MW pentru că, aceste lucrări efectuate pentru ...-urile din această plajă de puteri, sunt asemănătoare/apropiate/asemenea/corespondente/înrudite/ de aceeași natură/analoage celor solicitate în contractul care se atribuie.

Turbina indicată în caietul de sarcini, care satisface soluția tehnică propusă pentru sistemul de termoficare din ... face parte din clasa de putere 40, având $P_e=40$ MW și $P_t=43$ MW, astfel că autoritatea contractantă nu solicită ca experiență similară execuția de lucrări identice cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie, existând posibilitatea ca ofertanții care au mai executat lucrări similare ca soluții tehnologice, pentru centrale cu o capacitate mai mică de 40MW, să poată participa.

Nu se poate face trimitere la tehnologii diferite de producere simultană de energie termică și electrică, având în vedere că valoarea utilajului conducător, respectiv turbina pe gaze, este semnificativă față de valoarea estimată a întregului contract ($\sim 25\%$ conform estimărilor din Studiul de fezabilitate), ceea ce nu permite asimilarea cu alte echipamente de putere și mărimi și/sau cu funcțiuni diferite, după cum sugerează contestatoarea.

Alte soluții tehnologice, de exemplu motoare termice, reprezintă o tipologie tehnologică total diferită, iar o referință anterioară în care s-a proiectat/montat unul sau mai multe motoare termice nu poate fi considerată "experiență similară", datorită faptului că problematica tehnică și tehnologică este total diferită, excluzând îndeplinirea cerinței beneficiarului privind garantarea faptului că ofertantul are experiența necesară îndeplinirii contractului pentru care prezintă oferta.

În documentația de atribuire se prevede utilizarea unei turbine ce funcționează cu gaze naturale cu presiune ridicată, cca. 45 bari. Proiectarea instalațiilor de ridicare a presiunii gazelor naturale de la presiunea rețelei de distribuție, de 6 bari, la cea de lucru, de cca. 45 bari, necesară funcționării turbinei, reprezintă o sarcină complexă atât în faza proiectării, cât și în faza execuției. Proiectarea și execuția unei astfel de instalații, cu risc major de explozie în exploatare, presupune o experiență specifică, fără de care riscul de a se produce accidente cu urmări foarte grave este însemnat.

Proiectarea și execuția sursei de energie termică și electrică (cu funcționare în regim de cogenerare de înaltă eficiență, așa cum este aceasta definită prin ordinul ANRE nr. 23/2010, și așa cum se solicită prin ghidul aplicantul) presupune o experiență similară dovedită prin elaborarea anterioară a cel puțin unui proiect cu conținut tehnologic similar, chiar dacă capacitățile instalațiilor sunt mai mici, în limita specificației de 12 ME.

În România, până în prezent, s-a mai executat și pus în funcțiune cel puțin un proiect cu tehnologii similare. Alegerea echipamentului conducător (turbina de gaze) în vederea îndeplinirii cerințelor privind producția de energie termică și electrică la nivelul producției estimate în analiza economică și financiară din studiul de fezabilitate aprobat, parte la contractul de finanțare, necesită, odată în plus, o experiență solidă din partea ofertantului, care să asigure capacitatea profesională a acestuia de a elabora un proiect de calitate care să susțină execuția acestuia și atingerea parametrilor proiectați (prezențați ca indicatori obligatorii în cadrul contractului de finanțare). Autoritatea contractantă nu își poate permite riscul de a coborî ștacheta cerințelor privind experiența similară,

având în vedere că, neîndeplinirea indicatorilor proiectului și întârzierea lucrărilor (ca urmare a unei experiențe necorespunzătoare din partea ofertanților), va compromite finanțarea deja angajată prin semnarea contractului de finanțare.

Experiența similară solicitată de către autoritatea contractantă este impusă și de durata scurtă de implementare a proiectului, care trebuie să fie fructificată de către ofertanții pentru care proiectarea și execuția unor lucrări de complexitate tehnologică similară, în general, reprezintă activități comune, iar tema specifică a proiectului nu este una pe care o abordează pentru prima dată.

Invocând prevederile art. 188 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă susține că dorește să solicite informații referitoare la experiența similară dovedită printr-o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări, având în vedere riscul presupus printr-o proiectare și/sau execuție defectuoasă în cazul în care acceptă ofertanți care nu au în portofoliul lor de lucrări proiectarea și/sau execuția (cel puțin în proiecte separate) a instalațiilor de gaze de mare presiune și a montajului turbinelor ce funcționează cu gaze naturale cu presiune ridicată.

Astfel, nu poate accepta eventuali ofertanți care au executat sisteme de cogenerare utilizând motoare ce funcționează cu gaze naturale, întrucât puterea acestora (exprimată în MW) este mult mai mică, având domeniu de aplicabilitate: comunitățile mici sau unități urbane de tip cartier, tehnologia utilizării gazelor naturale este diferită, în sensul că din astfel de scheme lipsesc stațiile de compresoare de gaze naturale. Cerințele stabilite sunt în conformitate cu prevederile art. 7 din HG nr. 925/2006, care prevăd că scopul acestora este: demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Solicitarea privind experiența similară este de natură să confirme autorității contractante că ofertantul dispune de o minimă experiență în activitatea de construcții, care să permită acestuia (individual sau în asocieri) să abordeze un proiect de anvergură și complexitatea celui supus procedurii de achiziție. Experiența similară este de natură să confirme și faptul că ofertantul este un operator economic familiarizat și cu aspectele legale și cu problematica economico-financiară generale ale activităților ce fac obiectul viitorului contract.

Conform valorii rezultate din Studiul de fezabilitate - Devizul general, bugetul alocat acestui contract pentru echipamente și construcții inclusiv proiectare este de 53.635.702,50 euro. Cerințele privind experiența similară sunt considerate ca necesare, neavând un caracter restrictiv și sunt corelate cu specificul viitorului contract. Având în vedere anvergura proiectului în care vor fi proiectate, comandate și achiziționate, montate și puse în funcțiune echipamente de zeci, sute și milioane de

euro, sumele solicitate pentru lucrările și activitățile de natură similară sunt mai mici decât valorile evaluate de autoritatea contractantă în cadrul acestei documentații (aprox. 30% din valorile estimate), tocmai pentru a oferi posibilitatea potențialilor ofertanți, care au derulat activități similare, dar cu valori mai mici. Autoritatea contractantă consideră că este importantă experiența similară chiar dacă aceasta a fost dobândită în cadrul unor proiecte cu valori mai mici, dar cu conținut tehnic similar.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează și faptul că au fost respectate și dispozițiile art. 8 din HG nr. 925/2006, fiind elaborată nota justificativă privind criteriile de calificare, în care a fost justificată în detaliu cerința privind experiența similară.

Prin solicitarea SC ROMIB SA se restricționează practic posibilitatea autorității contractante de a respecta instrucțiunile cu caracter obligatoriu din Ghidul solicitantului pentru Axa 3 Prioritară POS Mediu pentru „reducerea poluării și minimizarea efectelor schimbărilor climatice pentru reabilitarea sistemelor de încălzire urbană vizând atingerea țintelor de eficiență energetică în zonele prioritare identificate” cu privire la tematica proiectelor ce se finanțează prin această axă, precum și Ghidul publicat în iulie 2006 de către Comisia Europeană „Integrated Pollution Prevention and Control Reference Document on Best Available Techniques (BAT) for Large Combustion Plants” (Prevenirea poluării integrate și Documentul de referință privind controlul celei mai bune tehnologii disponibile pentru Instalații mari de ardere).

Tematica Axei 3 Prioritară, prin care se finanțează investiția ce face obiectul acestei proceduri de achiziții, este: "Axa prioritară 3, Sector termoficare, Investițiile preconizate pentru acest sector au în vedere reducerea emisiilor provenite de la centralele municipale de termoficare. Proiectele de investiții se vor realiza în localitățile în care centralele municipale reprezintă sursa cea mai mare de poluare a mediului".

La întocmirea Studiului de fezabilitate, parte a contractului de finanțare nr. 121691/22.06.2011, semnat între autoritatea contractantă și AM POS Mediu, s-au avut în vedere Ghidul redactat de către Comisia Europeană referitor la Prevenirea poluării integrate și Documentul de referință privind controlul celei mai bune tehnologii disponibile pentru Instalații mari de ardere, precum și instrucțiunile ordinului ANRE 23/2010, cu privire la cogenerarea de înaltă eficiență.

Alegerea echipamentului conducător (turbina de gaze) în vederea îndeplinirii cerințelor privind producția de energie termică și electrică la nivelul producției estimate în analiza economică și financiară din Studiul de fezabilitate aprobat, parte la Contractul de finanțare din partea UE, necesită, o experiență solidă din partea ofertantului care să asigure capacitatea profesională a acestuia de a elabora un proiect de calitate care să susțină execuția acestuia și atingerea parametrilor proiectați.

Prin urmare autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire astfel încât să respecte contractul de finanțare semnat și asumat.

Având în vedere datele prezentate mai sus, cerințele formulate de către contestatoarea SC ROMIB SA, cu privire la criteriile de calificare și

selecție, devin inacceptabile, întrucât contravin obligațiilor asumate de către autoritate în cadrul contractului de finanțare.

Solicitarea experienței similare la un nivel rezonabil, proporțional cu specificul și complexitatea contractului de achiziție publică, impusă pentru experiența similară, este de natură să confirme autorității contractante că ofertantul dispune de o minimă experiență în activitatea de construcții care să permită acestuia (individual sau în asocieri) să abordeze un proiect de anvergură celui supus procedurii de achiziție. Experiența similară este de natură să confirme și faptul că ofertantul este un operator economic familiarizat și cu aspectele legale și cu problemele economico-financiare generale ale activităților comerciale.

Referitor la afirmația contestatoarei - "care reprezintă alte coduri CPV față de cele menționate", autoritatea contractantă susține că obiectul contractului nu este în legătură cu identificarea unui cod CPV, ci cu identificarea posibilității de a satisface o necesitate căreia i se pot atribui unul sau mai multe coduri CPV pe care aceasta le comportă. În esență, punerea în corespondență cu CPV este obligatorie pentru ca informația privind obiectul contractului să fie accesibilă și precisă pentru toți operatorii economici vorbitori de alte limbi. Prin urmare, vocabularul comun nu poate fi invocat drept corespondență atunci când autoritatea contractantă solicită îndeplinirea unei cerințe de calificare referitoare la experiența similară.

În ceea ce privește critica adusă faptului că s-a cerut prezentarea unui singur contract în valoare de 75 milioane lei, autoritatea menționează că cerința respectă prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 și ale art. 9 din HG nr. 925/2006, astfel:

- solicită un document prin care să se confirme execuția lucrărilor în valoare de 75 milioane lei. Raportat la valoarea estimată a lucrărilor, de 227.063.287,94 lei (fără proiectare și diverse și neprevăzute), 75 milioane lei reprezintă 33%, deci un procent mic față de cel de 100% pe care autoritatea contractantă putea să-l solicite. Autoritatea contractantă a ales să acorde posibilitatea de participare și operatorilor (din România și din întreaga lume) care au executat contracte de o valoare mai mică, dar similare din punct de vedere tehnic, dorind astfel să se asigure că, dificultățile ivite pe parcursul execuției/derulării unui contract de o așa anvergură, vor fi rezolvate.

- impune nivel valoric - 75 milioane lei;

- nu impune cantitate - astfel contractul prezentat ca experiență similară poate să aibă ca și obiect/să se refere la execuția lucrărilor de montaj aferente unei singure centrale sau aferente mai multor centrale aflate în aceeași locație sau locații diferite.

- solicită execuția de lucrări similare, nu identice, din rațiunile antemenționate și menționate în continuare cu scopul de a convinge Consiliul și potențialii ofertanți că experiența similară prezintă o relevanță deosebită în analiza capacității unui operator economic de a presta anumite activități, la un nivel rezonabil de eficiență.

2. Prin textul contestației, formulat la punctul 2, cerința referitoare la lucrări de construcții și montaj, ofertantul dă dovadă că nu a înțeles că:

- valoarea contractului similar, pentru care se solicită experiență de execuție, reprezintă numai aproximativ 30 % din valoarea estimată a contractului de construcții-montaj pentru care a formulat contestația;

- utilajul conducător al acestui proiect este „turbina de gaze” și acesta nu se poate asimila, datorită complexității sale tehnologice, cu alte tipuri de echipamente, cum ar fi „motoarele pe gaz”, „turbinele de abur” sau „turbine hidraulice”;

- cerința de putere minimă este determinată de încadrarea acestor echipamente, în literatură de specialitate, în funcție de mărimea puterilor termice și electrice (o altă dovadă de lipsă de experiență în proiectare și/sau execuție). Se subliniază că, puterea termică și electrică a turbinei de gaze, conform datelor din caietul de sarcini, este mult mai mare și, prin diminuarea acestei cerințe până la limita inferioară a încadrării, autoritatea contractantă a dorit să ofere posibilitatea unui număr cât mai mare de ofertanți să participe la procedură, fără însă a se îndepărta de nivelul de complexitate al lucrărilor de construcții-montaj aferente acestui proiect.

Referitor la condițiile impuse pentru experiența similară pentru servicii de proiectare, autoritatea contractantă arată că respectă prevederile Ordinului nr. 509/2011, astfel:

- solicită un document prin care să se confirme prestarea de servicii de proiectare în valoare de 4 milioane lei. Raportat la valoarea estimată a serviciilor de proiectare, de 6.066.010,21 lei („fără proiectare și diverse și neprevăzute”), 4 milioane lei reprezintă 66%, deci un procent mic față de cel de 100% pe care autoritatea contractantă putea să-l solicite, conform dispozițiilor art. 9 din HG nr. 925/2006. Autoritatea contractantă a ales să acorde posibilitatea de participare și operatorilor (din România și din întreaga lume) care au prestat contracte de proiectare de o valoare mai mică, dar similare din punct de vedere tehnic, dorind astfel să se asigure că, dificultățile ivite pe parcursul execuției/derulării unui contract de o așa anvergură, vor fi rezolvate.

- impune nivel valoric - 4 milioane lei;

- nu impune cantitate – astfel, contractul prezentat ca experiență similară poate să aibă ca și obiect/să se refere la prestarea de servicii de proiectare pentru execuția lucrărilor de natura celor menționate, aferente unei singure centrale sau aferente mai multor centrale aflate în aceeași locație sau locații diferite.

3. Referitor la afirmația „Față de obiectul (domeniul restrâns) și valorile de prag solicitate (valoare contract, putere) pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară atât pe partea de proiectare, cât și pentru execuție și de numărul aproape inexistent de astfel de lucrări executate pe teritoriul României, un astfel de criteriu este teoretic imposibil de îndeplinit de către operatorii economici. Limitarea numărului de contracte de execuție prezentate pentru experiența ca antreprenor în construcții montaj (solicitate identice nu similare) cu obligația de a

prezenta un singur contract în valoare mai mare sau egală cu 75 mil lei, nu face decât să obstrucționeze participarea ofertanților la licitație. Capacitatea de executare, poate fi dovedită la fel de bine prin impunerea ca, ofertanții să fi executat contracte ce puteau face obiectul mai multor contracte”, autoritatea contractantă susține următoarele:

- Având în vedere că putea impune prezentarea de lucrări similare în valoare de 227.063.287,94 lei, dar a impus un prag de 30%, adică 75 milioane lei, respectând prevederile Ordinului nr. 509/2011, care acordă două posibilități în ceea ce privește modul de solicitare de către autoritățile contractante a îndeplinirii cerințelor de calificare, respectiv „prezentarea a cel puțin un document, sau prezentarea unui număr maxim de documente, prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ...”

- Faptul că autoritatea contractantă nu a impus niveluri cantitative cu privire la obiectul contractului ce urmează a fi prezentat ca și experiență similară;

- Faptul că operatorul economic contestator, dacă nu are experiența similară solicitată sau nu îndeplinește alte condiții de calificare impuse, are la dispoziție mecanismul juridic al asocierii, al subcontractării și al susținerii din partea unui terț pentru a putea participa la prezenta procedură. Autoritatea contractantă menționează în fișa de date a achiziției modalitatea de prezentare a documentelor, în cazul în care operatorii economici doresc să apeleze la unul din mecanismele antementionate.

Astfel, apreciază că participarea la procedură nu este restricționată în niciun fel, având posibilitatea de a depune ofertă toți potențialii operatori economici care au mai prestat lucrări/servicii similare cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, putând, astfel, demonstra capacitate organizatorică, tehnică și financiară, de natură să asigure autoritatea contractantă de posibilitatea concretă de îndeplinire a prezentului contract și de posibilitatea de a rezolva eventualele dificultăți apărute în execuție în cazul în care oferta ar fi declarată câștigătoare.

Contestatoarea dorește eliminarea referințelor la ceea ce reprezintă esența proiectului, și aceasta numai în scopul declarat, prin invocarea limitării experiențelor similare numai din România, că în portofoliul său nu există o astfel de investiție, proiectată și executată, neținând seama că acesta este un proiect care beneficiază de finanțare din fonduri publice provenite din instrumente de finanțare ale UE, guvernamentale și locale și, în conformitate cu legislația națională și europeană referitoare la achizițiile publice în vigoare, „Orice operator economic are dreptul de a participa, individual sau într-un grup de operatori, la procedura de atribuire.” Prin sintagma „orice operator economic” înțelegându-se orice operator economic cu sediul în România, în orice țară membră a UE sau din afara UE.

4. Referitor la mențiunile privind „modul de constituire și eliberare a garanției de bună execuție”, în temeiul dispozițiilor art. 256 indice 3 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă adoptă măsuri de remediere, postând o clarificare în acest sens, prin care se corelează

informațiile din propunerea de contract cu cele din fișa de date a achiziției, referitoare la modul de restituire a garanției de bună execuție.

Asfel, restituirea garanției de bună execuție se va face după cum urmează:

- 70% din valoarea sumelor reținute, în max. 14 zile după admiterea recepției la terminarea lucrărilor (emiterea Certificatului de recepție la finalizarea lucrărilor, după încheierea procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor) în baza unei solicitări scrise din partea antreprenorului; pt. pct 1 și 2 restituirea este condiționată de depunerea unui document constituit în formatul indicat în Formularul 3, valabil pentru 30% din suma inițială;

- 30% din valoarea sumelor reținute, în max. 14 zile după admiterea recepției finale (emiterea Certificatului de recepție finală, după încheierea procesului-verbal de recepție finală), în baza unei solicitări scrise din partea antreprenorului.

Având în vedere măsura de remediere adoptată, se solicită constatarea ca fiind rămasă fără obiect critica cu privire la modalitatea de restituire a garanției de bună execuție.

5. Referitor la mențiunile: „Suplimentar, propunerea de contract vol. 2 art. 1.5 Prioritatea documentelor, se stabilește ordinea de prioritate a documentelor care prevede că documentația de atribuire este prioritatea nr. 5 față de ofertă (inclusiv anexa la ofertă) care este prioritatea nr. 2”, autoritatea contractantă menționează următoarele aspecte:

Prioritatea nr. 2 este scrisoarea de ofertă - Formularul de ofertă, parte a propunerii financiare și anexa la ofertă, propunerea tehnică fiind menționată la litera g), prioritatea nr. 7, precedată de Listele, Fișele Tehnice, Specificațiile Tehnice Generale și Particulare și Garanțiile oferite. Autoritatea contractantă respectă, prin ordinea instituită, logica referitoare la ordinea de prioritate a documentelor, care rezultă din interpretarea prevederilor art. 95 alin. (2) din HG nr. 925/2006. Astfel, propunerea tehnică a ofertantului „Propunerea antreprenorului” este prioritatea nr. 7, față de documentația de atribuire care include și caietul de sarcini și care este prioritatea nr 5.

Se subliniază că, modelul de contract propus în documentația de atribuire este de tip FIDIC, Cartea Galbenă. Modelul de contract ales reprezintă opțiunea autorității contractante, nefiind impus de nicio reglementare legislativă în vigoare, sau de programul de finanțare al proiectului.

În ceea ce privește critica de la punctul 4 din contestație, se arată că, fiind vorba de un contract de tip „proiectare și execuție de lucrări”, certificările, atestările și autorizațiile de care antreprenorul are nevoie în implementarea contractului, nu se includ în criteriile de calificare și selecție, acest aspect făcând și obiectul instrucțiunilor pe care ANRMAP le-a impus autorității contractante pe durata verificării documentației, înainte de a fi publicată pe SEAP.

Fiind vorba de un contract în care antreprenorul va presta serviciile de proiectare, va achiziționa utilajele și echipamentele propuse prin

proiectul său, va executa lucrările de construcții-montaj și va pune în funcțiune instalațiile, demonstrând că parametrii solicitați, în Volumul 3 - Cerințele beneficiarului, sunt atinși, autoritatea contractantă nu definește drept criterii de calificare și selecție certificările, atestările și autorizațiile pe care trebuie să le dețină acesta pentru executarea contractului în bune condiții.

Totodată, se subliniază o altă neînțelegere a reclamantului cu privire la recomandarea acestor documente de către autoritate prin documentația de atribuire, și anume aceea că, prin tipul de contract impus, ofertantul/contractantul poartă responsabilitatea întregului proiect de la faza de proiectare și până la punerea în funcțiune, cu respectarea obligațiilor impuse de perioada de garanție de bună execuție, până la emiterea certificatului de acceptare finală și prin urmare are și responsabilitatea identificării tuturor tipurilor de certificări, atestări și autorizații necesare implementării proiectului.

Prin impunerea unui astfel de model de contract, autoritatea transferă întreaga responsabilitate a executării contractului în sarcina ofertantului a căruia ofertă va fi declarată câștigătoare și care trebuie să fie în măsură să implementeze proiectul, fără solicitarea de plăți adiționale și/sau extinderi ale termenului de finalizare, așa cum este stipulat și în contractul de finanțare.

În acest context, solicitarea contestatoarei de a include în cadrul documentației de atribuire informații privind certificatele, autorizațiile, atestatele necesare derulării contractului de achiziție publică în condițiile în care acestea nu reprezintă cerințe de calificare, se cuvine a fi respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește solicitarea de anulare a întregii proceduri de atribuire, este evident că aceasta nu se justifică, raportat la argumentele invocate în prezentul punct de vedere cu privire la legalitatea documentației de atribuire, dar și la posibilitatea adoptării de către CNSC de eventuale măsuri de remediere.

II. Referitor la contestatia depusa de SC ELSACO ELECTRONIC:

Autoritatea contractantă a dorit să aducă la cunoștința tuturor potențialilor ofertanți că alege să-și exercite dreptul conferit de art. 181 din OUG nr. 34/2006 și să excludă din procedură pe aceia care se încadrează în prevederile articolului.

Având în vedere că legislația achizițiilor publice, prin art. 97¹ din HG nr. 925/2006, instituie obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant, autoritatea contractanta a ales să aducă la cunoștința potențialilor ofertanți că acele documente constatatoare care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale, în sensul prevederilor art. 181 din ordonanță, respectiv ale art. 97¹ din HG nr. 925/2006, vor fi asimilate cu încadrarea ab initio la prevederile art. 181. Autoritatea contractantă consideră că se încadrează la prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006, orice ofertant care are emise pe numele său documente constatatoare care atestă neîndeplinirea totală, parțială sau îndeplinirea cu întârziere a obligațiilor contractuale față de foști beneficiari, în ultimii

2 ani, deoarece orice neexecutare sau executare cu întârziere din culpa antreprenorului este considerată de autoritatea contractantă ca fiind de natură să producă grave prejudicii beneficiarului contractului.

Interpretarea contestatoarei cu privire la indicația prezentată prin fișa de date a achiziției, la capitolul III.2.1 a) - "Astfel, la Cap.III.2, pct. III.2.1.din cuprinsul anunțul de participare nr. ... precum și la Cap. 111.2), pct. III.2.1.a) din cuprinsul fișei de date, autoritatea contractantă abuzează de prevederile legale, care permit excluderea de la procedură a operatorilor economici care se află în una din situațiile prevăzute la art. 181 (respectiv lit. c1) și impune, printr-o abordare exhaustivă, ca operatorii economici să nu aibă emise pe numele lor documente constatatoare înregistrate fie la ANRMAP, care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale", este considerată ca fiind abuzivă, întrucât autoritatea contractantă are dreptul legal de a invoca oricare dintre articolele OUG nr. 34/2006, modificată și actualizată.

Prin precizarea făcută în fișa de date a achiziției (aprobată de către ANRMAP), autoritatea contractantă a avut în vedere respectarea în ansamblu a prevederilor art. 181, deci implicit și a prevederilor art. 181 lit. c¹), considerând că acestea fac parte integrantă din textul articolului în discuție.

Autoritatea apreciază că dreptul de a exclude, din procedura de atribuire, ofertanții care nu și-au îndeplinit obligațiile contractuale în ultimii doi ani a fost acordat autorităților contractante ca un instrument de protecție și de diminuare a riscului de neexecutare a contractelor atribuite de către antreprenori, cu atât mai mult cu cât aceste neexecutări, referindu-se la lucrări publice, afectează interesul public general.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect „Implementare proiect la sursa în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 18.07.2013, dată la care a postat și documentația de atribuire. Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, ... și ... au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând:

- modificarea documentației aferente procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile legislației din România;
- în cazul în care nu este posibilă modificarea documentației, anularea procedurii de atribuire și a tuturor actelor și acțiunilor întreprinse în legătură cu această procedură (...).
- anularea în parte a anunțului de participare nr. ... precum și a documentației de atribuire, respectiv a fișei de date a achiziției și dispunerea măsurilor corective ce se impun, în sensul refacerii acestor documente după înlăturarea cerințelor arătate în contestație;
- în cazul imposibilității adoptării de către autoritatea contractantă, în timp util, a măsurilor corective, anularea procedurii de atribuire (...).

Criticile primei contestatoare formulate împotriva faptului că autoritatea contractantă nu a stabilit cerințele minime de calificare

referitoare la experiența similară prin raportare la codurile CPV precizate la punctul II.1.6 din fișa de date a achiziției sunt considerate de Consiliu neîntemeiate. Potrivit art. 4 din Hotărârea Guvernului nr.925/2006, autoritatea contractantă are obligația de a stabili programul anual al achizițiilor publice. Obiectul contractelor de achiziție publică se pune în corespondență cu sistemul de grupare și codificare utilizat în Vocabularul comun al achizițiilor publice (CPV) conform Regulamentului (CE) nr. 213/2008 al Comisiei din 28 noiembrie 2007 de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2195/2002 al Parlamentului European și al Consiliului privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) și a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE. Aceasta se realizează prin încadrarea produsului, serviciului sau lucrării în codul de 8 cifre care descrie cu cea mai mare acuratețe acel produs/serviciu/lucrare.

Rațiunea pentru care trebuie utilizate coduri CPV cât mai specifice constă în depășirea barierelor lingvistice între autoritatea contractantă și ofertanți, astfel încât informația privind obiectul contractului să fie accesibilă și precisă și pentru ofertanții vorbitori de alte limbi, asigurându-se respectarea principiului nediscriminării și transparenței.

În ceea ce privește stabilirea cerinței minime de calificare referitoare la experiența similară, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere, conform prevederilor art. 188 alin. (2) și (3) din OUG nr. 34/2006, specificul, volumul și complexitatea serviciilor/lucrărilor ce urmează a fi prestate/executate, și nu codurile CPV stabilite anterior (decât în mod suplimentar și facultativ).

Referitor la caracterul restrictiv al cerinței privind experiența similară atât pentru proiectare cât și pentru execuție lucrări, Consiliul constată netemeinicia criticilor contestatoarei. Prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, autoritatea contractantă a solicitat:

Cerința 2 Experiența similară

Nivel specific minim necesar:

Condiție de calificare: Se solicită cumulativ îndeplinirea condițiilor de la punctele A și B prezentate în continuare:

*A) Experiența ca antreprenor ("lucrări executate și duse la bun sfârșit") în construcții-montaj de natură similară cu cele care fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, în ultimii 5 ani, dovedită prin executarea: un contract de lucrări similare ca natura și complexitate a cărui valoare să fie mai mare sau cel puțin egală cu 75 mil lei fără TVA. Prin lucrări „de o natură similară” se înțelege executarea de lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere, respectiv: Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mare de 12 MW.
..[....]..*

B) Experiența ca proiectant ("servicii duse la bun sfârșit") în ultimii 3 ani dovedită prin prestarea de contracte de servicii similare ca natură și complexitate, și a căror valoare cumulată este mai mare sau cel puțin egală cu 4.000.000 lei fără TVA. Prin servicii „de o natură similară” se înțelege prestarea de servicii de proiectare pentru centrale electrice de

termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz de mare putere, respectiv: Pt sau Pe (puteri termice sau electrice) mai mari de 12 MW.

...[.....]..

De asemenea, conform Notei justificative privind determinarea valorii estimate a contractului de achiziție nr. 128608 din 06.06.2013/01.07.2013, valoarea estimată a contractului supus achiziției este de 242.988.812,15 lei reprezentând 55.812.024,76 euro, din care:

- valoarea serviciilor de proiectare = 6.066.010,21 lei, reprezentând 1.393.300 euro;
- valoare construcții-montaj și echipamente = 227.063.287,94 lei, reprezentând 52.154.096,04 euro;
- cota de cheltuieli diverse și neprevăzute = 9.859.514,0 lei.

Așa cum se precizează prin caietul de sarcini, „centrala electrică de termoficare (...) din cadrul SC Electrocentrale SA ... este în funcțiune din anul 1966. În prezent centrala este echipată cu doua categorii de cazane de abur:

- 3 cazane de abur cu funcționare pe gaze naturale: C1, C2 și C3, care formează IMA 1:

Cazanele de abur C1 și C2, au un debit de abur de 165 t/h fiecare și funcționează pe gaze naturale;

Cazanul de abur C3 are debitul de abur de 350 t/h și funcționează pe gaze naturale sau păcură;

- 3 cazane de abur cu funcționare pe lignit: ... C5 și C6, care formează IMA 2:

Cazanele de abur ... și C5 au debitul de abur de 400 t/h fiecare și funcționează pe lignit cu suport păcură;

Cazanul de abur C6 are debitul de abur 350 t/h și funcționează pe lignit cu suport păcură;

Toate cele 6 cazane de abur debitează aburul produs pe o bară colectoare comună, din care sunt alimentate cele 5 turbine cu abur, și anume: TA1 (25 MW), TA2 (25 MW), TA3 (45 MW), TA4 (50 MW) și TA5 (50 MW).

Energia termică este produsă în cogenerare”.

Conform aceluiași caiet de sarcini, obiectivul proiectului de față constă în stabilirea măsurilor de restructurare și reabilitare a sistemului de încălzire urbană din ... care să asigure conformarea cu obligațiile de mediu stabilite prin Tratatul de Aderare, precum și cu obiectivele strategiilor și programelor naționale relevante pentru mediu (creșterea eficienței energetice, reducerea emisiilor de gaze cu efect de seră, creșterea calității serviciului public de alimentare cu energie termică la tarife suportabile pentru populație). S-a urmărit valorificarea unei părți din sistemul existent, prevăzându-se însă o serie de lucrări de reabilitare și modernizare în scopul creșterii eficienței energetice a sistemului în ansamblul său și reducerii gradului de poluare a mediului.

Pentru îndeplinirea acestor deziderate, în cadrul acestui contract se solicită proiectarea și executarea următoarelor lucrări propuse:

Construcții și instalații pentru:

- Turboagregat cu gaze și cazan recuperator (minimum 40 MWe + minimum 43 MWt);
- Cazane de abur 2 x 14t/h + degazor;
- Cazane de apă fierbinte (minimum 2 x 116,3 MWt și sala pompe);
- Stație pompe termoficare;
- Instalație de alimentare cu gaze;
- Rețele în incintă;
- Stație de tratare chimică a apei;
- Stație de tratare ape uzate;
- Stații electrice și camere de comandă;
- Gospodăria de apă potabilă și de incendiu;
- Gospodărire CLU;
- Drumuri, platforme;
- Acumulator de caldura atmosferic $V_{brut}=8.500$ mc.

Procurare si montaj echipamente tehnologice:

- Turboagregat cu gaze și cazan recuperator (minimum 40 MWe + minimum 43 MWt);
- Cazane de abur 2x 14t/h + degazor;
- Cazane de apă fierbinte (minimum 2 x 116,3 MWt și sala pompe);
- Stație pompe termoficare;
- Sisteme termomecanice;
- Sisteme tehnologice electrice și de automatizare;
- Instalație de alimentare cu gaze;
- Rețele în incintă;
- Stație de tratare chimică a apei;
- Stație de tratare ape uzate;
- Stații electrice și camere de comandă;
- Instalații de telecomunicații;
- Gospodăria de apă tehnologică;
- Stația de pompare apă de răcire;
- Gospodărire CLU;
- Acumulator de căldură atmosferic $V_{brut}=8.500$ mc.

Trebuie avut în vedere că, parte din construcțiile și instalațiile existente vor fi utilizate în realizarea noului proiect, altele vor fi modificate iar altele vor fi dezafectate pentru crearea de spații aferente noilor construcții și instalații. De asemenea, fac parte din contract activitățile de testare și punere în funcțiune a instalațiilor și de instruire a personalului operatorului.

Având în vedere amploarea și complexitatea contractului supus achiziției, Consiliul apreciază cerințele autorității contractante ca fiind realiste. În conformitate cu dispozițiile art. 9 lit. a) din HG nr. 925/2006, *În sensul prevederilor art. 8 alin. (1), se prezumă că cerințele minime de calificare sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, dacă se impune îndeplinirea unor condiții cum ar fi:*

a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie

mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/presate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit.

Astfel, în contextul în care valoarea lucrărilor de construcții-montaj și echipamente este de 227.063.287,94 lei, iar valoarea serviciilor de proiectare este de 6.066.010,21 lei, impunerea unui prag pentru experiența similară în execuția de lucrări de 75.000.000,0 lei (ce reprezintă 33% din valoarea estimată) și în proiectare de 4.000.000,0 lei (ce reprezintă 65,9% din valoarea estimată) nu poate fi considerată restrictivă. Și în ceea ce privește impunerea prezentării doar a unui contract pentru experiența similară în execuția de lucrări, dispozițiile legale în vigoare permit autorității contractante, ca funcție de amploarea și complexitatea contractului supus achiziției să impună prezentarea unuia sau mai multor contracte pentru îndeplinirea pragului impus. Cum pragul impus reprezintă doar 33% din valoarea estimată a componentei de execuție lucrări de construcții-montaj și echipamente, având în vedere complexitatea contractului ce urmează a se realiza autoritatea contractantă avea dreptul de a impune prezentarea unui singur contract. În sprijinul deciziei sale vin și dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 care prevăd: „... cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de recepție etc.] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și, după caz, având o capacitate de

Susținerile contestatoarei că pentru îndeplinirea experienței similare autoritatea contractantă a solicitat prezentarea de contracte identice cu cel supus achiziției sunt considerate de Consiliu întemeiate în parte. Pe de o parte, obiectul contractului de față este realizarea proiectării și execuției de lucrări pentru centrale electrice de termoficare (...), care produc energie electrică și termică în regim de cogenerare, echipate cu turbină pe gaz, deci este imperios necesar ca în contractul similar, ...-ul să fi fost echipat cu turbină pe gaze (funcționarea tehnologică fiind diferită față de situația utilizării doar a turbinelor pe abur). Pe de altă parte, impunerea unui prag de minim 12 MW pentru puterea turbinei pe gaz, este considerată de Consiliu restrictivă. Orice proiectant/executant care a proiectat/executat un ...echipat cu o turbină pe gaz cu putere mai mică sau mai mare de 12 MW va putea proiecta/executa un ...echipat cu o turbină pe gaz cu o putere de *minimum 40 MWe + minimum 43 MWt*. Mai mult, dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 prevăd: „... cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de recepție etc.] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și, după caz, având o capacitate de”.

„Nu se poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ”.

Stabilind o valoare a contractului similar, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a preciza și o limită a puterii turbinei pe gaz (echivalentul noțiunii de capacitate mai sus menționate), motiv pentru

care, se impune fie eliminarea pragului pentru puterea turbinei pe gaz, fie eliminarea pragului valoric de 75,0 mil lei, respectiv 4,0 mil. lei.

Consiliul amintește contestatoarei că dispozițiile art. 44 și 45 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 facilitează participarea operatorilor economici la procedurile de achiziție, permițând participarea în asociere sau ca subcontractant. De asemenea, dispozițiile art. 186 și 190 din aceeași ordonanță de urgență permit ca îndeplinirea capacității economice și financiare și a capacității tehnice și profesionale a ofertantului să se realizeze prin susținerea acordată de o altă persoană indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă. Cerințele de calificare se stabilesc prin raportare la amploarea și complexitatea contractului ce urmează a se atribui (și nu funcție de posibilitatea unui operator economic de a participa individual la procedură), astfel că, funcție de capacitatea tehnică, profesională și economico-financiară, fiecare operator economic poate participa la procedură în una din formele permise de dispozițiile OUG nr. 34/2006.

Criticile contestatoarei formulate împotriva presupusului caracter contradictoriu al modului de constituire și eliberare a garanției de bună execuție prevăzut în fișa de date a achiziției la cap. III.1.1.b) și Anexa la ofertă (Secțiunea 3) sunt considerate de Consiliu rămase fără obiect. Prin clarificarea postată în SEAP la 02.08.2013, autoritatea contractantă adoptă măsuri de remediere, prin care se corelează informațiile din propunerea de contract cu cele din fișa de date a achiziției, referitoare la modul de restituire a garanției de bună execuție.

Sușinerile contestatoarei că prin modul în care autoritatea contractantă a priorizat documentele în cadrul propunerii de contract se ajunge la interpretări cu grad mare de incertitudine și posibil tratament inegal al ofertelor în timpul evaluării sunt considerate de Consiliu neîntemeiate. Pe de o parte, art. 1.5 din Volumul 2 Condiții speciale din propunerea de contract se referă la prioritatea documentelor care alcătuiesc contractul, motiv pentru care este normal ca oferta să fie prioritatea nr. 2 deoarece contractul se încheie în baza ofertei desemnate câștigătoare a procedurii. Documentația de atribuire este prioritară în ceea ce privește etapa de licitație în vederea desemnării ofertei câștigătoare și nu după încheierea contractului, astfel că nivelul de prioritate al acestei după contractare este mai mic (în cazul în speță de nivel 5).

Criticile contestatoarei formulate împotriva pretensei omisiuni din cadrul fișei de date a achiziției, cap. III.2.3.a) Capacitate tehnică și/sau profesională, a solicitării de prezentare de certificări, atestări, autorizații strict necesare unui antreprenor pentru realizarea obiectului contractului, sunt considerate de Consiliu neîntemeiate. În motivare, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 176 din OUG nr. 34/2006 care prevăd dreptul autorității contractante (și nu obligația) de a aplica criteriile de calificare referitoare numai la a) situația personală a candidatului sau ofertantului; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale; c) situația economică și financiară; d) capacitatea tehnică și/sau profesională; e) standarde de asigurare a calității; f) standarde de protecție a mediului, în

cazurile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. f) și alin. (3) lit. e). Același drept al autorității contractante este stabilit și prin dispozițiile art. 183 în ceea ce privește prezentarea de documente edificatoare referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și cele ale art. 187 privind capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului. Prin punctul de vedere la contestație autoritatea contractantă a precizat în mod expres că nu este o omisiune a fișei de date ci nu a dorit să impună prin fișa de date a achiziției cerințe de calificare privind autorizarea/certificarea operatorului economic pentru anumite domenii specifice. Cum, decizia de a stabili ce criterii de calificare aplică în procedura de atribuire a fost dată de legiuitor în sarcina autorității contractante, Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă la impunerea anumitor cerințe de calificare. Pe de altă parte, autorizările/certificările pe anumite domenii specifice (gaze, electrice, cazane etc.) sunt clar reglementate prin legislația națională, motiv pentru care autoritatea contractantă în virtutea principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006 își asumă conținutul și forma documentației de atribuire.

Totodată, Consiliul constată că autoarea contestației se află în eroare când susține că prevederile din fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, unde autoritatea contractantă precizează: *NOTA: Cerintele prevazute in caietul de sarcini sunt cerinte minime obligatorii, ofertele care nu indeplinesc aceste cerinte urmand a fi respinse ca neconforme.*

Din propunerea tehnica trebuie sa reiasa calitatea prestarii serviciilor în realizarea etapelor de executie, respectarea cerintelor minime ale Beneficiarului. Pe parcursul elaborarii ofertei (propunerea tehnica) ofertantul are obligatia sa identifice toate tipurile de autorizatii, respectiv certificari care sa-i permita sa realizeze contractul de achizitie publica fara costuri suplimentare, in cazul in care oferta sa va fi declarata castigatoare. Se va prezenta o lista cu autorizatiile/certIFICATELE care sunt considerate de catre ofertant pentru indeplinirea contractului, aceasta lista nefiind limitativa, iar in cazul in care oferta sa va fi declarata castigatoare si pe parcursul derularii contractului se va dovedi a fi necesare si alte autorizatii/certificari, prestatorul le va obtine fara a solicita costuri suplimentare, se referă la capacitatea ofertantului. Cerința se referă la identificarea de către ofertant a tuturor autorizațiilor/certificatelor necesare derulării contractului de achiziție (de exemplu: autorizație de construire, autorizație de desființare, acord de mediu, avize/acorduri pentru utilități – apă, canalizare, electric, termic, siguranță la incendiu, etc.) și a costurilor aferente acestora, deoarece ulterior, pe parcursul derulării contractului costurile vor fi suportate de ofertant nemaifiind decontate de autoritatea contractantă.

Criticile celei de-a doua contestatoare formulate împotriva cerinței din fișa de date a achiziției, cap. III.2.1.a) prin care autoritatea contractantă impune ca operatorii economici să nu aibă emise pe numele lor documente constatatoare înregistrate la ANRMAP care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale sunt considerate de Consiliu

neîntemeiate. Prin fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1.a) „Situatia personala a candidatului sau ofertantului”, autoritatea contractantă a precizat:

Cerinta 2 - Declaratie privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG nr.34/2006 Condiție de calificare: Ofertantul certifică că nu se încadrează la prevederile art 181 din OUG nr.34/2006.

În situația în care din documentele solicitate la capitolul III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, reiese că ofertantul se află într-una din situațiile prevăzute de art. 180 art. 181 sau de art. 69¹ din OUG 34/2006, acesta va fi exclus din procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Sunt asimilați situației expuse mai sus ofertanții care au emis pe numele lor documente constatatoare înregistrate la ANRMAP, care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale în sensul prevederilor art 181 din OUG 34/2006 respectiv ale art. 97¹ din HG nr. 925/2006.

În conformitate cu dispozițiile art. 181 din OUG nr. 34/2006, Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații:

c¹) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia.

De asemenea, în conformitate cu dispozițiile art. 97¹ din HG nr. 925/2006, Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare: în termen de 14 zile de la data terminării furnizării produselor care fac obiectul respectivului contract și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție a produselor în cauză;

b) pentru contractele de servicii, altele decât contractele de servicii de proiectare: în termen de 14 zile de la data terminării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract;

c) pentru contractele de servicii de proiectare: în termen de 14 zile de la data terminării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor proiectate;

d) pentru contractele de lucrări: în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție finală a lucrărilor întocmit la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor în cauză.

Totodată, dispozițiile alin. (5) al aceluiași art. 97¹ din HG nr. 925/2006, prevăd: Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) pot fi

contestate în justiție potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare.

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea 554/2004.

Având în vedere, pe de o parte, că art. 181 lit. c) ind. 1 din ordonanță nu impune, ca și condiție obligatorie, existența unei hotărâri definitive și irevocabile pentru documentul constatator, iar pe de altă parte, faptul că documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, Consiliul consideră că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui.

Susținerile contestatoarei că autoritatea contractantă ar trebui să analizeze dacă prejudiciile cauzate de neîndeplinirea obligațiilor contractuale sunt minore, sau au fost acoperite prin penalitățile de întârziere aplicate (dând ca exemplu întârzierea la livrarea echipamentelor), nu pot fi luate în considerare. Faptul că într-un certificat constatator nu este completată rubrica „prejudicii” nu înseamnă că prin nerespectarea termenului de livrare a echipamentelor/de realizare a unui obiectiv nu s-au creat prejudicii beneficiarului în cauză. Nerespectarea termenului de livrare a dus la imposibilitatea beneficiarului de a utiliza echipamentul la data preconizată sau de punere în funcțiune a unui obiectiv, ceea ce înseamnă întotdeauna un prejudiciu adus acesteia. Scopul oricărui contract de achiziții este finalizarea lui în termenul stabilit și utilizarea rezultatului obținut în condițiile preconizate.

Contractul de achiziție ce face obiectul procedurii de față este de o complexitate deosebită (implică proiectare și execuție, inclusiv montaj de echipamente cu luarea în considerare a construcțiilor și echipamentelor existente, ce se ridică la o valoare estimată de 242.988.812,15 lei), astfel că, simpla nerespectare a termenelor asumate pentru realizarea de exemplu a serviciilor de proiectare sau de livrare a anumitor echipamente, poate duce în cascadă la prelungirea cu mult a termenelor de finalizare a contractului și un prejudiciu enorm autorității contractante. Mai mult, finanțarea contractului fiind în proporție de 50% din fonduri europene, autoritatea contractantă nu-și poate permite riscul de a atribui contractul unui operator economic neserios, deoarece ar putea pierde finanțarea și implicit nu ar mai putea obține rezultatul preconizat.

Solicitarea subsidiară a contestatoarelor de anulare a procedurii de atribuire este respinsă de Consiliu ca nefondată fiind posibilă dispunerea măsurilor de remediere.

În aceste condiții, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu ...

În conformitate cu prevederile art. 278 alin. (2), (4) și (6) 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 ulterioare, Consiliul admite în parte contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după modificarea documentației în sensul emiterii unui act prin care se modifică cerințele minime de calificare privind experiența similară ca proiectant și executant prin eliminarea condiției *ca puterea termică sau electrică a turbinei pe gaz să fie mai mare de 12 MW (sau a pragului valoric de 75,0 mil. lei, respectiv 4,0 mil. lei)* conform celor precizate în motivare, în maximum 10 zile de la primirea prezentei decizii.

Redactată în cinci exemplare, conține 29 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...