



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.cnscc.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 ... depusă de ... cu sediul în cu sediul în cu sediul în ... reprezentate convențional prin ... cu sediul în ... formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ... cu sediul în localitatea județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de „Lucrări la termocentrala ... privind reabilitarea grupului nr. 4 și instalații de desulfurare pentru grupurile nr. 3 și nr. 4”, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei;
- obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul adoptării măsurilor de remediere necesare pentru respectarea legislației aplicabile și asigurarea principiilor proporționalității, nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și liberei concurențe, prin eliminarea tuturor cerințelor restrictive, abuzive și nelegale din documentația de atribuire;
- în subsidiar, în cazul în care nu vor fi adoptate măsurile de remediere solicitate, anularea procedurii de atribuire.

Prin decizia nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, pe care l-a admis. 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. ... din ... înaintată de reprezentate convențional prin ... formulată împotriva răspunsurilor de clarificare nr. 773/2 din ... 774/2 din ... și 951/2 din ... emise de ... în

calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- anularea răspunsurilor de clarificare nr. 773/2 din ... nr. 774/2 din ... și nr. 951/2 din ...

- obligarea autorității contractante la extinderea termenului de depunere a ofertelor potrivit solicitărilor nr. 701/28.08.2013 și nr. 779/2 din ... precum și obligarea acesteia de a răspunde în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea nr. 702, și de a clarifica dispozițiile contradictorii și abuzive din documentația de atribuire semnalate prin solicitările nr. 701, 702 și 779/2.

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. (2), (4) și (6) 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, admite în parte contestațiile formulate de în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după modificarea documentației în sensul:

- se va elimina din conținutul documentației descriptive, Informații generale, punct 2.5 „Drepturi exclusive”, punctele a), b), c) și i),
- se va preciza în cadrul proiectului de contract care sunt clauzele contractuale obligatorii,
- se va publica o erată în SEAP cu privire la modificarea cerinței din anunțul de participare ca oferta să se prezinte în limba română, cu posibilitatea ca operatorii economici străini să prezinte documentele ce țin de situația financiară și în limba engleză, conform celor precizate în motivare, în maximum 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge ca nefondate celelalte critici ale contestatoarei, 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 reprezentate convențional prin ... în calitate de operatori economici interesați 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, restricționează participarea operatorilor economici și viciază procedura, astfel:

I. În ceea ce privește documentația de atribuire, neregularitățile sesizate, necesitatea măsurilor de remediere:

I.1) Încălcarea de către autoritatea contractantă a principiilor care guvernează materia achizițiilor publice, în particular a transparenței, tratamentului egal, nediscriminării și liberei concurențe între agenții economici:

Procedura de atribuire este grav afectată de nerespectarea de către autoritatea contractantă a obligației prevăzută la art. 116 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, care dă, pe de o parte, dreptul oricărui operator economic interesat de a-și depune candidatura pentru a participa la procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare și obligă, pe de altă parte, autoritatea contractantă să aplice criterii obiective și nediscriminatorii atunci când preselectează candidații.

În concret, autoritatea contractantă a stabilit astfel de criterii în ceea ce privește costul creditului, care reprezintă unul din criteriile de atribuire evaluate și care se punctează în stabilirea ofertei câștigătoare.

Astfel, la secțiunea IV.2.1) din fișa de date, denumită "Criterii de atribuire", autoritatea precizează că pentru a determina ponderea acestui criteriu în cadrul ofertei s-au preluat "informații din piața și s-a ținut cont de propunerile de colaborare". Autoritatea nu precizează care este piața relevantă pe care a luat-o în considerare la stabilirea nivelului optim al costului creditului, și nici care sunt și de unde au venit propunerile de colaborare de care a ținut seama în acest scop, astfel încât nu se poate verifica sursa informațiilor și dacă ele reprezintă într-adevar un indicator obiectiv și relevant în ceea ce privește costul creditului (cum ar fi condițiile pieței bancare, în particular dobânda LIBOR sau EURIBOR) și nici de unde vin sau cât de reprezentative sunt "propunerile de colaborare" primite de autoritatea contractantă.

Un calcul simplu al costului creditului, stabilit de autoritatea contractantă, aplicat la perioada de rambursare a creditului considerată optimă de aceasta, arată că dobânda anuală a creditului trebuie să fie în jur de 2-2.5%, ceea ce diferă în mod dramatic de condițiile pieței libere și ajunge aproape de nivelul de "dumping".

Potrivit informațiilor disponibile pe site-ul Băncii Naționale a României, secțiunea Statistică, subsecțiunea Baza de date interactivă, dobânzile la creditele în Lei variază între un minim de 7.42% și un maxim de 10.10% p.a., iar la Euro între un minim de 3.98% și un maxim de 5.27% p.a. Este evident astfel că nivelul dobânzilor, chiar și la Euro,

pornește de la dublul celei solicitate de autoritatea contractantă (2%). O astfel de dobândă este deci total neuzuală pentru creditele în monedă națională – RON, cât și pentru creditele în valută, raportat la perioada lungă de rambursare (20 ani), ceea ce ridică semne serioase de întrebare asupra sursei de documentare a condițiilor optime ale creditului, pe care le-a avut în vedere autoritatea contractantă. În mod cert, acestea nu au fost preluate de pe piața liberă, de la bănci și/sau alte instituții financiare și de credit, aspect de natură a distorsiona grav concurenții.

Ceea ce este mai mult decât evident este că autoritatea contractantă a primit deja oferte de colaborare de la investitorii din Republica Populară Chineză, după cum arată declarațiile publice ale reprezentanților În susținere, contestatoarele au atașat două articole de presă referitoare la aceste aspecte, concluzionând următoarele aspecte:

- piața din care s-au preluat informațiile este piața unui anumit (potențial) ofertant din China, companie de stat (Compania Națională de Electricitate din China), care a "studiat deja cu atenție caietul de sarcini" și se află în discuții avansate cu autoritatea contractantă;

- condițiile costului creditului sunt cele oferite de acest ofertant, respectiv 20 ani - termen de rambursare și 2% - dobânda anuală, rezultând într-un cost al creditului de 65% din prețul contractului.

Așadar, condițiile procedurii au fost întocmite potrivit condițiilor deja ofertate de potențialul investitor chinez.

I.2) Aparenta stabilire a criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, în realitate, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”:

Potrivit fișei de date, Secțiunea IV.2) Criterii de atribuire – criteriul de atribuire ales de către autoritatea contractantă este reprezentat de "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic".

Pornind de la prevederile Directivei 2004/18/CE, care stipulează că atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor criterii obiective care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență, este evident că trebuie admisă numai aplicarea a două criterii de atribuire, și anume criteriul „prețului cel mai scăzut” și criteriul „ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”. Acest aspect este recunoscut și de dispozițiile art. 198 alin. (1) din OUG nr. 34/200, coroborat cu cele ale art. 199 din același act normativ.

Așa cum rezultă din prevederile legale, în cazul „ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, pe lângă componenta economică, ce este importantă pentru atingerea scopului ordonanței, de utilizare eficientă a fondurilor publice, este necesar a fi luate în calcul și alte aspecte specifice, raportate la fiecare procedură în parte din perspectiva clară a necesității reale a autorității contractante. Prin aplicarea factorilor de evaluare se urmărește desemnarea ofertei câștigătoare care prezintă cel mai bun raport preț-calitate. Așadar,

factorii de evaluare ai unei oferte avantajoase din punct de vedere economic nu trebuie să fie numai de natură economică, ci și de natură tehnică, pentru un proiect precum cel care face obiectul procedurii contestate, și în niciun caz irelevanți din punct de vedere tehnic.

Practic, factorul preț, în sens larg, este reprezentat de către componenta economică. În acest caz, componenta economică a ofertei devine de fapt esența criteriului de atribuire, deoarece fiecare factor de evaluare menționat ca atare de către autoritatea contractantă se raportează la oferta financiară.

Așadar, la un proiect de complexitate și valoarea celui care face obiectul procedurii contestate și în care se urmărește executarea unor lucrări de reabilitare a Grupului nr. 4 și de executare a unor instalații de desulfurare pentru Grupurile nr. 3 și nr. 4 la Termocentrala ...este inadmisibil să nu fie incluși printre factorii de evaluare și elemente de natură tehnică prin care potențialii ofertanți să fie evaluați în funcție de competența lor reală în plan profesional.

Or, la o simplă analiză a factorilor de evaluare avuți în vedere de către autoritatea contractantă - Prețul ofertei; Costul creditului; Perioada de rambursare a creditului; Durata de execuție; Perioada de grație acordată până la începerea rambursării - se observă că aceștia nu au nicio relevanță tehnică, ci doar economică, astfel încât criteriul de atribuire este de fapt „prețul cel mai scăzut” și nicidecum „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

În consecință, acestea solicită obligarea autorității contractante să respecte principiile europene ale transparenței, nediscriminării și egalității de tratament între operatorii economici și să evidențieze factorii de evaluare, componente ale criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, în sensul în care a fost creat acest criteriu de atribuire, adică prin introducerea unor factori de evaluare de natură tehnică în cadrul acestui sistem de punctare și evaluare a ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic. În lipsa acestor factori de evaluare de natură tehnică, se naște riscul ca autoritatea contractantă să nu poată să se asigure că acordă proiectul aceluși ofertant care este într-adevăr capabil să realizeze instalația de desulfurare, atingând parametri tehnici solicitați prin normele de mediu europene și deopotrivă de însăși autoritate prin documentația de atribuire.

În plus, nerespectarea de către autoritatea contractantă a principiilor nediscriminării și tratamentului egal între operatorii economici ar putea atrage declanșarea unei proceduri de infringement de către Comisia Europeană împotriva României, cu consecințe deosebit de grave asupra Proiectului ce se dorește a fi implementat, mergând până la imposibilitatea realizării lui.

I.3) Inexistența algoritmului de calcul cu privire la componenta tehnică. Inexistența factorilor de evaluare de natură tehnică.

Factorii de evaluare de natură tehnică și/sau calitativă a lucrărilor de executat în cadrul proiectului lipsesc cu desăvârșire din factorii pe baza cărora ar trebui efectuată evaluarea ofertanților. Aceasta în

contextul în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres în Secțiunea IV.2.1) din fișa de date a achiziției - Criterii de atribuire, următoarele: „Ponderea componentei tehnice: 60%”.

Pornind de la faptul că prin însăși documentația descriptivă - Capitolul I Informațiile generale (pag. 4) - autoritatea contractantă stipulează în mod expres că: „Pentru conformarea la cerințele de mediu ale Uniunii Europene referitoare la emisiile industriale, CTE ...are în vedere reducerea conținutului de dioxid de sulf din gazele de ardere, provenind din utilizarea combustibililor fosili în cele patru cazane de abur de 660 t/h aferente grupurilor energetice nr. 3 și 4. În acest scop se vor monta două instalații de desulfurare (câte o instalație pentru fiecare dintre cele două grupuri energetice) de tip umed folosind ca substanță absorbantă suspensia de calcar.

În paralel cu implementarea instalațiilor de desulfurare, beneficiarul are în vedere măsuri de reducere a oxizilor de azot și a pulberilor, astfel încât în final valorile acestora să se încadreze în limitele normate, astfel:

- implementarea unor instalații non catalitice de reducere a cantității de NOx din gazele de ardere de la cazanele 3A, 3B, 4A și 4B aferente grupurilor nr. 3 și nr. 4 (denoxare selectivă, necatalitică), astfel încât oxizii de azot în gazele de ardere evacuate la coș să fie sub limita de 200 mg/Nm³;
- reabilitarea și modernizarea electrofiltrelor aferente grupurilor nr. 3 și nr. 4, astfel încât emisiile de pulberi în gazele de ardere evacuate din electrofiltru să fie de maxim 50 mg/Nm³, iar împreună cu instalațiile de desulfurare să asigure la coș valori maxime sub 20 mg/Nm³.

În concluzie, după montarea instalațiilor de desulfurare la grupurile nr. 3 și 4, se va asigura respectarea valorilor limită de emisii ale SO₂ care vor fi de maxim 200 mg/Nm³, precum și cea de pulberi de maxim 20 mg/Nm³, conform prevederilor Directivei 2010/75/UE (Directiva privind emisiile industriale - IED)”,

astfel încât algoritmul de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor trebuie să fie precizați în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și să reflecte metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți. În caz contrar, este înfrânt principiul transparenței în procesele de achiziție publică, principiu de bază conform art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

În plus, se arată că autoritatea contractantă a înțeles să nu respecte nici prevederile art. 15 din HG nr. 925/2006.

Din minima analiză a factorilor de evaluare stabiliți de către autoritatea contractantă, se poate observa, fără niciun dubiu, că aceasta nu a urmărit să utilizeze criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, în adevărata ei însemnătate, deoarece factorii de evaluare aleși sunt preponderent de natură economică și nu evidențiază importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerată a reprezenta un avantaj calitativ ce poate fi punctat.

Se mai menționează că, punctajul maxim ce poate fi acordat, în conformitate cu cap. IV.2.1) din fișa de date a achiziției, nu are nicio justificare logică și nu corespunde cu punctajul menționat în dreptul fiecărui factor de evaluare. Astfel, în cazul prețului ofertei, ofertantul care va oferi prețul total minim va primi 40 puncte, însă conform Punctajului maxim de pe coloana din dreapta ar trebui să primească 66,67 puncte. La fel este și în cazul celorlalți factori de evaluare. Punctajul maxim total menționat pe coloana din dreapta depășește 100 puncte, ajungând la 166.60 puncte, în condițiile în care în același capitol IV.2.1), la final, se menționează „Punctaj maxim 100.00”.

În concluzie, petentele solicită Consiliului obligarea autorității contractante de a menționa în mod clar și neechivoc care sunt factorii de evaluare de natură tehnică luați în considerare la evaluarea ofertelor și care este ponderea fiecărui astfel de factor tehnic în cadrul ponderii tehnice de evaluare, în scopul de a permite tuturor operatorilor economici interesați să ia decizia participării la procedură în cunoștință de cauză.

I.4) Contradicții grave între fișa de date a achiziției și conținutul documentației descriptive; Inadvertențe și omisiuni formale în Proiectul de contract:

- Prin fișa de date, secțiunea III.2.2) Capacitatea economică și financiară este prevăzută, ca și cerință minimă, „Prezentarea unui acord de principiu al unei bănci/instituție finanțatoare privind încheierea unui contract de finanțare prin sistemul credit furnizor”.

Pe de altă parte, proiectul de contract conține de documentația descriptivă permite ofertanților, la art. 9.1 Responsabilități generale, să susțină financiar execuția lucrărilor fie printr-un contract de împrumut încheiat cu o bancă finanțatoare, fie prin alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a lucrării. De asemenea, art. 11.1.2 din proiectul de contract prevede că executantul își asumă obligația de a asigura prin forțe proprii resursele financiare necesare execuției lucrărilor.

Consecința acestei contradicții este că un ofertant care va aduce finanțare din fonduri proprii, așa cum permite proiectul de contract, va fi descalificat pentru neîndeplinirea cerinței minime a contractării unui credit de la o bancă/instituție finanțatoare.

- Proiectul de contract conține un art. 13.2 denumit „Garanție de restituire avans”. Or, nicăieri în fișa de date sau altă parte a documentației descriptive nu este impusă obligativitatea constituirii acestui tip de garanție și nu se face referire la plata vreunui avans de către achizitor către executant, fiind vorba, așa cum s-a arătat, de un proiect finanțat integral de executant.

Contradicția este de natură a induce în eroare potențialii ofertanți cu privire la solicitarea unei posibile garanții de restituire avans, suplimentar față de alte garanții datorate de aceștia. Se impune remedierea acestei neconcordanțe prin eliminarea referirii din art. 13.2 la Garanția de restituire avans.

- Fișa de date conține în secțiunea III.1.5) Legislația aplicabilă, lit. c), referiri la acte normative aplicabile licitațiilor electronice, neaplicabile procedurii de față.

Astfel, în timp ce potrivit fișei de date - Secțiunea IV: PROCEDURA - IV.1) PROCEDURA - IV.1.1.b) Tipul procedurii, tipul procedurii este „Offline”, iar potrivit aceleiași fișe Secțiunea IV.1.1) Tipul procedurii și modalitatea de desfășurare, procedura aleasă este „Negociere”; prin Secțiunea IV.2.1) din fișa de date este bifat că se organizează procedura electronică: „(x) Intră în procedura electronică / reofertare”, chiar dacă prin Secțiunea IV.2.2) este menționat: „Se va organiza o procedura electronică: Nu”.

În plus, în Secțiunea III.1.5) Legislația aplicabilă a fișei de date, la lit. c) se menționează că este aplicabilă și HG nr. 1660/2006 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică prin mijloace electronice din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Data fiind această situație, petentele consideră că autoritatea contractantă a creat confuzie prin aceste mențiuni contradictorii, ceea ce poate duce inclusiv la anularea procedurii de atribuire pentru nerespectarea condițiilor legale de desfășurare a procedurii alese, respectiv a procedurii negocierii.

De asemenea, este atașată prezentei contestații, o anexă în care sunt enumerate o serie de inadvertențe și omisiuni formale în Proiectul de contract, solicitând ca toate acestea să fie remediate, întrucât creează incertitudine și confuzie ofertanților care vor dori să depună candidaturi, fiind în imposibilitate de a cunoaște exact conținutul contractului. Această remediere este necesară chiar dacă condițiile contractuale pot fi obiectate și negociate în faza a doua a procedurii, întrucât toți ofertanții trebuie să beneficieze de condiții egale de start în procedură.

I.5) Proiectul de contract conținut de documentația descriptivă conține clauze abuzive, nelegale și impracticabile sau contradictorii prin ele însele:

I.5.1 Clauze nelegale și abuzive:

Cu titlu de exemplu, sunt prezentate câteva clauze ale contractului propus de autoritatea contractantă, contrare legii românești și/sau abuzive.

I.5.1.1 Soluționarea disputelor. Eliminarea ilegală a accesului la justiția statală.

Art. 6.1.2 din Proiectul de contract împiedică partea interesată să ceară concursul justiției statale pentru soluționarea disputelor cu partea adversă. Potrivit acestui articol, disputele se soluționează prin arbitraj, iar „hotărârea va deveni definitivă și irevocabilă asupra achizitorului și executantului. Orice hotărâre care a devenit definitivă și irevocabilă va fi implementată de ambele părți.”

Acest articol anulează accesul la justiția statală a părții nemulțumite de hotărârea arbitrală. Or, este cunoscut că în dreptul românesc partea interesată poate formula, în condițiile prevăzute la art. 608 din Noul Cod de Procedură Civilă, acțiunea în anulare la instanța judecătorească, în

vederea, exercitării controlului judecătoresc asupra deciziei luate de arbitrii și pentru a obține desființarea acesteia, în cazul în care nu este luată potrivit legii.

Hotărârea arbitrală, avută în vedere de art. 6.1.2 din Proiectul de contract, poate fi „definitivă și obligatorie” (art. 606 Noul Cod de Procedura Civilă), dar nu poate fi „definitivă și irevocabilă”.

I.5.1.2. Penalități și despăgubiri. Nerespectarea legilor aplicabile (Legea 72/2013, Noul Cod civil):

Contractul nu reflectă dispozițiile obligatorii ale Legii nr. 72/2013, în vigoare de la 5 aprilie 2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contractele încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante. Ca autoritate publică a statului român, care acționează la nivel local, autoritatea contractantă intră sub incidența Legii nr. 72/2013, în virtutea art. 1 lit a). Cu toate acestea, autoritatea nu a înțeles să transpună dispozițiile obligatorii cuprinse în Legea nr. 72/2013, care stabilesc, printre altele, o serie de prevederi ce ar fi trebuit să devină clauze contractuale obligatorii în modelul de contract.

În mod concret, aceasta ignoră:

- art. 8 din lege, care stabilește că autoritatea contractantă datorează dobânzi penalizatoare în cazul în care creditorul obligației de plată (executantul) și-a îndeplinit obligațiile contractuale, dar nu a primit la scadență plata, prețului bunurilor livrate sau serviciilor prestate, și implicit și ale art. 4 din aceeași lege;

- ignora art. 10 alin. (1) din Legea nr. 72/2013, care stabilește că autoritatea contractantă datorează daune-interese suplimentare minimale în valoare de 40 euro/zi. Eliminarea din contract a posibilității plății de daune-interese suplimentare este calificată ca o practică abuzivă, conform art. 14 din Legea 72/2013.

Art. 12.3 – Neplata, din proiectul de contract prevede numai plata de penalități în procent de 0,4% pe zi de întârziere, penalitate ce nu îndeplinește exigențele Legii nr. 72/2013, potrivit căreia autoritatea contractantă datorează pentru întârzierea la plată dobânda legală penalizatoare, calculată potrivit art. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011, privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, aprobată prin Legea nr. 43/2012.

De asemenea, art. 12.3 nu prevede niciun fel de daune-interese minimale potrivit Legii 72/2013.

I.5.1.3 Proiectul de contract conține drepturi exclusive exorbitante pentru achizitor.

În Documentația descriptivă generală, aferentă întreg proiectului, la cap. 2.5 „Drepturi exclusive”, autoritatea contractantă a inserat următoarele:

„2.5. Drepturi exclusive

La întocmirea candidaturii, candidatul trebuie să aibă în vedere că nerespectarea celor de mai jos poate conduce la eliminarea candidaturii lui.

În sensul celor menționate mai sus:

a) Autoritatea contractantă își rezervă în mod exclusiv și necontestabil dreptul de a nu continua proiectul.

b) Autoritatea contractantă își rezervă în mod exclusiv și necontestabil dreptul de a anula procedura de negociere.

c) Autoritatea contractantă nu va rambursa nici unui candidat nici un fel de cost asociat cu pregătirea candidaturii sau rezultat în timpul negocierilor de către toți sau oricare din candidații participanți.

d) Autoritatea contractantă nu va putea fi considerată responsabilă de nici un candidat participant pentru orice pierderi generate din interpretarea eronată sau omisivă de către candidați cu privire la documentele prezentate acestora.

e) Autoritatea contractantă garantează că informațiile prezentate de candidat în candidatură nu vor fi divulgate în afara cadrului intern reglementat pentru evaluarea candidaturii. Autoritatea contractantă își rezervă totuși dreptul de a utiliza unele comentarii ale candidaților în etapele următoare de pregătire a proiectului.

f) Toate informațiile, documentele, graficele, prezentările, hărțile, planurile și altele asemenea puse la dispoziția candidatului de către autoritatea contractantă sunt și rămân proprietatea exclusivă a autorității contractante. Copierea, multiplicarea și distribuirea lor de către candidat prin orice mijloace este strict interzisă.

g) Nici un candidat nu va putea cere autorității contractante și aceasta nu va da nici un fel de relații privind orice fel de date de orice natură, referitoare la ceilalți candidați, conținutul candidaturilor depuse sau alte date transmise de aceștia.

h) Candidatul nu va avea nici un fel de legătură directă cu oricare din membrii comisiei de evaluare sau cu funcționarii sau apropiații care i-ar putea influența în procesul evaluării. Orice astfel de tentativă conduce automat la eliminarea din procesul de evaluare a candidatului în cauză.

i) Candidatul acceptă irevocabil că nu va avea dreptul de a pretinde autorității contractante nici un fel de despăgubiri în legătură directă sau indirectă cu deciziile acesteia.

j) Autoritatea contractantă își rezervă dreptul exclusiv de a solicita informații suplimentare și referințe de la candidat și de la terți, în legătură cu oricare document sau informație furnizate de candidat, iar acesta se obligă să răspundă solicitării într-un termen rezonabil care să permită autorității contractante să ia în timp util măsurile care se impun.

k) Autoritatea contractantă își rezervă dreptul exclusiv să sisteze temporar sau definitiv negocierile cu candidatul care prin documentele depuse sau afirmațiile făcute a dovedit că a furnizat date sau informații false sau a căutat să inducă în eroare autoritatea contractantă, în scopul câștigării unor avantaje.

l) Autoritatea contractantă nu are nici o obligație contractuală sau de altă natură ca rezultat al acestui proces de selecție.

Notă!

Se va considera că toți candidații participanți care depun candidatura acceptă necondiționat drepturile exclusive ale autorității contractante menționate în acest capitol”.

Din analiza prevederilor de mai sus, autoarele contestației înțeleg că autoritatea contractantă își alocă o serie de drepturi exclusive, contrare dispozițiilor legale și obligă ofertanții la acceptarea acestor drepturi exclusive prin depunerea candidaturilor în procedură.

Astfel, autoritatea își alocă dreptul exclusiv și necontestabil de a nu continua proiectul și a anula procedura de negociere, în condițiile în care este vorba despre o procedură de achiziție publică, care se desfășoară după normele OUG nr. 34/2006, conform cărora operatorii economici interesați pot formula contestații la Consiliu și acțiuni în instanță pentru ași proteja drepturile încălcate (art. 255 și art.186 din OUG nr. 34/2006). Orice decizie din procedură trebuie adoptată în mod justificat și rezonabil, fără a se crea prejudicii ofertanților de bună-credință care au depus oferte admisibile (anularea procedurii fiind obligatorie în câteva cazuri expres reglementate de art. 209 din OUG nr. 34/2006, iar autoritatea având dreptul să anuleze procedura tot în câteva cazuri expres prevăzute de același art. 209 din OUG nr. 34/2006). Ofertanții pot cere despăgubiri în instanță în cazul în care sunt vătămați de actele și procedurile autorității contractante (art. 286 din OUG nr. 34/2006), iar autoritatea contractantă este obligată să încheie contractul de achiziție publică cu ofertantul declarat câștigător, în urma aplicării procedurii de evaluare prevăzută în documentație.

I.5.1.4 Clauze formulate abuziv în favoarea autorității contractante.

a) Art. 8.1 „Timpul de începere” - prevede că executantul va începe lucrarea la Facilități de la DEC, data semnării contractului de către achizitor și de către executant - este abuziv să se considere că termenul de execuție va curge de la momentul semnării contractului, în lipsa furnizării de către autoritatea contractantă, la momentul semnării contractului, a autorizațiilor și avizelor necesare pentru începerea lucrărilor. Executantului îi va fi imposibil să înceapă imediat execuția lucrărilor, întrucât dacă ar începe execuția, ar realiza lucrări în mod ilegal.

În plus, mai întâi trebuie predat amplasamentul pe bază de proces-verbal de predare-primire și trebuie emis ordinul administrativ de începere a lucrărilor de către autoritatea contractantă. În consecință, DEC va trebui să reprezinte data la care autoritatea contractantă a pus la dispoziția executantului toate autorizațiile și avizele necesare începerii lucrului și la care a trimis către executant ordinul administrativ de începere a lucrărilor, iar executantul l-a recepționat în modalitățile agreeate prin contract, desigur cu condiția predării amplasamentului lucrărilor către executant.

b) În art. 8.3 se precizează că „Termenul final al execuției lucrării nu poate fi depășit ca urmare a completării documentației”. O astfel de depășire nu poate fi imputată executantului dacă nu din vina sa se completează documentația. Astfel, forma corectă și echilibrată a articolului trebuie să fie: „Termenul final al execuției lucrării nu poate fi

depășit ca urmare a completării documentației din vina exclusivă a executantului";

c) Art. 9.2 „Condiții necesare” - informațiile pe care le poate obține executantul din inspectarea vizuală a șantierului trebuie clar definite ca acele informații pe care un contractor diligent și prudent, un contractor profesionist le poate observa doar din inspectarea vizuală a șantierului, fără să facă excavări și săpături în teren. De asemenea, autoritatea contractantă ar trebui să-și asume responsabilitatea pentru informațiile furnizate în cadrul documentației descriptive, care trebuie să fie corectă și completă pentru ca un contractor diligent și prudent să poată lua decizia de a derula sau nu contractul în acele condiții.

d) Art. 9.3 și art. 10.3 „Permise, Aprobări și/sau Licențe” sunt foarte generice și nu delimitează obligațiile achizitorului de cele ale executantului. În ambele articole se prevede că fiecare dintre părți e obligată să obțină și să plătească pentru toate permisele, aprobările și/sau licențele necesare executării proiectului. Or, conform legislației aplicabile, anumite permise, aprobări, licențe trebuie obținute de achizitor, în numele său, în calitate de beneficiar al lucrării, și altele de către executant, în calitate de antreprenor. Trebuie făcută o delimitare clară a obligațiilor fiecărei părți pentru a evita neînțelegeri ulterioare, pe parcursul desfășurării contractului.

e) Art. 10.4.4 „Suprafețele de teren necesare pentru depozitarea echipamentelor, materialelor și organizării de șantier vor fi asigurate prin grija executantului”. În forma actuală, articolul poate fi interpretat în sensul că executantul trebuie să asigure alte suprafețe de teren în afara amplasamentului pentru depozitarea echipamentelor și materialelor. În fapt, executantul este responsabil pentru organizarea și împărțirea șantierului, astfel încât să existe suprafețe de depozitare a echipamentelor și materialelor. Articolul trebuie modificat astfel: „Executantul va fi responsabil de organizarea șantierului, astfel încât să fie asigurate suprafețe de teren suficiente pentru depozitarea echipamentelor și materialelor necesare executării lucrărilor”.

f) Art. 22.4 „Oportunități pentru alți contractanți”, potrivit căruia executantul este obligat să acorde oricărui alți executanți angajați de achizitor toate oportunitățile rezonabile pentru executarea lucrărilor pe sau lângă șantier. Clauza, așa cum este redactată, este abuzivă și totodată neclară: nu este deloc clar nici cui trebuie să i se acorde „oportunități altor executanți”, atâta vreme cât executantul este unul singur, definit în preambulul contractului ca fiind câștigătorul procedurii, și nici cu privire la ce să se acorde oportunități. Este necesară remedierea pentru precizarea clară a celor vizați de articol și a obiectului lucrărilor pe care le vor executa aceștia.

g) Art. 28.9.2 „Certificat de Acceptare Finală (CAF)” - nu există termen pentru achizitor înăuntrul căruia să emită CAF și nici nu există acceptare implicită, în cazul în care achizitorul nu își respectă obligația de a emite CAF în condițiile inspecției finale reușite.

h) Art. 29.2 - Executantului ar trebui să i se dea dreptul să repete de trei (3) ori testul de garanție și ulterior, dacă eșuează, să i se

percepă daune contractuale pentru neatingerea performanțelor garantate. Art. 29.2 nu este foarte clar, într-o interpretare restrictivă se poate concluziona că executantul are voie să încerce o singură dată să refacă testul de garanție, ceea ce este abuziv.

i) Art. 43.1.1 „Rezilierea din vina executantului. Circumstanțe” - formularea de la pct. c) este foarte generică și subiectivă: „dacă executantul, după părerea achizitorului s-a angajat în practici corupte sau frauduloase în competiția pentru obținerea contractului sau în executarea contractului”. Pentru ca o astfel de reziliere să fie legală și temeinică, trebuie ca achizitorul să aibă dovezi concrete și solide că executantul s-a angajat în astfel de practici corupte sau frauduloase.

j) Art. 43.1.1 „Drepturile achizitorului” - articolul instaurează un fel de drept de denunțare unilaterală abuzivă a contractului de către achizitor, fără niciun preaviz scris, care să conțină un termen rezonabil de denunțare. În acest sens sunt și dispozițiile Codului Civil - „art. 1276 (2) În contractele cu executare succesivă sau continuă, acest drept poate fi exercitat cu respectarea unui termen rezonabil de preaviz, chiar și după începerea executării contractului. Însă denunțarea nu produce efecte în privința prestațiilor executate sau care se află în curs de executare.” Mai mult, achizitorul ar avea dreptul să îi impună executantului preluarea și utilizarea sub formă de închiriere a oricăror echipamente ale executantului pentru a putea continua execuția lucrărilor cu un alt executant. Or, o astfel de închiriere poate fi făcută numai cu acordul executantului. Nu i se poate impune să închirieze propriile echipamente (pe care le poate folosi în alte lucrări, dacă tot e „concediat” din proiect), în condițiile în care achizitorul a denunțat unilateral în mod abuziv contractul, fără să-i impute executantului vreo vină în executarea acestuia. Articolul culminează cu impunerea obligației, în sarcina executantului, de a înlătura fără nicio întârziere și pe propria cheltuială echipamentul de pe șantier, după ce a fost folosit sub formă de închiriere de către achizitor.

I.5.2 Clauze neclare, contradictorii și impracticabile:

Pe lângă nerespectarea legii, contestatoarele susțin că proiectul de contract conține clauze neclare, contradictorii și, prin urmare, impracticabile, impunându-se a fi revizuite pentru a se putea determina în mod clar și precis situațiile de răspundere și întinderea răspunderii executantului.

1. Clauze neclare și impracticabile:

- Art. 12.7 Plată sistată: achizitorul poate sista plata către executant în cazul neplății de către executant a sumelor datorate ca L/D (punctul g). Nu există nicăieri în contract o definiție a sumelor datorate ca L/D;

- Art. 31 - limitarea responsabilității conține o contradicție din punct de vedere juridic prin aceea că în timp ce scopul ei este să prevadă excluderea răspunderii executantului pentru daune indirecte, ea instituie condiția ca „această excludere să nu se aplice niciunei obligații a executantului de a plăti daune contractuale”. Or, tocmai aceste obligații fac obiectul excluderii de la daunele indirecte.

Este necesară remedierea în sensul că obligațiile de plată a daunelor contractuale de către executant este limitată la daunele directe, și nu se poate extinde și la daunele indirecte vizate de litera a) teza 1 a art. 31. În caz contrar, ofertanții nu își pot determina în mod clar și precis întinderea obligației lor de a plăti daune contractuale.

- O serie de clauze privind răspunderea au conținut neclar și caracter abuziv în formularea actuală.

- Art. 29.3 Consecințe ale daunelor contractuale prevede că „Plata daunelor contractuale conform art. 29.2 (Performanța Garantată vs Daune Contractuale) din prezentul, până la suma maximă a daunelor contractuale, va satisface în totalitate garanțiile executantului”.

- Asemenea, art. 23.1 .S Garanție și respingere prevede că „În cazul în care executantul nu repară și/sau nu înlocuiește în perioada de timp menționată, atunci achizitorul are dreptul fie de a respinge sau de a aplica cereri de despăgubiri sub formă de lichidități pentru execuție” (noțiune nedefinită).

Or, pe lângă faptul că nu este prevăzută în contract o sumă maximă a daunelor contractuale pentru acest caz de răspundere, deci cuantumul daunelor nu este clar, practica contractelor de acest tip a statuat limitarea daunelor pentru neatingerea performanțelor garantate la sume care să țină cont de consecința concretă a neîndeplinirii parametrului tehnic în cauză, și care, în niciun caz, nu pot ajunge la nivelul prețului total al contractului, așa cum s-ar putea deduce din art. 31 litera b), întrucât s-ar produce o îmbogățire fără justă cauză a achizitorului, care va fi obținut executarea obiectului contractului, realizarea instalațiilor de desulfurare funcționale sau reabilitarea cazanului, dar va avea posibilitatea de a percepe daune contractuale egale cu încă o dată valoarea acestora.

La stabilirea penalităților și despăgubirilor pe care le poate solicita autoritatea contractantă în cazul neexecutării, executării necorespunzătoare sau cu întârziere a obligațiilor contractuale de către contractor (executant) trebuie avut, totodată, în vedere principiul proporționalității, prevăzut de art. 2 din OUG nr. 34/2006, dar și principiul consacrat de art. 15 din Noul Cod Civil.

Astfel, achizitorului dintr-un contract de achiziție publică îi este interzis prin lege să stabilească sancțiuni nerezonabile și disproporționate în raport de valoarea obligației neexecutate/executate necorespunzător /executate cu întârziere de către contractor, întrucât o astfel de practică ar afecta echilibrul contractual și ar deveni abuzivă.

- Art. 4.3 - „Actul de trimitere” – „(...) Orice notificare depusă personal sau trimisă prin cablogramă, telegramă, telex, fax sau e-mail va fi considerată că a fost depusă la data primirii acesteia de către destinatar.” În cazul notificării transmise pe e-mail, data primirii de către destinatar nu va putea fi invocată și dovedită. De aceea, trebuie solicitată confirmarea recepționării e-mail-ului prin mesaj de răspuns.

2. Clauze contradictorii:

În art 1.6 „Persoanele care primesc notificările” se precizează că „Documentația contractului și/sau notificările, scrisorile sau alte

comunicări adresate achizitorului și respectiv executantului și/sau reprezentanților acestora, vor fi considerate a fi adresate și primite de către toate persoanele implicate în execuția contractului”, în timp ce art. 17.2.2 „Reprezentare și revocare” din modelul de contract prevede că: „Reprezentantul executantului va reprezenta executantul tot timpul în perioada derulării prezentului contract, îi va înmâna Directorului de Proiect toate notificările, instrucțiunile, informațiile și toate celelalte comunicări ale executantului conform prezentului contract.” Corect este art. 17.2.2, toate documentele trebuie adresate reprezentanților desemnați ai părților - Reprezentantul executantului și Directorul de Proiect. Art. 4.6 poate fi interpretat eronat în sensul considerării drept recepționată a unei notificări oficiale din partea achizitorului către executant, în cazul în care aceasta ajunge la orice muncitor necalificat implicat în execuția lucrărilor. Pentru a evita o astfel de interpretare, art. 4.6 trebuie eliminat.

Art. 26.2 și art. 26.3 - în condițiile în care în art. 26.2 se menționează că testul de garanție va fi efectuat în termen de maxim șase luni de la data acceptării provizorii, în art. 26.3 se precizează, în mod contradictoriu, că evaluarea disponibilității de timp se va face după 12 luni de la data CAP (Certificatul de Acceptanță Provizorie).

I.6 Refuzul nejustificat al autorității contractante de a decala termenul de depunere a ofertelor:

Data fiind multitudinea de aspecte semnalate mai sus, care pun sub semnul întrebării legalitatea documentației de atribuire aferentă procedurii, contestatoarele apreciază că autoritatea putea și trebuia să acorde, față de faptul că procedura privește, în realitate, trei proiecte majore concomitent, un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor, ceea ce nu s-a întâmplat.

În plus, se încalcă de către autoritatea contractantă și principiul tratamentului egal și al nediscriminării între operatorii economici, întrucât:

- conform declarațiilor de presă ale reprezentanților autorității contractante, „reprezentanții companiei chineze (n.n. Compania Națională de Electricitate din China) au dorit să afle cât mai multe informații și au studiat cu atenție caietul de sarcini pentru investiția majoră care prevede re tehnologizarea grupului IV și realizarea instalației de desulfurare la grupurile 3 și 4 (...)”.

- pentru ofertanții persoane juridice străine este necesară traducerea integrală a documentației descriptive care conține peste 800 de pagini (privind 3 proiecte majore concomitente cu valoare de aprox. 203 milioane euro) și care, în mod evident, cuprinde termeni extrem de tehnici și a căror traducere necesită timp pentru a se putea demara redactarea propunerii financiare și a propunerii tehnice și deopotrivă pentru a se putea obține documentele de calificare de la autoritățile competente. De asemenea, propunerea tehnică, alături de propunerea financiară și de documentele de calificare, vor trebui traduse din limba ofertantului - persoană juridică străină, în limba română, potrivit cerințelor din documentatul de atribuire. Chiar dacă anunțul de

participare și formularele sunt disponibile în limba engleză, pe site-ul autorității contractante, ele reprezintă doar o parte redusă din documentația descriptivă, durata cuprinsă între data de 21.08.2013 - 26.09.2013 nu dă posibilitatea unui operator economic străin să ia o decizie în cunoștință de cauză privind participarea sa la procedura de atribuire, care va presupune inclusiv să întocmească, să traducă și să depună o documentație de calificare alături de o ofertă competitivă într-un proiect atât de complex.

Având în vedere toate aceste aspecte, ... a solicitat autorității contractante, încă din data de 28.08.2013, cu adresa nr. 701/28.08.2013, decalarea termenului de depunere a candidaturilor în procedură. Cu adresa nr. 773/2.09.2013, autoritatea contractantă a respins solicitarea, în baza unor motive nesustenabile, în opinia petentelor, prin prisma caracteristicilor specifice ale proiectului, susținând următoarele:

„- acordul de principiu ce trebuie obținut de la bancă este document neangajant și nu presupune mult timp pentru obținerea lui;
- întrucât ne aflăm în prima etapă care presupune doar depunerea candidaturilor, nu este necesară vizita amplasamentului, întocmirea ofertelor și analiza în detaliu a documentației descriptive;
- acceptă depunerea situațiilor financiare în limba engleză;
- unele documente se vor prezenta doar conformate cu originalul sau traduse autorizat (nelegalizate)”.

Dincolo de faptul că aceste răspunsuri modifică conținutul documentației descriptive, este de observat că:

- acordul de principiu de la bancă, deși nu trebuie să fie final în toate detaliile lui, trebuie să fie suficient de precis discutat cu banca, așa încât acesteia să i se poată explica, în mod profesionist și suficient de amplu proiectul (inclusiv detaliile tehnice), iar banca să poată să se angajeze în sensul că în etapa a două va acorda finanțare executantului. Ofertantul trebuie să prezinte băncii documente bancare, inclusiv oferta sa detaliată așa cum aceasta va fi ulterior prezentată beneficiarului (în întregime și identică), căci această ofertă se supune ca atare analizei comitetului de credit spre aprobare, nu descrierea proiectului. Așadar, practic oferta trebuie pregătită pentru a fi analizată de bancă cu mult timp înainte ca oferta să fie depusă la autoritatea contractantă. Pe baza ofertei astfel pregătite, banca urmează a se sfătui cu specialiștii proprii dacă proiectul este „bancabil”. Fiecare modificare la proiectul supus aprobării băncii, intervenită ulterior momentului depunerii candidaturilor, va presupune o nouă aprobare din partea băncii, care trebuie implicată la fiecare pas pentru a putea decide dacă-și menține disponibilitatea de a credita proiectul sau nu, acordând o finanțare de peste 200.000.000 milioane euro.

Mai mult, în cazul în care acordul este „neangajant”, formal, se poate crea situația în care executantul nu mai obține finanțarea promisă (pentru că acordul băncii a fost numai neangajant) și pierde garanția de participare în valoare de 2.200.000 lei (aprox. 500.000 euro);

În timp ce societății ... i s-a refuzat vizita la amplasament, alți potențiali ofertanți (Compania Națională de Electricitate din China) au efectuat deja mai multe vizite la Termocentrala Mintia. Astfel, refuzul solicitării sale apare ca fiind discriminatoriu, fiind emis cu încălcarea principiului egalității de tratament și nediscriminării între operatorii economici interesați de procedură, principii prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006.

În consecință, petentele solicită obligarea autorității contractante să respecte principiile mai sus precizate, care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prin oferirea unui termen rezonabil de depunere a ofertelor de către toți potențialii ofertanți și mai ales de către investitorii străinii, având în vedere că numai prin utilizarea unui astfel de termen, într-un proiect atât de complex și cu o valoare ridicată, autoritatea contractantă se poate asigura că acordă proiectul celui ofertant care este într-adevăr capabil să realizeze reabilitarea și instalațiile de desulfurare, atingând parametri tehnici solicitați de autoritate, dar și de normele de mediu.

Prin cea de a doua contestație, formulată împotriva răspunsurilor de clarificare, operatori economici interesați de participarea la procedura de atribuire, a criticat faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns clar, complet și fără ambiguități la solicitările sale de clarificare, încălcându-se prevederile art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

I. REFUZUL NEJUSTIFICAT DE EXTINDERE A TERMENULUI DE DEPUNERE A OFERTELOR

Prin adresele nr. 773/2/2.09.2013 și 951/2/5.09.2013, autoritatea contractantă înfrânge drepturile ofertanților la o informare clară și completă asupra condițiilor procedurii de achiziție și la o perioadă rezonabilă pentru depunerea candidaturilor.

În susținere, petentele invocă prevederile art. 71 și 72 din OUG nr. 34/2006, ale art. 1 alin. (4) din Ordinul nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, precum și ale pct. 7 din Ordinul privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene ce trebuie urmate de autoritățile de management și organismele intermediare în procesul de verificare a procedurilor de achiziții publice, care stabilește obligația autorităților contractante de a acorda un interval de timp adecvat și suficient pentru pregătirea documentelor de calificare.

Proiectul care face obiectul procedurii este unul deosebit de amplu și complex, întrunind de fapt 3 proiecte complexe, câte o instalație de desulfurare pentru un cazan (în total două instalații de desulfurare pentru două cazane) și, în plus, reabilitarea completă a unui cazan. Un astfel de proiect necesită, în interesul proiectului și astfel și al beneficiarului, ca ofertanții să dispună de un timp rezonabil pentru a prezenta oferte serioase și sustenabile.

De asemenea, se arată că autoritatea contractantă refuză, în mod ilegal și nejustificat, accesul pe amplasament al petentei Babcock Power Systems GmbH, apreciind în mod tendențios și nepermis de lege, la punctul 2) din clarificarea nr. 773/2/...: „întrucât la data de 26

septembrie 2013 se va desfășura doar etapa I de depunere a documentelor de calificare, nu este necesară vizitarea amplasamentului”.

Această atitudine este apreciată ca fiind nu numai ilegală și lipsită de temei, dar și discriminatorie și inechitabilă, deoarece încalcă art. 53 din HG nr. 925/2006, care prevede că: „perioada cuprinsă între data publicării anunțului de participare și data limită de depunere a candidaturilor, autoritatea contractantă are obligația de a asigura oricărui operator economic posibilitatea de a obține informații complete cu privire la condițiile generale de participare la procedura de atribuire”.

Argumentul unei proceduri în două etape, oferit de autoritatea contractantă, este unul fals. Chiar dacă ofertele preliminare se depun în etapa a II-a, candidații care depun documente de calificare în etapa I au dreptul legal de a beneficia de o informare completă anterior acestei etape, astfel încât să știe dacă participă, în general, la procedură și dacă depun garanția de participare sau nu. Agenții economici interesați nu pot depune candidaturi în necunoștință de cauză, urmând ca detaliile să se discute în etapa a II-a, cu atât mai mult cu cât se solicită imediat, înainte de etapa I, o garanție de participare în valoare de 500.000 euro, care se pierde de acei ofertanți care descoperă „detalii noi”, detalii care constituie un impediment în a merge mai departe cu negocierile în etapa a II-a, pentru simplul fapt că nu au știut de la bun început condițiile proiectului și/sau nu au văzut amplasamentul.

De asemenea, și celelalte argumente cuprinse în adresa nr. 773/2/2.09.2013, sunt apreciate ca fiind la fel de nesustenabile, încalcă legislația achizițiilor publice și lezează propriul interes al autorității contractante, după cum urmează:

Punctul 1) din clarificarea nr. 773/2/...

Din perspectiva finanțării prin metoda creditului furnizor, argumentul în sensul că acordul de principiu de la bancă este un „document neangajant” este unul neserios, întrucât un participant profesionist la procedură, serios și dedicat, nu vine nepregătit, ci pregătit să semneze contractul și să realizeze proiectul, pentru care trebuie să aiba un acord ferm și definitiv de finanțare, nu unul neangajant, fără nici o valoare. În realitate, angajamentul de principiu solicitat trebuie să fie, în interesul beneficiarului, unul ferm, căci altfel beneficiarul își lezează propriul interes acceptând un acord neangajant. Or, obținerea acestui angajament definitiv și ferm pentru 203 milioane euro și garanție de participare de 500.000 euro, nu se face superficial și neangajant, ci presupune cel puțin o ofertă preliminară tehnică și financiară care se supune analizei experților băncii, moment după care aceștia pot da un accept (sau un refuz). Oferta prezentată băncii trebuie să fie aproape de oferta finală în ceea ce privește amploarea și complexitatea acesteia, orice schimbare urmând să fie supusă din nou comitetului de credit al băncii pentru a stabili dacă acordarea creditului rămâne valabilă sau nu.

O dovada în plus a faptului că acordul de la bancă nu va fi facil și rapid de obținut este aceea că însăși autoritatea contractantă a încercat în anii precedenți obținerea finanțării de la Eximbank sau ministerul de

resort (MECMA), și nu a reușit. Autoritatea contractantă mută acum această sarcină la ofertant.

Autoritatea contractantă își încalcă propriul interes dacă răspunde lapidar la problematica de finanțare - care este decisiva pentru orice licitație - susținând în clarificarea nr. 773/2/... punctul 1), că documentul doveditor de finanțare, care reprezintă un document decisiv de calificare sau descalificare, poate fi neangajant.

Punctul 3) din clarificarea nr. 773/2/...

Din perspectiva formei și limbii în care trebuie prezentate documentele, se arată că numai o parte foarte mică din documentația descriptivă a fost tradusă de autoritatea contractantă, respectiv numai anunțul de participare și formularele de completat de către ofertanți. Celelalte, mai mult de 800 pagini ale documentației descriptive rămân însă în sarcina potențialilor participanți străini în ceea ce privește traducerea și analiza lor.

Punctul 4) din clarificarea nr. 773/2/...

Autoritatea contractantă trebuie să asigure în orice moment autenticitatea documentelor prezentate, din care cauză nu se poate abate de la prevederile legii, acceptând documente a căror autentificare este sub standardele prescrise de lege.

În concret, autoritatea contractantă acceptă ca, în cazul persoanelor juridice străine, situațiile financiare anuale să fie depuse „într-o limbă engleză”. Această clarificare nu reprezintă o facilitate reală pentru firme, de exemplu, din Germania, Franța și Italia, deoarece aceste firme ar trebui să traducă situațiile financiare din limba maternă în limba engleză, ceea ce nu le economisește timp. În plus, această clarificare reprezintă, în mod evident și nelegal, o modificare a anunțului de participare și fișei de date, unde se solicită ca toate documentele ofertei să fie depuse în limba română (sau traduse în limba română). Cerințele legii sunt ca autoritățile contractante să publice o erată pe SEAP, dacă schimbă prin răspunsul la clarificări, conținutul anunțului de participare și fișei de date publicate, ceea ce, în speță, nu s-a întâmplat.

Punctul 5) din clarificarea nr. 773/2/...

Și prin răspunsul de la punctul 5 rezultă că nu se respectă cerințele legii privind autentificarea documentelor, cerințe prevăzute de art. 319 din Ordinul nr. 2333/C/2013 privind aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995: „art. 319. - (1) înscrisul care se traduce se prezintă notarului public în una dintre următoarele forme:

- în original. Originalul poate fi un înscris sub semnătură privată căruia i s-a dat, după caz, dată certă, legalizare de semnătură ori certificare sau poate fi un înscris autentic;
- în copie legalizată ori certificată de autoritatea competentă care deține în arhivă originalul înscrisului.”

Acest răspuns la clarificări facilitează falsificarea unor documente de ofertanți, pe care autoritatea va trebui să le accepte ca atare, în acest fel creând posibilitatea ca unii ofertanți să se califice în baza unor documente false, din moment ce acceptă ca „alternativă” prezentarea

unei copii lizibile înscrisă cu mențiunea conform cu originalul de către ofertant (nu de către autoritatea competentă care deține în arhivă originalul înscrisului), copie care trebuie însoțită doar de o traducere autorizată (nelegalizată).

Nici această clarificare nu reprezintă un motiv real de refuz al extinderii termenului de depunere a candidaturilor, întrucât nu crează o facilitate reală potențialilor candidați, introducând, de fapt, o formalitate suplimentară (cea a traducerii autorizate a unei copii conformate cu originalul, în loc de original).

Mai mult, nu este clar care sunt categoriile de documente la care se refera varianta alternativă oferită de autoritatea contractantă - documente emise de ofertantul însuși sau de către terți.

În ceea ce privește refuzul de extindere a termenului, consemnat în adresa nr. 951/2/5.09.2013:

Și în cazul petentelor Babcock Noell GmbH și Babcock Borsig Steinmuller GmbH este refuzată vizita la amplasament, prealabilă depunerii candidaturilor. Argumentele privind nelegalitatea și lipsa de temei a refuzului sunt aceleași ca cele prezentate mai sus.

În plus, răspunsul trimis petentelor Babcock Noell GmbH și Babcock Borsig Steinmuller GmbH nu poate fi considerat valid, întrucât face trimitere la un răspuns trimis celeilalte petente, Babcock Power Systems GmbH, prin avocații săi (Voicu Filipescu), în condițiile în care s-a formulat cererea de extindere a termenului în nume personal, prin împuternicit Marta Popa, care a și semnat cererea, și nu prin avocații firmei Voicu Filipescu. Cu alte cuvinte, adresa nr. 951/2/5.09.2013, a autorității contractante nu răspunde petentelor Babcock Noell GmbH și Babcock Borsig Steinmuller GmbH, căci o trimitere la răspunsul oferit altei companii, Babcock Power Systems GmbH, nu poate fi considerat ca fiind valabil din punct de vedere formal, fiind necesar ca fiecare agent economic potențial interesat de procedură să primească un răspuns clar, complet și fără ambiguități, potrivit art. 78 din OUG 34/2006.

II. MODIFICAREA DOCUMENTAȚIEI DE ATRIBUIRE PRIN SIMPLE CLARIFICĂRI FĂRĂ PUBLICAREA UNEI ERATE; ÎNCĂLCAREA ART. 78 ALIN. (2) DIN OUG NR. 34/2006, PRIN LIPSA RĂSPUNSULUI CLAR, COMPLET ȘI FĂRĂ AMBIGUITĂȚI LA SOLICITĂRILE DE CLARIFICĂRI:

În primul rând, petentele apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale art. 50¹ din același act normativ.

Dincolo de cele menționate la punctul I de mai sus, se menționează că prin solicitarea nr. 774/2 s-a cerut clarificarea mai multor aspecte, după cum urmează:

A. În ceea ce privește Clarificarea I:

1) Punctele (1) și (4) - înțelesul noțiunii de „sistem de finanțare credit furnizor” pentru autoritatea contractantă - posibilitatea ofertantului de a finanța proiectul cu fonduri proprii.

Autoritatea contractantă a răspuns că prin „credit furnizor” înțelege acel credit contractat de executantul lucrării pentru a susține financiar execuția acesteia. Din acest răspuns se înțelege că autoritatea ar

accepta numai ideea ca executantul lucrării să contracteze un credit cu care să finanțeze proiectul. De aici, și cerința minimă din fișa de date, secțiunea III.2.2) Capacitatea economică și financiară „Prezentarea unui acord de principiu al unei bănci/instituție finanțatoare privind încheierea unui contract de finanțare prin sistemul credit furnizor”.

Cu toate acestea, în răspunsul nr. 774/2 - Clarificarea I - pct. (4), autoritatea contractantă a precizat că: „În cazul în care operatorul economic dispune de fonduri proprii care să asigure finanțarea lucrărilor este suficient a se prezenta o dovadă că le deține, cerința minimă fiind considerată astfel îndeplinită.”

Astfel, se solicită obligarea autorității contractante la eliminarea contradicției realizate și la remedierea „definiției” creditului furnizor prin includerea posibilității ofertantului de a finanța proiectul din fonduri proprii și prin menționarea expresă că cerințele minime din cap. III.2.2) din fișa de date a achiziției vor fi considerate îndeplinite în cazul în care ofertantul confirmă prin scrisoare oficială de la bancă, extras de cont sau orice alt document justificativ că deține fonduri proprii necesare realizării proiectului.

2) Punctul (2) - Mecanismul de derulare și restituire a creditului: răspunsul autorității contractante a fost acela că mecanismul de derulare și restituire a creditului face parte din ofertă și se negociază în partea a II-a a procedurii.

O asemenea abordare a clarificării unui aspect deosebit de important pentru procedura de atribuire, chiar esențial, este nelegală și încalcă principiile transparenței și tratamentului egal, din următoarele considerente:

- mecanismul de derulare și restituire a creditului trebuie să se bazeze pe un set de principii generale, transparente, aplicabile tuturor ofertanților în mod egal, care să fie cunoscute de la bun început când se lansează o procedură de acest gen. Numai așa autoritatea respectă principiile tratamentului egal și transparenței care guvernează procedurile de achiziții publice;

- ofertanții interesați de procedura de atribuire trebuie să cunoască în mod definitiv și complet, încă de la început, condițiile în care pot depune candidaturi la autoritatea contractantă pentru câștigarea proiectului. În cazul în care condițiile sunt neclare, riscă să depună documentele de calificare pentru etapa I, să depună garanția de participare și să nu poată merge mai departe în etapa a II-a, urmare a neînțelegerilor cu autoritatea contractantă. Ofertanții pot fi astfel păgubiți prin descalficarea din procedura de atribuire, pierderea garanției de participare, pierderea tuturor costurilor implicate de pregătirea documentelor de calificare și contractarea unui acord angajant, cu date concrete privind finanțarea, de la o instituție financiară sau de la o bancă, în cazul în care contractează un credit și nu dețin fonduri proprii;

- mecanismul de derulare și restituire a creditului este important și pentru banca care acordă creditul viitorului executant (momentan ofertant care obține acordul de principiu, când nu deține fonduri proprii), care va cere detalii în legătură cu destinația creditului și modalitatea de

derulare și restituire a acestuia. Ofertantul, viitor executant, care va contracta un asemenea credit nu reprezintă o instituție financiară sau o bancă care creditează direct autoritatea contractantă, fără ca, creditorul principal (banca sau instituția financiară de unde obține executantul proiectului creditarea) să investigheze condițiile în care se realizează această finanțare în sistem „credit furnizor”. Pentru ca ofertantul să obțină un acord de principiu de la o bancă sau de la o instituție financiară pentru a finanța proiectul, este imperios necesar să existe cooperare din partea autorității contractante, care trebuie să furnizeze informații legate de maniera în care înțelege să restituie banii și cui (de menționat că, de regulă, procedural vorbind, sistemul de credit furnizor implică restituirea sumei de bani ce constituie finanțarea direct la banca care îl împrumută pe executantul lucrărilor). Băncile nu furnizează acorduri în vederea creditării - mai ales pentru o sumă atât de mare, de 203 milioane de euro - nici măcar de principiu, fără să aibă în mod clar și complet toate detaliile legate de proiect și de capacitatea plătitorului de a-i rambursa banii (de lămurit în acest context cine va rambursa banii către banca sau instituția finanțatoare - executantul lucrării, urmând să și-i recupereze de la autoritate sau autoritatea însăși, executantul fiind doar un intermediar care garantează cu capacitatea proprie în fața băncii sau instituției de finanțare?).

Prin urmare, petentele solicită obligarea autorității contractante la menționarea mecanismului de derulare și restituire a creditului, în contextul definiției pe care o dă creditului furnizor în prezenta procedura de atribuire.

3) Punctul (3) - Garanțiile pe care le poate acorda autoritatea contractantă pentru obținerea finanțării: răspunsul autorității contractante nu are nicio legătură cu solicitarea de clarificare. Autoritatea susține că „nu este titularul creditului în sensul contractării acestuia, ca urmare nu-l garantează”. Această afirmație este adevărată numai în relația autoritate contractantă - banca ce acordă creditul executantului (și numai dacă restituirea finanțării se face direct de executantul proiectului). Întrebarea a fost, însă, care sunt garanțiile pe care le poate acorda autoritatea contractantă față de executantul lucrării, care finanțează proiectul, acceptând restituirea fondurilor antrenate într-o perioadă mai lungă de timp, în care se pot întâmpla multe cu autoritatea contractantă. De aceea, este important să fie clarificat de la început care sunt garanțiile pe care le poate oferi față de executantul proiectului pentru această facilitate - finanțarea prin credit furnizor.

Se menționează că, în proceduri de achiziții publice similare, în care s-a impus drept condiție asigurarea finanțării în sistem credit furnizor, autoritățile contractante au garantat ferm, prin hotărâri ale acționarilor și mijloace financiare de garantare (de exemplu, bilete la ordin avalizate), restituirea fondurilor reprezentând prețul contractului de achiziție publică (s-a atașat prezentei contestații, cu titlu de exemplu, fișa de date a achiziției din licitația publică deschisă organizată de International Recycling Energy S.A. - anunț de participare nr. 139877/24.10.2012).

În consecință, petentele consideră că se impune obligarea autorității contractante la a răspunde la solicitarea de clarificări și a preciza garanțiile pe care le poate oferi față de executantul proiectului pentru obținerea finanțării prin sistem credit furnizor.

B. În ceea ce privește Clarificarea II, s-a solicitat să se clarifice care sunt factorii de evaluare și ponderea acestora (din componenta economică, respectiv din componenta tehnică a ofertei), după cum urmează: „Având în vedere factorii de evaluare menționați în fișa de date – Secțiunea IV.2.1), inclusiv referirea „Ponderea componentei tehnice: 60.00%”, dar și precizarea de la Secțiunea IV.2.1) din anunțul de participare: Punctaj maxim componenta tehnică: 100, va rugăm să clarificați care sunt factorii de evaluare (din componenta economică a ofertei și care sunt factorii de evaluare din componenta tehnică a ofertei, ce înțelege autoritatea contractantă prin componenta tehnică a ofertei) și deopotrivă ponderea fiecărui factor de evaluare în punctajul final.”

Autoritatea contractantă, prin răspunsul 774/2, a ocolit în mod elegant orice lămurire concretă a aspectelor semnalate, respectiv: „În ce privește punctajul maxim componenta tehnică de la Secțiunea IV.2.1) din anunțul de participare, acesta este generat automat în procent de 100% de către SEAP. Ca urmare și în fișa de date punctajul maxim menționat este generat automat de platforma electronică SEAP.

În consecință, factorii de evaluare și ponderea lor sunt prezentate de autoritatea contractantă în anunțul de participare la cap.IV.2.1) și în fișa de date la cap. IV.2.1), în care se arată și modul de calcul al fiecărui factor de evaluare; pe baza acestora se va face evaluarea ofertelor, nicidecum de cei generați automat de SEAP.”

Este așadar lesne de observat că, deși autoritatea contractantă, în virtutea respectării principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, are obligația de a remedia erorile, neconcordanțele și mai ales prevederile abuzive și nelegale din documentația de atribuire, aceasta a ales să menționeze că punctajul maxim al componentei tehnice a fost generat automat de SEAP. Operatorii economici sunt obligați să se încreadă în prevederile documentației de atribuire postate în SEAP. Din afirmația autorității contractante potrivit căreia „factorii de evaluare și ponderea lor sunt prezentate de autoritatea contractantă în anunțul de participare la cap. IV.2.1) și în fișa de date la cap. IV.2.1), în care se arată și modul de calcul al fiecărui factor de evaluare; pe baza acestora se va face evaluarea ofertelor, nicidecum de cei generați automat de SEAP”, contestatoarele învederează că, deși inițial autoritatea a părut că totuși se raportează și la factorii de evaluare de natură tehnică, în realitate aceasta recunoaște că factorii de evaluare sunt doar cei de natură economică.

Or, o atare abordare, dincolo de faptul că nu este nici pe departe un veritabil răspuns la Solicitarea 702, nu face altceva decât să inducă ideea aparenței criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, care în realitate, în prezenta procedură, este reprezentat de criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Însăși ordonanța prevede, pe lângă factorii de evaluare ce fac parte din componenta economică, că este imperios necesar să existe și alți factori considerați semnificativi pentru evaluarea ofertelor. În acest sens OUG nr. 34/2006, menționează cu titlu de exemplu câțiva astfel de factori de evaluare, precum cei ce fac referire la nivelul calitativ tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, de eficiență, suport post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție.

La o simpla analiza a factorilor de evaluare avuți în vedere de către autoritatea contractantă - Prețul ofertei, Costul creditului, Perioada de rambursare a creditului, Durata de execuție, Perioada de grație acordată până la începerea rambursării - se observă că aceștia nu au nicio relevanță tehnică, ci doar economică, drept urmare consideră că, de fapt, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut” și nicidecum oferta cea mai avatajoasă din punct de vedere economic.

Așadar, la un proiect de complexitate și valoarea celui care face obiectul procedurii contestate și în care se urmărește executarea unor lucrări de reabilitare a Grupului nr. 4 și de executare a unor instalații de desulfurare pentru grupurile nr. 3 și nr. 4 la termocentrala ...este inadmisibil să nu fie incluși printre factorii de evaluare și elemente de natură tehnică prin care potențialii ofertanți să fie evaluați în funcție de competența lor reală în plan profesional.

C. În ceea ce privește Clarificarea III, prin aceasta s-a solicitat a se clarifica care sunt factorii de evaluare și ponderea acestora din componenta economică, respectiv din componenta tehnică a ofertei - a modului de prezentare a propunerii tehnice, după cum urmează: *„În cap. IV.4.1) din fișa de date a achiziției, se menționează că propunerea tehnică preliminară va include o serie de elemente, care se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu factorii de evaluare descriși prin algoritmul de calcul. Să se clarifice ce se înțelege prin corelația cu factorii de evaluare a elementelor propunerii tehnice”.*

Or, autoritatea contractantă a înțeles să răspundă extrem de evaziv, respectiv: *„Clarificările pentru propunerea tehnică preliminară se vor discuta în etapa a II-a a procedurii, numai cu candidații selectați (vezi OUG nr. 34/2006 art. 119¹ și cap. IV4.1. și IV4.2. din fișa de date).”*

Este inadmisibil și abuziv refuzul autorității în a clarifica la ce factori de evaluare de natură tehnică se referă și a amâna în mod iluzoriu un atare răspuns pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire. Acest refuz încalcă principiul transparenței, iar inexistența algoritmului de calcul cu privire la componenta tehnică și inexistența factorilor de evaluare de natură tehnică nu fac altceva decât să încalce principiile liberei concurențe și eficienței utilizării a banului public, acceptându-se în procedură potențialii ofertanți care să nu dețină capacitatea de realizare a proiectului din punct de vedere tehnic. Practic, prin lipsa factorilor de evaluare de natură tehnică și/sau calitativă a lucrărilor de executat în cadrul proiectului, autoritatea contractantă nu respectă:

- nici prevederile art. 15 din HG nr. 925/2006 care prevăd că: „2) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

(3) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

- importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ ce poate fi punctat; sau

- cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini.

(3) Atunci când stabilește criteriile de atribuire, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze modul în care a fost stabilită ponderea factorilor de evaluare, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției.”

- și nici prevederile art. 4 alin. (1) lit. b) din Ordinul nr. 509/2011 al Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice privind formularea criteriilor de calificare și selecție potrivit căroră: „(1) Autoritatea contractantă, în vederea desemnării câștigătorului/câștigătorilor procedurii de atribuire, va avea în vedere (...):

b) factorii de evaluare, care, în cazul criteriului de atribuire "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", evidențiază avantajele fiecărei propuneri tehnice și financiare.”

Nu în ultimul rând, se arată că, potrivit „Referatului de necesitate și oportunitate în vederea atribuirii contractului - Lucrări la termocentrala ...privind reabilitarea grupului nr. 4 și instalației de desulfurare pentru grupurile nr. 3 și nr. 4, întocmit de către autoritatea contractantă sub nr. 16083 din 30.07.2013 - Anexa 7, autoritatea recunoaște complexitatea lucrărilor care presupun „elaborarea proiectelor tehnice și a detaliilor de execuție, procurarea și livrarea echipamentelor, instalațiilor, execuția lucrărilor”, ceea ce denotă că evaluarea trebuie să se realizeze și în temeiul unor factori de natură tehnică.

Prin urmare, petentele consideră că, niciun operator economic interesat nu poate lua o decizie finală de a participa la o procedură fără a lua în calcul și modul în care se evaluează oferta tehnică și care sunt factorii de evaluare care se iau în considerare și, deopotrivă, ponderea fiecărui factor de evaluare de natură tehnică, în componenta tehnică a punctajului în baza căruia se realizează evaluarea ofertelor depuse și că, prin nementionarea acestor factori de evaluare de natură tehnică, aplicabili în procedura contestată prin prezenta, se încalcă în mod grav

principiul transparenței, precum și principiul tratamentului egal și cel al nediscriminării între operatorii economici.

Având în vedere cele menționate, se solicită anularea răspunsului nr. 774/2, obligarea autorității contractante de a răspunde la toate clarificările solicitate de Bilfinger Power Systems prin Solicitarea nr. 702, pentru respectarea principiilor tratamentului egal și al nediscriminării între operatorii economici și deopotrivă al transparenței desfășurării procedurilor de achiziție publică, și de a menționa, în mod clar și neechivoc, factorii de evaluare de natură tehnică și care este ponderea fiecărui astfel de factor tehnic în cadrul ponderii tehnice de evaluare, în scopul de a permite tuturor operatorilor economici interesați să ia decizia participării la procedura în cunoștință de cauză.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției, transmis Consiliului de către autoritatea contractantă, petentele prin reprezentant convențional ... a depus adresa nr. 728 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. 30942 din 16.09.2013, precizând următoarele aspecte:

1) Complexitatea proiectului. Refuzul nejustificat al autorității contractante de a prelungi termenul de depunere a ofertelor. Lipsa factorilor de evaluare de natură tehnică:

Din informațiile identificate în dosarul achiziției publice reiese că, autoritatea contractantă recunoaște caracterul complex al proiectului ce face obiectul procedurii contestate, întrunind de fapt 3 proiecte complexe, câte o instalație de desulfurare pentru un cazan (în total două instalații de desulfurare pentru două cazane) și, în plus, reabilitarea tehnică completă a unui cazan. Un astfel de proiect necesită, în interesul proiectului și astfel și al beneficiarului, ca ofertanții să dispună de un timp rezonabil pentru a prezenta oferte serioase și sustenabile, pe de o parte, și deopotrivă cunoașterea tuturor condițiilor în care se desfășoară procedura, pe de altă parte, inclusiv cele referitoare la:

- criteriul de atribuire realmente utilizat în procedură,
- cerințele minime de calificare referitoare la capacitatea economică și financiară și la capacitatea tehnică a ofertanților;
- algoritmul de evaluare și punctaj al ofertei tehnice;
- cerințele minime pe parte tehnică din documentația descriptivă,
- termenul de depunere a ofertelor.

Astfel, prin „Referatul de necesitate și oportunitate în vedere atribuirii contractului Lucrări la termocentrala ...privind reabilitarea grupului nr. 4 și instalației de desulfurare pentru grupurile nr. 3 și 4”, autoritatea contractantă recunoaște complexitatea lucrărilor care presupun „elaborarea proiectelor tehnice și a detaliilor de execuție, procurarea și livrarea echipamentelor, instalațiilor, execuția lucrărilor”.

Lucrări complexe și specifice de acest gen conduc, în opinia contestatoarelor, la următoarele principii de bază ce trebuie urmate de autoritatea contractantă:

1) stabilirea unui termen pentru analiza întregii documentații descriptive echilibrat de lung (raportat la numărul de documente și informații care trebuie analizate), care să permită ofertanților să cunoască foarte bine cerințele și specificațiile tehnice ale proiectului și să depună o ofertă în

cunoștință de cauză, nu să antreneze resurse de timp și financiare fără să știe în ce proiect, de fapt, ofertează ferm - de avut în vedere și că valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 203 milioane euro, cu o garanție de participare destul de mare de 500.000 de euro (care poate fi pierdută de ofertantul care, în urma calificării din etapa 1, e nevoit să se retragă sau nu se înțelege cu autoritatea pe condițiile financiare și/sau tehnice ale proiectului); și

2) alegerea într-adevar a criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, cu stabilirea însă a unor criterii de evaluare pe parte tehnică, care au în vedere specificul lucrărilor de executat și cerințele minime tehnice ale autorității contractante, așa cum sunt impuse în Studiile de fezabilitate special solicitate de autoritate pentru acest scop.

Autoritatea contractantă a refuzat să extindă termenul de depunere a ofertelor, în mod nejustificat, și a ales ca 45% din factorii de evaluare să fie reprezentați de chestiuni de natură financiară, nu tehnică, care au legătură cu costul finanțării. Astfel, ponderea costului creditului raportat la perioada de rambursare este de 25%, ponderea perioadei de rambursare a creditului este de 15%, iar ponderea perioadei de grație până la începerea rambursării este de 5%.

Deși autoritatea a menționat că ar exista o componentă tehnică, ceea ce ar fi normal (să fie evaluate ofertele în funcție de parametri de performanță care trebuie atinși de instalațiile de desulfurare și de cazan), nu există nicio referire la factori de evaluare de natură tehnică.

2) Încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice. Documentația incompletă.

După cum statuează Curtea Europeană de Justiție „ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă”, ceea ce „constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publice”, iar „obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive.”

De asemenea, Curtea Europeană de Justiție, prin practica sa, a decis că „în ceea ce privește principiul transparenței, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, acesta are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini.

Or, după cum s-a arătat prin contestație, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să stipuleze în documentația de atribuire greșeli, contradicții, dar mai ales dispoziții care încalcă prevederile legale și deopotrivă principiile aplicabile în achizițiile publice, respectiv principiul transparenței, al tratamentului egal și al nediscriminării operatorilor economici, și de asemenea al eficienței utilizării a banilor publici.

Practic, această încălcare a principiilor în desfășurarea acestei proceduri se observă, în opinia petentelor, și prin transmiterea către o

serie de societăți comerciale a unor invitații de participare la procedură. Aceste invitații dau dovadă clară de favoritism și de încălcare a principiilor nediscriminării și tratamentului egal între operatorii economici, anulând orice urmă de transparență a procedurii de atribuire.

Lipsa de transparență este dată și de faptul că dosarul achiziției nu conține studiul de fezabilitate în temeiul căruia autoritatea contractantă a înțeles să realizeze documentația descriptivă, în speță să aleagă componentele pentru evaluare în prezenta procedură.

Trebuie observat și că autoritatea contractantă nu a inclus în documentația descriptivă nicio referire la furnizarea unei garanții către executantul care îi face rost practic de finanțare (prin credit sau din fonduri proprii, deși nici aici nu este clar ce acceptă autoritatea).

Or, garanțiile într-un proiect de 203 milioane euro sunt esențiale. Ofertantul care își pune în joc imaginea în fața unei bănci sau a unei instituții financiare, să obțină finanțare pentru autoritate, trebuie să aibă garanția că banii vor fi restituiți și că autoritatea este solvabilă.

3) Iregularitățile privind costul creditului estimat de autoritate.

Dacă în fișa de date a achiziției, autoritatea face referire la un cost al creditului de aproximativ 65% (ceea ce este oricum foarte puțin, având în vedere perioada lungă de rambursare minimă solicitată), prin Nota justificativă nr. 16084 din 30.07.2013, privind determinarea valorii estimate, autoritatea contractantă prevede drept cost al creditului un cost total de 13.578.150 de euro, ceea ce presupune că acesta are o valoare de nici 7% din valoarea estimată a contractului de 203.427.690 Euro.

Interesant este însă că, în Referatul de necesitate și oportunitate nr. 16083/30.07.2013, autoritatea menționează că: „este necesar să se suplimenteze valoarea estimată a fiecărei investiții cu:

- cheltuielile diverse și neprevăzute în procent de 5% din valoarea estimată a lucrărilor ce urmează să se achiziționeze,
- valoarea rezultată în urma actualizării devizelor generale,
- costul creditului.”

Conform Anexei la Referat - „Modificarea PAAP prin suplimentare de fonduri”, de la valoarea estimată de bază totală de 644.899.510 lei, s-a suplimentat cu 262.144.394 lei, ajungându-se la valoarea estimată totală actuală de 907.043.904 lei.

Din suplimentarea de 262.144.394 lei, autoritatea decide că, costul creditului ar fi de numai 16.890.000 lei, restul sumei fiind necesară pentru cheltuielile diverse și neprevăzute care sunt în quantum fix de 5% și pentru actualizarea devizelor generale.

De unde rezultă că estimarea inițială nu a acoperit cum trebuie costul lucrărilor atât de complexe, din moment ce e nevoie de o actualizare într-o sumă atât de mare, iar suplimentarea este insuficientă, extrem de mică, având în vedere că există un cost al finanțării care trebuie rambursat de autoritate. Contestatoarele consideră că autoritatea contractantă încearcă să inducă în eroare ofertanții că le oferă un cost al creditului de 65%, în condițiile în care de fapt s-ar putea să fie sub 7%, spre 0. Asta în condițiile în care ofertanții nu își scad

extrem de mult prețurile pe lucrări, inclusiv sub valoarea estimată de autoritate (de exemplu: amenajarea terenului - 701.720 Euro, proiectare - 493.400 Euro, etc. - a se vedea Nota privind determinarea valorii estimate a lucrărilor nr. 16084/30.07.2013).

Prin adresa nr. 17377/... respectiv nr. 18214/...-... Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestațiilor de către solicitând punctul de vedere cu privire la contestații, precum și copia dosarului achiziției.

... a transmis, prin fax, punctul său de vedere nr. 1549/2 din 25.09.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 32418 din 26.09.2013, referitor la prima contestație, respectiv punctul de vedere nr. 1548/2 din 25.09.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 32417 din 01.08.2013, cu privire la a II-a contestație, documentele necesare în soluționarea contestațiilor fiind transmise, prin poștă, și înregistrate la Consiliu cu nr. 30033 din 09.09.2013.

În ceea ce privește prima contestație depusă de autoritatea contractantă invocă excepția tardivității depunerii contestației și excepția inadmisibilității acesteia, pe fond solicită respingerea ca neîntemeiată.

I. Față de excepția tardivității depunerii contestației, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, arătând că valoarea estimată a contractului este de 532.719.280 lei (119.476.360 euro), iar data publicării documentației de atribuire este 21.08.2013.

Astfel, aceasta consideră că, în conformitate cu prevederile art. 271 alin. (1) din ordonanță, petenta avea obligația să înainteze contestația atât Consiliului, cât și autorității în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire, respectiv până la data de ... inclusiv, întrucât termenul de 10 zile s-a împlinit într-o zi nelucrătoare (sâmbătă, 31.08.2013).

În aceste condiții, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă, din următoarele motive:

- Documentația de atribuire/descriptivă a fost postată în SEAP în data de 21.08.2013;

- Din cuprinsul contestației formulate de petente, prin reprezentant, se precizează fără echivoc faptul că aceasta este îndreptată în principal „împotriva documentației de atribuire, parte a procedurii de atribuire pentru care s-a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... și fișa de date a achiziției (Anexa 1)”, aspect care confirmă data la care acestea au luat cunoștință de conținutul documentației.

- Contestația cu număr de înregistrare .../... a fost înregistrată la Consiliu sub nr. .../... și la autoritatea contractantă sub nr. 865/2/04.09.2013.

II. În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, autoritatea contractantă apreciază că nu sunt îndeplinite condițiile de formă cerute de art. 270 alin. (1) din OUG 34/2006, respectiv nu este indicat reprezentantul persoanei juridice și calitatea acestuia, conform cerințelor exprese cuprinse în art. 270 (1) lit. a). Reprezentantul convențional a

înțeles să ștampileze și să semneze contestația în finalul acesteia, semnătura fiind ilizibilă, apaținând indubitabil unei persoane fizice, care, în cazul în care este reprezentantul legal, identitatea sa nu a fost declinată, conform obligației legale. Textul de lege reiterează această obligație și în cuprinsul lit. g) a aceluiași articol – „semnătură părții sau a reprezentantului persoanei juridice”.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și, pe cale de consecință respingerea capetelor de cerere privind modificarea documentației de atribuire în sensul adoptării măsurilor de remediere și de anulare a procedurii de atribuire, din următoarele considerente:

Afirmația petentei referitoare la faptul că „legalitatea procedurii este grav afectată” nu beneficiază de susținere, considerentul fiind Ordonanța nr. 76/2010 și art. 33¹ din OUG nr. 34/2006, prin care Autoritatea Națională de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice (ANRM) efectuează un control privind aspectele de legalitate, sintagma „grav afectată” anulând astfel tocmai rolul de garant al legalității atribuit acestui organism. În acest sens se arată că documentația aferentă procedurii a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, ulterior supervizării de către ANRM.

De asemenea, față de afirmația privind „Necesitatea esențială a fiecărui operator economic interesat de a cunoaște în mod definitiv și cât mai devreme posibil condițiile procedurii”, autoritatea arată că această etapă este deja parcursă, altfel nu ar fi putut invoca elementele de care se prevalează. Afirmațiile privind „Riscul ca potențiali ofertanți, capabili din punct de vedere tehnic și financiar și cu experiență adecvată, să nu participe la procedură (...)”, nu constituie, în accepțiunea autorității, decât simple supoziții, cu o puternică amprentă subiectivă, care nu pot justifica solicitarea de suspendare a procedurii.

În ceea ce privește data stabilită în vederea depunerii candidaturilor, autoritatea contractantă apreciază că s-a respectat prevederea legală conținută de art. 113 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006. Autoritatea contractantă consideră că și-a îndeplinit în totalitate obligațiile legale și, în plus, a dat dovadă de bună credință și transparență. Astfel, există în dosarul procedurii adresele prin care agenții economici interesați de proiect au fost anunțați suplimentar de demararea acesteia, după publicarea în SEAP și JOUE, o astfel de adresă fiind înaintată chiar contestatorului, cu nr. 714/2 din 30.08.2013.

Depunerea de candidaturi nu are ca scop câștigarea proiectului (cum eronat și cu rea-credință afirmă contestatoarea), ci calificarea agentului economic la negocierile privind încheierea viitorului contract.

În procedura de achiziție publică demarată, respectiv negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, există două etape distincte ale procedurii, fiecărei etape fiindu-i specifică o activitate, respectiv de selectare a candidaților sau evaluare a ofertelor, utilizând criterii și factori de evaluare. Evident că, din această particularitate a procedurii, agenților economici le revin obligații pe care le îndeplinesc în cele două etape distincte. Din dorința de a demonstra lipsa de timp

pentru depunerea candidaturii, în mod voit contestatoarele se referă la activitățile ce trebuie parcurse în etapa a II-a a procedurii și în special la elaborarea ofertei.

Faptul că se sancționează dorința autorității contractante de a obține o dobândă mică pentru credit contrazice afirmația potrivit căreia aceeași autoritate nu utilizează eficient fondurile. De asemenea, legea nu identifică obligația de a explicita sursele de informare, pe de o parte, iar pe de altă parte, nimeni nu poate susține o capacitate de identificare a tuturor acestor surse existente, pe cale de consecință posibilității ofertanți aflându-se în această situație.

În ceea ce privește criteriul de atribuire ales „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, se arată că factorii de evaluare, ponderile și algoritmi de calcul vin să punteze în plus ofertele care avantajează economic autoritatea contractantă. Prevederile art. 199 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precizează că factorii de evaluare pot fi, alături de preț, durata de execuție și alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor. Din analiza autorității contractante, avantaje economice și semnificative pentru evaluarea ofertelor, sunt pe lângă cele două enunțate, costul creditului, perioada de rambursare a creditului și perioada de garanție acordată până la începerea rambursării.

Probabil că simpla analiza a factorilor de evaluare a condus contestatoarele la ideea că pentru evaluare, criteriul este „prețul cel mai scăzut”. La o analiză temeinică a factorilor de evaluare aleși de către autoritatea contractantă, ar fi constatat că prin aceasta se ajunge la avantaje din punct de vedere economic, ceea ce vizează orice societate comercială/operator economic.

Față de afirmațiile privind inexistența algoritmilor de calcul cu privire la o componentă tehnică, autoritatea arată că, pe platforma SEAP, factorii de evaluare, alții decât prețul, sunt prezentați în fișa de date a achiziției ca pondere totală, sub titulatura de „ponderea componentei tehnice”, generată automat de sistem, însă contestatoarele nu-i recunosc, deoarece consideră că nu sunt de natură tehnică și invocă lipsa lor și a algoritmilor de calcul. Având în vedere acest aspect și considerând nefondată poziția acestora, se menționează că toți factorii de evaluare sunt descriși, se precizează clar ponderea și algoritmi de calcul, lipsa anumitor factori fiind doar o speculație.

În ceea ce privește factorii de evaluare și ponderea acestora, algoritmul de calcul, autoritatea contractantă susține că sunt prezentați detaliat și explicit. Petentele se folosesc de particularitățile sistemului electronic SEAP, care are formulări ce nu pot fi influențate la postarea anunțului. Nu trebuie tratată ca eroare o astfel de situație și nu necesită postarea de erată. Se concluzionează eronat că factorii de evaluare se referă doar la preț (de natură economică), având în vedere că atât în Nota justificativă, cât și în răspunsul la cererea de clarificări a motivat alegerea lor, punctând în plus acele elemente ale ofertei care aduc beneficii economice autorității contractante, potrivit cu avantajul adus.

Aspectele tehnice sunt clare în documentația descriptivă și vor fi negociate înainte de oferta finală și garantate prin contract. De altfel, performanțele tehnice la asemenea lucrări se pot verifica, doar acesta fiind motivul pentru care a considerat că nu trebuie cuprinse în factorii de evaluare, ci în prevederile contractuale.

În concluzie, autoritatea susține că din nou se face o greșeală majora din partea contestatoarelor, deoarece factorii de evaluare nu conduc la evaluarea potențialilor ofertanți și nici la competența lor profesională, ci se aplică pentru evaluarea ofertelor.

Referitor la contradicțiile cerințelor cuprinse în fișa de date și cele din documentația descriptivă, autoritatea precizează următoarele:

- Posibilitatea ofertantului de a finanța din fonduri proprii execuția lucrărilor este o ipoteză nerealistă, în opinia contestatoarelor, o posibilitate de care nu poate uza. Solicită timp pentru a contacta o bancă, în scopul de a obține un credit. Evident, faptul că deține fonduri proprii pe care dorește să le utilizeze în finanțarea lucrărilor, tot printr-un document bancar poate fi demonstrat.

- „Mecanismul de derulare și restituire a creditului” - Acestea sunt aspecte tehnice de creditare care se detaliază la ofertare și, mai mult, autoritatea contractantă lasă posibilitatea ofertanților de a oferta într-un domeniu larg, pe care le va evalua potrivit criteriului ales și factorilor de evaluare comunicați. O impunere a mecanismului de creditare în această etapă ar restrânge concurența, iar autoritatea contractantă nu dorește acest lucru, deoarece poate conduce la riscul de a nu fi depuse candidaturi și oferte.

- „Garanțiile pe care le poate acorda autoritatea contractantă” – aceasta susține, în continuare, că nu oferă garanții, deoarece nu este titulara creditului. Garanțiile solicitate de ofertant se vor negocia la momentul când se pot aduce observații la proiectul de contract, urmând a fi precizate în contract. Prezentarea garanțiilor, așa cum este solicitată, nu este posibilă, fiind necesară în prealabil o negociere privind formele agreeate de garanții, precum și aprobarea Adunării Generale a Acționarilor societății, pentru a putea fi angajate.

Legat de clauzele propunerii de contract, autoritatea contractantă menționează că, la punctului IV.4.2 aliniatul 3 și 4 se precizează că:

- Propunerea financiară (preliminară) va fi însoțită de eventualele propuneri de modificare a clauzelor contractuale, propuneri care să nu fie, evident, dezavantajoase pentru autoritatea contractantă.

- Nu se admit negocieri de clauze contractuale care nu au fost obiectate prin oferta financiară preliminară.

Ca urmare, prevederile contractuale sunt negociabile și pot fi modificate după depunerea ofertei preliminare, în cadrul ședințelor de negociere.

Se contestă, de asemenea, perioada de timp necesară depunerii candidaturilor, care nu este de 37 de zile. Observația este corectă, fiind de 36 de zile, dar potrivit art. 113 alin. (3), prin transmiterea electronică în JOUE a anunțului de participare, perioada de 37 de zile se reduce cu 7

zile. Practic, față de obligația legală, există un număr suplimentar de 6 (șase) zile, interval de timp necesar pregătirii candidaturilor.

II. Referitor la a II-a contestație depusă de autoritatea contractantă invocă excepția tardivității și, pe cale de consecință, respingerea contestației, iar pe fond solicită respingerea ca neîntemeiată.

I. Față de excepția tardivității depunerii contestației, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) și alin. (2) din OUG nr. 34/2006, arătând că valoarea estimată a contractului este de 532.719.280 lei (119.476.360 euro), iar data publicării documentației de atribuire este 21.08.2013. De asemenea, aceasta invocă și prevederile Ordinului ANRMAP nr. 171/2012, cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire.

Astfel, aceasta consideră că, în conformitate cu prevederile art. 271 alin. (1) din ordonanță, petenta avea obligația să înainteze contestația atât Consiliului, cât și autorității, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire, respectiv până la data de ... inclusiv, întrucât termenul de 10 zile s-a împlinit într-o zi nelucrătoare (sâmbătă, 31.08.2013).

De asemenea, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) – „În cazul în care autoritatea contractantă modifică, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, conținutul documentației de atribuire, termenele prevăzute la art. 256 alin. (1) din ordonanța (...) se raportează la data luării la cunoștință de răspunsul autorității contractante cu privire la solicitarea adresată acesteia.” Având în vedere că, prin răspunsurile sale nu a modificat conținutul documentației, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă.

Pe fondul contestației, aceasta apreciază că răspunsurile sale sunt o reacție legală la solicitarea de clarificări a potențialilor ofertanți, prin care a încercat să accentueze necesitatea menținerii cadrului procedural creat.

Modificarea termenului de depunere a ofertelor nu este posibilă, deoarece aceasta nu este stabilit la data prezentei. Atât ofertele preliminare, cât și cele finale se depun, conform art. 118 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, doar de către operatorii economici preselecțai, în etapa a II-a a procedurii.

Perioada de timp cuprinsă între publicarea anunțului de participare și data limită de depunere a candidaturilor respectă prevederile legale și este suficientă pentru pregătirea documentelor de calificare. Motivele invocate de contestatoare, pentru modificarea acestui interval, țin în general de întocmirea ofertei și, drept urmare, nu condiționează depunerea de candidaturi.

Orice trimitere la necesitatea elaborării ofertelor și la legislația privind utilizarea fondurilor europene nerambursabile nu-și găsesc aplicabilitate în acest context. Conform art. 71 din OUG nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a stabili o perioadă de timp, în funcție de complexitatea contractului și/sau de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea

documentelor de calificare". Evident, legiuitorul a avut în vedere depunerea simultană a documentelor de calificare și a ofertei, ceea ce în cazul procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare nu are aplicabilitate.

Prevederile art. 72 din OUG nr. 34/2006, se referă clar la cazurile în care se prelungește perioada pentru elaborarea ofertelor, incluzând și cazul în care acestea se depun împreună cu documentele de calificare.

Legat de refuzul ilegal și nejustificat la solicitarea de a vizita amplasamentul, autoritatea contractantă arată că este o afirmație nefondată și neconformă realității, având în vedere că nu a fost înregistrată o astfel de solicitare.

Contestatorul a invocat necesitatea de a decala termenul de depunere a candidaturii, condiționat de posibilitatea de a vizita amplasamentul. Autoritatea contractantă a răspuns că nu este absolut necesară, în cadrul acestei etape, vizita în amplasament, dacă operatorul economic consideră că nu are timp suficient în acest sens. De altfel, contestatorul a efectuat vizita în amplasament în data de 16.02.2012, la solicitarea (înregistrată cu nr. 4036 din 14.02.2012) casei de avocatură ce-l reprezintă și în această contestație.

Totodată, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 118 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, care stabilesc că procedura de achiziție publică „negocierea cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, are doua etape:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite, concomitent, o invitație de participare la etapa a doua a procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare tuturor candidaților preselecți.

(2) Este interzisă invitarea la etapa a doua a procedurii de negociere a unui operator economic care nu a depus candidatură în prima etapă sau care nu a îndeplinit criteriile de preselecție.”

În ceea ce privește informațiile aferente condițiilor de participare la procedura de atribuire, acestea sunt puse la dispoziția operatorilor economici de către autoritatea contractantă, în detaliu, în măsura în care sunt interesați de acestea.

Referitor la aspectul legat de finanțarea prin credit furnizor, acordul de principiu solicitat de la o bancă, catalogat de contestatoare ca fiind „un document nereserios”, autoritatea subliniază faptul că este o condiție minimă de calificare și trebuie respectată.

La depunerea candidaturilor nu se cunoaște valoarea contractului de lucrări, astfel că, un agent economic nu poate fi obligat de către o autoritate contractantă să prezinte un angajament ferm de creditare de la o bancă (pentru ce suma, pentru ce perioadă de tragere etc.), astfel cum propun petentele.

În ceea ce privește limba în care trebuie prezentate documentele, autoritatea contractantă arată că nu se extrage din textul legii obligația de a traduce întreaga documentație descriptivă. Pentru a veni în sprijinul operatorilor economici, pe site-ul societății www.cenhd.ro, a fost postată o parte din documentația de atribuire tradusă în limba engleză.

Se apreciază că modul în care autoritatea contractantă a decis să îi fie prezentate documentele, nu poate fi contestat, mai mult, a avut în vedere un minim efort pentru operatorul economic, deoarece la etapa a II-a, prin invitația de participare se pot solicita precizări referitoare la documentele suplimentare pe care operatorii economici trebuie să le prezinte în scopul verificării declarațiilor sau completării documentelor prezentate în prima etapă.

Prezentarea de falsuri de către operatorii economici, pe lângă răspunderea în fața legii, atrage eliminarea din procedură, indiferent de etapă, acest fapt fiind clar stabilit în declarația privind eligibilitatea.

Referitor la clarificarea privind situațiile financiare anuale depuse de persoanele juridice străine care, dacă se prezintă în limba engleză nu mai trebuie însoțite de o traducere autorizată, se precizează că s-a avut în vedere faptul că este o uzanță redactarea în limba engleză a acestora, pentru firmele străine, și reprezintă o facilitate pentru agenții economici ce depun candidaturi în această procedură. Limba română rămâne, conform fișei de date, limba în care se redactează candidatura și, ca urmare, excepția din clarificări nu este de natură să reclame publicarea unei erate.

Prin adresa nr. 714/... înregistrată la Consiliu cu nr. 29994/09.09.2013 contestatoarea a transmis poziția sa față de punctul de vedere al autorității contractante, respectiv asupra excepțiilor invocate de aceasta.

Invocând dispozițiile art. 256² din OUG 34/2006 și având în vedere că valoarea estimată a contractului a cărui atribuire se dorește este de 907.043,904.00 RON, termenul în care poate fi sesizat Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este de 10 zile.

Potrivit aceluiași articol 256² din OUG 34/2006, la alin. (2) se stipulează expres că "în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire". Astfel cum rezultă din simpla analiză a documentelor postate de Autoritatea Contractantă în SEAP, anunțul de participare și întreaga documentație de atribuire au fost postate în SEAP în data de 21.08.2013.

Așadar, pornind de la faptul că termenul de 10 zile începe să curgă din data de 22.08.2013, ora 00:00, ultima zi a termenului este în data de ... ora 23.59, calculat conform prevederilor articolului 3 lit. z) din OUG 34/2006. În plus, atașează Factura fiscală nr. DIV00011681 din ... coroborată cu Chitanța având seria CNPRGBB1 nr. 00020288 din data de ... și confirmarea de primire nr. LD09975 844328.

Pentru toate considerentele expuse anterior solicită respingerea excepției tardivității formulării contestației ca neîntemeiată.

În ceea ce privește pretinsa inadmisibilitate a contestației, arată că așa „cum se poate observa, din Contestație și deopotrivă din cele 3 împuterniciri avocațiale atașate Contestației și depuse la CNSC, subscrierile sunt reprezentate de Societatea Civilă de Avocatura Voicu & Filipescu, cu sediul în București, sector 1. Str. Știrbei Voda nr. 26-28,

Clădirea de Birouri "Union International Center II". etaj 5. fax: 021.314.02.90. e-majl: office@vf.ro".

Contestația a fost semnată de către Dna. Avocat Marta Elena Popa - Avocat Partener în cadrul ... avocat împuternicit potrivit legii prin cele trei împuterniciri avocațiale atașate Contestației să întocmească orice documente necesare a fi depuse pentru a formula, semna și susține Contestația împotriva Documentației de Atribuire în procedura pentru care s-a publicat în SEAP anunțul de participare nr. De asemenea, împuternicite în această procedură sunt și Dna. Avocat Raluca Mihai și Dna. Avocat Simona Anton, potrivit aceluiași trei împuterniciri avocațiale.

Potrivit Articolului 196 din Statutul din 03.12.2011 al profesiei de avocat în alin. (2) se stipulează în mod expres că.. *Raportul juridic civil se naște între client și societatea civilă profesională. serviciile profesionale urmând să fie îndeplinite de oricare dintre avocații desemnați de avocatul coordonator*". Or, este evident că oricare dintre avocații ... este îndreptățit să semneze documentele în numele subscrierilor contestatoare, deci și Dna. Avocat Marta Elena Popa.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „Lucrări la termocentrala ...privind reabilitarea grupului nr. 4 și instalații de desulfurare pentru grupurile nr. 3 și nr. 4”, ... în calitate de autoritate contractantă a inițiat procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 21.08.2013, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire și a adreselor de răspuns la solicitările de clarificări, au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând:

- în principal modificarea documentației de atribuire iar în susținer, în cazul în care nu pot fi adoptate măsuri de remediere anularea procedurii de atribuire (prima contestație).

- „anularea răspunsurilor de clarificare nr. 773/2 din ... nr. 774/2 din ... și nr. 951/2 din ...

- obligarea autorității contractante la extinderea termenului de depunere a ofertelor potrivit solicitărilor nr. 701/28.08.2013 și nr. 779/2 din ... precum și obligarea acesteia de a răspunde în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea nr. 702, și de a clarifica dispozițiile contradictorii și abuzive din documentația de atribuire semnalate prin solicitările nr. 701, 702 și 779/2” (a doua contestație).

Potrivit prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul, cercetând cu înțâietate excepția tardivității primei contestații invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, motivat de depășirea termenului legal de formulare a contestației, constată netemeinicia acesteia.

Conform art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează a fi atribuit este egală sau mai mare decât

pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), contestația poate fi depusă în cel mult 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile ordonanței de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal. În același timp, dispozițiile alin. (2) al aceluiași articol prevăd: „În cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Din probele administrate la dosarul cauzei, rezultă faptul că autoarea contestației a luat cunoștință despre documentația de atribuire, pe care o critică, în data de 21.08.2013 (data publicării acesteia în SEAP), astfel încât termenul legal de depunere a contestației, calculat conform prevederilor art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, în forma în vigoare, s-a împlinit la data de

Contestația a fost transmisă atât Consiliului, cât și autorității contractante în data de ... (conform facturilor poștale existente la dosarul cauzei). Conform dispozițiilor art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă, *Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen.* În aceste condiții, contestația depusă la poștă în data de ... este considerată a fi depusă în termen, relevantă fiind data depunerii la poștă și nu data înregistrării actului la Consiliu, respectiv autoritatea contractantă.

Și în ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, motivat de neîndeplinirea condițiilor de formă cerute de art. 270 alin. (1) lit.a) și g) din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată netemeinicia acesteia. În conformitate cu dispozițiile art. 270 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, *Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente:*

a) *numele, domiciliul sau reședința contestatorului ori, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul lor și codul unic de înregistrare. În cazul persoanelor juridice se vor indica și persoanele care le reprezintă și în ce calitate;*

b) *denumirea și sediul autorității contractante;*

c) *denumirea obiectului contractului de achiziție publică și procedura de atribuire aplicată;*

c¹) *Abrogată prin punctul 42. din Ordonanță de urgență nr. 19/2009 începând cu 12.03.2009.*

c²) *Abrogată prin punctul 42. din Ordonanță de urgență nr. 19/2009 începând cu 12.03.2009.*

d) *obiectul contestației;*

e) *motivarea în fapt și în drept a cererii;*

f) *mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil;*

g) *semnătura părții sau a reprezentantului persoanei juridice.*

În cazul în speță, prin contestație, au precizat că sunt reprezentate convențional prin ... cu precizarea adresei de corespondență, pentru care a prezentat cele trei împuterniciri avocațiale (seria B 1057873/2013 din partea ... seria B 1057874/2013 din partea ... și seria B 1057875/2013 din partea ...). În acest context în mod corect contestația a fost semnată de reprezentantul convențional.

Criticile contestatoarei formulate împotriva criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, precizat de autoritatea contractantă, bazate pe faptul că în realitate este vorba despre criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” (raportat la factorii de evaluare utilizați), sunt considerate de Consiliu nefondate. În motivare, Consiliul are în vedere că prin fișa de date a achiziției, cap. IV.2 Criterii de atribuire”, autoritatea contractantă a stabilit criteriul de atribuire *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*, cu următorii factori de evaluare:

1 Prețul ofertei 40.00%

Descriere: Prețul total oferat pentru proiectare și execuție lucrări.

Algoritm de calcul: Punctajul (P) pentru acest factor al ofertei se determină după cum urmează:

- 40 puncte pentru prețul total minim oferat (P_{min}),
- 0 puncte pentru prețul total maxim oferat (P_{max}),
- P_{of} = preț total oferat

Pentru ofertele intermediare punctajul se calculează astfel:

$$P = (P_{max} - P_{of}) * 40 // (P_{max} - P_{min})$$

2 Costul creditului 25.00%

Descriere: Costul creditului este o valoare care se adaugă la valoarea contractului de lucrări și pentru autoritatea contractantă este în avantaj să fie cât mai scăzut. Ca urmare prin punctaj se avantajează ofertele care prezintă un cost redus. Pentru a determina ponderea s-au preluat informații din piață și s-a ținut cont de propunerile de colaborare. Din acestea a rezultat că perioada optimă de rambursare este de 20 de ani, iar costul creditului reprezintă circa 65% din prețul contractului.

Algoritm de calcul: Punctajul (P) pentru acest factor al ofertei se determină după cum urmează:

- 25 puncte pentru costul creditului minim oferat raportat la perioada de rambursare (C_{min}),
- 0 puncte pentru costul creditului maxim oferat raportat la perioada de rambursare (C_{max}),
- C_{of} = costul creditului oferat raportat la perioada de rambursare

*Pentru ofertele intermediare punctajul se calculează astfel: $P = (C_{max} - C_{of}) * 25 // (C_{max} - C_{min})$.*

3 Perioada de rambursare a creditului 15.00

Descriere: Perioada de rambursare este în interesul achizitorului și se dorește a fi cât mai mare, pentru ai permite o eșalonare a rambursărilor la valori cât mai mici. Deși aceasta induce un cost al creditului mai mare diminuarea ratelor (aproximativ 2% pe an) conduce la o pondere care să motiveze ofertantul la o perioadă de rambursare mai mare. Cu cât această perioadă este mai mare cu atât va conduce la

creșterea costului creditului. Prin compararea impactului ratei de rambursare din costul creditului a rezultat o diminuare în medie de 2% pe an, care conduce la o pondere a acestui factor de evaluare de circa 15 %.

Algoritm de calcul: Punctajul (P) pentru acest factor al ofertei se determină după cum urmează:

- 15 puncte pentru perioada de rambursare a creditului maximă ofertată ($R_{max} = 20$ ani). Peste perioada maximă nu se acordă punctaj suplimentar ci punctajul maxim.

- 0 puncte pentru o perioada de rambursare a creditului minimă de 12 ani (R_{min}).

- oferta cu perioada de rambursare sub 12 ani (R_{min}), va fi eliminată ca neconformă și nu va fi punctată.

- R_{of} = perioada de rambursare a creditului ofertat

Pentru ofertele intermediare punctajul se calculează astfel:

$$P = (R_{of} - R_{min}) * 15 // (R_{max} - R_{min})$$

4 Durata de execuție 15.00%

Descriere: Durata de execuție. Durata de execuție este un factor important pentru achizitor, deoarece cu cât aceasta va fi mai scăzută îi dă posibilitatea achizitorului de a funcționa cu grupurile energetice și de a realiza venituri din producție. Ponderea a fost corelată cu veniturile realizate din producția de energie electrică/grup energetic de aproximativ 5 milioane euro/lună.

Algoritm de calcul: Cele 15 puncte se vor acorda astfel:

a) 10 puncte pentru o durata de execuție acordată de la semnare contract de lucrări pentru realizarea obiectivului de investiții: "CTE Deva. Instalații de desulfurare a gazelor de ardere aferente grupului nr.3". Se acceptă durata maximă 24 luni (D_{max}), pentru care se acordă 0 puncte și durata minimă de 20 luni (D_{min}) sub care nu se acorda punctaj suplimentar ci punctajul maxim.

- oferta cu durata de execuție peste 24 de luni (D_{3max}), va fi eliminată ca neconformă și nu va fi punctată.

- D_{3of} = durata de execuție ofertată.

Pentru ofertele intermediare punctajul se calculează astfel:

$$P = (D_{3max} - D_{3of}) * 10 // (D_{3max} - D_{3min})$$

b) 5 puncte pentru durata de execuție minimă acordată de la semnare contract de lucrări pentru realizarea obiectivelor de investiții: "CTE Deva. Reabilitate grup nr.4" și "CTE Deva. Instalații de desulfurare a gazelor de ardere aferente grupului nr.4" Se acceptă durata maximă de 36 luni (D_{4max}) pentru care se acordă 0 puncte și durata minimă de 30 luni (D_{4min}) sub care nu se acordă punctaj suplimentar ci punctajul maxim.

- oferta cu durata de execuție peste 36 de luni (D_{4max}), va fi eliminată ca neconformă și nu va fi punctată.

- D_{4of} = durata de execuție ofertată.

Pentru ofertele intermediare punctajul se calculează astfel:

$$P = (D_{4max} - D_{4of}) * 5 // (D_{4max} - D_{4min})$$

5 Perioada de grație acordată până la începerea rambursării 5.00%

Descriere: Perioada de grație acordată la rambursarea creditului pe durata de execuție a lucrărilor, permite autorității contractante să nu contracteze un împrumut din care să susțină rambursarea creditului, având în vedere că în această perioadă veniturile realizate de la grupurile nr.3 și nr.4 sunt zero

Algoritm de calcul:

-5 puncte dacă ofertantul acordă perioada de grație pe durata totală de execuție a lucrărilor

-0 puncte dacă acordă o perioadă de grație mai mică decât durata totală de execuție a lucrărilor sau dacă nu acordă deloc.

Punctaj maxim: 100.00 Pondere componentei tehnice: 60.00%

În conformitate cu dispozițiile art. 197 din OUG nr. 34/2006 dreptul de a alege criteriul de atribuire aparține autorității contractante, respectiv: Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în anunțul de participare criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică, care, odată stabilit, nu poate fi schimbat pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire.

În același timp, dispozițiile art. 199 din aceeași ordonanță de urgență prevăd:

(1) În cazul aplicării criteriului «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic», oferta stabilită ca fiind câștigătoare este oferta care întrunește punctajul cel mai mare rezultat din aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative. În cazul în care, din motive obiective, pe care autoritatea contractantă le poate justifica temeinic, este imposibilă stabilirea exactă a ponderilor relative pentru fiecare factor de evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a indica în anunțul de participare și în documentația de atribuire cel puțin ordinea descrescătoare a importanței factorilor de evaluare care urmează să fie utilizați.

(2) Factorii de evaluare a ofertei, prevăzuți la alin. (1), pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor.

(4) Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire algoritmul de calcul sau metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți.

Relevante în cauză sunt și dispozițiile art. 15 din HG nr. 925/2006 care prevăd:

2) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

(3) *Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:*

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini.

Așa cum rezultă din prevederile legale mai sus enunțate pentru criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” autoritatea contractantă nu are obligația de a folosi ca factori de evaluare caracteristici tehnice aferente caietului de sarcini. Din contră, autoritatea contractantă are obligația de a folosi factori de evaluare care au legătură directă cu natura și obiectul contractului supus achiziției și care reflectă un avantaj real și evident pentru ea.

În cazul în speță contractul are o caracteristică aparte, respectiv este un contract a cărui finanțare se va asigura prin credit furnizor, motiv pentru care avantajul real și evident va rezulta tocmai din condițiile ce privesc creditul furnizor și durata de realizare a contractului. Factorii de evaluare Costul creditului, Perioada de rambursare a creditului, Perioada de grație acordată până la începerea rambursării sunt elemente de tehnică financiară pentru asigurarea finanțării contractului care ca și caietul de sarcini influențează valoarea finală a contractului însă nu pot fi confundate cu factorul de evaluare prețul contractului.

Pe de altă parte scopul factorilor de evaluare nu este de a demonstra conformitatea propunerii tehnice (care se stabilește prin raportare la cerințele minime impuse prin caietul de sarcini) sau capacitatea operatorilor economici (*competența lor reală în plan profesional*) de a realiza contractul ci de a obține avantaje și angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini.

Având în vedere cele prezentate, Consiliul consideră corect modul de stabilire a criteriului de atribuire prin raportare la factorii de evaluare utilizați, algoritmul și metodologia de calcul a punctajelor fiind integral prezentată în fișa de date a achiziției.

Susținerile contestatoarei că autoritatea contractantă la stabilirea procentului de 65% pentru “costul creditului” (ca factor de evaluare), a folosit dobânda anuală de 2% pentru a avantaja un anumit operator economic, sunt considerate de Consiliu nefondate. Pe de o parte, Consiliul nu poate lua în considerare informațiile din presa scrisă ca fiind declarații ale unor persoane presupus implicate în derularea procedurii. Pe de altă parte, așa cum s-a arătat anterior scopul factorilor de evaluare este ca autoritatea contractantă să obțină avantaje față de cerințele minime impuse prin caietul de sarcini (documentația descriptivă), motiv pentru care obținerea unei perioade de rambursare cât mai mare și a unei dobânzi anuale cât mai mici se circumscrie nevoilor autorității

contractante și principiului eficienței utilizării a fondurilor precizat la art. 2 lit. f) din OUG nr. 34/2006.

Criticile contestatoarei privind neconcordanțele din fișa de date a achiziției referitoare la punctajele maxime ce apar la fiecare factor de evaluare (punctaje care însumate dau mai mult de 100 de puncte) sunt considerate de Consiliu ca rămase fără obiect deoarece prin clarificarea nr. 2 postată în SEAP la ... autoritatea contractantă a precizat: *În ce privește punctajul maxim componenta tehnică de la Secțiunea IV.2.1) din Anunțul de participare, acesta este generat automat în procent de 100% de către SEAP. Ca urmare și în Fișa de date punctajul maxim menționat este generat automat de platforma electronică SEAP.*

În consecință, factorii de evaluare și ponderea lor sunt prezentate de Autoritatea contractantă în Anunțul de participare la cap.IV.2.1) și în Fișa de date la cap.IV.2.1, în care se arată și modul de calcul al fiecărui factor de evaluare; pe baza acestora se va face evaluarea ofertelor, nicidecum de cei generați automat de SEAP.

În ceea ce privește, includerea în cadrul legislației relevante a HG nr. 1660/2006, Consiliul consideră criticile contestatoarei nefondate. Acest fapt nu înseamnă că procedura de atribuire se desfășoară prin mijloace electronice deoarece la cap. IV.1.1.a) se precizează că procedura este offline iar la cap. IV.2.2 din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat clar că nu se va organiza o licitație electronică. Această hotărâre de guvern este relevantă pentru orice procedură de atribuire deoarece primele capitole privesc condițiile și modalitățile de înregistrare a autorității contractante pentru a avea acces în SEAP pentru publicarea anunțurilor/invitațiilor de participare.

Referitor la presupusa contradicție a informațiilor din fișa de date a achiziției cap. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară” unde este prevăzută, ca și cerință minimă, „Prezentarea unui acord de principiu al unei bănci/instituție finanțatoare privind încheierea unui contract de finanțare prin sistemul credit furnizor” și prevederile modelului de contract unde se prevede și posibilitatea susținerii finanțării contractului de ofertant din fondurile sale proprii, Consiliul constată că criticile contestatoarei sunt rămase fără obiect. Prin clarificarea postată în SEAP la ... autoritatea contractantă a clarificat acest aspect precizând: *În cazul în care, operatorul economic dispune de fonduri proprii care să asigure finanțarea lucrărilor este suficient a se prezenta o dovadă că le deține, cerința minimă fiind considerată astfel îndeplinită.*

Criticile contestatoarei formulate împotriva prevederilor din documentația descriptivă, Informații generale, punct 2.5 Drepturi exclusive (punctele a), b), c) și i)), care în opinia sa sunt abuzive, sunt considerate de Consiliu întemeiate. În acest sens, Consiliul are în vedere că prin documentația descriptivă, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

Drepturi exclusive.

La întocmirea candidaturii, candidatul trebuie să aibă în vedere că nerespectarea celor de mai jos poate conduce la eliminarea candidaturii lui.

În sensul celor menționate mai sus:

a) Autoritatea contractantă își rezervă în mod exclusiv și necontestabil dreptul de a nu continua proiectul.

b) Autoritatea contractantă își rezervă în mod exclusiv și necontestabil dreptul de a anula procedura de negociere.

c) Autoritatea contractantă nu va rambursa nici unui candidat nici un fel de cost asociat cu pregătirea candidaturii sau rezultat în timpul negocierilor de către toți sau oricare din candidații participanți.

i) Candidatul acceptă irevocabil că nu va avea dreptul de a pretinde autorității contractante nici un fel de despăgubiri în legătură directă sau indirectă cu deciziile acesteia.

În motivare Consiliu are în vedere faptul că anularea procedurii de atribuire nu este o măsură de care să dispună în mod discreționar autoritatea contractantă ci se poate face doar în condițiile strict prevăzute la art. 209 din OUG nr. 34/2006, respectiv: (1) *Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri:*

a) dacă au fost depuse numai oferte inacceptabile și/sau neconforme;

b) dacă nu a fost depusă nicio ofertă sau dacă au fost depuse oferte care, deși pot fi luate în considerare, nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.

(2) *Prin excepție de la prevederile art. 204, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică, dacă ia această decizie înainte de data încheierii contractului, numai în următoarele cazuri:*

a) dacă autoritatea contractantă se află în una dintre situațiile prevăzute la art. 86 alin. (2) lit. a), art. 102 alin. (2) lit. a), art. 117 alin. (2) lit. a) sau art. 148¹ lit. a);

b) ca urmare a deciziei pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin care se dispune eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire.

(3) *Dispozițiile alin. (2) nu pot aduce atingere obligației autorității contractante de a anula o procedură de atribuire în urma unei hotărâri judecătorești sau a unei decizii în acest sens a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.*

De asemenea, autoritatea contractantă nu poate impune operatorilor economici să nu solicite rambursarea costurilor asociate pregătirii și depunerii candidaturii, sau de a solicita despăgubiri, în condițiile în care dispozițiile art. 287 alin. (3) din OUG nr. 34/2006 permit acest lucru. Astfel, dispozițiile acestui articol prevăd: (1) *Despăgubirile pentru repararea prejudiciului cauzat în cadrul procedurii de atribuire se solicită în justiție prin acțiune separată.*

(2) *Despăgubirile reprezentând prejudiciul cauzat printr-un act al autorității contractante sau ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind procedura de atribuire, prin încălcarea dispozițiilor*

legale în materia achizițiilor publice, se pot acorda numai după anularea în prealabil, potrivit legii, a actului respectiv ori, după caz, după revocarea actului sau luarea oricăror altor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă.

(3) În cazul în care se solicită plata de despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, persoana vătămată trebuie să facă doar dovada încălcării prevederilor prezentei ordonanțe de urgență, precum și a faptului că ar fi avut o șansă reală de a câștiga contractul, iar aceasta a fost compromisă ca urmare a încălcării respective.

Criticile contestatoarei referitoare la refuzul autorității contractante de a-i permite efectuarea unei vizite în amplasament sunt considerate de Consiliu nefondate. În motivare, Consiliul are în vedere că la dosarul cauzei nu există nicio solicitare din partea contestatoarei referitoare la vizitarea amplasamentului. Singurul document în care se face trimitere la expresia *vizitarea amplasamentului* este adresa nr. 701/28.08.2013 de solicitare decalare termen de depunere a candidaturilor cu două luni, în care contestatoarea își motivează cererea astfel: *Decizia oricărui operator economic interesat de a participa la o procedură de achiziție publică de complexitatea și valoarea proiectului a cărui atribuire se dorește să se bazeze pe analiza întregii documentații de atribuire și deopotrivă pe vizite de lucru pe amplasamentul lucrărilor în vederea verificării și evaluării condițiilor fizice de derulare, or, o astfel de analiză de către operatorii economici interesați a documentației de atribuire întocmită de către Autoritatea contractantă în vederea desfășurării prezentei proceduri (inclusiv documentația descriptivă detaliată), precum și pregătirea ofertei, și vizitele amplasamentului reprezintă un proces laborios și minuțios, care trebuie să se desfășoare într-un termen rezonabil și care sub nici o formă nu poate fi limitat în termenul de o lună menționat în Anunțului de participare nr.....*

La această solicitare de decalare termen de depunere candidaturi autoritatea contractantă a răspuns prin clarificarea postată în SEAP la ... prin care și-a motivat menținerea datei de depunere a candidaturilor astfel: *Vă precizăm că procedura în curs are două etape. Prima etapă de calificare (în curs) presupune depunerea candidaturilor, fără să fie necesară vizita în amplasament, întocmirea ofertelor și analiza în detaliu a documentației descriptive (vezi OUG 34/2006 art.119.^1 și cap.IV 4.1. și IV 4.2. din Fișa de date).* Cum nu a existat o cerere de vizitare a amplasamentului din partea contestatoarei, în mod cert nu poate exista un refuz din partea autorității contractante.

Criticile contestatoarei formulate împotriva clauzelor contractuale incluse de autoritatea contractantă în proiectul de contract anexat documentației de atribuire nu vor fi analizate de Consiliu. În susținere, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 33 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, care prevăd: *(1) Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o*

informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

(2) Documentația de atribuire cuprinde:

a) fișa de date;

b) caietul de sarcini sau documentația descriptivă, aceasta din urmă fiind utilizată în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv ori de negociere;

c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii.

În același timp, dispozițiile art. 116 alin. (5) din aceeași ordonanță de urgență impun că *Prevederile art. 78 și 79 se aplică în mod corespunzător, raportându-se la data-limită de depunere a candidaturilor*, respectiv că operatorii economici au dreptul de a solicita clarificări asupra documentației de atribuire pusă la dispoziție prin intermediul SEAP.

În cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a inclus un proiect de contract ce se desfășoară pe 63 de pagini fără a indica care sunt clauzele contractuale obligatorii. Precizarea clauzelor contractuale obligatorii în cadrul documentației de atribuire este strict necesară deoarece pe de o parte, este element component obligatoriu al documentației de atribuire, iar pe de altă parte, deoarece conținutul lor poate fi atacat de operatorii economici și supus cenzurii Consiliului sau instanțelor de judecată în termenul impus de dispozițiile art. 256² din OUG nr. 34/2006. Mai mult, procedura de atribuire fiind negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în care etapa a doua, cea de negociere implică și negocierea aspectelor juridice ale viitorului contract (respectiv a clauzelor contractuale), se impune precizarea în clar a clauzelor contractuale obligatorii ce pot fi criticate la acest moment de operatorii economici (și asupra cărora s-ar putea pronunța și Consiliul sau instanța de judecată) urmând ca celelalte clauze să facă obiectul negocierii. În condițiile în care proiectul de contract a fost publicat în SEAP odată cu documentația de atribuire, s-a creat o stare de confuzie, operatorii economici neștiind care sunt clauzele obligatorii și a căror legalitate ar putea să o conteste la acest moment, celelalte clauze contractuale făcând obiectul negocierii în etapa a doua a procedurii. Totodată, operatorii economici sunt derutați deoarece ei sunt ținuți să conteste presupuse nereguli sau lipsuri din conținutul proiectului de contract în termenul de 10 zile prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006. Cum autoritatea contractantă nu a precizat în proiectul de contract anexat care sunt aceste clauze contractuale obligatorii, Consiliul va dispune în sarcina acesteia completarea documentației de atribuire cu clauzele contractuale obligatorii.

În ceea ce privește refuzul autorității contractante de a decala termenul de depunere a candidaturilor, Consiliul consideră criticile contestatoarei nefondate. În conformitate cu dispozițiile art. 113 din OUG nr. 34/2006, (1) *Fără a aduce atingere prevederilor art. 71, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare decât cea prevăzută la art. 55 alin. (2), perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul*

Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a candidaturilor trebuie să fie de cel puțin 37 de zile.

(2) În cazul în care, din motive de urgență, numărul de zile prevăzut la alin. (1) nu poate fi respectat, autoritatea contractantă are dreptul de a accelera aplicarea procedurii prin reducerea perioadei prevăzute la alin. (1), dar nu la mai puțin de 15 zile.

(3) În cazul în care anunțul de participare este transmis în format electronic spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, perioada prevăzută la alin. (1) se poate reduce cu 7 zile și perioada prevăzută la alin. (2) se poate reduce cu 5 zile.

Anunțul de participare nr. ... și documentația de atribuire au fost publicate în SEAP la 21.08.2013 iar depunerea candidaturilor a fost stabilită pentru data de 26.09.2013, existând astfel 35 de zile libere între cele două date. Pe de altă parte, anunțul de participare a fost publicat și în JOUE sub nr. 2013/S163-284694 (fiind transmis spre publicare în data de 20.08.2013), motiv pentru care autoritatea contractantă avea obligația de a stabili data depunerii candidaturilor la cel puțin 30 de zile de la data transmiterii spre publicare în JOUE. Cum autoritatea contractantă a stabilit data depunerii ofertelor la 36 de zile de la data transmiterii spre publicare în JOUE a anunțului de participare, cerințele minim stabilite prin lege au fost respectate. Totodată, Consiliul are în vedere că urmare a depunerii contestației procedura de atribuire a fost suspendată începând cu data de 11.09.2013, astfel că termenul de depunere a candidaturilor care era stabilit pentru 26.09.2013 se va decala cu o perioadă considerabilă apreciată ca suficientă pentru depunerea candidaturilor în condiții corespunzătoare.

Înainte de a trece la soluționarea pe fond a celei de-a doua contestații formulate de Consiliul este ținut, în conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, să se pronunțe asupra excepției tardivității contestației formulate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Conform art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care valoarea estimată a contractului care urmează a fi atribuit este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), contestația poate fi depusă în cel mult 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile ordonanței de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal. În cazul în speță, actele considerate de contestatoare nelegale și atacate prin contestație sunt răspunsurile la solicitările sale de clarificări ce au fost postate de autoritatea contractantă în SEAP la ... și 04.09.2013. Cum contestația a fost depusă atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă în data de ... termenul de 10 zile mai sus precizat a fost respectat. Ultima zi în care se putea formula contestație era data de ...

După respingerea excepției tardivității Consiliul trece la analiza pe fond a contestației. Astfel, criticile referitoare la refuzul autorității contractante de a decala termenul de depunere a „ofertelor” (în fapt fiind vorba despre depunerea candidaturilor), de a-i permite vizitarea

amplasamentului, asupra înțeleșului noțiunii de credit furnizor și asupra criteriului de atribuire sunt considerate de Consiliu nefondate motivarea fiind aceeași ca la prima contestație.

Sușinerile contestatoarei că precizarea autorității contractante privind caracterul neangajant al acordului de principiu al unei bănci/instituție finanțatoare privind încheierea unui contract de finanțare de execuție a lucrărilor prin sistemul credit furnizor, este una neserioasă, acesta trebuind să aibă caracter ferm, sunt considerate de Consiliu nefondate. Cum la atribuirea contractului vor participa doar operatorii economici care au fost selectați în prima etapă a procedurii de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă nu poate solicita prezentarea unui acord ferm din partea băncii/instituției finanțatoare. Ar fi illogic ca autoritatea contractantă să oblige toți posibii operatori economici care își depun candidatura să aibă obținut (un acord ferm) un credit de asemenea valoare din partea unei bănci/instituții finanțatoare fără a avea măcar certitudinea că a fost selectat și va participa la etapa de negociere având astfel șansa de a obține execuția contractului.

Afirmațiile contestatoarei că prin răspunsul la solicitarea de clarificări publicat în SEAP la ... autoritatea contractantă a modificat cerințele din anunțul de participare (permiterea depunerii situațiilor financiare și în limba engleză), motiv pentru care avea obligația de a publica o erată, sunt considerate de Consiliu întemeiate. În conformitate cu dispozițiile art. 50¹ alin. (5) din OUG nr. 34/2006, *Este interzisă modificarea/completarea informațiilor cuprinse în invitația de participare/anunțul de participare prin intermediul clarificărilor și fără publicarea unei erate.* Prin anunțul de participare, cap. IV.3.5 „Limba sau limbile în care poate fi prezentată oferta sau cererea de participare”, autoritatea contractantă a precizat: Română. Ulterior prin clarificarea postată în SEAP la ... autoritatea contractantă a permis operatorilor economici străini care depun candidatura să prezinte situațiile financiare într-o limbă de circulație internațională, respectiv limba engleză. Această modificare este esențială pentru posibii participanți la procedură, motiv pentru care este obligatorie publicarea unei erate în SEAP.

Sușinerile contestatoarei că prin acceptarea ca o serie de documente să fie prezentate în copie cu mențiunea „conform cu originalul” autoritatea contractantă „facilitează falsificarea unor documente de către ofertanți”, nu pot fi acceptate de Consiliu. Pe de o parte, legislația privind achizițiile publice nu cuprinde o prevedere care să oblige autoritatea contractantă să impună operatorilor economici autentificarea documentelor de către un notar. Pe de altă parte, în situația în care are dubii asupra documentelor prezentate de către un operator economic poate solicita originalul spre confruntare (sau o altă formă ce confirmă autenticitatea informațiilor în cauză), respectiv poate solicita informații de la instituțiile abilitate în conformitate cu dispozițiile art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

De asemenea, afirmațiile Babcock Noell GmbH și Babcock Borsig Steinmuller GmbH că, în mod eronat autoritatea contractantă prin adresa

nr. 951/2 din ... de răspuns la solicitarea sa de clarificări, face trimitere la justificări ce au fost comunicate anterior Babcock Power Systems GmbH sunt considerate de Consiliu nefondate. În condițiile în care răspunsul la întrebările sale a fost publicat anterior în SEAP la ... autoritatea contractantă în mod corect a făcut trimitere la răspunsul dat anterior prin care și-a justificat refuzul de a decala termenul de depunere a candidaturilor.

Criticile contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă prin refuzul de a-i pune la dispoziție informațiile privind *Mecanismul de derulare și restituire a creditului* o pune în imposibilitate de a obține un acord ferm din partea băncii și implicit de a depune o ofertă corespunzătoare, sunt considerate de Consiliu nefondate. Pe de o parte, autoritatea contractantă nu solicită un acord ferm din partea băncii ci doar un acord de principiu, pentru depunerea candidaturii nefiind necesare aceste informații. Pe de altă parte, condițiile de derulare și restituire a creditului sunt componente ale propunerii financiare care face obiectul etapei a doua a procedurii ce se va derula doar cu ofertanții selectați. Astfel că eventuale informații suplimentare vor fi puse la dispoziția ofertanților selectați odată cu invitația la etapa a doua a procedurii.

Și în ceea ce privește întrebarea sa referitoare la garanțiile pe care le poate da autoritatea contractantă pentru obținerea creditului, Consiliul consideră răspunsul autorității contractante corect deoarece autoritatea nu dă garanții pentru obținerea creditului nefiind titularul acestuia. În fapt contestatoarea se referă la eventualele garanții pe care le va da autoritatea contractantă privitor la restituirea creditului elemente care de asemenea fac parte din propunerea financiară și vor fi discutate în etapa a doua cu operatorii economici selectați.

Sușinerile contestatoarei că documentația de atribuire este incompletă deoarece nu cuprinde și studiul de fezabilitate sunt considerate de Consiliu nefondate. Pe de o parte, autoritatea contractantă a preluat în cadrul documentației descriptive majoritatea informațiilor de care dispune la acest moment (așa cum chiar contestatoarea susține sunt peste 800 de pagini) suficiente pentru depunerea candidaturii. Pe de altă parte, eventuale informații suplimentare ce le-ar fi necesare operatorilor economici pentru întocmirea propunerii tehnice vor fi puse la dispoziția celor selectați după transmiterea invitației de participare la etapa a doua de negociere a propunerii tehnice și financiare.

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 contestațiile formulate de în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de atribuire după modificarea documentației în sensul:

- se va elimina din conținutul documentației descriptive, Informații generale, punct 2.5 „Drepturi exclusive”, punctele a), b), c) și i),

- se va preciza în cadrul proiectului de contract care sunt clauzele contractuale obligatorii,
- se va publica o erată în SEAP cu privire la modificarea cerinței din anunțul de participare ca oferta să se prezinte în limba română, cu posibilitatea ca operatorii economici străini să prezinte documentele ce țin de situația financiară și în limba engleză, conform celor precizate în motivare, în maximum 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge ca nefondate celelate critici ale contestatoarei.

Totodată, autoritatea contractantă va decala termenul de depunere a candidaturilor cu o perioadă de timp cel puțin egală cu perioada de suspendare (între 11.09.2013 și 26.09.2013).

Redactată în patru exemplare, conține 50 pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,