



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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 ... al asocierii formată din ... - ... - ... cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI ... formulată împotriva adresei nr. 73295 din 08.08.2013 de solicitare de clarificări, emisă de către ... prin ... sa, cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ... s-a solicitat:

- anularea în totalitate sau parțial a punctului 2 din scrisoarea de clarificare nr. 73295 din 08.08.2013, emisă de autoritatea contractantă cu privire la clarificările formulate de către contestatoare la propunerea de contract;

- obligarea autorității contractante să remedieze actele care afectează procedura de atribuire prin menținerea clarificărilor formulate de către contestatoare și recunoașterea dreptului contestatoarei de a negocia clauzele contractuale cu privire la care au fost formulate aceste clarificări.

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... depusă

de ... al asocierii formată din ... - ... - ... cu sediul în
înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI
... formulată împotriva procesului-verbal nr. 67460 din
18.07.2013 al ședinței de analizare a ofertelor, emis de către ...
prin ... sa, cu sediul în județul ... în calitate de autoritate
contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă,
organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca
obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ... s-a
solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea în parte a procesului-verbal al ședinței de
analizare a ofertelor, înregistrat de autoritatea contractantă cu
nr. 67460 din 18.07.2013, cu privire la îndeplinirea de către
Consortiul ... - ... criteriilor de calificare din punct de vedere al
experienței similare pentru proiecte similare;
- anularea tuturor actelor subsecvente actului contestat și,
pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la
reluarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertelor depuse
începând cu etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de
calificare, cu respectarea legislației în materia achizițiilor
publice.

Prin cererea de intervenție nr. A2602 din 25.09.2013,
înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
cu nr. 32426 din 26.09.2013, depusă de către ..., lider al
asocierii ... - ... cu sediul în județul ... înregistrată la
Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CUI ... s-a
solicitat:

- admiterea cererii de intervenție;
- respingerea contestației nr. ... din ... ca prematur
introdusă;
- menținerea actelor elaborate de autoritatea contractantă
ca legale și temeinice.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere ca
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.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat
în scris.

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

DECIDE:

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

În conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție depusă de ..., lider al asocierii ... - ... și, în baza art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, admite cererea de intervenție.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare potrivit art. 281 alin. (1) din ordonanța de urgență.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin prima sa contestație, ... al asocierii ... - ... - ... în calitate de ofertantă la procedura de licitație deschisă, organizată de autoritatea contractantă ... prin ... sa, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ... inițiată prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din 21.12.2012, a solicitat:

- anularea în totalitate sau parțial a punctului 2 din scrisoarea de clarificare nr. 73295 din 08.08.2013, emisă de autoritatea contractantă cu privire la clarificările formulate de către contestatoare la propunerea de contract;

- obligarea autorității contractante să remedieze actele care afectează procedura de atribuire prin menținerea clarificărilor formulate de către contestatoare și recunoașterea

dreptului contestatoarei de a negocia clauzele contractuale cu privire la care au fost formulate aceste clarificări.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă prin decizia Consiliului nr. ... din data de ...

Prin adresa nr. 16540/.../... din 22.08.2013, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, copia dosarului achiziției publice și punctul de vedere cu privire la contestație. Prin aceeași adresă, Consiliul a solicitat autorității contractante ca, în același termen, să transmită copia documentelor de calificare și a ofertei prezentate de către contestatoare, copia clarificărilor solicitate acesteia referitoare la documentele de calificare și la oferta depuse în cadrul procedurii și răspunsurile primite, precum și orice documente considerate edificatoare în cauza supusă soluționării.

... .. a transmis, prin poștă, o parte din dosarul achiziției publice și punctul său de vedere cu privire la contestație, cu adresa de înaintare nr. 76926 din 23.08.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 28346 din data de 26.08.2013.

Urmare solicitării Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, a transmis, prin poștă, o altă parte din dosarul achiziției publice, cu adresa de înaintare nr. 78046 din 28.08.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 28957 din 30.08.2013.

Totodată, a transmis alte părți din dosarul achiziției publice, prin e-mail, înregistrate la Consiliu cu nr. 29194, nr. 29212 și nr. 29262 din 02.09.2013.

Prin contestația depusă, ... a solicitat accesul la dosarul cauzei, iar Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a transmis adresa nr. 17295/.../... din 03.09.2013, prin care i-a comunicat acceptul pentru studierea și multiplicarea unor documente din dosarul achiziției publice.

... s-a prezentat la sediul Consiliului în data de 04.09.2013 pentru studiu și în data de 05.09.2013 pentru multiplicarea unor documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 616 din 06.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 29889 din 06.09.2013, ... a transmis note scrise cu privire la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă referitor la contestația depusă și a solicitat Consiliului completarea dosarului achiziției publice cu unele documente care lipsesc din dosarul achiziției, precum și acceptul pentru studierea și multiplicarea acestora.

Prin adresa nr. 17692/.../... din 06.09.2013, Consiliul a solicitat autorității contractante, în temeiul art. 275 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să transmită copia procesului-verbal de analiză a ofertelor nr. 67460 din 18.07.2013, care nu se regăsește printre documentele depuse anterior.

Prin adresa nr. 81289 din 09.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 30075 din 09.09.2013, autoritatea contractantă a răspuns solicitării Consiliului și a transmis punctul său de vedere cu privire la notele scrise înaintate de contestatoare.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a transmis adresa nr. 17945/.../... din 11.09.2013, prin care i-a comunicat ... acceptul pentru studierea și multiplicarea unor documente aflate la dosarul achiziției publice.

... s-a prezentat la sediul Consiliului în data de 12.09.2013 pentru studierea și multiplicarea unor documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 638 din 13.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 30848 din 13.09.2013, ... a transmis note scrise formulate cu privire la punctul de vedere al autorității contractante și ca a urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 84135 din ... transmisă prin fax și înregistrată la Consiliu cu nr. 31175 din ... autoritatea contractantă a transmis concluzii scrise, referitoare la notele scrise depuse de către contestatoare.

În contestația sa, ... evocă faptul că prezenta procedură de achiziție este o reluare a unei procedurii având ca obiect atribuirea aceluiași contract, inițiată de autoritatea contractantă prin anunțul de participare nr. 113555 din 31.12.2010, care a fost anulată la data de 02.07.2012, motivat de faptul că toate ofertele depuse au fost neconforme. Oferta asocierii ... - ... - ... a fost respinsă deoarece a prezentat „deviații” la condițiile contractuale, pe care autoritatea contractantă, le-a prezentat în mod ambiguu.

Astfel, printr-o clarificare, înainte de depunerea ofertelor, autoritatea contractantă a informat potențialii ofertanți că modelul de contract propus este orientativ și că poate fi utilizat modelul de contract FIDIC, iar forma finală a contractului va fi agreată cu ofertantul declarat câștigător.

Cu privire la prezenta procedură de atribuire, se arată că, la data 28.12.2012, ... a formulat contestație împotriva condițiilor contractuale propuse. Contestația a fost admisă în parte, prin decizia Consiliului nr. ... din ... autoritatea contractantă fiind obligată să clarifice clauzele contractuale propuse.

Totodată, după analiza noii documentații de atribuire și noilor condiții contractuale propuse, la data de 07.01.2013, contestatoarea a depus o plângere la Comisia Europeană, înregistrată la DG Market sub referința CHAO(2013)000027, fiind reclamate condițiile contractuale inadecvate și inechitabile.

Între timp, pentru a duce la îndeplinire decizia Consiliului mai sus evocată, autoritatea contractantă a emis o clarificare publicată în SEAP, cu nr. 12039 din 06.02.2013, prin care a modificat secțiunea IV.4.2 a fișei de date a achiziției, transformând toate clauzele principale în clauze obligatorii (21 de clauze din totalul de 34 clauze).

La data de 22.05.2013 au fost depuse două oferte, de către asocieria ... - ... și asocieria ... - ... - ...

În procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor au fost consemnate unele clarificări referitoare la garanția de participare prezentată de ..., dar procesul-verbal a fost semnat, fără alte observații, de către observatorii UCVAP prezenți și de către ambii ofertanți.

Totuși, la data de 31.05.2013, asocieria ... a depus contestație și a solicitat anularea procesului-verbal de deschidere a ofertelor și respingerea ofertei asocierii ..., invocând o presupusă neconformitate a garanției de participare la licitație prezentată de aceasta.

... susține că demersul „abuziv” al asocierii ... este motivat de faptul că a văzut valorile factorilor de evaluare, care nu erau în favoarea sa.

Prin decizia nr. ... din ... Consiliul a respins contestația asocierii ... - Această asocierie a formulat plângere împotriva deciziei Consiliului, care a fost respinsă de către Curtea de Apel Iași prin decizia pronunțată la data de 16.08.2013.

Totodată, contestatoarea învederează faptul că a primit din partea autorității contractante „scrisoarea de clarificări nr. 73295/08. 08.2013 (adresa contestată), cu solicitarea de a:

- retrace în mod necondiționat toate comentariile sale la clauzele obligatorii ale propunerii de contract;
- retrace în mod necondiționat aproape toate comentariile la clauzele specifice, neobligatorii, ale propunerii de contract”.

Procedând la analiza propunerii sale de contract, contesta toarea afirmă că modelul de contract utilizat de autoritatea contractantă este un model de formular de contract vechi, elaborat anterior de către ANRMAP,

Cu privire la acest aspect, contestatoarea precizează că DG Market a solicitat ANRMAP să retragă acest model de formular de contract de pe pagina da de internet.

Astfel, se arată că în adresa transmisă de DG Market la data de 21.11.2012, s-a menționat: „Serviciile Comisiei au semnalat imediat ANRMAP lacunele acestui model de contract în special în ceea ce privește modalitățile de împărțire a responsabilităților între autoritatea contractantă și contractant”.

Contestatoarea apreciază că aceste condiții propuse și care sunt acum definite în mod clar ca fiind obligatorii, sunt foarte departe de o împărțire echitabilă și echilibrată a riscurilor și obligațiilor între contractant și autoritatea contractantă. Aceste condiții contractuale impun contractantului un volum de riscuri incalculabil și inechitabil. Multe dintre aceste riscuri nici măcar nu se află sub controlul contractantului (condiții neprevăzute, condiții subterane, modificări legislative, etc.).

Aceste condiții inechitabile utilizate într-un număr din ce în ce mai mare de cazuri și cu o intensitate crescândă sunt foarte descurajante și reprezintă un obstacol nejustificat pentru contractanții cu experiență.

În același timp, în paralel, cerințele de calificare stipulate de către autoritatea contractantă au fost reduse în mod drastic și permit unor contractanți fără experiență sau cu experiență redusă să oferteze în cadrul unor proiecte a căror complexitate le depășește în mod clar capacitățile tehnice și financiare.

Cele 21 de clauze prezentate ca fiind obligatorii de către autoritatea contractantă constituie aproape întregul contract, singurele clauze neincluse în aceasta listă având o importanță minoră.

Prin impunerea tuturor condițiilor contractuale principale ca fiind obligatorii, autoritatea contractantă nu a înțeles și a

încălcat esența deciziei Consiliului nr. ... din ... privând astfel ofertantul de dreptul de a depune obiecții față de toate clauzele semnificative ale contractului.

De exemplu, următoarele clauze sunt obligatorii, contrar recomandărilor exprese formulate de Consiliu:

- clauza 12: cu privire la sancțiunile în caz de nerespectare a obligațiilor contractuale;
- clauza 16: inclusiv prevederile aferente condițiilor neprevăzute,
- clauza 28: cu privire la rezilierea contractului.

În consecință, prin privarea ofertanților de dreptul de a aduce modificări/obiecțiuni față de toate clauzele contractuale cele mai importante, autoritatea contractantă impune, de fapt, ofertanților condițiile inechitabile și dezechilibrate ale contractului.

Susținând că autoritatea contractantă a atribuit caracter obligatoriu tuturor clauzelor care au fost recunoscute în mod clar de către Consiliu ca fiind clauze a căror formulare poate fi negociată pentru a obține un contract echitabil și adecvat, contestatoarea citează conținutul paginilor 32 – 37 din decizia Consiliului nr. 1817/.../1445 din 06.05.2011.

Astfel, se apreciază că, prin atribuirea caracterului obligatoriu tuturor clauzelor contractuale semnificative, autoritatea contractantă a depășit, în mod clar, limitele puterii sale „discreționare”.

De asemenea, contestatoarea consideră că „abuzul de putere” al autorității contractante este pe deplin ilustrat în condițiile contractuale propuse, de exemplu, în articolul 14.1 - Informații despre șantier, pe care îl citează.

Afirmând că nu pot fi „evaluate condițiile subterane în timpul unei singure vizite pe șantier care a fost permisă de către autoritatea contractantă în perioada de ofertare”, contestatoarea precizează proprietarul centralei termoelectrice ar trebui să cunoască ce construcții subterane există, care este contaminarea potențială a solului și ar trebuie să informeze în consecință ofertanții, deoarece contractorul nu poate ghici care sunt riscurile și anvergura acestora și nu are nicio posibilitate să le cuantifice în faza de ofertare.

Toate aceste informații relevante ar fi trebuit să fie parte integrantă a documentației de atribuire, ceea ce nu a fost cazul. Prin urmare, abuzând de drepturile sale, autoritatea contrac-

tantă, nereușind să pregătească o documentație de atribuire corespunzătoare, transferă toate riscurile către ofertanți.

Referitor la cererea autorității contractante de a retrage comentariile la condițiile contractuale, contestatoarea prezintă următoarele aspecte

a) Clauzele obligatorii:

- după ce a transformat toate propunerile principale de clauze contractuale în clauze obligatorii, nerespectând recomandările Consiliului, care au fost subliniate mai sus, autoritatea contractantă, prin solicitarea adresată contestatoarei de a își retrage necondiționat toate comentariile, transformă în prezent contractul într-un contract de adeziune.

- majoritatea comentariilor propuse de asocieria ... sunt de fapt adăugiri și clarificări ale clauzelor obligatorii, în vederea completării acestora în concordanță cu clauzele tipice binecunoscute ale formelor de contract la cheie. De exemplu, s-a solicitat ca penalitățile contractuale să fie limitate, ca pierderile indirecte să fie excluse în anumite circumstanțe, etc. Aceste principii sunt binecunoscute și recunoscute la nivel industrial și pot fi regăsite în contracte standard, cum ar fi modelul de contract FIDIC.

- în ciuda acestor evidențe, autoritatea contractantă solicită retragerea necondiționată a comentariilor la clauzele obligatorii, făcând precizarea: „Clauzele obligatorii nu se negociază, orice modificare/completare fiind dezavantajoasă pentru Autoritatea Contractantă”.

- autoritatea contractantă nu oferă de fapt nicio justificare prin care să arate că propunerile de modificare, sau chiar adăugirile, sunt dezavantajoase.

- contestatoarea susține că în aceste condiții, nu există niciun dezavantaj pentru autoritatea contractantă de a negocia completările la modelul de contract propus, în conformitate cu recomandările deja date de către Consiliu prin decizia nr. 1817/.../1445 din 06.05.2011.

- dimpotrivă, nefăcând acest lucru, va rezulta imediat o creștere semnificativă a investiției (în cazul în care oferta asocierii ... îndeplinește criteriile de calificare și este conformă). Acest lucru va duce în mod clar la nerespectarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice.

b) Clauzele specifice, neobligatorii:

- autoritatea contractantă solicită de asemenea contestatoarei, retragerea necondiționată a majorității

comentariilor la puținele clauze specifice care au fost definite ca nefiind obligatorii.

- atitudinea abuzivă a autorității contractante este justificată prin aceea că modificările/adăugirile la clauzele neobligatorii constituie un dezavantaj pentru aceasta.

- cu toate acestea, autoritatea contractantă nu reușește să explice în mod concret care este acest dezavantaj.

În acest context, contestatoarea analizează „cele mai flagrante” exemple:

- în conformitate cu articolele 8.2 și 25 din modelul de contract propus, autoritatea contractantă dorește ca subcontractele dintre executant și furnizorii săi să fie parte a contractului principal dintre autoritatea contractanta și executant.

- în primul rând, această solicitare este pe departe în neconcordanță cu prevederile art. 45 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 96 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006.

- prevederile legale impun ofertantului să atașeze contractele cu subcontractanții numai în cazul în care un subcontractant este nominalizat să execute orice parte a facilităților ca și subcontractant unic și exclusiv pentru un anumit scop al lucrărilor, potrivit alin. (2) al art. 96 din H.G. nr. 925/2006.

- în al doilea rând, legea nu impune ca un contract încheiat între contractor și subcontractor(i) și/sau furnizori să fie reflectarea în oglindă a condițiilor contractuale care există între autoritatea contractantă și contractor.

- acest lucru este chiar imposibil de realizat deoarece natura contractului principal este foarte diferită de natura subcontractului (subcontractelor) care acoperă numai o parte limitată a activităților proiectului. Este și cazul celor patru subcontractanți nominalizați în ofertă de către partenerul ... care, în conformitate cu prevederile legale, pot fi înlocuiți pe parcursul derulării contractului, cu acordul autorității contractante, dar fără să conducă la modificarea propunerii tehnice sau financiare inițiale.

- cu toate acestea, autoritatea contractantă, în solicitarea sa de clarificări (adresa contestată), cere în mod expres ca subcontractul trebuie „încheiat în aceleași condiții ca cele ale contractului dintre Autoritate Contractanta și Executant pentru că numai în acest mod Autoritatea Contractantă poate avea certitudinea că se respectă toate cerințele sale”.

- această solicitare nu este legală, este abuzivă și reprezintă o încălcare clară a libertății antreprenoriale a contractantului și se încalcă, de asemenea, prevederile Directivelor Europene, respectiv Articolul 37 din Directiva 2004/17/CE – Subcontractarea.

Un alt exemplu unde autoritatea contractantă refuză într-o manieră abuzivă să negocieze clauzele specifice, este articolul 14.1. din propunerea de contract.

De fapt, autoritatea contractantă pare să accepte că este responsabilă numai de conținutul Studiului geotehnic inclus în documentația de atribuire (pus la dispoziția ofertanților prin publicarea unei clarificări ulterioare, la solicitarea expresă a contestatoarei), dar refuză să fie responsabilă pentru orice informație lipsă care nu putea fi anticipată în mod rezonabil de către un ofertant experimentat.

De exemplu, aceasta refuză să fie responsabilă pentru orice obstacol subteran, contaminare a solului sau orice alte condiții neprevăzute care sunt prin natura lor imposibil de cuantificat în faza de elaborare a ofertei, susținând că: „Nu poate fi admisă propunerea pentru cea de a 2-a adăugire la art. 14.1, deoarece este dezavantajoasă pentru Autoritatea Contractantă pentru că toate riscurile privind șantierul se mută în sarcina acesteia, deși Executantul a avut posibilitatea să facă în perioada pregătirii ofertei orice investigație pe care o consideră necesară...”.

Aceasta afirmație este o interpretare eronată a faptului indiscutabil că ofertantul nu poate investiga contaminarea subsolului, eventualele deșeuri toxice, rețelele subterane existente despre care nu a primit informații prin documentația de atribuire. Afirmația că „toate riscurile privind șantierul se mută în sarcina” autorității contractante, reprezintă de asemenea o distorsionare a realității, deoarece se solicită autorității contractante să preia riscul numai pentru condițiile subterane despre care nu a primit informații prin documentația de atribuire.

Aceasta în condițiile în care Articolul 16 - Întârzierea, suspendarea și reluarea execuției lucrărilor, care este obligatoriu, a fost modificat față de prima procedură de atribuire și ultimul paragraf a fost îndepărtat din propunerea de contract în actuala procedură de atribuire.

După cum se poate constata în mod clar, autoritatea contractantă, care nu oferă nicio informație în legătură cu condițiile subterane, obligă acum contractorul să execute

lucrările de construcții civile pentru un preț fix, indiferent de condițiile subterane.

În plus, învederează faptul că în celelalte contracte încheiate până în prezent de către autoritatea contractantă pentru alte lucrări incluse în Programul Operațional Sectorial de Mediu, Axa Prioritară 3, s-a acceptat posibilitatea executantului de a solicita cheltuieli suplimentare, care se vor adăuga la prețul contractului, funcție de volumul și natura lucrărilor neprevăzute.

Contestatoarea subliniază un al treilea exemplu de stipulare abuzivă pe care autoritatea contractantă dorește să o impună executantului, în legătură cu Articolul 26 - Drepturi de proprietate intelectuală:

- în adresa contestată se menționează că:

„Art.26 - 26.1 - se poate clarifica/negocia și introduce în contract propunerea dvs. dar numai pentru brevet, mărci comerciale/know-how. Nu poate fi precizat design/proiect pentru că așa cum este prevăzut în contract, Autoritatea Contractantă va avea o licență permanentă și transferabilă pentru folosirea proiectului, iar datele și secretele comerciale de asemenea nu pot fi trecute/precizate pentru că în conformitate cu prevederile Legii nr. 544/2001, contractul este document de interes public, pe cale de consecință toate datele conținute în documentele ce fac parte din contract sunt de interes public și deci trebuie făcute publice la solicitarea oricărei persoane fizice și juridice, iar în conformitate cu precizările din Fișa de Date, legislația aplicabilă contractului este cea română.”

- această afirmație este o încălcare evidentă a dreptului contractorului de a-și proteja drepturile de proprietate intelectuală (incluzând, dar fără a se limita la brevete, mărci comerciale, secrete comerciale, informații tehnice și comerciale confidențiale, etc.).

- acest drept este foarte bine reglementat prin Directiva Europeană nr. 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului, din 31 martie 2004, de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (art. 13 din Directiva 2004/17/CE: Confidențialitate), precum și de legislația din România (art. 12 din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, art. 1¹ din Legea nr. 11 din 29.01.1991 privind combaterea concurenței neloiale, cu completările și modificările ulterioare), care reglementează în mod explicit protecția secretelor comerciale și specifică în mod

clar că utilizarea neloială a secretelor comerciale ale concurenților este contrară practicilor comerciale cinstite.

Susținând că dreptul său de a formula obiecțiuni a fost exercitat în limitele legale, contestatoarea invocă prevederile art. 36 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, susținând că autorității contractante îi este permis să solicite ofertantului renunțarea la obiecțiuni numai în condițiile în care modificarea propusă este, în mod evident (și demonstrabil), dezavantaioasă pentru aceasta, astfel încât o negociere ulterioară cu ofertantul desemnat câștigător cu privire la acestea nu ar putea avea ca rezultat îmbunătățirea generală a cadrului contractual și realizarea în mod echilibrat a intereselor comerciale ale ambelor părți, ci, în mod exclusiv, punerea autorității contractante într-o situație vădit defavorabilă față de cea anterioară.

În toate cazurile însă, autoritatea contractantă este obligată prin lege să procedeze la evaluarea ofertelor depuse și, ulterior, să discute cu ofertantul desemnat câștigător eventualele sale propuneri de modificare a clauzelor contractuale, menționate în oferta sa.

Dat fiind că nu există nicio altă dispoziție legală care să stabilească faptul că un contract de achiziție ar fi un contract de adeziune, negocierea este permisă în drept și trebuie permisă și în fapt, având rolul de a asigura părților o mai bună valorificare a drepturilor și intereselor lor.

Autoritatea contractantă se limitează la a afirma în adresa contestată că negocierea clauzelor vizate de obiecțiuni i-ar produce un dezavantaj, refuzând însă să explice în ce constă acest dezavantaj.

Un astfel de răspuns reprezintă un abuz care ar determina posibilitatea discreționară a autorității contractante de a încălca atât dreptul ofertanților de a formula orice fel de obiecțiuni. În acest sens este menționată decizia Consiliului nr. 1817/.../1445 din 06.05.2011.

În finalul contestației, autoarea acesteia precizează că cere suplimentarea unui număr limitat de clauze ale modelului de contract propus, care sunt standard în industrie, deoarece condițiile contractuale propuse au deficiențe grave, care trebuie să fie remediate.

Contestatoarea dorește ca acest contract să fie suplimentat cu principiile și prevederile referitoare la: limitarea responsabilității, condițiile neprevăzute, împărțirea riscurilor, schimbarea legislației, drepturile de proprietate intelectuală, etc.

Această cerere nu reprezintă niciun dezavantaj evident pentru autoritatea contractantă.

Totodată, contestatoarea susține că celălalt ofertant nu are experiența solicitată/referințele în lucrări similare care îndeplinesc criteriile de calificare, iar singura alternativă care va rămâne autorității contractante va fi aceea de a anula din nou procedura de atribuire și aceasta pentru a doua oară și pentru motive foarte asemănătoare.

În punctul său de vedere asupra contestației depusă de ..., autoritatea contractantă apreciază că solicitarea contestatoarei este neîntemeiată, deoarece orice contract de achiziție publică reprezintă un contract administrativ, iar interesul public prevalează celui privat.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că alegerea modelului de contract este dreptul său, nefiind statuat legal un anumit model/tip de contract, așa cum afirmă contestatoarea. Modelul de contract stabilit nu conduce la inechități sau dezechilibre și nu conține clauze discriminatorii, criticile formulate, pe lângă faptul că sunt tardive, nu sunt nici reale.

Astfel, legislația în materia achizițiilor publice reglementează, în cadrul art. 2 alin. (2) lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006 și principiul proporționalității, care conferă dreptul autorităților contractante de a asigura corelarea între necesitatea obiectului contractului și cerințele solicitate, asigurându-se totodată că ofertantul are capacitatea de a duce eventualul contract la bun sfârșit.

De altfel, aceste condiții contractuale au făcut obiectul unei alte contestații, care a fost soluționată de către Consiliu prin decizia nr. ... din ... rămasă definitivă și irevocabilă prin neatacarea la Curtea de Apel.

În prezenta contestație, se reia o bună parte din argumentația cuprinsă în contestația precedentă, care a făcut obiectul deciziei sus menționate.

Așa cum recunoaște însăși contestatoarea, autoritatea contractantă a dus la îndeplinire prevederile deciziei și, prin clarificarea postată în SEAP, înregistrată cu nr. 12039 din 06.02.2013, a stabilit clauzele obligatorii ale contractului.

La acest moment, documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire și nu pot fi emise critici sau pretenții relative la prevederile documentației de atribuire, astfel cum a fost

clarificată pe parcurs, întrucât ar fi vădit tardive raportat la termenul prevăzut de art. 256² alin. (1) lit. a), coroborat cu alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin depunerea ofertelor în cadrul procedurii, se presupune că participanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate accepta nicio abatere de la conținutul ei, opozabil în cel mai mic detaliu. Așa cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, niciuna dintre ele neputându-i ignora sau nesocoti clauzele.

În fapt, după deschiderea ofertelor, contestatoarea revine și contestă modul de punere în aplicare a deciziei Consiliului, contestând clauzele contractului, ori acesta face parte din documentația de atribuire și contestarea lui se putea face numai înainte de data stabilită pentru deschiderea ofertelor și în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP a clarificării prin care s-a pus în aplicare decizia Consiliului nr.... din ... astfel că la această dată contestarea modului de punere în aplicare a deciziei de către autoritatea contractantă, este atât tardivă, cât și lipsită de temei.

În argumentația sa, contestatoarea încearcă să denatureze conținutul deciziei mai sus evocată, în care se precizează că „unele clauze legate de răspunderea contractuală (asociate direct cu obligația de a face/obligația de plată), ar putea fi clauze contractuale obligatorii, în timp ce clauzele de penalitate (pentru neexecutarea conformă a obligațiilor reciproce) pot avea caracter de clauze specifice, ce ar putea fi negociate. De asemenea, sunt susceptibile de același tratament clauzele privind condițiile neprevăzute, ori cele legate de modalitatea de încetare a contractului”.

Din lectura textului invocat și de către contestatoare, rezultă cu claritate că CNSC nu obligă, ci consideră/apreciază că anumite clauze ar putea fi considerate specifice și s-ar putea negocia, totodată Consiliul constatând că acestea sunt dependente de posibilitățile efective de negociere sau nu.

În temeiul prevederilor art. 33 alin. (2) lit. h) din O.U.G. nr. 34/2006, care obligă numai la stabilirea acestor clauze și nu la conținutul lor, având în vedere obligațiile pe care le are în contract (de a face plata) și, corespunzător, riscurile pe care trebuie și poate să și le asume, precum și constrângerile la care

este supusă, autoritatea contractantă a stabilit clauze obligatorii.

Precizările contestatoarei referitoare la faptul că un contract de achiziție publică este un contract comercial, chiar dacă pentru autoritatea contractantă este și un act administrativ, „sunt nerelevante pentru că așa cum s-a precizat și în alte întâmpinări la nenumăratele contestații de tot felul pe care ... le-a făcut pe parcursul a peste 2 ani, riscurile contractului nu se pot împărți între părțile contractului decât proporțional cu obligațiile lor din contract și nu așa cum solicită contestatoarea, adică obligațiile sunt ale ei dar riscurile trebuie să le preia autoritatea contractantă, care în acest proiect are aproape exclusiv obligația de a face plata, iar dacă aceasta nu se face la termen conform legii (deci și a contractului care se supune legii române), va plăti penalități; restul obligațiilor sunt ale antreprenorului și deci și riscurile sunt ale sale”.

Concluzionând, echilibrul unui contract, chiar comercial are la bază împărțirea riscurilor proporțional cu obligațiile părților, adică a modului cum poate influența derularea contractului.

Cu toate că știa conținutul contractului, în ofertă a prezentat observații/clarificări, indiferent că acestea sunt obligatorii sau nu, „în dispreț față de autoritatea contractantă și față de normele legale aplicabile în materia achizițiilor publice ..., este aberantă și de neînțeles solicitarea contestatoarei de a avea dreptul și de a solicita negocierea clauzelor obligatorii.”

Celălalt ofertant nu a prezentat observații/clarificări/propuneri de modificare a clauzelor contractuale, înțelegând argumentația autorității contractante, care a mai fost prezentată și în cazul contestației privind clauzele contractuale și pentru care Consiliul a emis decizia precizată mai sus, precum și prevederile legale care dau dreptul autorității contractante să stabilească clauze obligatorii.

Dacă s-ar putea accepta cel puțin o parte dintre modificările clauzelor contractuale propuse de către contestatoare, „marele avantaj economic” al ofertei sale ar putea fi nul.

Autoritatea contractantă este obligată prin efectul legii să protejeze interesele și banii publici, fapt ce nu reprezintă o practică abuzivă, ci o obligație de drept.

Aceste condiții contractuale nu au de ce să conducă la excluderea celor mai serioși profesioniști, ci din contră, cu cât seriozitatea este mai mare, cu atât riscul de a se ajunge la aplicarea de penalități/rezilierea contractului este mai mic.

Astfel, orice antreprenor care știe că este capabil să implementeze o astfel de lucrare în condițiile pe care deja le cunoaște, nu are motive de îngrijorare cu privire la sancțiuni, întrucât, atâta timp cât nu există premisele pentru aplicarea acestora, nu există implicit nici acestea.

Susținerile contestatoarei cu privire la așa zisele avantaje ale contractorilor locali sunt nefondate și lipsite de dovezi, motiv pentru care acestea nu pot fi reținute.

Formulările vădit tendențioase ale contestatei, prezentarea parțială și scoasă din context în scopul vădit al denaturării sensului inițial al unor articole de lege, decizii CNSC sau adrese oficiale transmise între părți, se constituie într-o procedură de contestare abuzivă, ce excede pe alocuri limitele legii.

Cu privire la clauzele obligatorii, autoritatea contractantă afirmă că sunt incorecte afirmațiile contestatoarei că „majoritatea comentariilor propuse de ... - ... sunt de fapt adăugiri și clarificări ale clauzelor obligatorii”, întrucât, în fond, ele sunt propuneri de modificări esențiale ale clauzelor.

Reținând numai ceea ce aceasta precizează cu privire la modificarea pe care o propune privind limitarea penalităților contractuale și excluderea pierderilor indirecte, autoritatea consideră că aceste propuneri sunt total dezavantajoase și de neacceptat, deoarece prin limitarea penalităților, termenul de execuție și realizarea parametrilor de performanță garantați rămân numai declarativi.

Mai mult chiar, s-ar putea înregistra costuri de exploatare mult mai mari, iar excluderea pierderilor indirecte ar face ca autoritatea contractantă, din vina exclusiv Antreprenorului, să suporte aceste pierderi, care sunt foarte mari. Astfel, dacă lucrarea nu se termină în interiorul termenului contractual, deci cazanul de abur și turbogeneratorul pe care-l alimentează cu abur nu poate funcționa pentru că nu îndeplinește cerințele de mediu privind concentrația de SO₂, în locul său pentru a se livra căldură populației, ar trebui să funcționeze un cazan de apă fierbinte din altă centrală.

Aceasta ar arde gaz natural al cărui preț este mult mai mare decât al cărbunelui care s-ar arde în cazanul a cărei instalație de desulfurare se realizează și, în plus, s-ar pierde producția de energie electrică care nu se va realiza, ceea ce va conduce la creșterea prețului energiei termice livrate populației cu cota de cheltuieli generale și salariale, care ar fi aferente energiei electrice ce ar trebui produsă de turbogeneratorul

alimentat cu abur de cazanul de abur (pentru fiecare MWh care nu se produce și deci nu se livrează în sistemul energetic se pierde taxa de cogenerare, care este de peste 150 lei/MWh, iar la nivelul producției livrabile a grupului de 40 MW orar, pierderea ar fi de circa 6.000 lei/oră, deci în cazul unei întârzieri a finalizării contractului de circa 35 de zile, se anulează diferența de preț dintre cele 2 oferte depuse la licitație).

Prin aplicarea clauzelor contractuale obligatorii (cu penalități nelimitate), autoritatea contractantă își poate recupera o parte din aceste pierderi. Din cele expuse rezultă clar că aceste „clarificări”, cum le numește contestatoarea, sunt în fond modificări majore ale clauzelor de contract și că din cauza nerespectării de către el a obligațiilor contractuale, ar avea pierderi autoritatea contractantă, adică aceasta ar suporta riscurile.

Orice trimitere la prevederi ale anumitor tipuri de contracte, cum ar fi FIDIC sau faptul că s-au încheiat într-o etapă anterioară contracte care limitau penalitățile și excludeau pierderile indirecte, nu sunt relevante, pentru că nu se poate persevera în asumarea de către autoritatea contractantă a unor riscuri datorită antreprenorilor; în plus, cu titlu de exemplu, se precizează că un contract tip FIDIC încheiat în acest an pentru realizarea unei instalații de desulfurare umedă la o autoritate contractantă similară, nu are penalități limitate și nici pierderi indirecte eliminate, antreprenorul din acest contract fiind o firmă de renume, cu multă experiență, ceea ce a determinat-o să aibă siguranță în derularea contractului și deci să nu fie obligată să solicite limitarea penalităților și eliminarea pierderilor indirecte.

De aceeași natură sunt toate „comentariile” contestatoarei privind clauzele contractuale, adică modificări de fond, în urma cărora autoritatea contractantă să preia riscurile și costurile care revin antreprenorului.

Clauzele obligatorii, așa cum arată și denumirea lor, nu pot fi negociate, ci sunt obligatorii, iar legea nu obligă autoritatea contractantă să le justifice conținutul, ci numai să precizeze care sunt acestea. Autoritatea contractantă, conform legii, a solicitat ofertantei să renunțe la comentariile/propunerile de modificare pe care le-a făcut.

Invocarea reclamațiilor făcute la Uniunea Europeană sau faptul că se vor pierde banii europeni, sunt considerate de autoritatea contractantă încercări de intimidare care să o determine să ia decizii în conformitate cu dorințele contesta-

toarei, respectiv încheierea unui contract în care ofertanta să aibă riscuri mici și cuantificabile, chiar dacă îi revin toate obligațiile contractului, iar autoritatea să aibă numai obligația plății.

Referitor la clauzele specifice (neobligatorii), se arată că legea precizează că o ofertă este neconformă dacă conține propuneri de modificări a clauzelor contractuale care sunt dezavantajoase pentru autoritatea contractantă, dar decizia de a considera o ofertă neconformă se ia numai după ce s-a solicitat ofertantului să renunțe la solicitările de modificare care sunt dezavantajoase pentru aceasta.

Chiar dacă legea nu prevede acest lucru, autoritatea contractantă a prezentat pentru fiecare propunere de modificare precizată de ofertantă și argumentația privind posibilitatea acceptării sau nu a modificărilor, adică dacă este sau nu dezavantajoasă pentru ea.

Ofertanta, în loc să răspundă la solicitarea autorității contractante în termenul impus, a considerat că este mai bine să mai facă o contestație privind clauzele contractuale și astfel, datorită multelor contestații nejustificate pe care le-a făcut, să compromită proiectul și respectarea de către autoritatea contractantă a termenului de încadrare în normele de mediu privind concentrația de SO₂, termen negociat de către România pentru integrarea în Uniunea Europeană.

Exemplele prezentate sunt cele mai simple și chiar nerelevante, iar contestatoarea se străduiește să argumenteze că cerința privind faptul că, contractele dintre ea și subcontractorii săi trebuie să se încheie în aceleași condiții ca cele ale contractului dintre autoritatea contractantă și antreprenor, este ilegală, ceea ce nu este adevărat, deoarece din toate textele de lege prezentate chiar de către ofertantă, nu rezultă că cerința este interzisă, deci nefiind interzisă, este permisă.

Afirmația că în celelalte contracte încheiate până în prezent de către autoritatea contractantă pentru alte lucrări incluse în programul Operațional Sectorial de Mediu, Axa Prioritară 3, s-a acceptat posibilitatea executantului de a solicita cheltuieli suplimentare, care se vor adăuga la prețul contractului, nu este adevărată în totalitate.

Cât privește clauza privind drepturi de proprietate industrială, se precizează că, pentru proiect, autoritatea contractantă are licență permanentă și transferabilă, adică proiectul integral sau parțial trebuind și putând fi pus la

dispoziția unor firme care execută exploatarea, reparațiile, etc., iar contractul, conform Legii 544/2001 este de interes public. De altfel, fiind postat pe SEAP, oricum contractul este public și completându-se valoarea, termenul și numele antreprenorului, nu mai conține secrete comerciale care nu ar trebui dezvăluite.

Referitor la negocierea clauzelor contractuale, contesta-toarea interpretează prevederile legale în interes propriu, chiar făcând unele completări ale acesteia, subrogându-se astfel drepturilor legiuitorului. Astfel, cu privire la art. 36 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 privind dreptul de a i se solicita ofertantului renunțarea la obiecțiuni numai în condițiile în care modificarea propusă este dezavantajoasă pentru acesta, legea nu prevede obligația autorității contractante de a demonstra faptul că o propunere este dezavantajoasă.

Autoritatea contractantă mai susține că este neadevărată afirmația contestatoarei că nu s-au prezentat motivele pentru care s-a considerat dezavantajoase anumite modificări propuse de către ofertantă pentru clauzele specifice, nu și pentru cele obligatorii pentru care legea nu prevede decât că acestea trebuie precizate în fișa de date. În plus, trebuie avut în vedere că prin negociere, nu trebuie să se creeze un avantaj ofertantului față de ceilalți ofertanți; prețul unei oferte ține seamă și de riscurile ce apar din derularea contractului, adică de conținutul acestuia.

Chiar din decizia Consiliului nr. 1817/.../1445 din 06.05.2011, pe care o invocă contesta-toarea, rezultă clar obligația autorității contractante de a comunica motivele pentru care consideră obiecțiunile la contract evident dezavantajoase, lucru pe care în cazul de față, autoritatea contractantă a făcut-o pentru clauzele negociabile.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că ofertantul, făcând solicitări și precizări privind negocierea clauzelor contractuale obligatorii, în fond contestă contractul ce face parte din documentația de atribuire, ceea ce este tardiv.

Prevederile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 81 din H.G. nr. 925/2006 instituie în sarcina autorității contractante obligația de a respinge ofertele inacceptabile și pe cele neconforme. Or, potrivit art. 36 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, oferta este considerată neconformă atunci când „conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul

documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective”.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă sentința civilă nr. 412 din 20.09.2011 prin care Curtea de Apel Craiova se pronunță asupra excepției de nelegalitate a actului administrativ rezultând din limitarea dreptului la negocierea clauzelor contractului de achiziție publică.

Date fiind argumentele expuse anterior, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația ca neîntemeiată, nefondată și nelegală, încuviințând menținerea documentelor rezultate ca urmare a evaluării procedurii.

Prin adresa nr. 616 din 06.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 29889 din 06.09.2013, ... a transmis note scrise cu privire la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă referitor la contestația depusă, în care face precizează că obiectul contestației este constituit din „aspecte foarte importante care au anvergură și efecte sistemice”, motiv pentru care a solicitat intervenția Comisiei Europene și a ANRMAP.

Subliniind faptul că poziția Comisiei Europene este cât se poate de clară în adresa din 21.11.2012, contestatoarea afirmă că acesta este motivul pentru care a făcut comentarii în oferta sa, ce nu pot fi toate retrase în mod necondiționat, în scopul de a suplimenta deficiențele menționate.

În continuare, sunt reiterate susținerile prezentate în contestație cu privire la condițiile generale ale contractului, criticând chiar și cerința minimă de calificare, stabilită în documentația de atribuire, respectiv dovedirea capacității financiare a ofertanților.

În plus, despre refuzului de a negocia drepturile de proprietate intelectuală, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă se referă în mod expres la „design/proiect” - art. 26 și, invocând art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 544/2001, solicită Consiliului să anuleze această parte din scrisoarea autorității contractante nr. 73295 din 08.08.2013, deoarece clauza privind drepturile de proprietate intelectuală nu a fost stabilită ca fiind obligatorie prin documentația de atribuire, în aceste condiții, interdicția impusă contractorului de a-și proteja în mod efectiv secretele sale industriale este ilegală și abuzivă.

Referitor la subcontractare, contestatoarea solicită autorității contractante și Consiliului să verifice dacă prevederile art. 96 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 sunt respectate de către asocieria ..., deoarece, așa cum este indicat în procesul-verbal de deschidere al ofertelor, pagina 9/15, ... a declarat drept subcontractant compania DOOSAN-LENTJES GmbH. Drept urmare contractul dintre ... ȘI DOOSAN - LENTJES GmbH trebuie transmis autorității contractante.

În final, contestatoarea dorește să atragă atenția asupra faptului că utilizarea unor condiții contractuale echitabile și echilibrate este un imperativ în astfel de contracte cu preț fix. Adoptarea de condiții contractuale echitabile privind limitarea responsabilităților, valoarea maximă a penalităților, excluderea pierderilor indirecte, nu reprezintă nici un fel de dezavantaj evident pentru autoritatea contractantă, cu condiția ca aceasta să selecteze un contractor calificat.

Prin adresa nr. 81289 din 09.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 30075 din 09.09.2013, a transmis punctul său de vedere cu privire la notele scrise înaintate de contestatoare, reiterând faptul că autoritatea contractantă nu este obligată legal să aplice un anumit tip de contract, astfel că aceasta a întocmit proiectul de contract ținând seama de riscurile pe care și le poate asuma și constrângerile pe care le are.

În continuare, este prezentat răspunsul autorității contractante cu privire la toate criticile contestatoarei vizând clauzele contractuale contestate.

Referitor la cerința privind contractele de subcontractare, autoritatea contractantă nu face precizări suplimentare față de argumentația din punctul de vedere inițial. Totuși, constată că contestatoarea nu a înțeles cerința referitoare la faptul că un contract cu subcontractorul său se va încheia în aceleași condiții ca cel care se va încheia între antreprenor și autoritatea contractantă.

Cerința are la bază prevederile art. 96 din H.G. nr. 925/2006, adică contractele de subcontractare trebuie să fie în concordanță cu propunerea tehnică (care face parte integrantă din contract).

Solicitarea contestatoarei de a se verifica dacă asocieria ... a respectat prevederile art. 96 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, nu poate fi realizată la această dată când procedura este în derulare, comisia de evaluare nefinalizându-și activitatea.

Se mai subliniază faptul că autoritatea contractantă are obligația să solicite contractele de subcontractare la încheierea contractului și nu anterior, în faza de analiză a ofertelor în care se află procedura la această dată.

Totodată, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că ofertanta a contestat întrebări de clarificare primite, la care nu a răspuns, fără a putea să indice încălcări ale prevederilor legale de către autoritatea contractantă, ceea ce face ca respectiva contestație să fie fără obiect și neîntemeiată, motiv pentru care solicită să fie respinsă.

Cu privire la elementele desprinse de contestatoare din studierea dosarului, autoritatea contractantă învederează faptul că va „pune la dispoziția Consiliului procesul-verbal al comisiei de evaluare nr. 67460 din 18.07.2013, cu rugămintea ca acesta să nu fie pus la dispoziția contestatoare, deoarece acest proces-verbal este numai pentru uzul comisiei”

Precizând că din dosarul achiziției face parte, potrivit art. 213 alin. (1) lit. g) și j) din O.U.G. nr. 34/2006, atât procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, cât și raportul procedurii de atribuire, care nu a fost încă încheiat, procedura fiind în derulare, autoritatea contractantă susține că procesul-verbal al comisiei de evaluare nr. 67460 din 18.07.2013 conține elemente privind modul de îndeplinire al condițiilor de calificare de către ofertanți, prevederi ale ofertelor tehnice și alte elemente ale ofertelor, iar după finalizarea procedurii, dosarul achiziției are caracter de document public, conform prevederilor art. 215 din ordonanța de urgență.

Prin adresa nr. 638 din 13.09.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 30848 din 13.09.2013, ... a transmis note scrise, formulate ca urmare a celui de al doilea punct de vedere al autorității contractante și a studierii dosarului achiziției publice.

Considerând că unele afirmații ale autorității contractante cu privire la negocierea clauzei vizând proprietatea intelectuală sunt total greșite, contestatoarea solicită Consiliului să verifice realitatea următoarelor susțineri:

„... oferta tehnică a contestatarului este o scurtă descriere a proiectului, dar proiectul în sine cu toate calculele, dimensiuni, detalii, etc., conform licenței poate fi pus la dispoziția unei/unor terțe persoane”.

De fapt, oferta tehnică (volumul II) conține 366 de pagini incluzând informații foarte detaliate care reprezintă mult mai mult decât o „scurtă descriere”.

„Contestatarul nu a precizat în ofertă care sunt documentele/cap./pag care sunt confidențiale cunoscând prevederile legii 544/2001”.

Or, toate desenele și diagramele incluse în propunerea tehnică (pag. 249 - 314) includ o atenționare privind confidențialitatea/drepturile de autor.

Mai mult, prevederile O.U.G. nr. 77/2012 care a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 827 din 10/12/2012 nu se aplică acestei proceduri întrucât anunțul de participare a fost publicat în SEAP la data de 21.12.2012, prevederile fiind aplicabile numai procedurilor de atribuire demarate după data de 01.01.2013.

Cu toate acestea, prevederile anterioare sunt aplicabile și întreaga ofertă tehnică trebuie considerată confidențială, chiar dacă nu a fost definită în acest fel de către ofertant. În acest sens sunt relevante prevederile art. 215 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, înainte de modificarea acestuia prin O.U.G. nr. 77/2012, articol ce se aplica prezentei proceduri de atribuire.

Atât în punctul său de vedere, cât și în propunerea de contract, autoritatea contractantă este ambiguă întrucât indică faptul că, în conformitate cu prevederile contractului, are dreptul să permită accesul oricărei terțe părți la informații confidențiale ce constituie secrete industriale.

Cu privire la elementele desprinse din studierea dosarului la sediul Consiliului, contestatoarea afirmă că prin solicitarea de a nu i se pune la dispoziție procesul verbal al comisiei de evaluare nr. 67460/18.07.2013, deoarece acest proces verbal este numai pentru uzul comisiei, autoritatea contractantă a încercat să-i restricționeze accesul la documente, acces care îi este permis conform legii.

Despre faptul că autoritatea contractantă nu a depus la dosarul achiziției publice acest proces-verbal încă de la prima solicitare a Consiliului, contestatoarea afirmă că „pune deja sub semnul întrebării imparțialitatea, corectitudinea și lipsa de transparență a autorității contractante”.

Despre procesul-verbal al comisiei de evaluare nr. 67460 din 18.07.2013, contestatoarea învederează faptul că autoritatea contractantă a declarat admisă oferta ... - ..., deși nu îndeplinește criteriile specificate în documentația de atribuire, nici în ceea ce privește experiența similară pentru lucrări, nici pentru proiectare. În plus, ... nu este deținătorul unui brevet sau licențe pentru tehnologii de desulfurare.

Solicitând Consiliului să constate neconformitatea ofertei ... în ceea ce privește criteriile de calificare privind experiența similară și să anuleze procesul-verbal al comisiei de evaluare nr. 67460 din 18.07.2013 în ceea ce privește calificarea ..., contestatoarea stipulează faptul că urmează a depune o contestație în această privință.

Prin adresa nr. 84135 din ... transmisă prin fax și înregistrată la Consiliu cu nr. 31175 din ... autoritatea contractantă a transmis concluzii scrise referitoare la ultimele note scrise ale contestatoarei, solicitând Consiliului să respingă susținerile acesteia, având în vedere tardivitatea și inadmisibilitatea completării contestației cu noi acuzații la adresa autorității contractante în afara termenului legal.

Astfel, conform legislației în materia achizițiilor publice, termenul pentru depunerea unei contestații este clar reglementat, o ulterioară „completare” a contestației echivalând cu o contestație ale cărei capete de cerere sunt tardiv formulate.

Completarea contestației cu noi acuzații la adresa autorității contractante în afara termenului legal de contestare a actului vătămător este incompatibilă cu dispozițiile normative în vigoare. Contestația se depune la Consiliu și la autoritatea contractantă, aceasta din urmă o transmite în termen de o zi celorlalți ofertanți - care se pot asocia sau o pot combate - apărarea fiind construită în funcție de motivele din cuprinsul contestației. Concluziile scrise nu se transmit celorlalți ofertanți și nici nu se pun în discuția autorității contractante pentru a se apăra împotriva lor.

Invocând prevederile art. 275 alin. (6) și art. 276 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 36 alin. (4) și art. 48 alin. (3) din Legea nr. 24/2000, precum și doctrina juridică de atribuire a noțiunii de „concluzii scrise”, autoritatea contractantă susține că, prin „concluzii scrise”, Consiliul nu poate fi investit cu noi motive de contestare.

Este invocată și hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene în cauza C-241/06 Lammerzahl GmbH împotriva Freie Hansestadt Bremen.

Autoritatea contractantă mai precizează că în fișa de date a prevăzut posibilitatea dovedirii experienței inclusiv ca „subcontractor”. În acest sens, nu are relevanță cine emite recomandările privind execuția lucrărilor, cât timp ele confirmă experiența dobândită de executant, mai ales că prevederile

legale stipulează că beneficiarul lucrărilor poate fi chiar și un client privat.

Referitor la cerința de „proiectare instalații de desulfurare”, autoritatea contractantă arată că nu aceasta este o cerință și, de fapt, este „proiectare în domeniul termoelectric”.

Cu privire la capătul de cerere referitor la declararea ofertei asocierii ... ca neconformă, autoritatea contractantă solicită respingerea acestuia ca inadmisibil, întrucât Consiliul nu se poate substitui sau obliga autoritatea contractantă în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor legale ale acesteia de stabilire a ofertelor ca inacceptabile/neconforme/admisibile/câștigătoare/necâștigătoare sau, după caz, anularea procedurii, întrucât s-ar aduce atingere principiului independenței și imparțialității comisiei de evaluare.

Prin cea de-a contestație depusă, ... al asocierii ... - ... - ... în calitate de ofertantă la procedura de licitație deschisă, organizată de autoritatea contractantă ... prin ... sa, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ... inițiată prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din 21.12.2012, a solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea în parte a procesului-verbal al ședinței de analizare a ofertelor, înregistrat de autoritatea contractantă cu nr. 67460 din 18.07.2013, cu privire la îndeplinirea de către Consorțiul ... - ... criteriilor de calificare din punct de vedere al experienței similare pentru proiecte similare;
- anularea tuturor actelor subsecvente actului contestat și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertelor depuse începând cu etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă prin decizia Consiliului nr. ... din ...

Prin adresa nr. 18556/... .../... din ... Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3

zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, punctul de vedere cu privire la contestație. Prin aceeași adresă, Consiliul a solicitat autorității contractante ca, în același termen, să transmită copia documentelor de calificare prezentate de către consorțiul ... - ... copia clarificărilor solicitate acestuia referitoare la documentele de calificare depuse în cadrul procedurii și răspunsurile primite, precum și orice documente considerate edificatoare în cauza supusă soluționării.

... .. a transmis, prin fax, punctul de vedere cu privire la contestație, cu nr. 85481 din 20.09.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 31612 din 20.09.2013 și, prin poștă, a transmis documentele solicitate, care au fost înregistrate la Consiliu cu nr. 31917 din 23.09.2013.

Prin contestația depusă, ... a solicitat accesul la dosarul cauzei, iar Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a transmis adresa nr. 19182/... .. din 27.09.2013, prin care i-a comunicat acceptul pentru studierea și multiplicarea unor documente aflate în dosarul achiziției publice.

... s-a prezentat la sediul Consiliului în data de 30.09.2013 pentru studiu și în data de 01.10.2013 pentru multiplicarea unor documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 667 din 02.10.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 33246 din 02.10.2013, ... a transmis note scrise cu privire la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă referitor la cea de-a doua contestație depusă și cu privire la cererea de intervenție formulată.

Prin adresa nr. A2602 din 25.09.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32426 din 26.09.2013, ..., lider al asocierii ... - ... a formulat cerere de intervenție.

În motivarea celei de-a doua contestații, ... susține că oferta ... - ... a fost admisă în mod nelegal, deoarece în actul contestat se menționează: „Asocierea: ... - ... prezentat documentele de calificare solicitate. Fiind declarat admis.”

Contestatoarea solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a declarat admisă oferta acestuia din punct de vedere al criteriilor de calificare solicitate, cu toate că nu îndeplinește criteriile specificate în documentația de atribuire în ceea ce privește experiența similară în proiecte similare.

Referitor la lipsa experienței similare în ceea ce privește lucrări de construcție de stații de desulfurare, menționează că ...

a fost un simplu subcontractor al ANDRITZ ENERGY & ENVIRONMENT în contractul pentru instalația de desulfurare a gazelor de ardere de la Turceni, având de executat în principal lucrări mecanice și montaj în șantier, ceea ce nu poate fi considerată în niciun caz „experiență similară”.

În conformitate cu fișa de date a achiziției, ... -... trebuia să prezinte „documente doveditoare din care să reiasă valoarea lucrărilor/serviciilor, cât și executarea acelor categorii de lucrări solicitate ca experiență similară”.

Obiectul acestui contract este definit și prin codul CPV, care, în conformitate cu anunțul de participare nr. ... din 21.12.2012 este: 45253200-7 - Lucrări de construcții de stații de desulfurare și nu 45255400-3 - Lucrări de montaj sau 45223110 - Instalație de structuri metalice, așa cum sunt lucrările cu care ... încearcă să demonstreze existența unei experiențe similare.

Tot din actul contestat reiese că recomandarea prezentată de ... este o simplă scrisoare din partea ANDRITZ ENERGY & ENVIRONMENT și nu din partea beneficiarului lucrării (așa cum se solicită prin fișa de date). Beneficiarul acestei lucrări de desulfurare este S.C. COMPLEXUL ENERGETIC TURCENI S.A.

Contestatoarea solicită Consiliului să verifice faptul că lucrarea „Proiect reducerea poluării la Termocentrala Turceni - Instalație de desulfurare gaze de ardere” nu este încă finalizată, întrucât nu s-a efectuat punerea în funcțiune a instalației de desulfurare de la blocul energetic nr. 6.

Se mai menționează că autoritatea contractantă nu a solicitat ... - ... nici un fel de informații suplimentare privind această lucrare.

Referitor la lipsa experienței similare în ceea ce privește proiectarea de lucrări similare, contestatoarea afirmă că ofertantul ... - ... nu prezintă nicio dovadă care să satisfacă criteriul de calificare cu privire la experiența similară privind proiectarea.

Din actul contestat (pag. 7) se poate constata că autoritatea contractantă a calificat ... - ... privind această cerință prin considerarea ca referință valabilă a contractului: „Implementare proiect reabilitare rețele de termoficare în Municipiul ... contract nr. 10332/19.06.2011, val. 12.912.919 euro, din care servicii de proiectare în domeniul termoenergetic 317.161 euro (1.370.040 lei fără TVA)”.

Proiectarea reabilitării unei rețele de termoficare urbană nu este similară cu proiectarea unei instalații de desulfurare a gazelor de ardere, care presupune în primul rând proiectarea procesului de desulfurare în sine, acest lucru în condițiile în care nici ... și nici ... nu dețin niciun fel de experiență similară în proiectarea de instalații de desulfurare a gazelor de ardere.

Calitatea de simplu subcontractant a unui antreprenor general (ANDRITZ ENERGY & ENVIRONMENT) și executarea unei părți infime din contractul acestuia (cca. 7,5 % din valoarea contractului cu S.C. COMPLEXUL ENERGETIC TURCENI SA.) nu poate fi considerată în niciun caz experiență similară. Mai mult, o bună parte a acestor lucrări au fost la rândul lor subcontractate de către ... altor societăți, astfel încât valoarea contractului, prezentată pentru a încerca îndeplinirea criteriului valoric, trebuie diminuată în mod corespunzător.

Se mai precizează că, în acest sens, Consiliul s-a pronunțat deja în cadrul actualei proceduri, prin Decizia nr. .../... din ...

De asemenea, asocierea ... - ... nu beneficiază de susținerea tehnică și profesională a unui terț, deoarece în cadrul ofertei sale nu a prezentat nici un fel de angajament privind susținerea tehnică și profesională din partea unui terț.

Ofertantul ... a declarat drept subcontractant pe „DOOSAN LENJES GmbH cu sediul în Ratingen - Germania - servicii de proiectare și inginerie, servicii de supervizare și asistență tehnică ptr. execuția lucrărilor și punerea în funcțiune a instalației de desulfurare, furnizarea echipamentelor și materialelor principale aferente instalației de desulfurare (40 %)”, ceea ce demonstrează în mod clar că nu ... - ... va executa instalația de desulfurare propriu-zisă, ci un subcontractor, care nu își ia însă responsabilitatea susținerii tehnice și profesionale.

Contestatoarea mai arată că ... - ... nu este deținătorul unui brevet sau licențe pentru tehnologii de desulfurare, astfel cum rezultă din răspunsul de clarificare al autorității contractante nr. 15693 din 22.02.2013.

Deci, autoritatea contractantă nu a analizat sub niciun aspect această cerință, pe care ea însăși o consideră o obligație legală pentru toți ofertanții.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să constate neconformitatea ofertei ... - ... în ceea ce privește criteriile de calificare privind experiența similară, obligația de a deține un brevet sau licență pentru tehnologia de desulfurare și să anuleze

în parte actul contestat, în ceea ce privește calificarea ... - ... și admiterea contestației.

În punctul său de vedere asupra contestației depusă de ..., autoritatea contractantă invocă inadmisibilitatea contestației, prezentând următoarele argumente:

- de la data lansării în SEAP a documentației de atribuire aferentă prezentei proceduri (decembrie 2012) și până la acest moment, petenta a formulat nu mai puțin de 6 contestații;

- întrucât petenta a formulat amendamente inclusiv la clauzele contractuale obligatorii, la data de 22.05.2013 i s-a solicitat clarificări cu privire la acest aspect. Contestatoarea nu a răspuns acestei solicitări, devenind astfel incidente prevederile art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006;

- este evidentă lipsa de interes a petentei în a contesta celalalt ofertant, în condițiile în care propria ofertă este neconformă și nu i se poate atribui contractul de lucrări. Prin prisma acestui aspect, petenta nu are un interes în promovarea contestației, motiv pentru care nu servește unui interes personal și direct anularea procesului-verbal nr. 67460 din 18.07.2013;

- petenta a speculat prevederile legale pentru a-și atinge unicul scop urmărit și anume acela de a avea acces la documentele celuilalt ofertant;

- pornind de la contestarea solicitării de clarificare, prin accesul la documente, petenta a ajuns să investească CNSC cu alte motive decât cele cuprinse în contestația inițială.

Având în vedere etapa în care se află procedura și anume evaluarea ofertelor, sunt incidente în cauză reglementări din normele de aplicare ale O.U.G. nr. 34/2006, respectiv art. 74 și art. 75.

Față de cele mai sus enunțate, rezultă că informațiile solicitate, raportat la etapa în care se află procedura, au caracter confidențial, analiza lor fiind apanajul exclusiv al comisiei de evaluare, încadrându-se astfel în excepția regăsită în teza a II-a a art. 215 din O.U.G. nr. 34/2006.

În cazul de față, contestatoarea nu face altceva decât să se subroge comisiei de evaluare, analizând documentele de calificare ale celuilalt ofertant raportat la o interpretare proprie a cerințelor de calificare, fapt de natură să contravină prevederilor legale citate anterior.

În continuare, autoritatea contractantă arată că, potrivit fișei de date, cerința privind experiența similară vizează două componente:

- lucrări similare privind construcția de instalații de desulfurare;

- servicii de proiectare similare în domeniul termoenergetic.

Totodată, cerința prevede posibilitatea dovedirii experienței inclusiv ca „subcontractor”.

Conform cerinței din fișa de date, ... prezentat experiența similară în calitate de subcontractant într-un contract privind construcția de instalații de desulfurare, valoarea contractului de subcontractare fiind de 62.098.682 lei, deci mai mare de 50.000.000 lei solicitați prin cerința, ceea ce demonstrează că cerința a fost îndeplinită.

... a prezentat formularul 18 privind experiența similară, copii ale proceselor-verbale de recepție finale/la terminarea lucrărilor/la sfârșitul prestării, după caz, și recomandare din partea beneficiarului obiectului contractului, precum și contractul de subcontractare, din care rezultă lucrările/serviciile prestate și valoarea acestora.

Lucrările executate, testele și probele la rece, punerea în funcțiune, efectuate de către ..., au fost aferente unor instalații de desulfurare. Cerința privind experiența similară nu a impus categoriile/volumul/cantitatea lucrărilor, ci valoarea acestora, iar așa cum prevede Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, nu se poate solicita experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ.

În consecință, rezultă fără echivoc că lucrările executate de către ...u fost de natură similară și anume instalații de desulfurare (cod CPV - 45253200-7), valoarea acestora fiind mai mare decât cea impusă prin cerință.

Opinia contestatoarei potrivit căreia aceasta nu este experiență similară, conduce la concluzia directă și identică cu aceea că experiența similară a unui antreprenor, realizată în fond de către subcontractanți, nu este relevantă pentru antreprenor. Este inutilă susținerea acesteia de a încadra lucrările contra-ofertantului în alte coduri CPV decât cel impus prin fișa de date, în condițiile în care acesta a executat lucrări la instalații de desulfurare.

Invocând prevederile art. 178 alin. (2) și ale art. 188 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă afirmă că nu are relevanță cine emite recomandările privind execuția lucrărilor, atâta vreme cât ele confirmă experiența dobândită de executant, cu atât mai mult cu cât prevederile legale evocate

stipulează că beneficiarul lucrărilor poate fi chiar și un client privat.

Critica contestatoarei în sensul că recomandarea nu este semnată de beneficiarul proiectului, Termocentrala Turceni, ci de beneficiarul lucrărilor ce fac obiectul contractului de subcontractare, este total lipsită de logică, deoarece autoritatea contractantă nu a avut contract direct cu subcontractantul, ci cu antreprenorul general și, pe cale de consecință, nu putea emite recomandări pentru subcontractanți, ci numai pentru antreprenorul general.

Potrivit art. 11 alin. (7) din H.G. nr. 925/2006, în analiza ofertei prezentate de către asocieria declarată câștigătoare, s-a ținut seama de faptul că are ca subcontractant un operator străin deținător de licențe pentru instalația de desulfurare și cu experiență la fel de mare ca și contestatoarea și anume DOOSAN LENJES Germania, care va furniza echipamentele principale, serviciul de proiectare, asistentă tehnică la montaj, la probe și la PIF. Oferta tehnică a asocierii este laborioasă și totodată concisă, în raport cu cerințele angajatorului, iar faptul că contractul de subcontractare se va încheia în conformitate cu oferta tehnică, asigură garanții solide pentru autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă este de acord cu propunerea contestatoarei de a verifica faptul că lucrarea „Proiect reducerea poluării la Termocentrala Turceni - Instalație de desulfurare gaze de ardere” nu este încă finalizată, deoarece nu s-a efectuat punerea în funcțiune a instalației de desulfurare de la blocul energetic nr. 6.

În realitate, în cazul experienței similare solicitate prin fișa de date, nu era necesară finalizarea proiectului/contractului, ci așa cum prevede art. 15 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, era suficientă numai terminarea lucrărilor.

Pentru informarea corectă a Consiliului, autoritatea contractantă precizează că la data de 31.12.2012 toate cele 4 instalații de desulfurare aveau încheiate procesele-verbale la terminarea lucrărilor, dar punerea în funcțiune a instalației de desulfurare la blocul 6 nu s-a realizat, deoarece cazanul este oprit/retras din funcțiune pentru re tehnologizare și deci nu existau gaze de ardere pentru punerea în funcțiune a instalației de desulfurare aferentă acestuia.

Autoritatea contractantă precizează că nu au fost necesare informații suplimentare de la S.C. ... S.R.L., ci acestea au fost obținute din alte surse, așa cum prevede legea.

Referitor la experiența similară în ceea ce privește proiectarea de lucrări, autoritatea contractantă precizează cerința vizând „proiectare în domeniul termoenergetic” și nu „proiectare instalații de desulfurare”, astfel cum încearcă să inducă în eroare contestatoarea.

Asocierea ofertantă ..., a prezentat dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară în proiectare, prezentând un contract care a avut ca obiect execuție și proiectare și cărui valoare de proiectare a fost de 1.370.040 lei.

... nu este deținătorul unui brevet sau licențe pentru tehnologii de desulfurare, dar deține subcontractantul care va acorda drept de utilizare asocierii pentru acestea și deci autorității contractante.

Deținerea brevetului/licențelor, conform fișei de date, nu a fost o cerință de calificare, ci aceasta așa cum recunoaște și contestatoarea, a fost și este o cerință legală de îndeplinirea căreia sunt răspunzători legal membrii asocierii, iar în propunerea tehnică a asocierii respective sunt precizate licențele pe care subcontractantul le deține.

Referitor la temeinicia contestației, autoritatea contractantă evocă prevederile art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, apreciind că o contestație asupra unui act al autorității contractante se poate face de către orice persoană vătămată dacă s-au încălcat dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, ori, în contestație nu se face referire la nicio încălcare a dispozițiilor legale, ci numai la supoziții, interpretări și comentarii ale contestatoarei, motiv pentru care se solicită Consiliului să constate lipsa de temeinicie a contestației și să o respingă.

Se solicită Consiliului să constate că în ultimele 2 contestații, petenta nici nu a invocat încălcarea vreunei dispoziții legale, cel puțin pentru a face contestațiile temeinice și admisibile, astfel că autoritatea contractantă, chiar dacă nu a greșit și nu a încălcat legea, dar nu a putut admite interesele contestatoarei pentru că are printre altele și obligația legală de a apăra interesul general, a căpătat obligația de a raporta și justifica acestui agent economic toate acțiunile întreprinse și deciziile luate.

Cu privire la capătul de cerere referitor la declararea ofertei ... - ... ca neconformă, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acestuia ca inadmisibil, întrucât potrivit prevederilor art. 3 lit. a) coroborat cu art. 200 și art. 204 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 72 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006, CNSC nu se poate substitui sau obliga autoritatea contractantă în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor legale ale acesteia de stabilire a ofertelor ca inacceptabile/neconforme/admisibile/câștigătoare/necâștigătoare sau, după caz, anularea procedurii, întrucât s-ar aduce atingere principiului independenței și imparțialității comisiei de evaluare.

Prin cererea de intervenție nr. A2602 din 25.09.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32426 din 26.09.2013, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție;
- respingerea contestației nr. ... din ... ca prematur introdusă;
- menținerea actelor elaborate de autoritatea contractantă ca legale și temeinice.

În temeiul prevederilor art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 61 alin. (1) și alin. (2) C. proc. civ., intervenienta apreciază că sunt îndeplinite condițiile admisibilității cererii sale.

Totodată, este invocată excepția de prematuritate a contestației, având în vedere că procesul-verbal a cărui anulare parțială se solicită, reprezintă doar un act intermediar în cadrul procedurii de evaluare a ofertelor, nereprezentând un rezultat al etapei evaluării, astfel că în această fază, până la momentul la care autoritatea contractantă nu va lua o decizie definitivă și care va fi comunicată părților implicate, Consiliul nu are cum să se pronunțe asupra aspectelor criticate prin contestație.

Deoarece autoritatea contractantă nu s-a pronunțat încă printr-un act oficial pe admisibilitatea niciuneia dintre ofertele depuse, contestația apare ca lipsită de obiect.

Orice adnotări făcute în cadrul unei ședințe de analiză, nu au caracterul definitiv al deciziei aprobate și comunicate părților implicate, mai ales prin prisma faptului că procesele-verbale ale ședințelor de analizare a ofertelor nu reprezintă documente publice, care să se comunice, prin urmare sunt supuse oricăror revizuiți, legea neoferindu-le acestora vreo forță juridică.

Față de cele expuse mai sus, atâta timp cât asupra ofertelor depuse în cadrul procedurii de referință nu s-a luat nici

o decizie în sensul prevederilor procedurale aplicabile în speță, contestația având ca obiect admisibilitatea ofertei intervenientei este prematur introdusă și, pe cale de consecință, se solicită Consiliului respingerea acesteia.

Pe fondul contestației, referitor la prevederile cerinței nr. 2 din cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date, intervenienta afirmă că, în cadrul documentelor de calificare, a depus acte doveditoare în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței execuție lucrări similare.

În acest sens, a prezentat proiectul pentru reducerea poluării la Termocentrala Turceni - Instalație de desulfurare gaze de ardere, în valoare totală de 62.098.682 lei, care constă în principal din lucrări de montaj mecanic pentru construirea în șantier a:

- absorbere Unit 3, Unit 4, Unit 5, Unit 6 (4 bucăți); fiecare absorber are diametrul de 14,5 m, înălțimea de 54,2 m și masa totală de circa 600 tone. În total 2400 tone. Aceste absorbere s-au construit în șantier prin preasamblarea și apoi montajul tablelor (în principal) și altor piese și subansamble.

- structuri de rezistență metalice pentru sprijinirea fiecărui absorber de mai sus, cu înălțimea de 112 m și masa totală de circa 400 tone. În total 1600 tone.

- canale de gaze, rezervoare, ventilatoare principale, mori de calcar, benzi transportoare, instalații complexe cu pompe și conducte și alte părți de construcție cu masa totală de circa 6500 tone.

În total, construcțiile realizate însumează circa 10500 tone și lucrările contractate au fost executate și recepționate în totalitate de antreprenorul general, ANDRITZ E&E și care, la rândul sau le-a predat în totalitate, clientului final (CE Turceni).

Astfel, calitatea de subcontractant, deținută în cadrul contractului de ... nu impune cu necesitate executarea tuturor lucrărilor dintr-o construcție sau instalație.

În cadrul instalației de desulfurare, o parte din aceasta, unitatea 6 nu putea fi recepționată complet de clientul final, deoarece nu a fost și nu este funcțional cazanul nr. 6, partea esențială a blocului energetic nr. 6.

De altfel, în fișa de date nu sunt solicitate procese-verbale la punerea în funcțiune, ci procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor sau finale, după caz.

Față de cele de mai sus, intervenienta consideră că a îndeplinit cerința minimă de calificare referitoare la experiența

similară, solicitând Consiliului să constate ca este lipsită de temei afirmația din contestație potrivit căreia nu se face dovada experienței similare.

Cu privire la afirmația potrivit căreia în cadrul respectivului contract ar fi fost realizate „lucrări mecanice de asamblare și montaj pentru toate instalațiile din proiect aferente celor 4 absorbere ...”, intervenienta precizează că fișa de date nu distinge, în cuprinsul cerinței, cu privire la tipul construcțiilor executate, prin urmare, orice construcție ce a deservit ca obiectiv instalație de desulfurare, trebuie primită ca făcând dovada îndeplinirii cerinței.

Pe de altă parte, asamblarea și montajul părților metalice descrise mai sus coincide cu construcția obiectelor prezentate, aceste obiecte fiind în principal metalice, realizate direct de ..., prin personal și echipamente proprii, în calitate de Subcontractant al Antreprenorului General.

Totodată, recomandare prezentată, intervenienta stipulează faptul că beneficiarul direct pentru ... S.A. în cadrul acestui contract a fost ANDRITZ ENERGY&ENVIRONMET GmbH.

Prin fișa de date a achiziției nu s-a solicitat ca experiența similară să fie rezultată exclusiv din contracte/proiecte încheiate cu autorități contractante sau din contracte în care executantul să nu fi fost subcontractant, adică recomandările, procesele-verbale să fi fost încheiate direct cu beneficiarii finali. Mai mult, nicăieri în fișa de date a achiziției nu este limitată posibilitatea prezentării ca experiență similară, a contractelor încheiate cu client privați.

Având în vedere cele de mai sus și documentele depuse odată cu oferta, intervenienta consideră că nu există nicio abatere de la cerințele fișei de date și este îndeplinită întocmai cerința de contract de execuție lucrări.

Referitor la susținerile contestatoarei privind experiența similară în ceea ce privește proiectarea de lucrări similare, se arată că în vederea demonstrării îndeplinirii acestei cerințe, intervenienta a depus documentele necesare pentru două contracte, care, fiecare în parte, răspunde complet criteriilor de calificare, respectiv:

- „Implementare proiect reabilitare rețele de termoficare în Municipiul ... în valoare de 1.370.040 lei (fără TVA), în domeniul termoenergetic;

- „Modernizare instalație de desprăfuire electrică a gazelor de ardere de la Blocul nr. 3 în vederea reducerii emisiilor de praf

la coș sub 50 mgN/mc”, în valoare de 2.551.732,71 lei, lucrare executată și recepționată la CE Turceni.

În privința neprezentării Formularului 35 din documentația de atribuire, acesta nu era obligatoriu a fi completat, atât timp

Cu privire la prezentarea unui subcontractor, intervenienta menționează că în cazul existenței acestuia pentru îndeplinirea unor părți din viitorul contract, acesta nu este obligat să prezinte și angajamente de susținere, confuzia în care se află contestatoarea cu privire la funcțiile și atribuțiile terților ori a subcontractanților fiind de netăgăduit.

Subcontractorul declarat de intervenientă are rolul de a completa acele competențe necesare pentru realizarea lucrării în deplină siguranță pentru Client, dar competențele sale nu sunt impuse ca fiind obligatorii în fișa de date, deci nu era necesară nici asocierea și nici susținerea tehnică și profesională, îndeplinindu-se toate condițiile generale solicitate de autoritatea contractantă în vederea asigurării capacității tehnice ale ofertantului.

În consecință, intervenienta apreciază că susținerile contestatoarei sunt nefundamentate, fiind prezentate dovezile integrale ale îndeplinirii condițiilor impuse de documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 667 din 02.10.2013, înregistrată la Consiliu cu nr. 33246 din 02.10.2013, ... a transmis note scrise cu privire la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă referitor la cea de-a doua sa contestația și cu privire la cererea de intervenție formulată, în susținând că modul în care autoritatea contractantă încearcă să interpreteze cerințele documentației de atribuire conduce la o serie de erori, care se impun a fi semnalate și sancționate de către Consiliu.

Relevant în acest sens, este faptul că autoritatea contractantă afirmă: „Actele care demonstrează cerința experienței similare nu reprezintă un scop în sine, ci trebuie interpretate din perspectiva finalității lor și anume confirmarea capacității tehnice și profesionale a ofertantului.”

Autoritatea contractantă ignoră cerințele exprese ale documentației care, în Volumul 3 - Cerințele angajatorului, la pagina 94/132 precizează: „Lucrările vor avea caracterul unui «Contract la cheie» în care Contractorul va asigura proiectarea, procurarea echipamentelor, execuția lucrărilor de montaj și punere în funcțiune, garantarea și eliminarea defectelor pe perioada de notificare a defectelor”.

În același context, sunt citate justificările prezentate în Nota justificativă privind criteriile de selecție, cerințele minime de calificare privind situația economico-financiară, capacitatea tehnică și profesională pentru realizarea acestui contractului de lucrări, referitoare la cerința privind experiența similară.

De altfel, autoritatea contractantă a clarificat încă înainte de depunerea ofertelor că orice tip de tehnologie de desulfurare se poate califica drept „experiență similară”, în ciuda faptului că procedeul de desulfurare umedă este complet diferit față de tehnologia semi-uscată solicitată a se realiza prin documentația de atribuire (reagent diferit, reactor diferit, etc.).

Asocierea ... - ... nu ar fi trebuit să fie calificată de către autoritatea contractantă, dar nici nu ar fi trebuit să depună o ofertă atâta vreme cât este evident ex ante că nu îndeplinește criteriul de calificare pentru experiența anterioară similară.

Totodată, contestatoarea invocă decizia Consiliului nr. 2776/258C7/2857/2864/3232 din 17.08.2012, precum și punctul de vedere al autorității contractante nr. 68362 din 26.07.2012, apreciind că este de neînțeles poziția autorității contractante care are două puncte de vedere complet diferite transmise CNSC în cadrul procedurilor consecutive pentru atribuirea aceluiași contract.

Cu privire la solicitarea din cererea de intervenție de a respinge contestația ca prematur formulată, contestatoarea invocă prevederile art. 255 alin. (1) și art. 256² alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, afirmând că, deși autoritatea contractantă nu a luat, așa cum susține intervenienta, nici o decizie cu privire la ofertă, contestația intervine tocmai în scopul de a aduce la cunoștința Consiliului o decizie intermediară ilegală a autorității contractante, a cărei anulare se solicită și pentru a nu se vicia rezultatul final al evaluării ofertelor.

Se solicită ca afirmația intervenientei: „...orice construcție ce a deservit ca obiectiv instalație de desulfurare, trebuie primită ca făcând dovada îndeplinirii cerinței...”, să fie respinsă pentru aceleași considerente.

Simpla execuție a unor lucrări de montaj mecanic la o instalație de desulfurare a gazelor de ardere, în cadrul realizării unui astfel de proiect complex, nu poate fi în niciun caz considerată experiență similară, chiar dacă criteriul valoric este îndeplinit.

În legătură cu afirmația intervenientei că oferta sa poate îndeplini criteriul de experiență similară în proiectare, cu

proiectul „Modernizare instalație de desprăfuire electrică a gazelor de ardere de la Blocul nr. 3 în vederea reducerii emisiilor de praf la coș sub 50 mg/Nmc”, se solicită Consiliului să constate că această lucrare nu este nicidecum similară cu o instalație de desulfurare și se subliniază că:

- o instalație de desprăfuire are rolul (așa cum îi este și denumirea) să reducă emisiile de particule (praf, cenușă) din gazele de ardere;

- o instalație de desulfurare are rolul de a reduce emisiile de SO₂ din gazele de ardere, fiind o instalație mult mai complexă, în care are loc injecția de reagent și în care au loc reacții chimice, nefiind absolut de loc similară cu o instalație de desprăfuire.

Ca și autoritatea contractantă, în susținerile sale intervenienta uită să menționeze și cuvântul „similar”, al cărui înțeles a fost foarte clar explicat chiar de către autoritatea contractantă în Nota de fundamentare privind alegerea criteriilor de calificare și în clarificările publicate în SEAP în timpul perioadei de pregătire a ofertelor.

În legătură cu obligația legală privind deținerea brevetului sau a licenței de utilizare pentru tehnologia de desulfurare ce urmează a fi utilizată pentru realizarea proiectului, intervenienta afirmă că nu reprezintă o cerință, dar prin răspunsul de clarificare nr. 15963 din 22.02.2013, autoritatea contractantă a precizat: „Deținerea brevetului, licenței, etc. sunt obligații legale pentru toți ofertanții”.

Toate clarificările emise de către autoritatea contractantă au devenit parte integrantă a documentației de atribuire și toți ofertanții care depun ofertă au obligația să se conformeze acestora.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să respingă cererea de intervenție ca nefondată.

Despre excepția inadmisibilității/lipsei de interes invocată de către autoritatea contractantă, contestatoarea susține că are interesul de a contesta actele procedurii de atribuire pe care le consideră vătămătoare, dat fiind că nicio decizie a autorității contractante privind excluderea sa nu a fost emisă și nici nu a devenit irevocabilă până la această dată.

Procesul-verbal al ședinței de analizare a ofertelor nr. 67460 din 18.07.2013 (actul contestat), este un act întocmit în esență în cadrul procedurii de evaluare, fiind un act al autorității

contractante, așa cum se menționează în art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatoarea afirmă că are calitatea de ofertant în procedura de atribuire, iar contestația a fost formulată și depusă în termen, în conformitate cu prevederile legale incidente, în conformitate cu art. 256² alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Examinarea îndeplinirii criteriilor de calificare a reprezentat prima etapă în procesul de evaluare a ofertelor depuse și a făcut obiectul primului proces-verbal al comisiei de evaluare (actul contestat). În consecință, dacă această primă etapă este viciată, următoarele etape trebuiesc anulate.

În această etapă de evaluare a ofertelor, care s-a materializat prin procesul-verbal nr. 67460 din 18.07.2013, niciun element nu a dat dreptul autorității contractante să declare că oferta contestatoarei nu este conformă și nu există nicio decizie a comisiei de evaluare în acest sens.

Cu privire la elementele desprinse din studierea dosarului în data de 30.09.2013 la sediul Consiliului, contestatoarea atrage atenția asupra următoarelor elemente:

- în Formularul 19 - Experiența similară (pag. 124 - 125 din oferta ... - ...), se face afirmația că în cadrul proiectului de la Turceni, ... a executat, în afara lucrărilor de asamblare și montaj, participarea alături de Contractorul principal - ANDRITZ E&E, la punerea în funcțiune, pentru: utilaje și echipamente dinamice, rețele de conducte, structuri metalice de rezistență, încercând în acest fel să lărgască scopul lucrărilor pe care le-a efectuat.

Atât din scrisoarea de recomandare emisă de Andritz (pag. 126 din ofertă), cât și din Confirmarea comenzii de achiziție (pag. 180-204 din ofertă), nu rezultă participarea ... doar în calitate de furnizor al ANDRITZ E&E, strict pentru lucrări de montaj echipamente mecanice.

- în legătură cu proiectul prezentat de ... în încercarea de îndeplinire a criteriului privind experiența similară în proiectare, se pot constata următoarele:

- în conformitate cu Acordul de Asocierie încheiat între partenerii asocierii (pag. 329-331 din ofertă), ... a fost responsabil pentru 30% din scopul contractului, iar responsabilitățile sale (a se vedea Adendum-ul la Acordul de asociere - pag. 335 din ofertă), au fost strict legate de execuția și supervizarea lucrărilor, fără să includă nicio activitate de

proiectare. Întreaga activitate de proiectare a fost realizată de partenerii VEMOS d.o.o. din Croația și VIA OCEL d.o.o din Serbia (a se vedea pag. 334 și pag.335 din ofertă).

Ultimul document din dosarul cauzei este adresa nr. 667 din 02.10.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 33246 din 02.10.2013, prin care contestatoarea a transmis note scrise cu privire la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă referitor la cea de-a doua contestație depusă și cu privire la cererea de intervenție formulată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... .., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Instalație nouă de desulfurare (DESOX) în CET2 ... prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP a anunțului de participare nr. ... din 21.12.2012. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 96.379.757 lei, fără TVA.

În cadrul aceleiași proceduri, împotriva documentației de atribuire, ... a depus contestația nr. 1137 din 28.12.2012, înregistrată la Consiliu sub nr. 41507 din 28.12.2012. Prin decizia nr. .../... din ... Consiliul a admis în parte contestația, dispunând autorității contractante să indice clauzele contractuale obligatorii.

Potrivit deciziei Consiliului nr. .../... din ... rezultă că:

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

Prin urmare, se poate presupune că, implicit, toate clauzele din modelul de contract ar putea fi considerate obligatorii, ipoteză contrară dispozițiilor de la alin. (1) al aceluiași art. 33, întrucât informațiile respective trebuie să aibă caracter explicit (nu implicit).

Pe de altă parte, dreptul asigurat ofertanților de a emite observații asupra clauzelor specifice pare fără obiect, întrucât nu sunt identificate clauzele respective. Ori, această libertate de propunere a modificării clauzelor contractuale specifice, fără identificarea domeniului de aplicare a lor ar putea conduce la

obținerea de propuneri tehnice/financiare disproporționate ori cu soluții ce nu ar putea fi comparabile, respectiv ar conduce la creșterea riscurilor de neatribuire a contractului de achiziție publică, cu incidența dispozițiilor de la art. 209 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

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

Procedând la punerea în aplicare a deciziei mai sus evocată, autoritatea contractantă a emis clarificarea nr. 12039 din 06.02.2013, publicată în SEAP la aceeași dată, precizând următoarele:

„Conform Deciziei C.N.S.C. nr..../... din ...

... Clauzele/articolele contractuale obligatorii din modelul de contract atașat pe SEAP sunt:

Art. 4 Obiectul contractului

Art. 5 Prețul contractului

Art. 6 Durata contractului

Art. 7 Executarea contractului

Art. 10 Obligațiile executantului

Art. 10.10 Proiectarea

Art. 10.11 Execuția lucrărilor

Art. 10.12 Codul de conduită

Art. 10.13 Conflictul de interese

Art. 11 Obligațiile achizitorului

Art. 12 Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor

Art. 13 - Garanții

Art. 15 - Începerea și execuția lucrărilor

Art. 16 - Întârzierea, suspendarea și reluarea execuției lucrărilor

Art. 18- Testarea

Art. 19 - Teste la terminare

Art. 20 (20.1 și 20.2) - Finalizarea și recepția lucrărilor și Recepția finală

Art. 21- Perioada de garanție acordată lucrărilor

Art. 22 - Modalități de plată

Art. 23 - Ajustarea prețului contractului

Art. 24 - Asigurări

Art. 28 - Încetarea și rezilierea contractului

Art. 30 - Soluționarea litigiilor

Art. 31 - Limba care guvernează contractul

Art. 33 - Legea aplicabilă contractului”.

Cele două oferte depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop, fiind încheiat procesul-verbal nr. 47719 din 23.05.2013.

Împotriva procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, ..., lider al asocierii ... - ... formulat contestația nr. A1209 din 31.05.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 17904 din 31.05.2013. Prin decizia nr. ... din ... Consiliul a respins contestația și a dispus continuarea procedurii de atribuire.

Cu privire la prima contestație care face obiectul prezentei cauze, Consiliul reține că, pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, prin adresa nr. 73295 din 08.08.2013, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări asocierii ... - ... - ... referitoare la *„deviațiile și clarificările privind condițiile generale ale contrac-tului”*, precizându-se următoarele:

„Conform Deciziei C.N.S.C. nr..../... din ... și clarificării nr. 12039/06.02.2013, atașată la anunțul de participare nr. .../21.12.2012, Clauzele obligatorii nu se negociază, orice modificare/completare fiind dezavantajoasă pentru Autoritatea Contractantă. Vă rugăm clarificați și totodată comunicați-ne acceptul necondiționat al clauzelor obligatorii în forma și conținutul din modelul de contract atașat la anunțul de participare”.

Împotriva acestei solicitări de clarificări, ... al asocierii ... - ... - ... a formulat prima contestație care face obiectul prezentei cauze, pentru motivele arătate anterior, solicitând:

- anularea în totalitate sau parțial a punctului 2 din scrisoarea de clarificare nr. 73295 din 08.08.2013, emisă de autoritatea contractantă cu privire la clarificările formulate de către contestatoare la propunerea de contract;

- obligarea autorității contractante să remedieze actele care afectează procedura de atribuire prin menținerea clarificărilor formulate de către contestatoare și recunoașterea dreptului contestatoarei de a negocia clauzele contractuale cu privire la care au fost formulate aceste clarificări.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la oportuni-

tatea acestor solicitări de clarificări, Consiliul reține că în legătură cu adresa de clarificări nr. 73295 din 08.08.2013, niciunul dintre potențialii ofertanți nu și-a exercitat dreptul de a solicita lămuriri asupra aspectele din cuprinsul documentației de atribuire pe care le aprecia ca fiind neclare, în temeiul dispozițiilor art. 78 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, și nici nu a contestat aceste aspecte.

În acest context, Consiliul apreciază că, prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci, implicit și conținutul clarificării referitoare la *clauzele/articolele contractuale obligatorii din modelul de contract*.

Referitor la criticile contestatoarei privind oportunitatea acestei solicitări de clarificări, Consiliul reține că în speță sunt aplicabile următoarele dispoziții legale:

I. - din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

- art. 33 alin (2) lit. c) - *„Documentația de atribuire cuprinde: ...*

c) informații referitoare la clauzele contractuale obligatorii”;

- art. 201 alin. (1) - *„Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate”.*

II. - din Hotărârea de Guvern nr. 925/2006:

- art. 36 alin. (2) lit. b) - *„Oferta este considerată neconformă în următoarele situații: ...*

b) conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective;

- art. 78 alin. (1) - *„Comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.*

- art. 79 alin. (1), teza I - „În cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate ... oferta sa va fi considerată neconformă”.

Față de cele mai sus prezentate, rezultă că sunt nefondate susținerile contestatoarei, urmând a fi respinsă cererea acesteia de anulare a solicitării de clarificări contestată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația nr. 769 din 08.08.2013, depusă de ... al asocierii ... - ... - ...

Cu privire la cea de-a doua contestație care face obiectul prezentei cauze, Consiliul reține că, urmare a accesului la documentele aflate în dosarul achiziției publice depuse de autoritate la Consiliu, ... a luat la cunoștință despre procesul-verbal nr. 67460 din 18.07.2013, întocmit cu ocazia ședinței de analizare a ofertelor.

Împotriva procesului-verbal mai sus evocat, ... al asocierii formată din ... - ... - ... a formulat contestație pentru motivele arătate anterior, solicitând:

- admiterea contestației;
- anularea în parte a procesului-verbal al ședinței de analizare a ofertelor, înregistrat de autoritatea contractantă cu nr. 67460 din 18.07.2013, cu privire la îndeplinirea de către Consorțiul ... - ... criteriilor de calificare din punct de vedere al experienței similare pentru proiecte similare;
- anularea tuturor actelor subsecvente actului contestat și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertelor depuse începând cu etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, cu respectarea legislației în materia achizițiilor publice.

Examinând excepția lipsei de interes în a contesta celălalt ofertant, invocată de către autoritatea contractantă, întrucât oferta asocierii ... - ... - ... este neconformă și nu i se poate atribui contractul de lucrări, Consiliul reține că potrivit art. 255 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare:

„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității

contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.

(2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire”.

Potrivit dispozițiilor legale citate anterior, calitatea procesuală activă a contestatorului este condiționată de existența și dovedirea interesului legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; interesul trebuie să fie personal, legitim și actual, astfel cum dispune art. 33 din Cod procedură civilă, precum și art. 32 alin. (1), Cod procedură civilă, care prevede că: *„Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:*

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes”.

Având în vedere cele expuse anterior, Consiliul, în baza dispozițiilor art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, va respinge excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la soluționarea pe fond a contestației, cu privire la aspectele criticate de către contestatoare vizând oferta asocierii ... - ... respectiv modul de îndeplinire a cerințelor de calificare, Consiliul observă că actul atacat, procesul-verbal nr. 67460 din 18.07. 2013, întocmit cu ocazia ședinței de analizare a ofertelor, nu reprezintă documentul prin care autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire.

În acest context, în speță sunt incidente următoarele dispoziții ale H.G. nr. 925/2006:

I. - din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

- art. 176 lit. d) - „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la: ...

d) capacitatea tehnică și/sau profesională; ...”

- art. 178 alin. (1) - „În cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d), autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/anunțului de participare”;

- art. 201 alin. (1) - „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate”.

II. - din Hotărârea de Guvern nr. 925/2006:

- art. 34 alin. (1) - „În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte”;

- art. 35 - „Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate”.

Mai mult, în conformitate cu art. 72 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, comisia de evaluare are obligația de a proceda la „verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire”.

Această obligație legală impune comisiei de evaluare o analiză temeinică a documentelor puse la dispoziție de către ofertanți și solicitarea clarificărilor necesare astfel încât decizia de admitere/respingere a unei oferte să se adopte în cunoștință de cauză, pe baza tuturor informațiilor relevante existente. Numai în situația în care comisia de evaluare s-a asigurat că un

oferant îndeplinește sau nu una sau mai multe cerințe de calificare poate proceda la admiterea sau respingerea ofertei în cauză.

Or, în punctul său de vedere cu privire la cea de-a doua contestație a ..., autoritatea contractantă a precizat că este de acord cu propunerea contestatoarei de a verifica faptul că lucrarea prezentată de asocieria ... - ... în dovedirea experienței sale similare nu este încă finalizată.

În consecință, rezultă că sunt neîntemeiate susținerile contestatoarei, deoarece Consiliul nu se poate substitui sau obliga autoritatea contractantă în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor legale ale acesteia de stabilire a ofertelor ca inacceptabile/neconforme/admisibile, precum și câștigătoare/necâștigătoare sau, după caz, anularea procedurii, întrucât s-ar aduce atingere principiului independenței și imparțialității comisiei de evaluare.

Întrucât nu a fost întocmit raportul procedurii, actul prin care comisia de evaluare se pronunță cu privire la admisibilitatea ofertelor primite, Consiliul stabilește că este prematura contestarea situației juridice a ofertei depusă de asocieria ... - ... în condițiile în care comisia de evaluare nu și-a finalizat activitatea de analiză a acestei oferte.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația nr. ... din ... depusă de ... al asocierii ... - ... - ...

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ..., lider al asocierii ... - ... văzând că această asocierie a dovedit un interes legitim propriu în pricina prin promovarea cererii, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu intervenția.

Având în vedere cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestației depusă de ... al asocierii ... - ... - ... Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție sunt întemeiate, astfel încât, în baza art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va admite cererea de intervenție a ..., lider al asocierii ... - ...

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 51 (cincizecișiuna) pagini.