



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

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

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

## **DECIZIE**

**Nr. .../.../...**

**Data: ...**

Prin contestația nr. 4386 din 22.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20824 din 28.10.2015, înaintată de asocieria ...-...A-..., prin ..., în calitate de lider al asocierii, cu sediul în ..., ..., ..., având CIF ..., formulată împotriva rezultatului procedurii emis de către ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „extinderea stației de epurare a apelor uzate și construcția incineratorului de nămol”, s-a solicitat:

„- anularea solicitării de clarificări adresată de autoritate în cadrul celei de-a doua reevaluări a ofertei asocierii SC ... - .... - .... și, pe cale de consecință, a răspunsului primit de la acest ofertant;

- anularea parțială a raportului procedurii de atribuire nr. 1940/12.10.2015, respectiv în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii SC ... - .... - .... drept admisibilă și desemnarea acesteia drept câștigătoare a procedurii de atribuire și a oricăror acte conexe subsecvente, inclusiv, dar fără a se limita la adresele de comunicare a rezultatelor procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante să reevalueze oferta asocierii SC ... - .... - .... (propunerea tehnică și financiară) și să desemneze oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea prevederilor legale”.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21625 din 06.11.2015, formulată de asocieria SC ... - .... - ..., prin liderul asocierii SC ..., cu sediul în ..., ...,

..., în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii, a solicitat admiterea în principiu a acesteia, iar

Pe cale de excepție:

- admiterea excepției inadmisibilității capătului de cerere privitor la anularea răspunsului asocierii ... și respingerea acestei cereri ca inadmisibilă;

- admiterea excepției autorității de lucru judecat cât privește contestația formulată, relativ la preținsele motive de anulare a solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă în cadrul celei de-a doua reevaluări, și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca fiind intrată în autoritatea de lucru judecat;

- admiterea excepției autorității de lucru judecat cât privește contestația formulată, relativ la preținsele motive invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestația formulată și pe cale de consecință respingerea contestației ca fiind intrată în autoritate de lucru judecat.

Pe fond, se solicită:

- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată;

- menținerea, ca temeinic și legal, a rezultatului procedurii de atribuire, prin care oferta asocierii ...- ... a fost declarată câștigătoare.

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

### **DECIDE:**

În temeiul art. 278 alin. (2), (4) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, admite în parte contestația formulată de asocieria ...-...A-..., prin ..., în contradictoriu cu ..., și dispune anularea în parte a raportului procedurii nr. DPA:1940/12.10.2015 (în partea dedicată acordării punctajelor pentru factorii de evaluare și stabilirea ofertei câștigătoare) și a actelor subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii ... - ... conform motivării de mai jos, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei.

Respinge ca nefondat capătul de cerere privind reevaluarea propunerii tehnice și financiare a asocierii SC ... - .... - .....

Admite excepția autorității de lucru judecat a motivelor invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestația formulată, invocată de intervenientă.

Respinge ca nefondate restul motivelor din cererea de intervenție formulată de asocieria SC ... - .... - .....

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

## MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 4386 din 22.10.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20824 din 28.10.2015, ..., în calitate de operator economic participant la procedura de licitație restrânsă indicată mai sus, organizată de ..., critică decizia autorității contractante de a declara oferta depusă de asocierea SC ... - .... - .... drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

În data de ..., autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „extinderea stației de epurare a apelor uzate și construcția incineratorului de nămol”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....

Conform procesului-verbal al ședinței de deschidere a candidaturilor nr. 23/25.02.2013, la procedură au depus candidaturi 8 participanți (în termenul limită de depunere).

La data de 28.03.2013, petenta a primit comunicarea privind rezultatul procedurii de selecție a candidaturilor nr. 717/28.03.2013, iar la data de 17.04.2013, a primit invitația nr. 884/17.04.2013, prin care a fost informată că oferta sa a fost declarată calificată și a fost invitată să depună ofertă pentru etapa următoare a procedurii.

Prin comunicarea privind primul rezultat al procedurii de atribuire nr. 1131.1/29.04.2014, contestatoarea a fost informată că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar clasată pe locul al doilea, câștigătoare fiind desemnată oferta ...- ....

La data de 09.05.2014, a formulat contestație împotriva primului rezultat al procedurii de atribuire, înregistrată la Consiliu cu nr. de intrare 14654. La data de 20.06.2014, Consiliu a emis decizia nr. 1795/201-C9/1700, 1786 din data de 17.06.2014, prin care a admis contestația obligând autoritatea să reevalueze oferta asocierii .... Împotriva acestei decizii nu a formulat plângere nici asocierea ..., nici autoritatea contractantă.

La data de 22.07.2014, contestatoarea a primit comunicarea privind noul rezultat al procedurii de atribuire, nr. 2005.1/22.07.2014, prin care oferta câștigătoare a fost desemnată tot cea depusă de ...- ....

... a formulat contestație împotriva rezultatului reevaluării și respectiv plângere împotriva deciziei Consiliului. Prin decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014, pronunțată în dosarul nr. 5722/2/2014, s-a dispus admiterea în parte a contestației ..., respectiv în ceea ce privește nerespectarea deciziei CNSC nr. 1795 de către autoritate și ...- ..., în privința costului „0” al cenușii și a protocolului ... și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii ...- ....

La data de 12.10.2015, ... a primit comunicarea privind noul rezultat al procedurii de atribuire, nr. 1936.1/12.10.2015, stabilit în

urma celei de-a doua reevaluări a ofertei ...- ..., prin care a fost informată că oferta câștigătoare a fost desemnată tot oferta ...- ....

Contestatoarea apreciază că oferta asocierii ...- ... este neconformă și trebuia respinsă de autoritatea contractantă:

1) Autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta asocierii ...- ..., nemaiputând adresa solicitare de clarificare pentru un aspect care a fost deja clarificat de două ori prin refuzul ferm al ofertantului de a-și corecta oferta.

Prin decizia nr. 8725/24.11.2014, Curtea de Apel a stabilit că autoritatea contractantă a adresat solicitarea de clarificări, din prima reevaluare, în concordanță cu dispozițiile deciziei Consiliului 1795, că răspunsul ... reiterează expres costul „0” pentru majoritatea cenușii și că ... a încălcat astfel documentația de atribuire.

Mai mult, Curtea de Apel a statuat, prin Decizia 8725/24.11.2014, că ... "trebuia" ca prin răspunsul la solicitarea de clarificări să se conformeze cerințelor documentației de atribuire.

Așadar, Decizia nr. 8725/24.11.2014 nu prevede posibilitatea adresării unei noi solicitări de clarificare cu privire la același aspect, ... "trebuia" să se conformeze prin răspunsul său din prima reevaluare (înregistrat DPA nr. 1940/10.07.2014) cerințelor documentației de atribuire și deciziei Consiliului nr. 1795.

Solicitarea de clarificare a fost deja adresată în mod corect de autoritate, iar ofertantul a refuzat prin răspunsul DPA 1940/10.07.2014 să corecteze abaterea de la caietul de sarcini reținută deja la acel moment prin decizia Consiliului nr. 1795.

La a doua reevaluare, autoritatea contractantă trebuia să constate (i) neconcludența răspunsului ... nr. DPA 1940/10.07.2014, ceea ce ar fi trebuit să facă încă de când a primit acel răspuns, în prima reevaluare, deoarece acesta nu respectă Decizia Consiliului nr. 1795 și respectiv (ii) neconformitatea ofertei ..., în baza art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Decizia nr. 8725/24.11.2014 a Curții de Apel critică tocmai răspunsul ... nr. DPA 1940/10.07.2014, care "reiterează expres costul "0" pentru majoritatea cenușii", precum și decizia autorității de a accepta acest răspuns, în totală contradicție cu Decizia Consiliului nr. 1795 și cu documentația de atribuire.

Așadar, ceea ce ar fi trebuit autoritatea contractantă să remedieze în cea de-a doua reevaluare era interpretarea sa greșită a răspunsului ... nr. DPA 1940/10.07.2014 drept concludent, aceasta fiind singura interpretare logică posibilă a Deciziei nr. 8725/24.11.2014.

... răspunsese deja la două solicitări de clarificare cu privire la cenușa din electrofiltre și la Protocolul ..., confirmând de fiecare dată corectitudinea acestora și menținându-și expres opțiunea, în ciuda celor reținute prin Decizia Consiliului nr. 1795.

În fața perseverenței ... de a-și menține propria interpretare a caietului de sarcini, în ciuda existenței unei decizii definitive contrare a Consiliului, autoritatea trebuia să respingă răspunsul ... ca neconcludent și oferta acestuia ca neconformă, iar nu să adreseze o nouă solicitare de clarificare cu privire la același aspect.

Prin adresarea unei noi solicitări de clarificare cu privire la același aspect, autoritatea contractantă i-a creat ofertantului ... un avantaj evident, încălcând astfel art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Acceptarea din partea autorității contractante a modificării ofertei are ca efect încălcarea principiului tratamentului egal, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Dreptul autorității de a cere clarificări ofertanților trebuie exercitat cu maximă prudență, pentru a nu distorsiona procedura și a nu crea avantaje aparente ori de substanță ofertanților neglijenți.

În speța de față nu este vorba despre o a doua solicitare de clarificări, de completare sau de clarificare a răspunsului ... nr. DPA 1940/10.07.2014 din prima reevaluare, ci este vorba despre o solicitare de clarificare cu privire la același aspect - costul cenușii din electrofiltru - adresată pentru a determina o schimbare la 180 de grade față de primele două răspunsuri ale ofertantului.

Dacă prin răspunsul DPA 1940/10.07.2014, ... și-a menținut costul "0" pentru cenușa din electrofiltru și OPEX-ul ofertat inițial (confirmate anterior și prin răspunsul 137/22.01.2014), prin răspunsul din a doua reevaluare, ... s-a conformat, într-un final, cu documentația de atribuire, renunțând la costul "0" și cotând întreaga cantitate de cenușă la costul de 135 lei/tonă prevăzut de autoritate - în contradicție totală cu răspunsurile sale anterioare, sub "presiunea" a două decizii definitive.

Petenta subliniază faptul că obiectul celei de-a doua reevaluări ar fi trebuit să îl formeze răspunsul ... nr. DPA 1940/10.07.2014, din prima reevaluare, prin raportare la Decizia Consiliului nr. 1795, în conformitate cu aspectele confirmate și prin Decizia Curții nr. 8725 din 24.11.2014.

Decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014 a "resetat" practic procedura de atribuire la momentul primei reevaluări, respectiv al interpretării de către autoritate a răspunsului ... nr. DPA 1940/10.07.2014.

În interpretarea răspunsului ... nr. DPA 1940 din 10.07.2014, trebuie să se țină cont de Decizia nr. 1795 prin care Consiliul a statuat că autoritatea trebuie să clarifice cu ofertantul neconcordanța, respectiv costul "0" pentru cenușă, și să stabilească în funcție de răspunsul primit dacă este vorba de o neconformitate sau de corectarea unei abateri tehnice minore.

Însă, cum ... nu a modificat costul "0" prin răspunsul nr. DPA 1940/10.07.2014, ci, dimpotrivă, a reconfirmat valabilitatea acestuia, în contradicție cu documentația de atribuire și cu Decizia Consiliului nr. 1795, singura soluție posibilă era constatarea neconcludenței acestui răspuns și respectiv a neconformității ofertei ....

Revenind la momentul primei reevaluări, redevin de actualitate și observațiile UCVAP privind raportul procedurii din prima reevaluare. UCVAP a considerat că răspunsul ...- ... referitor la costul cenușilor trebuia sancționat prin declararea ofertei ...- ... ca neconformă, în condițiile în care Decizia Consiliului nr. 1795 calificase deja costul "0" ca o "denaturare a factorului OPEX.

Autoritatea contractantă nu ar mai fi trebuit să adreseze nicio solicitare de clarificare asocierii ... cu privire la cenușa din electrofiltre, întrebarea fiind în mod corect adresată în cursul primei reevaluări, așa cum a confirmat și Decizia nr. 8725/24.11.2014, iar răspunsul ... fiind deja transmis.

Din acest motiv, petenta apreciază că se impune anularea solicitării de clarificare adresată de autoritate în cadrul celei de-a doua reevaluări, anularea parțială a raportului procedurii de atribuire DPA nr. 1940/12.10.2015, în ceea ce privește evaluarea ofertei ... și obligarea autorității la reevaluarea ofertei ... prin prisma răspunsului acestuia nr. DPA 1940/10.07.2014, raportat la Decizia Consiliului nr. 1795 și la Decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014, precum și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile.

2. În subsidiar, contestatoarea apreciază că modificarea propunerii tehnice ofertată de asocieria ... nu constituie corectarea unei abateri tehnice minore sau a unei erori aritmetice:

#### 2.1 Modificarea semnificativă a propunerii tehnice:

Caracterul minor sau de altă natură al modificării realizate de ..., prin răspunsul său la clarificarea primită în a doua reevaluare, nici nu ar mai trebui analizat, solicitarea de clarificări creându-i un avantaj evident.

În speță, nu este vorba de o neconcordanță minoră, de o scăpare firească care ar putea apărea în elaborarea unei oferte complexe, ci este vorba de o abatere voită de la caietul de sarcini, reconfirmată și reasumată în mod repetat de ..., în scopul denaturării factorului de evaluare OPEX.

Costul de operare al stației de epurare (OPEX) în urma extinderii acesteia este factorul de evaluare cel mai important din prezenta procedură, având o pondere de 60%, prețul ofertei (CAPEX) având o pondere de numai 40%.

...- ..., necunoscând la momentul depunerii ofertei OPEX-ul celorlalți ofertanți, pentru a-și asigura o poziție cât mai confortabilă în clasamentul participanților, a încălcat caietul de sarcini prin ignorarea costului unitar fix stabilit de autoritate pentru evacuarea cenușii din electrofiltre, stabilind în oferta sa un cost "0" (zero) pentru eliminarea acestui subprodus, denaturând astfel aplicarea factorului de evaluare OPEX prin micșorarea artificială a acestuia, așa cum a reținut atât Consiliul prin Decizia nr. 1795, cât și Curtea de Apel ... prin Decizia nr. 8725/24.11.2014.

Faptul că nu a fost schimbat clasamentul ofertanților în urma acestei modificări este numai una dintre cele două condiții cumulative ale incidenței art. 79 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, cea de-a doua condiție fiind tocmai aceea că modificarea să reprezinte corectarea unei abateri tehnice minore.

Din acest motiv, nu prezintă nicio relevanță faptul că modificarea ofertei ...- ... nu a condus la modificarea clasamentului, deoarece: (i) abaterea tehnică pe care a corectat-o nu este minoră, producând o modificare substanțială, de 17,5% a principalului factor de evaluare, dar și a întregului proces tehnologic de evacuare a cenușii din electrofiltre și



(ii) la momentul ofertării, ...- ... nu știa care vor fi diferențele de punctaj dintre oferte și de aceea a recurs la artificii "cenușii valorizate" pentru a-și maximiza șansele, încălcând însă documentația de atribuire.

Practic, prin înlocuirea costului "0" cu prețul unitar stabilit de autoritate, ...- ... și-a modificat întreaga soluție tehnică cu privire la modalitatea de evacuare a cenușii din electrofiltre.

Până acum, asocierea ...- ... a încercat să convingă autoritatea/instanța că soluția sa nu necesită niciun camion, transport, personal angajat sau contractat, nicio procedură de încărcare/descărcare a cenușii din electrofiltre (material periculos ce va fi produs de stația de epurare în cantități enorme, de 19.650,89 tone/an conform ofertei sale), deoarece de tot acest proces se va ocupa ..., în baza protocolului încheiat cu acesta, gratuit.

Însă acum, prin eliminarea costului "0" pentru cenușă, tot acest proces redevine necesar, căzând în sarcina operatorului stației de epurare, nu a ..., ceea ce constituie o modificare evidentă și semnificativă a soluției tehnice.

Așadar, modificarea operată de asocierea ..., în propunerea sa tehnică, prin răspunsul la solicitarea de clarificări primită în cadrul celei de-a doua reevaluări a ofertei sale, nu este una minoră, ci una semnificativă, care concretizează avantajul evident și nejustificat pe care i l-a creat autoritatea prin adresarea unei solicitări suplimentare de clarificare cu privire la un aspect care fusese deja clarificat.

## 2.2 Modificarea nepermisă a propunerii financiare:

Contestatoarea subliniază caracterul dual al costurilor de operare (OPEX), de a face parte atât din propunerea tehnică, cât și din propunerea financiară, fiind la rândul lor un preț care va fi suportat de operatorul stației de epurare.

Chiar ... a introdus valoarea totală a costurilor de operare (anuale și pentru întreaga perioadă de utilizare a stației de epurare) atât în propunerea sa tehnică (p. 1146-1160 din propunerea sa tehnică), cât și în propunerea financiară (p. 15b din propunerea financiară ...).

Modificarea de către ... a OPEX-ului ofertei sale cu 2.652.870,47 lei, sau 17,5%, nu constituie, în mod evident, corectarea unei erori aritmetice sau a unui viciu de formă, ci constituie o modificare majoră a propunerii financiare, determinată de (i) propriile sale refuzuri repetate de a se conforma cu cerințele DA precum și (ii) de Decizia CAB nr. 8725/24.11.2014.

În aceste condiții, petenta apreciază că se impunea respingerea ofertei ... ca neconformă și în temeiul art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, pentru modificarea conținutului propunerii financiare.

3. În final, autoarea contestației susține că OPEX-ul - costul operațional - al ofertei ...- ... este pe ansamblu nesustenabil și se bazează pe abateri grave de la caietul de sarcini și de la bunele practici în materie:

Faptul că oferta ...- ... este neconformă și trebuia respinsă ca atare este demonstrat, pe lângă problema legată de alocarea costului „0” la cenușa din electrofiltre, și de o listă foarte lungă de alte abateri, făcute

intenționat, în ideea de a reduce artificial, pe hârtie, OPEX-ul, principalul factor de evaluare. În cadrul anexei nr. 16 la contestație, autoarea contestației precizează abaterile de la cerințele documentației de atribuire constatate, care au dus la reducerea costului OPEX (cu referire la cantitatea de energie produsă prin valorificarea nămolului rezultat din procesul de epurare biologică, substanțele de adaos, scoaterea fosforului din apă, insuflarea unui volum suficient de aer, respectiv lipsa calculelor de proces, diagramelor, demonstrațiilor).

Prin adresele nr. 11103/...-... din 29.10.2015, respectiv nr. 11324/...-... din 04.11.2015, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către asocieria ...-...A-..., solicitând punctul de vedere cu privire la contestație, copia dosarului achiziției, copia ofertei depusă de asocieria SC ... - .... - ....., precum și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. DPA2082.1/04.11.2015, înregistrat la Consiliu cu nr. 21393/04.11.2015, împreună cu documentele necesare în soluționarea contestației, apreciind contestația ca fiind nefondată, precizând următoarele:

I. Contestația depusă de FCC cuprinde trei capete de cerere, astfel:

1. Anularea unei presupuse solicitări de clarificare adresată asocierii SC ... - ... International ... - ... .., în cadrul celei de a doua reevaluări a ofertelor.

Pe parcursul celor trei proceduri de evaluare, comisia de evaluare a solicitat:

- Confirmarea angajamentului (Protocolului) și a garanției pentru costul de depozitare a cenușii (22.01.2014), în cadrul evaluării;
- Clarificarea ofertei sale în contextul expus în decizia CNSC nr. 1795/2014, pag. 43 (10.07.2014), în cadrul primei reevaluări;
- Recalcularea costurilor de operare în contextul deciziei CAB nr. 8725/2014 și a documentației de atribuire (07.07.2015), în cadrul celei de a doua reevaluări.

Autoritatea contractantă arată că, cele trei solicitări de clarificare (una în procedura de evaluare inițială, una în reevaluarea de după decizia CNSC nr. 1795/2014 și una presupusă, la care face referire contestatoarea, în cea de a doua reevaluare, după decizia CAB nr. 8725/2014) au fost diferite atât din punct de vedere al conținutului, cât și al circumstanțelor.

Prin prima solicitare de clarificare s-a solicitat o confirmare, nu o recalculare sau o revizuire a calculelor.

Cea de-a doua solicitare de clarificare a fost formulată cu redarea unui pasaj din Decizia CNSC nr. 1795: « Eficientizarea acestui cost este o opțiune exclusivă a autorității contractante...», așa încât ofertantul în răspunsul său și-a confirmat oferta (cantitatea de cenuși corect calculată) și a expus justificarea sa privind încadrarea în categoria «Altele» a cenușii pentru care s-a încheiat protocolul.

În aceste circumstanțe, cunoscând faptul că indiferent de cotarea cu prețul «0» sau cu prețul de 135 lei/tonă a cenușii, punctajul obținut de oferta asocierii ...- ... nu va schimba clasamentul, autoritatea



contractantă a considerat răspunsul drept concludent, în acest mod păstrându-și și avantajul de a putea dispune de această facilitate angajată de asocierea ..., prin urmare nu a solicitat în mod clar, explicit, precis ofertantului recalcularea costurilor.

În decizia civilă a Curții de Apel ... nr. 8725/2014 se menționează că «nu poate fi primită susținerea intimatei în sensul că cenușa pentru care a oferat cost «0» poate fi încadrată în categoria Altele...». În această situație, autoritatea contractantă a avut la dispoziție două posibilități:

- fie să transmită o solicitare de clarificare prin care să solicite recalcularea costurilor;
- fie să recalculeze costurile și să transmită punctajul obținut fiecărui ofertant, iar aceștia să îl conteste în cazul în care nu erau de acord.

Se poate observa că:

- numai după decizia CAB nr. 8725/2014 s-a solicitat recalcularea costurilor;

- prin solicitarea respectivă nu s-a creat un avantaj asocierii ..., deoarece prin decizia CAB nr. 8725/2014 s-a impus încadrarea cenușii la costul de 135 lei/tonă, fără a avea în vedere facilitatea oferită prin Protocol. În acest fel, în privința utilizării eficiente a fondurilor cu scopul maximizării beneficiului public, autoritatea contractantă este cea care a fost dezavantajată prin neluarea în considerare a beneficiului adus de această facilitate.

Având în vedere considerentele anterior menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acestui capăt de cerere.

2. Petenta a solicitat «Anularea parțială (...) în ceea ce privește evaluarea ofertei ... drept admisibilă și desemnarea acesteia drept câștigătoare (...)»:

Autoritatea contractantă arată că a organizat reevaluarea ofertei în conformitate cu dispozițiile Deciziei Civile CAB nr. 8725/2014, numind o altă comisie în vederea reevaluării, prin Nota DPA nr. 971.1/04.06.2015, aprobată de Primarul General și având în componența sa, în special, persoane cu experiență în domeniul juridic și cel al achizițiilor publice, cât și experți cooptați cu experiență în domeniul tehnic și al achizițiilor publice. Durata reevaluării a numărat circa 3 luni, perioadă în care s-au întocmit rapoarte, s-au purtat discuții, au fost exprimate opinii scrise, au fost enunțate trei solicitări de clarificări, complet diferite între ele, pentru a conchide în mod pertinent și argumentat, inclusiv asupra faptului că oferta asocierii ... este admisibilă, conformă și astfel poate fi desemnată câștigătoare.

Pe considerentele expuse, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acestui capăt de cerere.

3. Contestația conține solicitarea de obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii ...- ... (propunere tehnică și financiară):

Autoritatea contractantă arată că, din decizia Consiliului nr. 1795/2014, rezultă în mod evident că era necesară numai reevaluarea

costurilor de exploatare pentru evaluarea ofertei asocierii .... Însăși contestatoarea susține: *„Dacă dispoziții dintr-o decizie anterioară a Consiliului, pronunțată în privința aceleiași proceduri de atribuire, nu ar fi respectate de completele din cadrul Consiliului, investite ulterior cu noi contestații, atunci s-ar încălca principiul securității juridice și s-ar goli de conținuti, în mod evident nelegal, forța juridică și efectele juridice ale deciziilor pronunțate de Consiliu, prin care au fost dezlegate, la acest nivel jurisdicțional, anumite probleme de drept centrate pe stări de fapt izvorâte din achiziția publică aflată în derulare sau finalizată.”*

Autoritatea contractantă susține respingerea acestui capăt de cerere privind reevaluarea propunerilor tehnice și financiare ale asocierii. Reevaluarea solicitată prin decizia CNSC nr. 1795/2014 a constat numai în verificarea „costurilor de operare pentru evaluarea ofertelor”.

Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acestui capăt de cerere.

## II. Motivele invocate de contestatoare:

(1) *Desemnarea drept câștigătoare a asocierii ...- ... înfrânge autoritatea de lucru judecat prin decizia CNSC nr. 1795/2014 și decizia CAB 8725/2014.*

O astfel de susținere este apreciată de autoritatea contractantă ca fiind eronată. Se poate constata că atât autoritatea contractantă, cât și asocieria ... au respectat întocmai dispozițiile anterioare ale deciziilor emise de către CNSC și CAB, procedând la reevaluarea ofertei și la corectarea abaterilor sesizate cu privire la evaluarea ofertelor pe o bază comună. Mai mult, contrar celor susținute de contestatoare, nicăieri în deciziile amintite nu se regăsește vreun element care să oblige autoritatea contractantă la declararea ofertei în cauză ca fiind neconformă.

(2) *O solicitare de clarificare i-ar fi creat avantaje asocierii ....*

Pe lângă argumentele aduse în combaterea primului capăt de cerere din contestație, referitor la solicitările de clarificare, autoritatea contractantă redă din conținutul răspunsului asocierii din data de 10.07.2014 (cu prilejul primei reevaluări) următorul pasaj:

*„Prin urmare, în raport de cele menționate mai sus, întreaga ofertă (oferta tehnică și oferta financiară) rămâne neschimbată. Față de considerentele Deciziei CNSC, în cazul în care urmare a analizării prezentului răspuns autoritatea contractantă consideră că aspectele prezentate de subscrisa nu sunt suficiente pentru a efectua reevaluarea tehnică a ofertei, în vederea analizării comparative a tuturor ofertelor, subscrisa este de acord a fi solicitate clarificări suplimentare, clarificări care nu vor duce la modificarea ofertei financiare a subscrisei. Menționăm că asemenea clarificări ar avea un caracter strict formal, și se vor efectua doar în scopul evaluării comparative a tuturor ofertelor.”*

Astfel, pe lângă faptul că niciodată înainte de pronunțarea deciziei civile CAB nr. 8725/2014, asocierii ... nu i s-a solicitat recalcularea tabelului din formularul *Colectarea de date pentru evaluarea ofertei SO3* -, se aduce în vedere faptul că asocieria ..., urmare solicitării din cadrul

cele de a doua reevaluări, a fost de acord să modifice prețul „0” în scopul evaluării ofertelor pe o bază comună.

(3) *„Încălcarea evidentă a principiilor (...) subordonare a interesului superior al ... care trebuie să fie desemnat câștigător cu orice preț”,* o acuză din cadrul celui de-al treilea motiv pe care îl invocă contestatoarea, introdusă, în opinia autorității, cu rea-voință, în scopul de a influența dreapta judecată a Consiliului, nu poate fi acceptată în cadrul unei proceduri de o asemenea importanță prin care se urmărește semnarea celui mai important contract de investiții în domeniul infrastructurii de mediu din Europa, la momentul actual.

De asemenea, autoritatea contractantă ține să precizeze că, în contestația depusă se fac, în mod repetat, anumite confuzii care denaturează situația de fapt și conduc către concluzii complet false.

În ceea ce privește concluziile false, acestea sunt:

- A. existența unor abateri de la caietul de sarcini (CS);
- B. existența unei modificări a ofertei sub două aspecte;
- C. OPEX - parte a propunerii tehnice și financiare.

A. Contestatoarea încearcă în mod repetat să inducă ideea că nerespectarea costului unitar de 135 lei/tonă pentru evacuarea cenușii constituie o abatere de la prevederile caietului de sarcini.

Confuzia contestatoarei, involuntară sau nu, privește diferența dintre documentația de atribuire și caietul de sarcini.

Astfel, conform art. 3 lit. j) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările aplicabile la momentul inițierii procedurii de atribuire, documentația de atribuire cuprinde *„toate informațiile legate de obiectul contractului de achiziție publică și de procedura de atribuire a acestuia, inclusiv caietul de sarcini sau, după caz, documentația descriptivă”*. Se observă cu ușurință că relația este una de la parte la întreg, între cele două categorii de documente neexistând identitate. Documentația de atribuire conține numeroase alte elemente pe lângă caietul de sarcini: fișa de date, diverse formulare, alte documente specifice.

În cazul prezentei proceduri de atribuire, diferența este și mai accentuată, Ordinul comun ANRMAP/Ministerul Mediului nr. 2266/335/2012, impunând folosirea mai multor documente pentru licitațiile POS Mediu. Printre aceste documente se află și Formularul S03 ce conține prețul unitar de 135 lei/tonă pentru evacuarea cenușii. Acest formular nu are nicio legătură cu prevederile caietului de sarcini, ci se bazează pe rezultate obținute din respectarea cerințelor caietului de sarcini și este un instrument al autorității contractante, cuprinzând tabelul 1-1 completat de către ofertant cu unicul scop de a facilita calculul de acordare a punctajului pentru criteriul tehnic pe baze egale pentru toți ofertanții.

Diferențierea de mai sus este extrem de importantă, întrucât art. 36 alin. (2) lit. a) din OUG nr. 34/2006 se referă strict la abaterile privind cerințele caietului de sarcini. Or, stabilirea unui preț unitar în cadrul documentației de atribuire cu scopul evaluării unitare a ofertelor nu poate constitui implicit o abatere de la prevederile caietului de sarcini, astfel cum susține contestatoarea.

În realitate, contestatoarea încearcă să imprime o notă de gravitate maximă unui aspect care, în opinia autorității contractante, a reprezentat o simplă abatere.

B. Contestatoarea susține că asocierea și-a modificat oferta prin răspunsurile la clarificări sub două aspecte:

a) a modificat oferta prin corectarea prețului unitar de evacuare a cenușii;

b) a modificat întreaga soluție tehnică cu privire la modalitatea de evacuare a cenușii.

Cu privire la primul aspect, este vorba de o altă confuzie pe care contestatoarea încearcă să o creeze. De această dată se încearcă punerea unui semn de egalitate între „oferta operatorului economic” și „oferta tehnică și cea financiară”.

În realitate, și în acest caz există o relație de la parte la întreg. Astfel, în sens larg, oferta unui operator reprezintă totalitatea documentelor depuse cu ocazia unei proceduri de achiziție publică. Aceasta conține în mod evident piesele sale de bază: „propunerea tehnică” și „propunerea financiară”, dar conține și multe alte documente specifice: diverse formulare privind calificarea, împuterniciri etc. În plus, ofertele depuse în licitațiile din cadrul POS Mediu supuse Ordinului comun ANRM/ Ministerul Mediului nr. 2266/335/2012 conțin o serie de alte documente particulare acestui tip de lucrări.

Formularul S03 este încadrat în documentația de atribuire la Cap. 0 în conformitate cu ordinul amintit, Anexa 1. Capitolul 0 cuprinde:

- Fișa de date,
- Formularele privind modul de prezentare a ofertei tehnice și financiare,
- Formularul de evaluare a ofertelor (separat de celelalte două fișiere) „Colectarea de date pentru evaluarea ofertei”.

Formularul „Colectarea de date pentru evaluarea ofertei” a fost conceput de către elaboratorul Ordinului nr. 2266/335 atât pentru a asigura transparența acordării punctajului, cât și pentru a sprijini autoritatea contractantă în identificarea datelor pentru evaluarea ofertelor - așa cum sugerează și titlul acestuia.

Nu există în documentația de atribuire niciun alt detaliu privind acordarea punctajului tehnic în afara acestui formular, or acordarea punctajului se face de către autoritatea contractantă prin comisia de evaluare. În consecință, acest formular trebuie considerat de către membrii comisiei de evaluare doar ca o justificare a acordării punctajului tehnic, nefăcând parte nici din propunerea tehnică și nici din cea financiară, prin urmare neputând fi supus judecății prin prisma încadrărilor de conformitate sau neconformitate.

Cel de-al doilea aspect semnalat de contestatoare privind modificarea ofertei privește o presupusă modificare a soluției tehnice cu privire la modalitatea de evacuare a cenușii.

În realitate, autoritatea contractantă susține că nu a solicitat ofertanților evacuarea cenușii. Soluția tehnică ce trebuie propusă, conform caietului de sarcini, se încheie cu depozitarea cenușii în

perimetrul stației de epurare, neexistând niciun fel de cerințe ulterioare acestui moment. Dealtfel, pentru acest motiv, nici oferta contestatoarei nu conține prevederi referitoare la „camion, transport, personal angajat sau contractat, nicio procedură de încărcare/descărcare a cenușii”.

C. Contrar celor susținute de contestatoare, OPEX-ul nu face parte nici din propunerea tehnică și nici din cea financiară, dar este stabilit pe baza datelor rezultate din propunerea tehnică.

Propunerea tehnică cuprinde toate elementele legate de construcțiile/installațiile ce urmează a fi edificate conform cerințelor caietului de sarcini, iar oferta financiară cuprinde prețul acestor construcții/installații, numit CAPEX.

OPEX-ul, adică costul de operare al instalațiilor după finalizarea acestora, nu reprezintă ceva ce operatorul economic „vinde”, ci doar garantează pe baza soluțiilor tehnice propuse prin propunerea tehnică. Pentru calcularea OPEX-ului se preiau, în mod evident, elemente din propunerea tehnică (consumuri stabilite în funcție de eficiența instalațiilor, timpii de funcționare etc.), dar OPEX-ul în sine nu poate fi confundat sau inclus în ceea ce înseamnă propunerea tehnică.

Mai mult, în realitate nici măcar nu se poate spune că OPEX-ul este cu adevărat „garantat” de ofertant. Acest fapt rezultă din modalitatea de calcul a OPEX, respectiv preluarea cantităților/consumurilor din oferta tehnică și înmulțirea acestora cu prețurile unitare stabilite de autoritatea contractantă.

Concret, luând chiar exemplul cenușii, ceea ce ofertantul garantează prin oferta sa tehnică este cantitatea de cenușă rezultată în cadrul procesului de incinerare, 19.650 tone și încadrarea corespunzătoare a acesteia. Costul evacuării acestei cenuși, adică OPEX-ul pentru acest element, se calculează prin înmulțirea celor 19.650 tone cu prețul de 135 lei/tonă. Or, este evident că prețul de 135 lei/tonă nu este sub controlul ofertantului, fiind un preț ce depinde de nenumărați factori externi ce nu țin de acțiuni ulterioare ale ofertantului sau ale autorității contractante - prețul transportului, taxele la groapa de gunoi etc. Acesta este încă un element care vine să sublinieze ideea că OPEX-ul nu poate face parte din propunerea tehnică, întrucât este vorba de o sumă calculată pe baza unor prețuri unitare stabilite de autoritatea contractantă și nu de ofertant.

Singura asemănare existentă între OPEX și oferta financiară este că ambele sunt exprimate în bani. Diferența esențială constă în aceea că oferta financiară reprezintă prețul contractului (adică CAPEX), respectiv costul de edificare a construcțiilor/installațiilor, cost încasat de contractor. Spre deosebire de acesta, OPEX-ul este un cost ulterior, stabilit pe baza informațiilor precizate de autoritatea contractantă, neîncasat de contractor și care, în cazul de față, nici măcar nu este suportat de autoritatea contractantă, ci de operatorul stației de epurare. Mai mult, OPEX-ul este un cost virtual, întrucât are la bază costuri unitare care se vor modifica pe durata de viață a investiției.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că transmiterea unei solicitări de clarificare asocierii ..., prin care s-a cerut să se



implementeze Decizia CAB nr. 8725/24.11.2014, este un drept său, nealterabil, având scopul de a pune în vedere ofertantului să corecteze și să transmită Tabelul 1.1., conform celor dispuse de instanță, fără a determina apariția unui avantaj evident în favoarea acestuia, după cum este și interzis prin art. 201 alin. 2 din OUG nr. 34/2006. Respingerea, fără un temei legal, nu ar fi fost în interesul bunei desfășurări a procedurii de atribuire, comisia de evaluare având scopul desemnării ofertei câștigătoare cu clarificarea tuturor aspectelor relevante în luarea unei decizii corecte și susținută de argumente legale.

Elementele ce au stat la baza deciziei comisiei de evaluare de a transmite solicitări de clarificare suplimentare ofertantului aflat pe primul loc sunt generate în primul rând de dorința de respectare în totalitate a scopului și principiilor ce guvernează achizițiile publice impuse prin art. 2 din OUG nr. 34/2006. Orice decizie de respingere a unei oferte, în contextul numirii unei noi comisii de evaluare (în integralitatea sa), fără clarificarea unui aspect esențial - „cenușa din electrofiltre”, dar totodată fără impact asupra propunerii tehnice și asupra propunerii financiare (CAPEX) ar fi condus la alterarea principiului utilizării fondurilor, coroborat cu încălcarea principiilor ce impun asigurarea tratamentului egal și nediscriminării prin respingerea ofertei admisibile de pe primul loc în mod discreționar și implicit schimbarea clasamentului final prin eliminarea ofertantului de pe primul loc. Aceasta s-ar fi făcut printr-o decizie nefundamentată și fără posibilitatea încadrării din punct de vedere legal în prevederile art. 36 sau art. 79 din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările aplicabile la momentul inițierii procedurii de atribuire.

Contestatoarea, autoarea unei oferte evident mai puțin competitive, nu a găsit altă soluție decât să încerce prezentarea unei abateri tehnice minore (de încadrare a produsului „cenușă din electrofiltre” în categoria „Altele”) și fără consecințe reale asupra câștigătorului, drept o problemă esențială, gravă și de nereparat, problemă ce trebuie să aibă în mod obligatoriu drept consecință declararea neconformității ofertei în cauză. În realitate, însă, abaterea asocierii ... este una minoră, doar de încadrare tehnică într-un formular aferent procedurii de evaluare. De asemenea, nu trebuie uitat faptul că însăși autoritatea contractantă a sesizat prima respectiva abatere, solicitând clarificările necesare. Întrucât nu era vorba despre o ofertă neconformă, autoritatea contractantă a procedat la reevaluare în concordanță cu cerințele deciziilor pronunțate în cauză.

Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia „modificarea propunerii tehnice a asocierii ... nu constituie corectarea unei abateri tehnice minore sau a unei erori aritmetice”, cu reluarea ipotezei potrivit căreia prin corectarea OPEX-ului s-ar fi operat o modificare majoră a propunerii tehnice și a celei financiare, autoritatea contractantă subliniază că o astfel de ipoteză este total greșită, OPEX-ul fiind un derivat, dar total extern propunerii financiare, rezultat pe baza anumitor date din propunerea tehnică. Chiar dacă toate datele care stau la baza

constituirii OPEX sunt extrase din oferta tehnică, acesta nu își pierde caracterul său de factor de evaluare distinct și independent.

Analizând art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006, aflat în discuție, constată că articolul de lege nu circumscrie aspectul la care trebuie să se refere abaterea. Menționează doar că, în eventualitatea modificării prețului ca urmare a corectării, trebuie verificat să nu se modifice clasamentul. Este deci evident că abaterea se poate referi și la alte aspecte care nu au legătură cu prețul contractului (CAPEX), cum este și cazul de față.

În urma răspunsului la clarificări, prețul (CAPEX) nu se modifică, astfel că nu se pune problema modificării clasamentului. Mai mult, chiar și prin luarea în considerare a OPEX-ului modificat, clasamentul tot nu se schimbă. În consecință, nu există niciun motiv pentru care, din principiu, să se poată afirma că art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006 nu poate fi aplicat situației de față.

Sușinerile contestatoarei privind modificarea „semnificativă” de 17,5% a OPEX-ului, apar cu atât mai lipsite de temei cu cât, chiar și cu aceasta modificare, oferta sa este în continuare pe locul 2, la mare distanță de oferta câștigătoare.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 21625/06.11.2015, asocierea SC ... - .... - ....., în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, a solicitat admiterea în principiu a acesteia, pe cale de excepție:

- admiterea excepției inadmisibilității capătului de cerere privitor la anularea răspunsului asocierii ... și respingerea acestei cereri ca inadmisibilă;

- admiterea excepției autorității de lucru judecat cât privește contestația formulată, relativ la preținsele motive de anulare a solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă în cadrul celei de-a doua reevaluări, și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca fiind intrată în autoritatea de lucru judecat;

- admiterea excepției autorității de lucru judecat cât privește contestația formulată, relativ la preținsele motive invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestația formulată și pe cale de consecință respingerea contestației ca fiind intrată în autoritate de lucru judecat.

Pe fond, s-a solicitat:

- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată;
- menținerea, ca temeinic și legal, a rezultatului procedurii de atribuire, prin care oferta asocierii ...- ... a fost declarată câștigătoare.

1. În ceea ce privește interesul intervenientei:

Aceasta susține că este evident interesul său legitim în prezenta procedură de contestație pentru a-și apăra dreptul astfel dobândit de a încheia contractul de achiziție publică și de a susține decizia autorității contractante în sensul atribuirii contractului.

Interesul promovării prezentei cereri rezidă în aceea că prin contestația formulată se solicită inclusiv anularea deciziei prin care oferta asocierii a fost declarată câștigătoare. Astfel, având în vedere că este

îndreptățită să încheie contractul cu autoritatea contractantă, iar decizia privind declararea câștigătoare a ofertei reprezintă un act unilateral al autorității contractante ce i se adresează, are atât interesul de a-și proteja dreptul câștigat prin procedura de licitație, cât și dreptul de a formula apărări în contradictoriu cu contestatoarea, în ceea ce privește conținutul și realitatea elementelor ofertei, dar și în ceea ce privește legalitatea procedurii de evaluare și de atribuire a contractului.

## 2. EXCEPȚIILE INVOCATE DE INTERVENIENTĂ:

2.1 Excepția inadmisibilității capătului de cerere privind anularea solicitării de clarificări adresată de autoritate în cadrul celei de-a doua reevaluări către asocierea ... și pe cale de consecință a răspunsului primit la aceasta:

Intervenienta invocă prevederile art. 255 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, precizând că răspunsul unui ofertant la clarificările solicitate de autoritatea contractantă nu reprezintă "un act al autorității contractante", ci un act al ofertantului respectiv pe baza căruia autoritatea își fundamentează deciziile cu privire la conformitatea, admisibilitatea și punctajul acestei oferte.

În măsura în care, prin respectivul act s-ar ajunge la o decizie a autorității contractante, care nu ar respecta o dispoziție legală, actul administrativ al autorității contractante poate fi atacat pe căile administrativ-jurisdicționale și/sau judiciare prevăzute de lege, dar nu se poate concepe atacarea și anularea separată a unui răspuns la clarificări.

Față de aceste motive, consideră că petitul este inadmisibil și solicită respingerea lui.

## 2.2 Excepția autorității de lucru judecat:

În finalul contestației, asocierea FCC se referă în mod destul de lapidar la pretinsa neconformitate a ofertei pe motivul unei invocate "liste foarte lungi de abateri" pentru a reduce artificial costul operațional (OPEX) prevăzut în oferta asocierii ....

În acest sens, contestatoarea face trimitere la Anexa 16 a contestației, care prezintă așa-zise patru abateri de la cerințele documentației de atribuire: (i) ca asocierea ... ar fi trecut în oferta tehnică o cantitate de energie electrică produsă de 10 ori mai mare decât cea corespunzătoare materiei organice din nămolul colectat, (ii) că nu ar fi prevăzut o substanță de adaos pentru funcționarea procesului de epurare biologică, (iii) că nu se prevede insuflarea unui volum suficient de aer în zona instalațiilor, (iv) că ar lipsi din ofertă calculele de proces, diagrame, demonstrații.

Tot în Anexa 16, asocierea FCC face trimitere și depune în mod înșelător, extrase din Raportul experților cooptați de autoritate din 17.12.2008 - omițând însă să precizeze că acesta era doar un raport preliminar, pe baza căruia autoritatea contractantă a adresat solicitarea de clarificări nr. DPA nr. 14.1/08.01.2014, iar asocierea ... a răspuns detaliat la toate aceste probleme - și la o serie de alte aspecte de natură tehnică în faza de evaluare a ofertei - prin răspunsul nr. 151/22.01.2014.

Ulterior, după prima reevaluare a ofertelor și declararea drept câștigătoare a ofertei asocierii ..., prin raportul procedurii nr.

2026/21.07.2014, asocierea FCC a formulat contestație în care s-a referit pe larg la aceleași pretinse neconformități și calcul nesustenabil al costurilor în oferta asocierii .... Prin Decizia nr. 2496 din 02.09.2014, CNSC a respins aceste aserțiuni ale asocierii FCC.

Împotriva acestei Decizii, asocierea FCC a formulat plângere la Curtea de Apel ..., în care, însă, nu a atacat în niciun fel considerentele Deciziei CNSC cu privire la aspectele de ordin tehnic menționate mai sus.

Contrar susținerilor contestatoarei, raportul experților de care face aceasta vorbire este un raport preliminar prin care experții au analizat care aspecte ar trebui "clarificate în vederea evaluării ofertelor și elaborării raportului de specialitate". De asemenea, potrivit acestui raport preliminar și potrivit opiniei experților, aspectul menționării unui cost „0” pentru o parte din cantitatea de cenuși nu a fost niciodată considerat a fi o încălcare a caietului de sarcini - experții propunând să fie solicitate clarificări în sensul să se confirme angajamentul cu ... și să garanteze costul zero pentru acea cantitate de cenuși (pag.17 din raport).

De asemenea, experții au apreciat că aspectul în discuție este "strict formal" și privește "doar necesitatea de a evalua ofertele pornind de la o bază comună" (fila 18 din Raportul preliminar).

Decizia Curții de Apel nr. 8725/24.11.2015 a anulat numai în parte Decizia 2496 a CNSC, doar cu privire la problema modului de prezentare de către asocierea ... a prețului cenușii, nu și pe alte aspecte - contrar celor menționate de asocierea FCC.

În consecința, din derularea căilor de atac în prezenta procedură rezultă că toate argumentele invocate acum foarte sumar și prin trimitere la o anexa de către asocierea FCC sunt, în fapt, decise la nivel administrativ-jurisdicțional, fiind respinse și fără a mai fi fost contestate în termen legal prin calea de atac prevăzută de lege.

În opinia intervenientei, există autoritate de lucru judecat cu privire la toate motivele expuse în Anexa 16 a contestației, care nu mai pot fi reiterate într-o nouă cale de atac subsecventă. Singurele probleme (de drept) care ar mai putea fi puse în discuție sunt cele care rezultă din decizia nr. 8725/24.1.2014 a Curții de Apel ... și care au fost avute în vedere de altfel și de autoritatea contractantă în luarea ultimei decizii de atribuire.

3.3 Excepția autorității de lucru judecat cât privește pretinsele motive de anulare a solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă în cadrul celei de-a doua reevaluări:

Prin decizia 1795 s-a dispus reevaluarea ofertei ..., decizie împotriva căreia asocierea FCC-...a-... nu a formulat plângere.

Prin obiectul prezentei contestații, respectiv prin argumentele prezentate de către contestatoare în cadrul pct. 5.1 din contestație, se pun în discuție aspectele ce au fost deja analizate de către Consiliu, iar decizia pronunțată cu privire la aceste aspecte nu a fost atacată de către asocierea FCC, această asocierie acceptând cele statuate de către Consiliu prin decizia nr. 1795.

Referitor la costul „0” al cenușii de evacuat, Consiliul reține în decizia pronunțată faptul că autoritatea contractantă trebuie să solicite clarificări ofertantului și prin urmare să procedeze la reevaluarea ofertei sub acest aspect. Astfel, având în vedere cele statuate anterior de către Consiliu cu privire la aceste aspecte, rezultă în mod clar faptul că în prezenta cauză nu se poate relua analiza pe fond a motivelor invocate de către asocierea FCC cu privire la posibilitatea de a solicita clarificări sub acest aspect, fondul pricinii fiind deja dezlegat anterior prin decizia 1795.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1264.1/07.07.2015 a solicitat asocierii ... să recalculeze costurile de exploatare, luând în considerare Decizia CAB nr. 8725/24.11.2015.

..., răspunzând solicitării de clarificări, a transmis recalcularea costului de exploatare pentru întreaga cantitate de cenuși (electrofiltre), respectiv acordul său în acest sens, menționând totodată că nu aduce modificări ofertei financiare și nici soluției tehnice prezentate în cadrul ofertei depusă.

Prin urmare, rezultă că autoritatea contractantă a respectat Decizia 8725/24.11.2015, pronunțată de către Curtea de Apel prin coroborare cu cele reținute de către Consiliu prin Decizia 1795, astfel că un capăt de cerere cu privire la anularea solicitării de clarificări nu mai poate fi judecat nici de către Consiliu și nici de către instanța de judecată, întrucât toate aceste aspecte au intrat sub puterea lucrului judecat.

Intervenienta solicită Consiliului să constate că sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 431 alin. (2) NCPC și, pe cale de consecință, să admită excepția puterii de lucru.

### 3. Netemeinicia afirmațiilor contestatoarei:

3.1 Legalitatea solicitării de clarificări formulată de autoritatea contractantă:

Intervenienta susține că Consiliul nu poate să dispună excluderea din procedura de atribuire a unui ofertant, să se substituie comisiei de evaluare a autorității contractante, neexistând niciun text de lege care să susțină temeinicia adoptării unei asemenea măsuri.

Prin argumentele expuse de contestatoare, aceasta încearcă să convingă Consiliul că, sub nicio formă, autoritatea contractantă nu avea dreptul să solicite clarificări suplimentare referitoare la costurile de evacuare a cenușii.

Un prim aspect ce se impune a fi menționat este că instanța de judecată, prin Decizia nr. 8725/24.11.2014, nu a impus limite în ceea ce privește reevaluarea ofertei ... și nici nu a trasat o anumită modalitate în care se va efectua reevaluarea. În concret, în cadrul Deciziei nr. 8725/24.11.2014, nu s-a menționat că reevaluarea se va efectua strict pe baza documentelor aflate la dosarul achiziției și nici nu s-a limitat dreptul autorității contractante de a solicita clarificări.

Mai mult, decizia 8725/24.11.2015 a menținut ca legală și temeinică prima decizie pronunțată de către Consiliu (nr. 1795) și a reținut ca judicioase considerentele acestei decizii, considerând că se impune ca autoritatea contractantă să clarifice natura neconcordanței sesizate în cadrul ofertei, respectiv dacă aceasta reprezintă o abatere



tehnică minoră. Or, tocmai în considerarea acestei obligații născută în sarcina autorității contractante, prin prisma drepturilor conferite de prevederile art. 201 din O.U.G. 34/2006, autoritatea nu era în măsură să emită vreun raport de evaluare fără a lămuri pe deplin acest aspect ce nu a fost clarificat anterior.

În mod vădit neîntemeiat, contestatoarea trunchiază considerentele deciziei nr. 8725/24.11.2015, pronunțată de Curtea de Apel, argumentând că, întrucât în cadrul deciziei s-a reținut că autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr. DPA/1868.1/08.07.2014 în mod legal, în cadrul celei de-a doua reevaluări nu se mai permitea revenirea cu o solicitare de clarificări sub același aspect al coștruilor de evacuare a cenușii. Acest raționament este vădit eronat, întrucât instanța de judecată nu a limitat dreptul autorității contractante de a solicita clarificări sub acest aspect, astfel că poate să revină cu o solicitare de clarificări până se consideră pe deplin lămurită.

Un alt aspect constă în faptul că, deși contestatoarea reiterează ideea de avantaj evident creat asocierii ..., aceasta nu este în măsură să demonstreze în ce anume constă producerea unui avantaj, toata argumentația se conturează doar în jurul dreptului autorității contractante de a solicita clarificări în etapa de reevaluare, argumente prezentate în mod tendențios, fiind și eronate.

Autoritatea trebuia să determine dacă deficiența sesizată în oferta câștigătoare reprezintă sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 79 alin. (2) lit. b) din hotărârea Guvernului antemenționată, și față de care se impunea solicitarea de clarificări de la ofertantă, pentru a afla dacă aceasta acceptă să o corecteze fără a-și modifica prețul ofertei. Art. 78 teza I din aceeași hotărâre a Guvernului, obligă autoritatea (comisia de evaluare) să stabilească acele clarificări și completări necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și să solicite ofertanților toate elementele relevante analizării temeinice a ofertelor.

Solicitarea de clarificări a fost emisă tocmai în vederea lămuririi aspectelor referitoare la întreaga cantitate de cenușă prevăzută în cadrul ofertei ..., precum și în vederea fundamentării unei decizii cu privire la existența sau nu a abaterii tehnice minore sub acest aspect. Acest demers se impunea a fi inițiat de către autoritatea contractantă, comisia de evaluare fiind singura în măsura să solicite ofertantului, în mod expres, îndreptarea unei eventuale abateri tehnice minore, îndreptare ce se poate efectua doar prin recalcularea acelor costuri. Acest fapt s-a întâmplat și în speța de față, autoritatea contractantă solicitând recalcularea costurilor cu evacuare a cenușii, asocierea ...- ... prezentând pe de o parte această recalculare, cât și acceptul cu privire la luarea în considerare a răspunsului formulat și a calculelor prezentate.

Intervenienta subliniază faptul că, comisia de evaluare a efectuat o reevaluare efectivă a ofertei, astfel cum i-a fost solicitat prin dispozitivul deciziilor pronunțate atât de către instanța de judecată, cât și de către CNSC.

Procedura de reevaluare a fost desfășurată de către comisia de evaluare cu respectarea dispozițiilor legale, precum și a dispozitivului

deciziei Curții de Apel care obligă în sensul reevaluării ofertei. Relevant în acest sens este și faptul că, în urma soluționării cererii de lămurire a dispozitivului formulată de către autoritatea contractantă, în sensul lămuririi aspectelor ce vor face obiectul reevaluării, Curtea de Apel a stabilit că se impune reevaluarea ofertei ...- ..., fără a limita acest drept și fără a trasa o modalitate concretă de reevaluare, acesta fiind atributul comisiei de evaluare.

Autoritatea contractantă nu a ignorat aspectele reținute de Curtea de Apel privitoare la obligația de a realiza o evaluare ex novo, analiză care să țină cont de considerentele deciziei Consiliului nr. 1795/2014, manifestând prudență prin modalitatea de stabilire a ofertei câștigătoare, sens în care argumentele contestatoarei rămân la nivelul unor simple speculații și scenarii conturate de un ofertant nemulțumit de rezultatul procedurii și de faptul că nu a reușit să demonstreze că are o ofertă tehnică superioară.

Pentru a putea stabili dacă o ofertă este acceptabilă sau inacceptabilă, autoritatea contractantă își exercită - în cazul de față, ex novo, prin reevaluare - toate atribuțiile de evaluare prevăzute la art. 72 alin. (2) lit. b), f), g), pentru aceasta procedură.

În cazul de față, s-a făcut dovada îndeplinirii obligației de realizare a unei reevaluări a ofertei, acesta fiind sensul și scopul dispozițiilor legale invocate anterior, respectiv de a fi clarificate toate aspectele ce țin de o neconcordanță față de prevederile documentației de atribuire.

Asocierea FCC, în lipsa de argumente valide, încercă să distorsioneze situația de fapt și să inducă ideea că Consiliul, prin prima decizie (nr. 1795/2014) pronunțată, a reținut că nerespectarea costului unitar stabilit de autoritate pentru evacuarea cenușii din electrofiltre reprezintă o încălcare a caietului de sarcini. Or, analizând decizia rezultă faptul că Consiliul nu a constatat neconformitatea ofertei ...- ... sau nerespectarea documentației de atribuire, ci doar a solicitat autorității contractante să clarifice aspectele sesizate cu privire la costul cenușii, lăsând la latitudinea comisiei de evaluare analiza acestui răspuns prin prisma prevederilor legale incidente.

Intervenienta arată că, în mod tendențios, petenta afirmă faptul că asocierea ...- ... a ignorat costul unitar fix stabilit de autoritate pentru evacuarea cenușii din electrofiltre, stabilind în ofertă un cost „0” pentru eliminarea acestui subprodus, micșorând în mod artificial factorul de evaluare OPEX. Aceasta susține că nu a ignorat costul unitar fix stabilit de autoritate pentru evacuarea cenușii din electrofiltre, prezentând în cadrul OPEX-ului costul de 135 lei/tonă, în conformitate cu documentația de atribuire.

Totodată, cantitățile de cenușă au fost detaliate în tabelul 4.1 de la pag. 888 din oferta sa, pag. 41 și 42 din răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2. Din tabelul prezentat, rezultă faptul că pentru cenușa rezultată din electrofiltre s-a luat în considerare prețul unitar de 135 ron/tonă. Cât privește cenușa valorizată, aceasta a fost indicată la categoria „Altele”, întrucât caracteristicile acesteia permit valorificarea cenușii. Experții cooptați de către autoritatea contractantă au analizat

inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări și au arătat, motivat, faptul că au înțeles în integralitate soluția tehnică propusă de către ...- ... și faptul că aceasta conferă posibilitatea valorificării cenușii și încadrării acesteia în categoria „Altele”.

Concluzionând, intervenienta consideră că autoritatea contractantă nu a încălcat principiul tratamentului egal, procedând la analizarea și evaluarea ofertelor depuse în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

În concluzie, în considerarea acestor argumente solicită respingerea primului motiv al contestației formulată de asocieria FCC.

3.2. Îndeplinirea cumulativă a condițiilor art. 79 alin. (2) lit. b) din HG 925/2006 - cu referire la susținerile contestatoarei potrivit căroră „... a refuzat remedierea ofertei sale întrucât nu era vorba de corectarea unei abateri tehnice minore”, intervenienta solicită constatarea netemeinicii acestor susțineri.

Asocieria FCC susține în mod neîntemeiat faptul că nu este vorba de o neconcordanță minoră, de o scăpare firească care ar putea apărea în elaborarea unei oferte complexe, ci este vorba de o abatere voită de la caietul de sarcini, asumată de ... prin răspunsurile transmise autorității referitoare la cenușă, costul 0 și la protocolul cu ..., din cuprinsul primei evaluări, o neconcordanță ce a determinat o diminuare semnificativă a OPEX-ului (aproximativ 17%).

În opinia intervenientei, abaterile tehnice minore se referă inclusiv la omisiuni clare, dar a căror corectare este posibilă, însă numai dacă ele nu conduc la crearea unui avantaj ofertantului, respectiv dacă nu influențează clasamentul ofertanților participanți la procedură. Întrucât modul de corectare a abaterilor tehnice minore este legiferat, problema încălcării principiului transparenței este eliminată, deoarece toți ofertanții participanți la o procedură de atribuire sunt avizați asupra metodologiei de lucru a comisiei de evaluare.

Pentru a nu se crea un avantaj necuvenit, generat tocmai de o astfel de omisiune/eroare, comisia de evaluare trebuie, totuși, să verifice care ar fi fost clasamentul în situația în care corecția ar fi fost aplicată. Dacă o astfel de "simulare" nu conduce la modificarea clasamentului, autoritatea contractantă procedează la îndreptarea erorii/abaterii, oferta neputând fi respinsă ca neconformă, indiferent de semnificația acestei omisiuni/eroari. Acest sistem a fost stabilit în scopul evident de respectare a principiului tratamentului egal.

În prezenta speță, printr-o simplă simulare se poate constata faptul că: (i) oferta financiară a asocierii ...- ... nu se modifică; (ii) soluția tehnică propusă nu va suferi modificări; (iii) clasamentul ofertanților participanți la procedura nu se modifică. În opinia sa, se impune respingerea afirmației contestatoarei cu privire la pretinsa diminuare semnificativă a OPEX-ului ce conduce la modificarea soluției tehnice, având în vedere faptul că prin modalitatea în care asocieria ...- ... a formulat răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3709/10.07.2015, nu a modificat soluția tehnică propusă, nefiind afectată executarea contractului sub acest aspect.

Relevant în acest sens este și faptul că, prin documentația de atribuire, elementul de cost evacuare cenușă a fost stabilit doar pentru a evalua, respectiv a puncta ofertele, fără a se solicita vreo justificare cu privire la modalitatea concretă prin care se va realiza procesul de evacuare al cenușii și fără a se solicita o justificare a costului în cuantum de 135 lei/tonă, prețul fiind asumat de autoritatea contractantă. Prin urmare, deși pretinde că asocierea ...- ..., în contextul îndreptării abaterii tehnice minore relativă la cenușa rezultată din electrofiltre, a condus automat la „modificarea evidentă și semnificativă a soluției tehnice”, aceasta nu este în măsură să invoce prevederea/cerința documentației de atribuire conform căreia, ofertanții aveau obligația de a justifica, respectiv de a detalia, modalitatea în care se va desfășura procesul de evacuare al cenușii, ce modalitate de transport și ce personal vor fi alocate acestei activități, respectiv care sunt costurile evacuării cenușii de natură a justifica prețul de 135 lei/tonă, impus prin documentația de atribuire.

Caracterul minor al abaterii tehnice este demonstrat inclusiv de faptul că întreaga ofertă rămâne nemodificată, cu excepția tabelului comparativ 4.1, modificare ce nu prezintă niciun impact asupra soluției tehnice, având în vedere faptul că absolut tot ce s-a prevăzut în ofertă din punct de vedere tehnic - CONSTRUCȚII, ECHIPAMENTE TEHNOLOGICE, DOTĂRI etc - rămâne neschimbat, nefiind modificate nici oferta financiară și implicit nici clasamentul ofertanților.

Autoritatea contractantă nu a prevăzut o anumită procedură de evacuare a cenușilor care să implice atât echipamente, cât și personal alocat special pentru această procedură, astfel că ...- ... a respectat cerințele documentației de atribuire - prevăzând costul de 135 lei/tonă pentru întreaga cantitate de cenușă.

Intervenienta arată că, chiar dacă s-ar considera că tabelul 4.1 are caracter dual, atât tehnic, cât și financiar, legea nu prevede că, în cazul unei abateri tehnice minore, oferta financiară nu se poate modifica și nici nu impune un prag până la care se poate considera că modificarea este abatere minoră, după cum în mod tendențios contestatoarea încearcă să argumenteze în cadrul contestației. Evaluarea ofertelor se efectuează în baza a două componente, cea financiară care se reflectă în CAPEX și cea tehnică care se reflectă în OPEX, Tabelul 4.1 nefiind parte integrantă a ofertei financiare, ci este cel în baza căruia se acordă punctajul aferent OPEX pe baza formulei stabilite prin documentația de atribuire. În mod similar, oferta financiară este cea în baza căreia se stabilește punctajul aferent CAPEX calculat conform formulei din caietul de sarcini. Clasamentul final este stabilit în baza punctajelor obținute pentru fiecare dintre cele două elemente de evaluare - OPEX și CAPEX în urma aplicării algoritmului de calcul stabilit prin documentația de atribuire.

#### 4. Neconformitatea ofertei asocierii FCC:

Intervenienta precizează că petenta - asocierea FCC CONSTRUCTION - ...A - ..., recurge la motive ce sunt vădit neîntemeiate, invocate cu rea-credință, tocmai pentru a rămâne singura ofertă în competiție, iar astfel autoritatea contractantă va fi obligată să

desemneze câștigătoare oferta sa. Această ofertă este în dezavantajul atât al autorității contractante, cât și al cetățeanului, respectiv întregului interes public ce ar trebui să primeze când implementarea proiectului presupune utilizarea de fonduri publice, respectiv fonduri comunitare nerambursabile.

Contestatoarea dă dovadă de un comportament abuziv în cadrul prezentei proceduri, fiind inițiatoarea a 3 contestații până în prezent, toate având același subiect principal - procesul de evacuare a cenușii - comportament ce se impune a fi sancționat.

În cadrul raportului de specialitate referitor la tehnologia incinerator de nămoluri pentru stația de epurare Glina - faza II - analiza de eligibilitate a ofertelor și clasificarea acestora din punct de vedere tehnico - economic ("Raport de specialitate incinerator") se rețin aspecte de neconformitate ale ofertei asocierii FCC, cât privește documentele și justificările prezentate de societatea ...A, membru în cadrul asocierii contestatoare:

A. Oferta asocierii FCC, cât privește documentele și justificările prezentate de societatea ...A, a încălcat cerințele caietului de sarcini: La pag. 65 și pag 67 din Raportul de specialitate incinerator se menționează următoarele:

- pag. 67: *"2. Încadrarea elementelor componente ale tehnologiei propuse în cerințele specifice ale caietului de sarcini.*

*Referitor la acest aspect, cele trei oferte se pot împărți în două categorii: Oferta Aktor și oferta ... respectă întocmai cerința din caietul de sarcini în ceea ce privește descrierea utilajelor componente ale instalației, răspunzând cerințelor conform sugestiei de tehnologie cuprinsă în descrierile de utilaje făcute în caietul de sarcini.*

*Oferta ...a se îndepărtează de sugestia caietului de sarcini, alegând o tehnologie de recuperare energetică bazată pe bucle închise de ulei diatermic și pe turbine ORC (turbine cu ciclu Rankine de agent organic). Astfel, alegând un alt BAT pentru recuperare energetică, nu mai oferă elementele componente pe bază de abur (cazan de abur, turbină cu abur, supraincalzitor de abur, uscător de nămol alimentat cu abur, gospodărie de condens pentru bucla energetică etc.), acestea fiind înlocuite (unde există) cu echivalentul pentru ciclul cu ulei diatermic".*

- pag 65: *"Din analiza făcută, rezultă că singura discuție referitoare la respectarea caietului de sarcini este legată de oferta ...a, care nu răspunde ad-literam precizărilor tehnologice din caietul de sarcini (oferă sistem de recuperare energetică pe bază de ulei diatermic și nu abur), dar răspunde cerințelor de proces."*

B. Informațiile prezentate de asocieria FCC, cât privește documentele și justificările prezentate de societatea ...A, sunt generale, fără aplicabilitate directă asupra cerințelor documentației de atribuire:

- pag. 67: *"Totuși, referitor la oferta ...a, trebuie făcută precizarea că unele utilaje nu sunt explicit identificate în documentațiile oferite, acestea acoperind o gamă mult mai largă de specificații. Pentru a se putea analiza un utilaj, acesta trebuie definit prin model și tip în prospectul furnizorului sau trebuie descris exhaustiv în fișa tehnică*



aferentă. Ca exemplu se poate oferi schimbătorul de căldură gaze de ardere - aer de ardere (de fluidizare), adică preîncălzitorul de aer primar, care în fișa Lista T41/1 Informații tehnice (...) nu este identificat decât prin producător, urmând un catalog de produse al respectivului producător în care schimbătorul ales nu este identificat prin tip.

Oferta ...a oferă o informație care, cu toate că pare exhaustivă, este totuși greu de corelat între elemente și face greoaie urmărirea închiderilor de bilanț și a legăturilor între etapele de proces."

C. Referitor la diferența de OPEX dintre oferta asocierii ...- ... și cea a asocierii FCC:

Față de acest aspect, în cadrul raportului de specialitate incinerator se menționează următoarele:

- pag. 65: "Oferta Aktor și Oferta ... au consumuri energetice efective finale ținând cont și de producerea in-situ a energiei electrice) comparabile (egale în domeniul erorilor ingineresti), iar Oferta ...a are consumuri sensibil mai mari, mai ales datorită unei producții de energie electrică în situ foarte scăzute (comparativ cu ceilalți doi ofertanți) motivele acestei discrepanțe vor fi prezentate în cadrul analizei detaliate"

- pag. 63: "Oferta ...a nu consideră necesară suplimentarea producției de biogaz și implicit nu propune extinderea sistemului de utilizare energetică a biogazului.

Referitor la Oferta ...a, trebuie precizat că lipsa unei suplimentări a procesului de metanizare a nămolului duce pe de o parte la creșterea costurilor de exploatare directe ale instalației de incinerare și pe de altă parte duce la scăderea semnificativă a producției in-situ de energie electrică producție destinată degrevării unei părți din consumul energetic general al stației de epurare.

Această opțiune a Ofertei ...a este principala cauză pentru care există o discrepanță majoră între costurile energetice ale acestei oferte și costurile energetice ale celorlalți doi ofertanți. În concluzie, la nivelul analizei utilizării energetice a biogazului rezultat din fermentarea anaerobă a nămolului, Oferta ...a se clasează pe ultimul loc între cele trei oferte."

- pag 61: "O altă diferență relativ importantă este dată de faptul că în timp ce agentul de încălzire din tehnologia oferită de Aktor și ... este aburul, agent nepericulos (chimic), ușor de obținut și ieftin, agentul din oferta ...a este ulei diatermic, agent relativ periculos (chimic), relativ dificil de procurat (respectarea unei specificații exacte a producătorului, poate chiar impunerea unui anumit furnizor) și scump.

Un alt aspect important, care diferențiază oferta ...a de celelalte două, este că aceasta propune un sistem de condensare a aburului din uscarea nămolului cu stropire directă cu apă. Sistemul este inferior celor propuse de Aktor și ..., deoarece are o eficiență mai mică, gabarit mare, consumuri auxiliare mari, inclusiv consum de apă tehnologică."

- pag 57, 56: tabel în care la ...a sunt specificate în mod repetat: costuri mari, consumuri mari.

- pag 53: "Consumul de reactant bicarbonat de sodiu, deși apropiat între oferte, este mai mic cu cca. 20 % la Oferta ..."

- pag 52: "8.1. Producția de energie electrică: Se situează în jur de 55 MWh(el) pe an pentru Ofertele Aktor și ... și la circa 25 MWh(el) pe an pentru Oferta ...a (datorită lipsei implementării unor motoare noi de cogenerare cu biogaz). Ținând cont de considerentele amintite la subcapitolul de producere de energie din metanizarea nămolurilor, se poate afirma ca ofertele Aktor și ... sunt la egalitate în ceea ce privește producția in-situ de energie electrică, urmate la mare distanță de oferta ...a".

D. Răspunsul ambiguu al asocierii FCC față de solicitarea de clarificare referitoare la prețul (CAPEX) neobișnuit de scăzut - continuă să inducă o confuzie privind prețul ofertei neobișnuit de scăzut - ceea ce i s-a solicitat, cu prețul unitar neobișnuit de scăzut - prin care a răspuns la solicitarea de clarificări:

Intervenienta arată că, asocierea FCC nu a demonstrat fundamentarea prețului neobișnuit de scăzut al ofertei din punct de vedere tehnico - financiar, limitându-se doar să enumere operațiile tipice execuției lucrărilor civile, fără a pune în evidență cantitățile.

În urma studierii dosarului achiziției, asocierea SC ... - ... INTERNATIONAL ... - ... ..., a depus adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 22078/13.11.2015, reprezentând concluzii scrise, prin care arată că își menține toate apărările formulate în cadrul cererii de intervenție, iar în completarea acestora precizează următoarele:

#### 1. OBSERVAȚII GENERALE CU PRIVIRE LA REEVALUAREA EFECTUATA DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ:

Dosarul achiziției publice depus de autoritatea contractantă și în special documentele referitoare la procesul de reevaluare ce a avut loc ulterior deciziei Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014, dovedesc cu prisosință efectuarea de către autoritatea contractantă a unei reevaluări reale, concrete și efective și mai ales foarte detaliate, a tuturor aspectelor juridice și tehnice ale ofertei asocierii ..., reevaluare dispusă de decizia Curții de Apel.

În cursul acestui proces de reevaluare a reieșit și necesitatea adresării solicitării de clarificări nr. D.P.A. 1264.1/7.07.2015, cu privire la prețul cenușii în oferta asocierii ..., dar și a altor două alte solicitări de clarificări de natură tehnică, deoarece comisia de evaluare a considerat în mod justificat, fundamentat și probat de rapoartele experților externi nou cooptați că numai în acest fel poate trece la implementarea legală a deciziei Curții de Apel ....

Concret, amploarea și conținutul reevaluării efectuate de comisia de evaluare în perioada martie - septembrie 2015, reies cu o evidență indiscutabilă din următoarele elemente - indicate în Raportul de atribuire și documentația care precede acestuia:

a) Autoritatea contractantă a procedat la numirea comisiei de evaluare cu o componentă diferită, care la rândul său a lucrat cu experți tehnici externi, precum și cu experți externi în achiziții publice, aceștia din urmă cooptați tocmai pentru ca procesul de reevaluare să se desfășoare în condiții de maxim profesionalism, independență, imparțialitate și obiectivitate.

În acest sens, intervenienta face trimitere la Nota nr. 1950/12.05.2015, în care se arată exact motivele pentru care s-a solicitat numirea altei comisii de evaluare.

b) Comisia de evaluare a desfășurat un număr de 17 ședințe de lucru, întocmind tot atâtea procese-verbale de reevaluare;

c) Pe parcursul reevaluării s-au întocmit nouă rapoarte ale experților externi cooptați;

d) Au fost adresate asocierii ... trei solicitări de clarificare atât cu privire la modul de prezentare a prețului cenușii, cât și cu privire la aspectele tehnice care reieșeau din asumarea prețului de 135 lei/t pentru întreaga cantitate de cenuși - respectiv modul de depozitare a cenușii și cantitatea de cenuși prevăzută în oferta asocierii ....

e) Urmare întregii analize efectuate în cadrul reevaluării, decizia a fost unanimă.

În consecință, în raport de volumul și conținutul documentelor privitoare la reevaluarea ofertei asocierii ...:

a) Comisia a făcut o reevaluare completă și efectivă aplicată la aspectul rămas în discuție în urma deciziei Curții de Apel - încadrarea întregii cantități de cenușă (reziduu) în tabelul 4.1, în vederea comparării ofertelor - corespunzător atât exigențelor legale ale evaluării unei oferte în cadrul procedurii de achiziție publică, prevăzute de art. 79 din HG nr. 925/2006, cât și obligațiilor stabilite prin hotărâre judecătorească, dar și importanței și anvergurii procesului de achiziție publică în discuție.

b) Având în vedere modalitatea de efectuare a reevaluării, este exclusă de plano ideea tendențioasă vehiculată de asocierea FCC în contestația sa potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi urmărit cu orice preț ca asocierea ... să câștige procedura de atribuire sau ca ar fi fost favorizată în vreun fel de comisia de evaluare.

Astfel, este exclus orice subiectivism sau "antepronunțare", prin referire la analizele și deciziile luate cu ocazia evaluării și a primei reevaluări a ofertei asocierii .... Reevaluarea efectuată după decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014, a fost efectuată de o comisie alcătuită covârșitor din alte persoane, de asemenea au fost cooptați experți în achiziții publice, fiind evident că autoritatea contractantă/comisia de evaluare a luat decizia de atribuire (și toate hotărârile prealabile pe fiecare punct în discuție), fără vreo opinie preexistentă sau prejudecată cu privire la "necesitatea absolută" ca oferta asocierii ... sa fie declarată câștigătoare.

c) În sensul celor de mai sus, se arată că nu există vreo favorizare a sa și, prin urmare, nici asocierea FCC nu probează (și nici nu poate proba) afirmațiile potrivit cărora ar fi existat o intenție a autorității contractante de a crea un avantaj asocierii ..., în sensul art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, prin adresarea solicitării de clarificări nr. D.P.A. 1264.1/7.07.2015.

d) Modalitatea de reevaluare astfel cum rezultă din analiza dosarului achiziției publice, dovedește în mod clar că nu a putut fi vorba și nu poate fi vorba de vreo poziționare subiectivă a comisiei de evaluare în raport cu asocierea ..., în condițiile în care fiecare dintre cele trei

solicitări de clarificări ce au fost adresate au fost precedate de dezbateri, analize, note și rapoarte ale experților cooptați.

e) Totodată, se arată că analiza întocmită de fiecare membru al comisiei de evaluare denotă luarea în considerare a superiorității soluțiilor tehnice propuse de asocierea ... pentru realizarea obiectului contractului de achiziție publică, inclusiv echipamentele performante oferite, comparativ cu soluția tehnică a asocierii FCC - performanță pe care asocierea FCC nu a reușit până în prezent să o combată.

f) În urma acestei reevaluări, comisia de evaluare menține în unanimitate constatările anterioare referitoare la tehnologia avansată pe care o utilizează asocierea ... - un factor esențial în economia acestei proceduri de achiziție, reflectat corespunzător și în punctajul obținut de aceasta.

În concluzie, intervenienta susține că autoritatea contractantă și-a îndeplinit temeinic, responsabil, toate obligațiile legale care îi reveneau, potrivit legii și deciziei civile a Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014 și a reevaluat oferta asocierii ..., sub aspectul conformității acesteia.

## 2. ARGUMENTE CE JUSTIFICĂ NECESITATEA REEVALUĂRII PRIN TRANSMITEREA UNEI SOLICITĂRI DE CLARIFICĂRI:

Având la bază considerentele deciziei CAB nr. 8725, comisia de evaluare avea obligația evaluării ofertelor pe baze comparabile și prin raportare la tabelul 4.1 (ce se completează cu tabelul 1.1), tabel ce are un caracter pur formal, asigurând compararea și punctarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de achiziție.

În vederea reevaluării ofertei asocierii ..., comisia de evaluare a avut în vedere următoarele elemente esențiale:

- Ofertantul a încadrat de la bun început o parte la prețul de 135 lei/tonă;
- Punctajul trebuie recalculat în funcție de costurile de operare corectate conform Hotărârii CAB nr. 8725;
- Cantitatea de cenuși din tabelul 1.1 a rămas aceeași ca și în documentele anterioare (...). Aceeași cantitate de cenuși se regăsește (printr-un algoritm de calcul) și în tabelul 4.1 și înainte de solicitarea de clarificări;
- Respectarea cerințelor beneficiarului a fost îndeplinită de oferta ..., respectiv toate obiectele, echipamentele, caracteristicile, garanțiile sau performanțele exprimate în caietul de sarcini au fost cuprinse și descrise în oferta ...;
- În tabelul 4.1 există o cheie de verificare a garanțiilor ce elimină elementul cost. În acest sens, în ceea ce privește tabelul 4.1. nu se poate pune problema unei neconformități din moment ce scopul pentru care a fost conceput acest tabel, și anume acela al garanțiilor la finalizarea lucrărilor se poate verifica respectarea garanțiilor prin prisma indicelui (sau randamentului de eliminare al poluantului);
- Tabelul 4.1 este un instrument de evaluare al OPEX pentru departajarea ofertelor pe criteriile stabilite și indiferent de prețul utilizat de ofertanți;

- Corectarea impusă de CAB are, prin corectarea valorii costurilor de exploatare anuale, rol de clarificare în ceea ce privește aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului final. Aceste lucruri nu favorizează ofertantul, nu îi crează un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, ci dimpotrivă crește costul de exploatare pentru evaluarea ofertei;
- Modificarea privește un element secundar și neesențial în raport cu propunerea tehnică în sine. Astfel, încadrarea cenușii în două sau mai multe categorii nu are implicații asupra schemei tehnologice sau asupra echipamentelor oferite, evacuarea cenușii fiind un proces ulterior incinerării, incinerarea fiind elementul principal și esențial în cadrul acestui proces tehnologic;
- Modificarea Tabelului 4.1 și a corespondentului său 1.1 nu are implicații asupra propunerii financiare sau asupra clasamentului ofertelor, fapt demonstrat în rapoartele anterioare;
- Modificarea Tabelului 4.1 în ceea ce privește costul de evacuare a cenușii nu are implicații asupra obligațiilor asumate de ofertant. Astfel, prin tabelul în discuție, ofertanții garantează că produsul oferit (stația de epurare în ansamblul ei) nu va depăși în operare anumite consumuri de substanțe chimice/curent și că va rezulta o anumită cantitate de reziduuri;
- Chiar dacă tabelul în cauză cuprinde și o coloană cu prețuri unitare și totale, în realitate ceea ce ofertanții garantează sunt cantitățile. Prețurile unitare nu numai că sunt impuse în cea mai mare măsură de către autoritatea contractantă, dar nici nu se poate garanta stabilitatea acestora în timp. (...), intervenienta consideră că în realitate ofertantul își asumă exclusiv garantarea unor cantități, prețul aferent acestora înscris în Tabelul 4.1, neavând relevanță nici la momentul redactării ofertei și nici ulterior.

Din analiza Procesului-verbal de reevaluare nr. 2 rezultă că autoritatea contractantă a avut în vedere că "reevaluarea dispusă trebuie să țină seama de deciziile CNSC și C.A.B.". Acest aspect face dovada legalității solicitării de clarificări prin prisma faptului că reevaluarea va avea în vedere strict aspectul prețului unitar stabilit pentru evacuarea cenușii de electrofiltre, după cum a fost dispus de către CAB prin Decizia nr. 8725/2014.

În acest sens, prin Procesul-verbal de reevaluare nr. 3 s-a dispus, de către comisia de reevaluare, ca experții să prezinte rapoarte preliminare cu o propunere de scenariu referitor la ajustarea ofertei asocierii ... prin indicarea întregii cantități reziduale la prețul indicat în documentația de atribuire de 135 lei/tonă.

Ambele echipe de experți - experții tehnici și experții în achiziții publice - au recomandat adresarea unei noi solicitări de clarificări, pentru a se recalcula de către asocieria ... întreaga cantitate de cenușă rezultată din electrofiltre, în raport de decizia Curții de Apel, urmând ca pe baza răspunsului primit să poată aprecia asupra incidenței dispozițiilor art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006.



Pe cale de consecință, pe baza recomandărilor și analizelor temeinice efectuate de echipa de experți, prin Procesul-verbal de reevaluare nr. 7, comisia de evaluare a dispus în unanimitate transmiterea unei solicitări de clarificări către asociere ... cu privire la recalcularea costurilor de exploatare, luând în considerare decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014.

Se mai precizează că, în cadrul etapei de reevaluare, autoritatea contractantă nu s-a limitat doar să solicite recalcularea costului de evacuare a cenușii, ci a efectuat o analiză amplă atât a considerentelor deciziei Curții de Apel, cât și a unor scenarii ce implicau corectarea costului de evacuare al cenușii din electrofiltre.

De asemenea, comisia de evaluare a analizat dacă prin transmiterea unei astfel de solicitări de clarificare s-ar crea un avantaj, analizând inclusiv faptul că prin reclacularea costului cenușii asocierea ... nu este favorizată, întrucât se măsoară costul de operare (OPEX), fapt ce, dimpotrivă, constituie un dezavantaj pentru aceasta.

Ceea ce pretinde contestatoarea prin argumentele sale este ca autoritatea contractantă să fi ignorat toate aceste aspecte și, pe cale de consecință, să procedeze la respingerea ofertei, fără o reevaluare efectivă, ci având la bază doar documentele din cadrul ofertei. Chiar dacă s-ar accepta acest raționament, se poate constata că prin reevaluarea ofertei nu ar fi avut loc o respingere ca neconformă, ci autoritatea contractantă, procedând la corectarea Tabelului 1.1 prin includerea cantității de 19.650 de tone/an de cenușă din electrofiltre, în linia de calcul cu cost unitar de 135 lei/tonă, ar fi stabilit același clasament final. O astfel de modificare are un caracter pur formal ce nu poate conduce la crearea unui avantaj, fiind o măsură ce se impunea a fi adoptată de către autoritatea contractantă, dată fiind importanța majoră a proiectului, cât și valoarea semnificativ redusă a costului de operare prin raportare la valoarea întregii procedurii.

În aceeași ordine de idei, autoritatea contractantă nu poate solicita prin clarificări orice informații și/sau documente suplimentare ce nu erau prevăzute în cadrul documentației de atribuire, însă poate solicita orice fel de informație de natură a întări sau a lămurii informațiile cuprinse în cadrul ofertei tocmai în scopul lămuririi comisiei de evaluare asupra modalității de îndeplinire a cerințelor documentației de atribuire.

În acest sens, autoritatea contractantă a considerat că se impune corelarea informațiilor cu privire la cantitatea de cenușă ce a fost în mod corect calculată, fiind garantată de către asociere, cu costul impus de autoritate în cuantum de 135 lei/tonă, având ca unic scop compararea celor două oferte pornind de la o bază comună, fiind astfel atins scopul tabelului 4.1, respectiv de comparare a ofertelor în vederea punctării acestora.

Intervenienta mai arată că, în susținerea acestei afirmații trebuie avute în vedere considerentele Curții de Apel care au stabilit, cu putere de lucru judecat, că „scopul Documentației de Atribuire (subl. n. Tabelul 4.1. cap. 4 „Liste” Secțiunea 3 Propunerea Contractului, preț unitar ron/kg pe subprodus) a fost acela de a asigura comparabilitatea

ofertelor, iar acest lucru rezultă indubitabil din mențiunea cuprinsă în Capitolul 0 Fișa de Date și Formulare Secțiunea 3 (...)" Scopul în care au fost prevăzute aceste prețuri unitare impuse de documentația de atribuire a fost acela de a asigura comparabilitatea ofertelor prin raportare la elemente identice, scop pe care contestatoarea nu a reușit să îl infirme și nici nu a reușit să demonstreze că o modificare sub acest aspect ar putea conduce la modificarea soluției tehnice.

Prin Ordinul ANRMAP nr. 2266/2012 ce sta la baza modalitatii de stabilire a factorilor de evaluare pentru proiecte similare celui ce face obiectul prezentei proceduri, ofertanților le revine obligația de a garanta cantitățile, aspect asumat de către subscrisa astfel cum rezultă din fila 1150 unde se precizează întreaga cantitate de cenușă rezultată din electrofiltre.

Mai mult, intervenienta solicită să se aibă în vedere faptul că Solicitarea de clarificări din data de 07.07.2015, nu a avut, în niciun caz, scopul de a o convinge să își corecteze oferta, fiind formulată în considerarea deciziei CAB care obliga autoritatea contractantă ca la reevaluarea ofertei sale să se ia în considerare costul de 135 lei/tonă, pentru întreaga cantitate de cenușă garantată. Mai mult, Solicitarea de clarificări din data de 07.07.2015 a avut un conținut diferit de cel al solicitării de clarificări nr. DPA/1868.1/08.07.2014, acestea vizând aspecte diferite, aspect confirmat de analiza efectuată de către autoritatea contractantă, rezultând că „niciodată înainte de pronunțarea deciziei civile CAB 8725/2014, asocierii ... nu i s-a solicitat recalcularea tabelului din Formularul Colectarea de date pentru evaluarea ofertei S03”.

Intervenienta precizează că au existat trei solicitări de clarificări total diferite, respectiv (i) prima solicitare de clarificări prin care s-a solicitat confirmarea valabilității acordului încheiat cu ..., (ii) a doua solicitare de clarificări DPA/1868.1/08.07.2014, a vizat explicarea neconcordanței sesizată de către Consiliu prin Decizia nr. 1795, (iii) solicitarea de clarificări din data de 07.07.2015, vizează recalcularea costului de evacuare al cenușii din electrofiltre, aspect ce nu a mai fost pus în discuție anterior și în privința căruia nu i s-a solicitat anterior acordul.

În temeiul art. 285 din OUG nr. 34/2006, instanța sesizată cu o plângere împotriva unei decizii a Consiliului poate dispune reevaluarea ofertelor de către autoritatea contractantă, dar nu îi poate impune modalitate de reevaluare în concret, cu trasarea unor limite (de natură a se subroga comisiei de evaluare) și pe cale de consecință, cu respectarea acestor dispoziții legale, nici decizia 8725/24.11.2014 pronunțată de CAB nu a limitat procedura de reevaluare, respectând astfel dreptul comisiei de evaluare de a stabili măsurile ce se impun pentru ca rezultatul procedurii să fie legal și fundamentat. Conform dispozițiilor legale, reevaluarea se face de către comisia de evaluare utilizând toate mijloacele prevăzute de legislația achizițiilor publice în acest scop, inclusiv posibilitatea solicitării de clarificări, pentru a realiza reevaluarea dispusă de instanța judecătorească.

Fiind înlăturate, din punct de vedere juridic, raportul de atribuire nr. D.P.A. nr. 2026/2.1.07.2014 și decizia Consiliului nr. 2496, prin decizia nr. 8725/24.11.2015 a Curții de Apel, autoritatea contractantă s-a aflat din nou în momentul imediat următor pronunțării deciziei Consiliului nr. 1795, respectiv în situația juridică de a efectua reevaluarea potrivit condițiilor impuse prin această decizie - inclusiv condiția de a solicita clarificări asocierii ... cu privire la prețul cenușii.

Intervenienta precizează că nu a ignorat costul unitar fix stabilit de autoritate pentru evacuarea cenușii din electrofiltre, prezentând în cadrul tabelului 4.1. costul de 135 lei/tonă, în conformitate cu documentația de atribuire. Nu poate fi, deci, primită susținerea asocierii FCC potrivit căreia "cu intenție s-a încălcat documentația de atribuire", în condițiile în care s-a prevăzut costul unitar impus prin documentația de atribuire, încadrând parte din cenușa din electrofiltre la categoria „altele”, în tabelul 4.1, cotate 0, motivat de soluția tehnică și de performanța echipamentelor tehnice propuse în oferta asocierii .... Prin urmare, este exclusă ideea existenței unei intenții a asocierii ... de a încălca documentația de atribuire, modalitatea de întocmire a ofertei tehnice fiind justificată de elemente temeinice, de ordin tehnic care susțin calitatea cenușii ce a fost prevăzută la categoria „altele” în cadrul tabelului 4.1.

Solicitarea de clarificări a fost emisă tocmai în vederea lămuririi aspectelor referitoare la întreaga cantitate de cenușă prevăzută în cadrul ofertei sale, precum și în vederea fundamentării unei decizii cu privire la existența sau nu a abaterii tehnice minore sub acest aspect. Acest demers se impunea a fi inițiat de către autoritatea contractantă, comisia de evaluare fiind singura în măsură să solicite ofertantului, în mod expres, îndreptarea unei eventuale abaterii tehnice minore, îndreptare ce se poate efectua doar prin recalcularea acelor costuri. Acest fapt s-a întâmplat și în speța de față, autoritatea contractantă solicitând recalcularea costurilor cu evacuarea cenușii, asocierea ..... prezentând pe de o parte această recalculare, cât și acceptul cu privire la luarea în considerare a răspunsului formulat și a calculelor prezentate.

Orice modificare a informațiilor prezentate în cadrul tabelului 4.1 s-a făcut în scopul analizei comparative a ofertelor admisibile, respectiv în vederea acordării unui punctaj și finalmente la stabilirea clasamentului ofertanților. Solicitățile de clarificări cu privire la costurile de evacuare a cenușii nu pot constitui un avantaj câtă vreme nu au condus la o modificare a clasamentului, respectiv la o modificare a ofertei financiare sau orice altă modificare ce ar fi favorizat-o.

În concluzie, asocierea ... arată că, în considerarea acestor argumente, se poate reține necesitatea reevaluării prin transmiterea unei solicitări de clarificări, orice altă interpretare ar îngreuna în mod nejustificat dreptul autorității contractante de a reevalua oferta sa prin prisma oricăror elemente pe care le consideră necesare, în virtutea respectării principiilor reglementate de art. 2 din OUG nr. 34/2006.

### 3. CARACTERUL MINOR AL ABATERII TEHNICE. MENȚINEREA SOLUȚIEI TEHNICE. NEMODIFICAREA OFERTEI FINANCIARE. NEMODIFICAREA CLASAMENTULUI FINAL AL OFERTANȚILOR.

Un prim aspect pe care îl supune atenției este relativ la noțiunea de "abatere tehnică minoră", sintagmă ce are un conținut legal, juridic, definit în cadrul art. 79 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006. În acest sens, se arată că principiul legalității procedurii de achiziție publică impune autorităților contractante și participanților la orice procedură de achiziție publică să nu includă, respectiv să nu citească în textul de lege condiții care, în realitate, nu există.

Caracterul minor al abaterii tehnice este susținut inclusiv de rapoartele experților cooptați, atât din punct de vedere tehnic, cât și din punct de vedere al respectării legislației achizițiilor publice, avându-se în vedere faptul că prin această recalculare a prețului unitar, cantitatea de cenuși rămâne aceeași cu cea garantată inițial prin oferta depusă, soluția tehnică și echipamentele oferite nu suferă vreo modificare.

În urma analizei dosarului achiziție se poate constata că autoritatea contractantă a procedat la efectuarea unei simulări cu privire la recalcularea costului de evacuare al cenușii, simulare în urma căreia a rezultat faptul că (i) oferta financiară nu se modifică; (ii) soluția tehnică propusă nu va suferi modificări; (iii) clasamentul ofertanților participanți la procedură nu se modifică.

Relevant în acest sens este și faptul că, prin documentația de atribuire, elementul de cost evacuare cenușă a fost stabilit doar pentru a evalua, respectiv a puncta, ofertele fără a se solicita vreo justificare cu privire la modalitatea concretă prin care se va realiza procesul de evacuare al cenușii și fără a se solicita o justificare a costului în cuantum de 135 lei/tonă, prețul fiind asumat de autoritatea contractantă.

Soluția tehnică ce trebuia să fie propusă de către ofertanți avea ca ultimă etapă depozitarea cenușii în perimetrul stației de epurare, autoritatea contractantă neimpunând ofertanților să detalieze/să garanteze o soluție cu privire la evacuarea cenușii, respectiv încărcarea și transportul acesteia în afara stației de epurare.

Toate rapoartele finale ale experților cooptați vin să contrazică afirmațiile contestatoarei în sensul că nu există nimic minor sau accidental în intenția clară a asocierii ... de a-și crea un avantaj nejustificat în evaluare prin scăderea OPEX-ului, fiind demonstrat faptul că recalcularea costului de evacuare se încadrează în noțiunea de abatere tehnică minoră, tabelul 4.1 având un caracter strict formal în vederea comparării ofertelor. În procesul de reevaluare a ofertei sale, nu are relevanță modificarea costului operațional cu procentul de 17% (invocat de către contestatatoare în scopul amplificării caracterului abaterii tehnice), în sine acest procent nu reflectă vreo modificare a soluției tehnice, ci doar o recalculare a valorilor din tabelul 4.1. ce are caracter strict formal, tabelul 4.1. fiind prevăzut în cadrul documentației de atribuire doar în vederea asigurării comparabilității ofertelor.

În urma studierii dosarului achiziției, contestatoarea a depus concluzii scrise, prin adresa nr. 4803/16.11.2015, înregistrată la Consiliu

cu nr. 22244/16.11.2015, solicitând, în plus, respingerea cererii de intervenție depusă de asocierea ...-... și precizând următoarele:

A. AUTORITATEA I-A CREAT UN AVANTAJ EVIDENT ASOCIERII ... PRIN ADRESAREA UNEI NOI CLARIFICĂRI CU PRIVIRE LA UN ASPECT DEJA CLARIFICAT:

Așa cum a menționat și în contestație, autoritatea a încălcat atât principiul tratamentului egal, cât și art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, creându-i ofertantului ... un avantaj evident prin adresarea unei noi solicitări de clarificări cu privire la același aspect (cenușa încadrată de asocierii ... ca având cost "0", în ciuda prevederilor din documentația de atribuire), deși acest ofertant răspunsese deja prin clarificări anterioare că își menține soluția, respectiv cotarea cu costul "0" a cenușii.

Autoritatea i-a adresat asocierii ..., în cadrul celei de-a doua reevaluări a ofertei sale, solicitarea de clarificări DPA nr. 1264.1/07.07.2015, astfel: *„Să recalculați costurile de exploatare, luând în considerare Decizia CAB nr. 8725/24.11.2015 și conform documentației de atribuire, Capitolul 0 Fișa de date și Formulare Secțiunea 3 Colectare de date pentru Evaluarea ofertei Partea I Cerințe specifice proiectului/pentru cenuși electrofiltre (...)*”.

Asocierea ... a răspuns prin adresa DPA nr. 1391/10.07.2015 și, în totală contradicție cu răspunsurile sale anterioare cu privire la menținerea costului "0" al cenușii, a modificat Tabelele 1.1 și 4.1 din propunerea sa tehnică, în sensul că a renunțat la costul "0" pentru cenușă și la cenușa "valorizată", trecând întreaga cantitate de cenușă la costul de 135 lei/tonă, așa cum ar fi trebuit să facă din start sau măcar la prima reevaluare.

Altfel spus, autoritatea contractantă i-a acordat asocierii ... o nouă șansă de a-și corecta oferta, deși adresase anterior o solicitare de clarificare cu privire la același aspect și în prima reevaluare, solicitarea fiind considerată prin Decizia 8725/24.11.2014 ca fiind corect adresată.

Chiar unul dintre membrii comisiei de evaluare, dl. Gabriel Mihai Doban, nu a fost de acord cu adresarea unei noi solicitări de clarificare, considerând că aceasta nu este nici corectă, nici necesară, asocierea ... furnizând deja anterior un răspuns ce trebuie doar reinterpretat prin prisma Deciziei CAB 8725/24.11.2014.

Astfel, dl Gabriel Mihai Doban a formulat o notă individuală prin care și-a justificat poziția chiar prin art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv că prin adresarea unei noi solicitări de clarificare autoritatea îi va crea un avantaj evident lui asocierii .... Mai mult, membrul comisiei de evaluare consideră că nici corectarea de către autoritatea contractantă a aspectelor din oferta ... aflate în contradicție cu documentația de atribuire, corectare urmată de acceptul ofertantului, nu poate fi admisă, având în vedere principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici.

Așadar, membrul comisiei de evaluare Gabriel Mihai Doban consideră că nu era necesară noua solicitare de clarificare DPA nr.



1264.1/07.07.2015, prin aceasta creându-i-se un avantaj evident lui ..., cu încălcarea art. 201 alin (2) din OUG 34/2006.

Obiectul celei de-a doua reevaluări ar fi trebuit să îl formeze răspunsul ... nr. DPA 1940/10.07.2014 din prima reevaluare, prin raportare la Decizia Consiliului nr. 1795, în conformitate cu aspectele confirmate și prin Decizia CAB 8725/24.11.2014, iar nu o nouă solicitare de clarificare cu privire tot la încadrarea cenușii din electrofiltre.

Pentru aceste motive, se impune anularea solicitării de clarificări nr. DPA nr. 1264.1/07.07.2015, adresată de autoritate, deoarece i-a creat un avantaj evident lui ..., dându-i încă o posibilitate de a-și corecta oferta, în ciuda refuzurilor anterioare.

B. ... A MODIFICAT, PRIN CLARIFICAREA DPA 1391/10.07.2015, CONȚINUTUL PROPUNERII TEHNICE, FĂRĂ CA MODIFICĂRILE SĂ POATĂ FI CONSIDERATE CORECTĂRI ALE UNOR ABATERI TEHNICE MINORE, ERORI ARITMETICE SAU VICII DE FORMĂ:

Rapoartele experților în achiziții publice, cooptați de autoritatea contractantă, nr. 1485/23.07.2015, 1518/28.07.2015, 1760/02.09.2015, 1770/03.09.2015, confirmă că nu poate fi vorba de corectarea unei abateri tehnice minore sau a unei erori aritmetice/viciu de formă, ci de modificare a unui aspect important din propunerea tehnică, respectiv modificarea semnificativă a factorului de evaluare OPEX.

Prin Nota DPA nr. 977.1/04.06.2015, Primarul General a aprobat cooptarea unor experți în achiziții publice, cu atribuții de verificare și evaluare a ofertelor din punct de vedere al încadrării în prevederile OUG 34/2006.

Acești experți au concluzionat, prin raportul nr. 1485/23.07.2015, că oferta ...- ... trebuia respinsă ca neconformă de autoritatea contractantă, din mai multe motive:

- „Prin modificarea adusă Formularului S03 se modifică implicit și factorul de evaluare, în consecință și propunerea tehnică, împrejurare de natură să conducă la incidența în speță a dispozițiilor art. 79 alin. (2) teza 1-a din HG 025/2006.

*Apreciem că nu suntem în situațiile menționate în teza a II-a a aceluiași alineat, întrucât această modificare nu reprezintă nici viciu de formă sau eroare aritmetică și nici corectare a unei abateri tehnice minore (...).”*

- „Instituția corectării unei abateri tehnice minore nu este aplicabilă în speță întrucât prin răspunsul transmis ofertantul ... a modificat conținutul propunerii tehnice în sensul modificării elementelor componente care contribuie la aplicarea factorului de evaluare OPEX”.

- „Apare ca vădit imposibilă din punct de vedere al legii situația în care Formularul S03, menționat în DA ca și factor de evaluare, să nu facă parte nici din propunerea financiară și nici din cea tehnică. Acest formular face parte din propunerea tehnică fiind preluat ca și factor de evaluare în raport de prevederile ordinului comun 2266/335/2012”.

- „Apreciem că ofertantul ... a încălcat prevederile art. 170 din OUG 34/2006 în sensul că nu a respectat cerința autorității contractante de a cota cenușa (electrofiltre) cu prețul stabilit prin documentația de

*atribuire, respectiv 135 lei/tonă, așa cum a constatat și Curtea de Apel ... prin ultima decizie pronunțată”.*

*- „Prin răspunsul transmis la solicitarea de clarificări, ofertantul ... a răspuns doar parțial cererii, modificând doar informația referitoare la cenușa electrofiltre, preluând-o de la rubrica „Altele” și încadrând-o de această dată corespunzător, respectiv la rubrica menționată de AC, fără a indica faptul că restul informațiilor ce au fost preluate nu suferă modificări și fără a efectua corelarea între cantitățile garantate în tabelul 4.1 și cantitatea avută în vedere la cotarea cu prețul de 135 lei/tonă. (...) Răspunsul transmis de ofertantul ... nu este concludent, intrând sub incidența prevederilor art. 79 alin. (1) din HG 925/2006.*

*În concluzie, în raport de argumentele prezentate mai sus, apreciem că oferta asocierii ... este neconformă, urmând a fi respinsă.”*

Autoritatea contractantă a solicitat explicații suplimentare experților cooptați în achiziții publice, însă aceștia și-au menținut poziția, autoritatea refuzând în cele din urmă să țină cont de concluziile lor.

Autoritatea Contractantă nu numai că a refuzat să țină cont de interpretarea experților în achiziții publice pe care i-a cooptat, dar a interpretat cu vădită rea-credință raportul acestora, considerând un paragraf citat de aceștia din raportul experților tehnici (paragraf contrar opiniei exprimate de experții în achiziții publice) drept "constatare" a raportului experților în achiziții publice.

Astfel, autoritatea contractantă a consemnat în raportul procedurii, pag. 185 că "motivarea precizată de experții UMP în raportul amintit și constatată și de experții în achiziții în raportul final întocmit de aceștia, prin care se precizează că: "1. Modificarea privește un element secundar și neesențial în raport cu propunerea tehnică în sine (...)"

În realitate, experții în achiziții publice nu și-au însușit opinia experților tehnici cooptați cu privire la incidența instituției corectării abaterii tehnice minore, ci doar au citat-o, față de această interpretare (eronată) propunând comisiei de evaluare să analizeze aspectele prezentate cu privire la incidența prevederilor art. 79 alin. (2) lit. b) coroborate cu alin. (3) al aceluiași articol din HG nr. 925/2006, evident, prin prisma concluziilor exprimate anterior în rapoartele înregistrate DPA nr. 1485/23.07.2015 și 1518/28.07.2015, unde au menționat expres că nu poate fi vorba de corectarea unei abateri tehnice minore, dar și că oferta ... trebuia respinsă ca neconformă.

Raportul experților în achiziții publice DPA nr. 1770/03.09.2015 vine la numai o zi după raportul DPA nr. 1760/02.09.2015, prin care aceeași experți au reconfirmat concluziile din rapoartele înregistrate DPA nr. 1485/23.07.2015 și 1518/28.07.2015.

Modificarea Tabelelor 4-1 și 1-1 de către ..., prin atașarea acestora la răspunsul DPA nr. 1391/10.07.2015, reprezintă o modificare a propunerii tehnice a acestui ofertant.

Înainte de a fi modificate, aceste tabele se regăseau în "Propunerea tehnică" ..., la paginile 885 - 888 (Tabelul 4.1, "Consumuri garantate") și respectiv la paginile 1149 - 1150 (Tabelul 1-1, "Calculul costurilor de operare").

Experții tehnici cooptați ai unității de management a proiectului ("UMP") confirmă că "corectarea Tabelului 4.1 este o modificare a propunerii tehnice (...)", în Raportul de specialitate al experților cooptați UMP nr. 2, nr. DUP 7197/17.07.2015, pagina 2.

Așa cum au reținut și experții cooptați în achiziții publice, modificarea propunerii tehnice nu este una minoră, ci reprezintă o modificare substanțială a propunerii tehnice, determinând o modificare a principalului factor de evaluare (OPEX) de 17,5%.

Modificarea nu reprezintă o simplă formalitate lipsită de efecte practice, cum susține autoritatea contractantă și intervenienta în punctul de vedere, respectiv în cererea de intervenție, ci determină o modificare concretă a soluției tehnice.

Asocierea ... a prezentat în propunerea sa tehnică, la punctul D "Procesul propus", punctul 1 "Nota generală de prezentare a procesului", pag. 491, soluția tehnică a valorificării cenușii cu ajutorul ..., aceasta determinând chiar o anumită structură a procesului de incinerare, axată pe maximizarea ratei de captură a cenușii, în vederea valorificării acesteia:

*"3.3 Reducerea costurilor de evacuare (...)*

*Cenușa care nu prezintă pericol, poate fi valorificată în fabricile de ciment. Așadar în oferta noastră am pus accent pe maximizarea ratei de captură a cenușei la nivelul ciclonului și al electrofiltrului. Instalația poate atinge un randament de captură de 99,5% în această etapă de tratare.*

*Gruparea dintre ..., ... și ... International, propune, urmare a procedurii de tratare ales, să se utilizeze cenușa de la incinerarea nămolului într-o fabrică de ciment din România. Un acord de exclusivitate a fost stabilit cu ... România. Acest acord este anexat la dosarul nostru." (propunerea tehnică ..., p. 491, Anexa 3)".*

Așadar, soluția valorificării cenușii în vederea diminuării OPEX, soluție infirmată atât de Consiliu prin decizia 1795, cât și de Curtea de Apel ... prin decizia 8725, reprezintă un proces descris în propunerea tehnică ..., susținut și prin protocolul încheiat cu ... (pag. 1161 - 1170 din propunerea tehnică ...- ...).

Chiar experții tehnici cooptați UMP au confirmat că ... a propus o soluție integrală de proces (nr. DUP 6572/01.07.2015), dată fiind posibilitatea valorificării cenușii, confirmând implicit că renunțarea la costul "0" reprezintă totodată o renunțare la soluția integrală de proces propusă de .... Renunțarea la acest proces determină modificarea semnificativă a OPEX-ului, însă modificarea procesului de evacuare a cenușii reprezintă în sine o modificare a propunerii tehnice ....

... nu a menționat în răspunsul său că își păstrează propunerea tehnică nemodificată, ci numai că nu aduce modificări soluției tehnice. De fapt, ... a modificat propunerea tehnică (Tabelele 4.1 și 1.1) dar și soluția tehnică în ceea ce privește procesul de evacuare/valorificare a cenușii, proces prezentat ca justificare pentru reducerea costului de operare (OPEX) al stației de epurare.

În ceea ce privește interpretarea greșită a experților tehnici cooptați UMP privind încadrarea modificării în categoria abaterilor tehnice

minore, interpretare contrară față de cea exprimată de experții în achiziții publice, contestatoarea își exprimă, în primul rând, îngrijorarea legitimă cu privire la obiectivitatea acestor experți manifestată chiar de unul dintre membrii comisiei de evaluare, dl. Victor Tiberiu Stancu, acesta propunând înlocuirea acestor experți, propunere consemnată în procesul-verbal de evaluare nr. 11, DPA 173/06.08.2015 (după analizarea de către comisia de evaluare a rapoartelor contradictorii realizate de cele două grupe de experți).

În al doilea rând, se subliniază specializarea tehnică a acestor experți tehnici cooptați ai UMP, problema în discuție fiind una de interpretare legală, experții în achiziții publice pronunțându-se, în sensul că modificarea ofertei ... nu poate constitui corectarea unei abateri tehnice minore.

În al treilea rând, argumentul experților tehnici pentru a considera modificarea operată de ... drept una minoră, fără impact asupra ofertei în ansamblul său, conform raportului final al experților tehnici nr. DPA 1668/17.08.2015, a fost acela că tot ce s-a modificat a fost costul de operare, cantitatea totală de cenușă rămânând aceeași.

Un asemenea argument ar fi putut fi acceptat, eventual, în cazul în care nu era vorba despre o modificare atât de mare a principalului factor de evaluare, sau în cazul în care era vorba despre o simplă greșeală.

Însă intenția ... de a denatura factorul de evaluare OPEX a fost clară, acest lucru fiind reținut și sancționat încă de la prima decizie CNSC nr. 1795. "Denaturarea" a fost una semnificativă, creându-i lui ... un avantaj important, nemeritat.

#### C. ... NU A OPERAT TOATE MODIFICĂRILE NECESARE ÎN OFERTA SA, DETERMINATE DE SCHIMBAREA COSTULUI "0" AL EVACUĂRII CENUȘII:

Contestatoarea susține că deși a modificat Tabelele 4.1 și 1.1, respectiv OPEX-ul, ceea ce în sine constituie o modificare semnificativă a propunerii tehnice, ... nu a corelat celelalte elemente ale ofertei sale cu această schimbare de poziționare.

Astfel, ... nu a modificat pagina 15b din propunerea sa financiară, unde apare menționată în continuare valoarea totală a costurilor de operare pentru 1 an de 15.369.929,69 lei/an, deși în adresa de comunicare a rezultatului reevaluării nr. 1936.1/12.10.2015 transmisă de autoritatea contractantă, noul OPEX al ofertei ... este de 18.022.800,16 lei/an.

Prin răspunsul său DPA nr. 1391/10.07.2015, ... a menționat expres că "*nu aduce modificări ofertei financiare și nici soluției tehnice, astfel cum se regăsesc în cadrul ofertei Asocierii ...*".

Prin urmare, ... își menține inclusiv costul de operare de 15.369.929,69 lei/an, menționat în oferta financiară la p. 15b.

O asemenea neconcordanță trebuia cel puțin clarificată de autoritatea contractantă, însă putea la fel de bine să constituie temei pentru respingerea ofertei ... ca neconformă pentru furnizarea de răspunsuri neconcludente la solicitările de clarificări, în temeiul art. 79 alin (1) din HG 925/2006.

Nu întâmplător ... a refuzat să coreleze informațiile prezentate în oferta financiară cu modificările propunerii tehnice pe care le-a operat.

Dacă în cazul modificărilor propunerii tehnice există instituția abaterilor tehnice minore, în cazul modificării ofertei financiare art. 79 alin. (3) impune respingerea ofertei ca neconformă, mai puțin în cazul corectării unei erori aritmetice, despre care evident nu poate fi vorba în speță.

Prin adresa nr. 4842/17.11.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 22466/18.11.2015, contestatoarea a transmis concluzii scrise cu privire la punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă, astfel:

Autoritatea contractantă, în punctul său de vedere DPA nr. 2077.1/04.11.2015, pretinde că cele trei solicitări de clarificări adresate asocierii ..., cu privire la încadrarea cenușii în categoria cost "0" și protocolul ... "au fost diferite atât din punct de vedere al conținutului, cât și al circumstanțelor".

De fapt, toate cele trei solicitări au vizat soluția tehnică propusă de ... pentru evacuarea cenușii și costul "0" al acestui proces, chiar dacă întrebările au fost adresate în mod diferit.

Spre exemplu, prin a doua solicitare de clarificare cu privire la acest aspect, cea adresată în prima reevaluare, după decizia definitivă a Consiliului nr. 1795, prin care s-a stabilit că asocierea ...- ... a ignorat costul unitar stabilit de autoritate pentru cenușă, denaturând astfel aplicarea factorului de evaluare OPEX, autoritatea i-a solicitat asocierii ... să clarifice aspectele reținute prin Decizia Consiliului nr. 1795. În loc să țină cont de aspectele dezlegate prin Decizia Consiliului nr. 1795, rămasă definitivă, ..., prin răspunsul nr. DPA 1940/10.07.2014, a refuzat practic să se conformeze cerințelor din documentația de atribuire și a reconfirmat în mod expres costul "0" pentru „cenușa valorizată” și Protocolul cu .... În mod inexplicabil, autoritatea a decis că răspunsul (deși contrar Deciziei Consiliului nr. 1795) este concludent și a desemnat câștigătoare, în prima reevaluare, tot asocierea ....

Curtea de Apel ..., prin decizia nr. 8725/24.11.2014, a confirmat că autoritatea a procedat greșit în prima reevaluare și că răspunsul asocierii ..., DPA 1940/10.07.2014, a fost contrar Deciziei Consiliului nr. 1795, prin aceea că a reiterat expres costul zero pentru majoritatea cenușii, invocând protocolul ....

În cea de-a doua reevaluare, autoritatea i-a cerut asocierii ... să recalculeze costurile de exploatare cu luarea în considerare a Deciziei CAB nr. 8725/24.11.2014, adică să își corecteze oferta sub aspectul costului "0" pentru evacuarea cenușii și al procesului de evacuare a acesteia. Însă, în esență, această solicitare este identică cu cea adresată în prima reevaluare, deoarece clarificarea aspectelor stabilite prin Decizia Consiliului nr. 1795 (solicitarea din prima reevaluare) nu poate însemna altceva decât recalcularea costurilor de exploatare sub aspectul costului "0" de evacuare a cenușii.

Acest lucru este confirmat și de Curtea de Apel ..., în decizia nr. 8725/24.11.2014, Curtea stabilind foarte clar că autoritatea a adresat solicitarea de clarificare în mod corect în prima reevaluare: "Autoritatea



contractantă a adresat solicitarea de clarificări, în concordanță cu dispozițiile Deciziei CNSC nr. 1795/2014." (Decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014, p. 12).

Ceea ce Curtea de Apel ... a considerat greșit, și în contradicție cu Decizia Consiliului nr. 1795, a fost răspunsul asocierii ..., nu solicitarea de clarificare:

*„Răspunsul asocierii ...- ... (înregistrat DPA 1940/10.07.2014) la solicitarea de clarificări suplimentară adresată de Autoritate în cadrul reevaluării reiterează expres costul zero pentru majoritatea cenușii, invocând protocolul ....*

*Curtea reține că potrivit documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit un cost unitar pentru componenta "cenușă din electrofiltre" de 135 lei pe tonă, cerință pe care ...- ... nu a respectat-o.*

*Cât timp documentația de atribuire prevedea în mod expres costul unitar ce trebuia oferit pentru tona de cenușă, ...- ... trebuia să se conformeze cerințelor documentației de atribuire, cerințe obligatorii din moment ce documentația de atribuire nu a fost contestată. (...)" (Decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014, p. 12)*

Așadar, răspunsul ... la solicitarea din prima reevaluare, pentru a fi corect în opinia Curții, ar fi trebuit să respecte cerința documentației de atribuire privind costul evacuării cenușii, să renunțe la costul "0", respectiv să recalculeze costurile de exploatare prin luarea în considerare a costului de 135 lei/tonă pentru cenușă, adică exact ce i s-a solicitat lui ... să facă în cea de-a doua reevaluare.

Prin urmare, autoritatea susține în mod greșit că prin solicitarea din prima reevaluare i s-a cerut altceva lui ... decât ce i s-a cerut în cea de-a doua reevaluare.

Decizia Curții de Apel ... nr. 8725/24.11.2014 a confirmat tot ce a reținut Consiliul prin Decizia nr. 1795/2014 (nici nu se putea altfel, Decizia Consiliului rămăsese definitivă sub aspectul costului "0", al protocolului ... etc.), dar a sancționat modalitatea de punere în aplicare a acestei decizii de către autoritate - nu modalitatea de adresare a solicitării de clarificări, considerată corectă, ci numai interpretarea răspunsului asocierii ....

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că se impunea reluarea reevaluării de la momentul interpretării răspunsului ... DPA 1940/10.07.2014, prin prisma celor două decizii definitive CNSC și CAB, iar nu adresarea unei noi solicitări de clarificare tot cu privire la costul "0" al cenușii din oferta .../recalcularea costurilor de exploatare cu privire la cenușă.

În opinia petentei, autoritatea, în scopul evident de a-l favoriza pe ..., încearcă să se prevealeze de propria ei culpă presupusă: "Autoritatea ... nu a solicitat în mod clar, explicit, precis ofertantului recalcularea costurilor", referindu-se la cea de-a doua solicitare de clarificare cu privire la cenușă, adresată în prima reevaluare, (punctul de vedere al autorității). Autoritatea încearcă practic să spună că nu ofertantul este de vină pentru maniera în care a răspuns la solicitarea de clarificare din

prima reevaluare, ci chiar autoritatea este de vină pentru maniera în care a formulat solicitarea.

În realitate, și acest aspect a fost dezlegat de CAB prin decizia 8725/24.11.2014: "Autoritatea contractantă a adresat solicitarea de clarificări, în concordanță cu dispozițiile Deciziei CNSC nr. 1795/2014".

Așadar, nu poate fi vorba nici despre o greșeală în maniera de adresare a celei de-a doua solicitări de clarificare cu privire la cenușă care să justifice adresarea unei noi solicitări de clarificare în a doua reevaluare cu privire la același aspect.

În mod evident greșit consideră autoritatea că avea doar două posibilități în cea de-a doua reevaluare: de a transmite o solicitare de clarificare sau de a recalcula singură costurile cu evacuarea cenușii din oferta .... De fapt, autoritatea avea o singură posibilitate legală: de a relua reevaluarea ofertei ... de la interpretarea răspunsului ..., DPA 1940/10.07.2014, prin prisma celor două decizii CNSC și CAB.

Se mai precizează că, deși autoritatea contractantă a cooptat echipe de experți, a ignorat rapoartele experților în achiziții publice a căror recomandare a fost aceea de a respinge oferta ... ca neconformă.

Autoritatea susține în punctul său de vedere că datele modificate de ... prin răspunsul la solicitarea de clarificare din cea de-a doua reevaluare, și chiar OPEX-ul, nu fac parte nici din propunerea tehnică, nici din cea financiară. Petenta arată că, în realitate, conform art. 3 lit. q) din OUG nr. 34/2006, oferta cuprinde propunerea tehnică și propunerea financiară, iar distincția pe care încearcă să o creeze autoritatea este evident una artificială, pro domo.

Asocierea ... a inclus atât Tabelul 1.1 (Formularul S03), cât și Tabelul 4.1 (modificate prin răspunsul DPA nr. 1391/10.07.2015) în propunerea sa tehnică, la pag. 1149-1150, respectiv 888.

De asemenea, ... a inclus în propunerea sa financiară, la pagina 15b, valoarea totală a costurilor de operare pentru 1 an, formular pe care nici nu l-a mai modificat, existând din acest punct de vedere o contradicție între OPEX-ul declarat în propunerea financiară la pagina 15b și OPEX-ul declarat în tabelul 1.1 din propunerea tehnică.

Chiar experții în achiziții publice cooptați de autoritatea contractantă au susținut că: *„apare ca vădit imposibilă din punct de vedere al legii situația în care Formularul S03, menționat în DA ca și factor de evaluare, să nu facă parte nici din propunerea financiară și nici din cea tehnică. Acest formular face parte din propunerea tehnică fiind preluat ca și factor de evaluare în raport de prevederile ordinului comun 2266/335/2012”* (raportul DPA nr. 1485/23.07.2015, p. 7).

Contestatoarea subliniază că asocierea ... a modificat, prin răspunsul său DPA nr. 1391/10.07.2015, nu numai valoarea totală OPEX, ci și încadrarea a 19.650.89 tone anuale de cenușă, din categoria "cenușă valorizată" (așa cum o trecuse inițial în oferta sa, contrar documentației de atribuire, respectiv cum o menținuse/confirmase după primele două solicitări de clarificare cu privire la acest aspect, contrar documentației de atribuire și Deciziei Consiliului nr. 1795), în categoria "cenuși (electrofiltre)", ceea ce reprezintă în sine o modificare

semnificativă a propunerii tehnice, asocierea ... renunțând practic la soluția valorizării cenușii cu ajutorul ....

În ceea ce privește susținerea autorității potrivit căreia cerința privind prețul unitar de 135 lei/tonă pentru evacuarea cenușii nu se găsea în caietul de sarcini, ci în documentația de atribuire, motiv pentru care art. 36 alin. (2) lit. a) din HG 925/2006 nu poate fi aplicabil, petenta arată că, cerința menționată se regăsea în documentația de atribuire atât în Tabelul 1.1 din Capitolul 0 "Fișa de date și formulare", Secțiunea 3 "Colectarea de date pentru Evaluarea ofertei", Partea 1 "Cerințe Specifice Proiectului", cât și în tabelul 4.1 din Capitol 4 "Liste", Secțiunea 3 "Propunerea Contractorului", Partea 1 "Lista de Garanții - Apă Uzată și Incinerare". Asocierea ... a inclus atât Tabelul 1.1, cât și Tabelul 4.1 în propunerea sa tehnică, la paginile 1149-1150, respectiv 888. Așadar, însăși asocierea ... a înțeles că prețul de 135 lei/tonă, stabilit de autoritate prin Tabelele 1.1 și 4.1, face parte din caietul de sarcini.

Referitor la cererea de intervenție formulată de asocierea ..., contestatoarea face următoarele precizări:

1) Cu privire la excepțiile invocate de intervenientă:

- În ceea ce privește inadmisibilitatea capătului de cerere din contestație, motivat de faptul că s-a solicitat anularea răspunsului DPA nr. 1391/10.07.2015 al asocierii ... la solicitarea de clarificare adresată de autoritate în cea de-a doua reevaluare, petenta susține că a cerut anularea solicitării de clarificare, deoarece autoritatea a încălcat prevederile art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, creându-i lui ... un avantaj evident, și numai pe cale de consecință anularea răspunsului.

S-a contestat actul autorității, act vătămător pentru petentă, deoarece i-a creat un avantaj evident lui ..., însă anularea actului autorității trebuie să antreneze și anularea actului subsecvent, respectiv răspunsul ... prin care acesta și-a modificat oferta.

Solicitarea de clarificare a autorității, a treia cu privire la același aspect, reprezintă mijlocul prin care i-a fost creat ofertantului ... un avantaj evident - încă o posibilitate de a-și corecta oferta, deși prin două răspunsuri anterioare confirmase încadrarea și costul "0" al cenușii.

Răspunsul ... la această solicitare, prin care și-a modificat propunerea tehnică, înlocuind costul "0" al cenușii cu costul prevăzut în documentația de atribuire de 135 lei/tonă, reprezintă fructificarea avantajului evident care i-a fost creat.

Intervenienta invocă și excepția autorității de lucru judecat în ceea ce privește solicitarea de a se anula adresa de clarificare DPA nr. 1264.1/07.07.2015, înaintată de autoritate asocierii ..., în cea de-a doua reevaluare. Aceasta motivează că Consiliul a stabilit deja, prin decizia nr. 1795, că neconcordanța sesizată trebuie să fie clarificată cu ofertantul, prin urmare, în opinia intervenientei, autoritatea era obligată să adreseze solicitarea de clarificare în cea de-a doua reevaluare.

Contestatoarea apreciază că intervenienta încearcă să inducă în eroare. Este adevărat că decizia Consiliului nr. 1795 a stabilit acest lucru, numai că autoritatea a pus deja în aplicare decizia Consiliului nr. 1795

sub acest aspect în cadrul primei reevaluări, adresând solicitarea de clarificare nr. DPA 1868.1/08.07.2014, la care ... a oferit răspunsul DPA nr. 1940/10.07.2014.

Așadar, Decizia Consiliului nr. 1795 fusese deja pusă în aplicare de autoritate, ... furnizase deja un răspuns considerat în mod greșit drept concludent, iar Curtea de Apel ... a stabilit prin Decizia civilă nr. 8725/24.11.2014 că solicitarea DPA 1868.1/08.07.2014 a pus în aplicare în mod corect Decizia Consiliului nr. 1795, dar că autoritatea a interpretat greșit răspunsul primit.

Ceea ce se contestă este tocmai ignorarea de către autoritate, în cea de-a doua reevaluare, a răspunsului dat de ... DPA nr. 1940/10.07.2014 la solicitarea adresată de autoritate în aplicarea Deciziei Consiliului nr. 1795.

Prin urmare, autoarea contestației apreciază că se impune respingerea excepțiilor invocate de ....

2) Cu privire la argumentele de fond ale intervenientei:

Contestatoarea subliniază faptul că avantajul evident acordat de autoritate asocierii ... a constatat în posibilitatea de a reveni asupra răspunsurilor anterioare prin care și-a menținut/confirmat costul "0" al cenușii.

Se precizează că, contrar celor susținute în cererea de intervenție, legea prevede anumite limitări pentru autoritate atunci când adresează solicitări de clarificare. O limitare legală esențială, pe care intervenienta o ignoră, este chiar interdicția ca prin solicitările adresate să i se creeze un avantaj evident unui ofertant. În orice caz, solicitările de clarificări trebuie adresate, potrivit art. 201 alin. (1), pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate, iar nu pentru a determina o modificare a ofertei, astfel încât aceasta să devină conformă, cu atât mai puțin în cazul în care mai fuseseră deja adresate două solicitări cu privire la același aspect.

Chiar și față de textul art. 201 alin. (1), din OUG nr. 34/2006, ignorând alin. (2), solicitarea de clarificare nr. 1264.1/07.07.2015 apare ca nelegală, ea neurmărind o completare a documentelor prezentate sau o demonstrare a îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, ci urmărind în mod evident modificarea ofertei ....

Apoi, intervenienta susține că în cazul în care modificarea de ofertă, prin clarificări, nu conduce la modificarea clasamentului ofertanților, atunci devine incidentă instituția abaterilor tehnice minore.

Contestatoarea arată că, în realitate, nemodificarea clasamentului ofertanților este numai una dintre condițiile aplicării art. 79 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006. Cealaltă condiție este tocmai aceea ca modificarea să vizeze o abatere tehnică minoră, corectarea unei abateri importante, semnificative neputând fi acceptată chiar dacă nu ar conduce la modificarea clasamentului ofertanților.

Decizia Consiliului nr. 1795 a impus autorității să clarifice neconcordanța și să aleagă din două variante: (i) este vorba de o neconformitate sau (ii) de corectarea unei abateri tehnice minore. Autoritatea a adresat solicitarea de clarificare în prima reevaluare și

intervenienta a refuzat să își pună oferta în conformitate cu documentația și cu Decizia Consiliului nr. 1795, prin urmare singura variantă posibilă pentru autoritate era să constate neconformitatea ofertei ..., varianta (i) oferită de Decizia CNSC nr. 1795. Autoritatea nu a procedat în conformitate cu Decizia CNSC nr. 1795, motiv pentru care conduita acesteia a fost sancționată prin Decizia CAB 8725/24.11.2014.

Urmare mențiunilor contestatoarei din cadrul concluziilor scrise formulate la 16.11.2015, intervenienta a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 22517/18.11.2015, aducând următoarele precizări:

Ambele echipe de experți - experții tehnici și experții în achiziții publice - au recomandat adresarea unei noi solicitări de clarificări, în raport de decizia Curții de Apel, urmând ca, pe baza răspunsului primit, să poată aprecia asupra incidenței art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

Nu s-a creat niciun avantaj asocierii ..., nu au existat refuzuri anterioare cât privește corectarea/ajustarea neconcordanței sesizate - nici nu există în cauză o asemenea noțiune de „refuz de corectare a unei oferte”.

Solicitările de clarificări au avut conținut diferit și au vizat elemente distincte fiind emise în considerarea unor rațiuni total diferite - mențiunile contestatoarei pe acest aspect fiind neîntemeiate.

Opinia scrisă a domnului Doban este o opinie preliminară ce nu a avut la bază toate documentele/informațiile necesare, respectiv rapoartele experților tehnici cooptați. Inclusiv în cadrul acestei opinii se reține că decizia Curții i-a oferit autorității contractante posibilitatea, iar nu obligația, ca reevaluarea să se realizeze doar prin raportare la actele existente la dosarul achiziției.

Această opinie aparte, în faza incipientă de reevaluare, nu a fost argumentată, ci s-a limitat la menționarea deciziei Curții de Apel - opinie care are un caracter echivoc, întrucât arată că decizia CAB oferă „posibilitatea autorității ca reevaluarea să fie efectuată în baza actelor existente la dosarul achiziției”, iar pe de altă parte subliniază că „autoritatea contractantă va trebui să DECIDĂ asupra aceleiași chestiuni, abatere tehnică minoră sau neconformitate, cu precizarea că abaterea tehnică minoră va fi stabilită cu ajutorul autorității.”

Comisia de evaluare a stabilit, în unanimitate, conformitatea ofertei asocierii ..., inclusiv dl. Doban revenind asupra opiniei preliminare formulată anterior, ca urmare a rapoartelor experților tehnici cooptați, dar și urmare a analizării concrete a răspunsurilor intervenientei la solicitarea de clarificări.

De asemenea, intervenienta susține că sunt lipsite de temei susținerile contestatoarei în sensul că „asocierea ... nu a menționat că își păstrează propunerea tehnică nemodificată, ci numai că nu aduce modificări soluției tehnice.” Raportat la noțiunea de abatere tehnică minoră, rezultă că nu poate fi reținut ca valabil acest raționament al contestatoarei, corectarea unei abateri tehnice minore implică modificări la nivelul ofertei tehnice și, prin urmare, nu există nicio obligație în sensul menționării că nu se modifică propunerea tehnică. Esențial este faptul că s-a menționat, aspect verificat și confirmat de către experții



tehnici cooptați, că asocierea ... nu își modifică soluția tehnică prin recalcularea costului de evacuare a cenușii și nici oferta financiară.

Orice ajustare a informațiilor prezentate în cadrul tabelului 4.1 s-a făcut în scopul analizei comparative a ofertelor admisibile, respectiv în vederea acordării unui punctaj și finalmente la stabilirea clasamentului ofertanților. Solicitățile de clarificări cu privire la costurile de evacuare a cenușii nu pot constitui un avantaj câtă vreme nu au condus la o modificare a clasamentului, respectiv la o modificare a ofertei financiare sau orice altă modificare ce ar fi favorizat asocierea ....

Se mai precizează că, fila 15b din cadrul ofertei sale nu poate fi interpretată ca reprezentând formularul impus de fișa de date a achiziției pentru a reflecta OPEX-ul, oferta tehnică, inclusiv calculul OPEX, regăsindu-se la filele 1146-1160.

Conform Fișei de date - Secțiunea IV.4.) Prezentarea ofertei - IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice "7. Etape esențiale. Prezentarea detalierei factorului de evaluare tehnic "Costul operațional total (Capitol 0 Secțiunea 3)" - rezultă că documentația de atribuire a prevăzut un formular distinct care să cuprindă costul de operare - OPEX, asocierea ... întocmind oferta cu respectarea acestor cerințe, respectiv la file 1146 -1160 se regăsește formularul de ofertă tehnică "Costul operațional total (Capitol 0 Secțiunea 3)".

Totodată, conform Fișei de date - Secțiunea IV.4.) Prezentarea ofertei - IV.4.2. Modul de prezentare a propunerii financiare "Propunerea financiară va conține: a. Formularul de oferta (Formularul nr. 17, Capitol 0 Secțiunea 2; b. Anexa la ofertă (Capitol 4, Secțiunea 1); c. Listele de prețuri (Capitol 4, Secțiunea 4)". Rezultă că, în cadrul Fișei de date, sunt prevăzute formulare distincte pentru oferta financiară, respectiv Formularul nr. 17, Anexa la ofertă, Listele de prețuri, formulare pe care asocierea ... le-a completat conform cerințelor documentație de atribuire și care cuprind exclusiv informații relative la oferta financiară, acestea regăsindu-se la file 1-116.

Deci, intervenienta subliniază că, costul de operare (OPEX-ul) din care face parte costul pentru evacuarea deșeurilor (în particular, a cenușii) din stația de epurare, nu face parte din oferta financiară - astfel încât toate alegațiile contestatoarei potrivit cărora modificarea OPEX-ului este echivalentă modificării ofertei financiare sunt total neavenite.

Deși nu s-a impus prin documentația de atribuire să fie inserate informații relative la costul de operare în cadrul ofertei financiare, pentru a facilita analiza ofertei, asocierea ... a indicat la fila 15b și elemente aferente OPEX. Astfel, menționarea costurilor de operare la fila 15b a avut un scop formal, fără ca această modalitate de prezentare a costurilor să fie impusă de autoritatea contractantă. În raport de aceste considerente se poate constata că, în urma solicitării de clarificări din data de 10.07.2015, asocierea ... era obligată să recalculeze costul de operare și să trimită doar formularele aferente OPEX, refăcute.

În opinia sa, simpla menționare, la pag. 15b din cadrul ofertei financiare, a costurilor de operare nu poate conduce la ideea că acestea fac parte din oferta sa financiară, neexistând o obligație de a corela oferta

tehnică cu oferta financiară în urma recalculării costului de evacuare a cenușii.

Mai mult, se arată că răspunsul său la solicitarea de clarificări din 10.07.2015 a fost ferm, prevăzându-se expres faptul că recalculează prețul pentru întreaga cantitate de cenușă din electrofiltre, asumându-și acest cost de operare, nefiind necesară modificarea tuturor documentelor din ofertă, ce faceau trimitere la costul inițial de operare.

Caracterul minor al abaterii tehnice este susținut inclusiv de rapoartele experților cooptați, atât din punct de vedere tehnic, cât și din punct de vedere al respectării legislației achizițiilor publice, avându-se în vedere faptul că prin această recalculare a prețului unitar, cantitatea de cenuși rămâne aceeași cu cea garantată inițial prin oferta depusă, procesul tehnologic și echipamentele oferite nu suferă vreo modificare.

Pentru același motiv, prevederea prețului de 135 lei/t pentru întreaga cantitate de cenușă, nu duce la nicio modificare a soluției tehnice. Maximizarea ratei de recuperare a cenușii este nerelevantă raportat la soluția tehnică și financiară.

În concluzie, intervenția solicitată să se constate că recalcularea transmisă în urma solicitării de clarificări reprezintă o abatere minoră, doar de încadrare tehnică într-un formular aferent procedurii de evaluare, neexistând niciun element de neconformitate a ofertei care să conducă la respingerea acesteia.

*Analizând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:*

Pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect „extinderea stației de epurare a apelor uzate și construcția incineratorului de nămol”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura licitație restrânsă prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Cu ocazia deschiderii celor trei oferte depuse, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. 239 din 14.10.2013 iar rezultatul evaluării lor a fost consemnat în raportul procedurii nr. DPA 1193 din 28.04.2014. Anterior etapei de depunere a ofertelor a formulat contestație împotriva documentației de atribuire SC ... SRL ce a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. 884/74C7/681 din 13.03.2013 fiind respinsă.

Nemulțumite de respingerea candidaturii lor, au formulat contestații SC ... GmbH, SC ... SPA și ... SA, ce au fost soluționate de Consiliu prin decizia nr. 1513/C5/1335, 1355, 1390 din 29.04.2013 fiind respinse ca nefondate. De asemenea, asupra raportului intermediar de selecție a candidaturilor a formulat contestație SC AKTOR SA ce a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. 1766/C1/1848/22.05.2013 fiind respinsă ca tardivă.

Nemulțumite de rezultatul procedurii de atribuire (ce le-a fost comunicat prin adresele nr. 1132.1 și nr. 1131.1 din 29.04.2014), SC ... SA și asocierea ... - ...a - ... au formulat contestații ce au fost soluționate prin decizia Consiliului nr. 1795/201C9/1700, 1786 din 17.06.2014. Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului,

autoritatea contractantă a întocmit un nou raport al procedurii cu nr. DPA 2026/21.07.2014. Nemulțumită de noul rezultat al procedurii, asocierea ... - ...a - ... a formulat contestație ce a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. 2496/C11/2930 din 02.09.2014. Împotriva deciziei Consiliului nr. 2496/C11/2930 din 02.09.2014 a formulat plângere asocierea ... - ...a - ..., ce a făcut obiectul dosarului nr. 5722/2/2014 aflat pe rolul Curții de Apel .... Prin Decizia civilă nr. 8725/24.11.2014, Curtea de Apel ... Secția a VIII Contencios Administrativ și Fiscal a admis în parte plângerea, *modifică în parte decizia CNSC nr. 2496/C11/2930/02.09.2014 în sensul că: admite în parte contestația formulată de asocierea ... - ...a - ..., anulează în parte raportul procedurii de atribuire nr. DPA 2026/21.07.2014 în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii SC ... - ... .. - ... .., precum și actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei acestei asocieri și la stabilirea ofertei câștigătoare.*

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei civile nr. 8725 din 24.11.2014 a Curții de Apel ..., autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. DPA 1940/12.10.2015 și a comunicat ofertanților noul rezultat al procedurii. Nemulțumită și de noul rezultat al procedurii, asocierea ... - ...a - ... a formulat prezenta contestație, solicitând:

„- anularea solicitării de clarificări adresată de autoritate în cadrul celei de-a doua reevaluări a ofertei asocierii SC ... - .... - .... și, pe cale de consecință, a răspunsului primit de la acest ofertant;

- anularea parțială a raportului procedurii de atribuire nr. 1940/12.10.2015, respectiv în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii SC ... - .... - .... drept admisibilă și desemnarea acesteia drept câștigătoare a procedurii de atribuire și a oricăror acte conexe subsecvente, inclusiv, dar fără a se limita la adresele de comunicare a rezultatelor procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante să reevalueze oferta asocierii SC ... - .... - .... (propunerea tehnică și financiară) și să desemneze oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea prevederilor legale”.

În cauză a formulat cerere de intervenție principală SC ... - .... - .... (oferantul desemnat câștigător), demers ce a fost încunoștințat părților. Consiliul consideră relevante dispozițiile art. 61 alin. (2) din Noul Cod de procedură civilă, potrivit cărora Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Din acest motiv intervenția principală, conform art. 62 alin. (1) din Noul Cod de procedură civilă, este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată, îndreptându-se, în acest caz, împotriva ambelor părți din proces, respectiv autoritate contractantă și contestatoare.

Prin urmare, dat fiind că asocierea SC ... - .... - .... a fost declarată câștigătoare și urmărește să își preserveze dreptul câștigat, în fața Consiliului nu poate uza decât de calea unei intervenții accesorii, în favoarea autorității contractante. Obiectul cererii de intervenție în situația de față este identic cu cel al autorității contractante din punctul

de vedere la contestație, respectiv respingerea contestației și menținerea rezultatului stabilit de autoritatea contractantă, motiv pentru care se poate concluziona că intervenția sa este în sprijinul acesteia și nu pentru realizarea unei pretenții proprii. Neexistând o pretenție proprie, ofertantului nu îi poate reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea autorității contractante. În virtutea rolului său activ, Consiliul îi poate recalifica în mod corespunzător cererea de intervenție greșit denumită. Astfel fiind, în conformitate cu art. 22 alin. (4) și art. 61 alin. (3) C. proc. civ., Consiliul califică cererea de intervenție în interes propriu, depusă de SC ... - .... - ....., în cerere de intervenție voluntară accesorie, în favoarea autorității contractante, și o va trata ca atare.

Cererea de intervenție accesorie urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 297 din OUG nr. 34/2006 cu cele ale art. 63 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea poziției de câștigătoare a contractului de achiziție publică.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepțiilor inadmisibilității capătului 1 de cerere și autorității de lucru judecat pentru pretinsele motive de anulare a solicitării de clarificare din a doua reevaluare și a pretinselor motive invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul Anexei nr. 16 la contestație, de către intervenientă, raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 284 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepțiile. Referitor la excepția inadmisibilității capătului de cerere nr. 1 din contestație referitor la anularea răspunsului dat de intervenientă la solicitarea de clarificări a autorității contractante în cadrul celei de-a doua reevaluări, Consiliul constată netemeinicia acesteia. Prin contestație asocierea ... - ...a - ... solicită anularea adresei de solicitare clarificări adresate de autoritatea contractantă în cadrul celei de-a doua reevaluări și nu răspunsul dat de asocierea SC ... - .... - .... Adresa de solicitare clarificări este un act emis de autoritatea contractantă în procedură și se încadrează în prevederile art. 255 din OUG nr. 34/2006 care impun: *(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.*

*(3) În sensul prevederilor alin. (1), prin act al autorității contractante se înțelege orice act administrativ, orice altă operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de prezenta ordonanță de urgență, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.*

Anularea răspunsului la solicitarea de clarificări este solicitată pe cale de consecință ca urmare a admiterii capătului de cerere de anulare a adresei de solicitare clarificări.

Referitor la excepția autorității de lucru judecat pentru preținsele motive de anulare a solicitării de clarificare din a doua reevaluare, Consiliul constată netemeinicia acesteia. Contestatoarea critică decizia autorității contractante de a solicita clarificări asupra prețului ofertat pentru factorul de evaluare cost operațional (cu referire la cotarea cu zero a unei părți a componentei cenușă din electrofiltre) în etapa de reevaluare ca urmare a punerii în aplicare a deciziei civile nr. 8725 din 24.11.2014 a Curții de Apel .... Aceste solicitări de clarificări nu au făcut obiectul vreunei contestații (litigiu), motiv pentru care nu pot avea autoritatea de lucru judecat.

În ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat, relativ la preținsele motive invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestație (cu referire la cantitatea de energie produsă prin valorificarea nămolului rezultat din procesul de epurare biologică, substanțele de adaos, scoaterea fosforului din apă, insuflarea unui volum suficient de aer, respectiv lipsa calculelor de proces, diagramelor, demonstrațiilor), Consiliul constată că acestea au făcut obiectul contestației soluționate de Consiliu prin decizia nr. 2496/C11/2930/02.09.2014 (critici la paginile 16-19 din decizie și ), respectiv: „Din analiza acestora, Consiliul reține că elementele criticate de către contestator au fost analizate și validate de către comisia de experți, ca fiind conforme cerințelor documentației de atribuire, soluția prevăzută de asocierea câștigătoare fiind bazată pe cele mai noi dezvoltări privind reducerea costurilor de energie în procesele aferente tratării apelor prin comparație cu soluțiile propuse de ceilalți competitori.

Pe de altă parte, Consiliul constată că nu sunt prezentate dovezi concrete, din care să rezulte că oferta SC ... - .... - ... nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, contestatorul limitându-se la a susține că, în opinia sa, ofertantul declarat câștigător nu a prezentat dovezi suficiente care să ateste corectitudinea costurilor oferite; autoritatea contractantă, în virtutea principiului asumării răspunderii și cu luarea în considerare a rapoartelor experților coopțați, apreciind, însă, că documentele prezentate sunt suficiente și concludente.

Ca urmare, Consiliul constată că nu se regăsesc suficiente argumente în favoarea necesității unei reevaluări a ofertei declarate câștigătoare, reținându-se faptul că există prevederi în documentația de atribuire care sancționează ofertantul declarat câștigător în cazul în care sunt depășite costurile de operare garantate, clauze care protejează autoritatea contractantă de un comportament abuziv al acestuia.

Cu privire la celelalte inadvertențe constatate de contestator în referire la propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător, Consiliul le va respinge, acestea încadrându-se, prin raportare la valoarea ofertei SC ... - .... - ..., ca abateri tehnice minore, care nu pot conduce la respingerea acesteia”.

Prin decizia civilă nr. 8725 din 24.11.2014 a Curții de Apel ..., s-a modificat decizia Consiliului nr. 2496/C11/2930 din 02.09.2014, doar în partea privind costul anual de exploatare, cu referire la cotarea cu „0” a unei părți din cantitatea de cenușă. Asupra celorlalte aspecte, Curtea de Apel a menținut decizia Consiliului motiv pentru care are autoritate de lucru judecat, existând identitate între problema soluționată irevocabil de



instanța de control administrativ-jurisdicțional și menținută de Curtea de Apel și problema dedusă judecării prin prezenta contestație.

În conformitate cu dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă, Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) *Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă.*

Prin urmare, Consiliul nu poate fi chemat să reverifice motivele invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestație, aspecte cu privire la care s-a pronunțat printr-o decizie anterioară (a respins criticile contestatoarei ca nefondate). Din acest punct de vedere admite excepția autorității de lucru judecat, relativ la pretensele motive invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestație (cu referire la cantitatea de energie produsă prin valorificarea nămolului rezultat din procesul de epurare biologică, substanțele de adaos, scoaterea fosforului din apă, insuflarea unui volum suficient de aer, respectiv lipsa calculelor de proces, diagramelor, demonstrațiilor).

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Criticile contestatoarei formulate împotriva deciziei autorității contractante de a desemna câștigătoare, ca urmare a punerii în aplicare a deciziei civile nr. nr. 8725 din 24.11.2014 a Curții de Apel ..., tot oferta SC ... - .... - .... (care în opinia sa este neconformă), sunt considerate de

Consiliu întemeiate în parte. Susținerile contestatoarei privind nerespectarea de către ofertantul desemnat câștigător a prevederilor caietului de sarcini la întocmirea propunerii tehnice și financiare (deoarece nu a respectat modul de calcul al *costului operațional* impus de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire), sunt considerate de Consiliu nefondate. Conform cap. IV.2.1) „Criterii de atribuire” din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit criteriul de atribuire „Oferta cea mai avantajoasă d.p.d.v. economic”, impunând ca factori de evaluare „prețul ofertei” cu o pondere de 40% și „Costul operațional total calculat ca și cost operațional anual maxim garantat înmulțit cu 25” cu o pondere de 60%.

Așa cum s-a precizat la cap. IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare”, *Propunerea financiară va conține: (a) Formularul de ofertă (Formular nr.17, Capitol 0, Secțiunea 2); (b) Anexa la oferta (Capitolul 4, Secțiunea 1); (c) Listele de prețuri (Capitolul 4, Secțiunea 4). Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile cu privire la preț, precum și la alte condiții financiare și comerciale legate de obiectul contractului de achiziție publică. Ofertantul va respecta cerințele impuse în documentația de atribuire privind modul de prezentare al propunerii financiare.*

Pe de altă parte, Consiliul constată că din punct de vedere formal, autoritatea contractantă a impus la cap. IV.4.1) „Modul de prezentare a propunerii tehnice” ca ofertanții să includă în cadrul propunerii tehnice la punctul 7. *Etape esențiale. Prezentarea detalierei factorului de evaluare tehnic „Costul operațional total” (Capitol 0, Secțiunea 3).* Așa cum susține chiar autoritatea contractantă acest formular a fost inclus în cadrul propunerii tehnice deoarece informațiile ce trebuie completate în cuprinsul acestuia derivă din conținutul propunerii tehnice. Prin urmare nefiind componentă a propunerii financiare și nici cerință a caietului de sarcini, modul de calcul al factorului de evaluare „*Costul operațional total*” nu poate duce la neconformitatea propunerii tehnice sau financiare.

În ceea ce privește nerespectarea documentației de atribuire la calcularea valorii aferente factorului de evaluare „*Costul operațional total*” (prin prisma deciziei Curții de apel ...), Consiliul constată temeinicia criticilor contestatoarei. Astfel, prin decizia Consiliului nr. 1795/201C9/1700, 1786 din 17.06.2014 asupra acestui aspect s-a stabilit:

«Cu ajutorul experților, autoritatea contractantă trebuia să efectueze o analiză amănunțită și asupra costurilor de operare, acestea având o pondere foarte importantă, de 60% în cadrul factorilor de evaluare.

Cu toate că valoarea costului de exploatare pentru evaluarea ofertei nu reprezintă o obligație contractuală pentru antreprenor, fiind un calcul teoretic prin care operatorii economici trebuie să respecte anumite condiții prestabilite, autoritatea contractantă având posibilitatea de a evalua ofertele în condiții de similaritate, astfel cum s-a indicat prin rapoartele experților tehnici cooptați, mai sus reținute, obligația realizării unei verificări detaliate a elementelor de cost prezentate de ofertant nu trebuia neglijată.

Faptul susținut de experții cooptați în rapoartele de expertiză tehnică mai sus reținute că, completarea și calculul consumurilor/ producțiilor și costurilor de operare pentru evaluarea ofertei din tabelul 1.1 este corect completat cu respectarea formei solicitate de autoritatea contractantă în privința consumurilor/producțiilor anuale cât și a costurilor anuale, nu poate fi considerat un motiv suficient pentru acordarea punctajului maxim factorului de evaluare privind costurile operaționale.

Câtă vreme factorul de evaluare aflat în discuție are o pondere de 60%, dominantă în alegerea ofertei câștigătoare, este mai mult decât evident că toate consumurile indicate de asocierea SC ... - .... - .... în cuprinsul tabelului 1-1 *Scenarii de calcul pentru costul de operare* trebuiau verificate temeinic prin raportare la restul informațiilor din ofertă (propunerea tehnică), respectiv echipamentele și specificațiile tehnice avute în vedere pentru contractul care se va atribui.

Evaluarea trebuia realizată astfel încât să se asigure și posibilitatea verificării facile a acesteia, inclusiv a corelației cu elementele ofertei.

Cât privește protocolul (convenția) încheiat între asocierea SC ... - .... - .... și ..., din conținutul acestuia s-a reținut că au fost definite condițiile preliminare pentru un proiect de contract care va putea fi semnat între ... și ... în vederea eliminării cenușilor uscate generate în stația de epurare de la Glina în cadrul incineratoarelor exploatate de .... Totodată, societatea ... Ciment SA s-a obligat să asigure transportul cenușei (element al costului de exploatare) și s-a angajat ca cenușile pe care le va preleva și trata să respecte anumite caracteristici, printre acestea cele impuse de standardul SR EN 197/1:2011.

Cu toate acestea, astfel cum au reținut contestatoarele, dar și experții cooptați, autoritatea contractantă a stabilit, în documentația de atribuire, un cost unitar pentru componenta „cenușă din electrofiltre” de 135 lei/tonă ce trebuia luat în calcul de toții ofertanții, iar asocierea SC ... - .... - .... a ignorat acest cost.

Asocierea amintită a prezentat Protocolul cu ... Ciment SA pentru a evidenția separarea cenușii în două categorii, cenușă valorificabilă și cenușă nevalorificabilă, în vederea justificării costului de operare scăzut aferent evacuării cenușei, costul pentru categoria de „cenușă valorizată”, fiind cotat cu „0”.

Eficiențizarea acestui cost este o opțiune exclusivă a autorității contractante, iar Protocolul nu conferă nicio siguranță nici pentru încheierea contractului la care se face referire în cuprinsul acestuia și nici cu privire la posibilitatea acoperirii întregii perioade de operare.

Mai mult, Protocolul încheiat cu ... Ciment SA nu conține clauze adecvate de transfer către operatorul stației de epurare, Apa Nova SA, ci numai către „PMB” și nici nu este angajant față de această societate.

Procedând în acest fel, asocierea declarată câștigătoare a denaturat aplicarea factorului de evaluare OPEX, indicând un preț „0” pentru o parte din cantitatea de cenușă de evacuat, în condițiile în care documentația de atribuire impunea un preț unitar fix.

În plus, în raportul preliminar al experților cooptați nr. 11988/17.12.2013, s-a reținut că, *deoarece este tot cenușa din electrofiltre, aceasta cenușă valorizată nu poate fi considerată în categoria „Altele” și în consecință trebuie să se ia în considerare costul unitar stabilit de autoritatea contractantă atunci când se calculează costurile anuale. Acest cost de exploatare pentru evaluarea ofertei este criteriu de evaluare, iar alterarea bazei de costuri unitare definite de autoritatea contractantă pentru asigurarea*

unei baze comune de comparare a ofertelor nu este permisă. În documentația de atribuire nu se precizează că ofertanții au libertatea de a împărți același element de cost (în cazul nostru cenușa din electrofiltre) în 2 elemente cu costuri unitare diferite, pe baza unei înțelegeri cu un furnizor de a primi un cost unitar preferențial, ci doar se permite propunerea de către ofertant a unui cost unitar pentru consumabile din categoria „altele”.

Prin urmare, întrucât costurile pentru cenuși trebuiau să fie cotate de ofertant la prețul unitar impus de autoritatea contractantă (135 lei/to), astfel cum rezultă din cuprinsul documentației de atribuire (capitolul 0 Fișa de date și formulare, secțiunea 3 Colectarea de date pentru evaluarea ofertei), iar în ofertă, pentru o parte din cantitatea rezultată pe parcursul exploatării stației de epurare a fost cuprins un cost „0”, având la bază protocolul încheiat cu societatea ... Ciment SA, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuia să ia măsuri față de neconcordanța sesizată și, în consecință, să solicite ofertantului clarificări în acest sens.

În urma primirii răspunsului, achizitoarea trebuia să verifice incidența prevederilor art. 79 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006.

Potrivit prevederilor evocate, În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă. Modificări ale propunerii tehnice se acceptă în măsura în care acestea: ... b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire; prevederile art. 79 alin. (3) rămân aplicabile. (3) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2).

Așadar, autoritatea contractantă, având în vedere neconcordanța sesizată în oferta asocierii câștigătoare, trebuia să o clarifice cu ofertantul și să stabilească dacă, în cauză, în funcție de răspunsul primit, aceasta reprezintă o neconformitate a ofertei sau poate fi încadrată în categoria abaterilor tehnice minore.

Ținând cont de cele reținute cu privire la oferta asocierii SC ... - .... - ....., Consiliul consideră că se impune reevaluarea acesteia cu privire la „costurile de exploatare pentru evaluarea ofertei”, în sensul celor de mai sus.»

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. 1795/201C9/1700, 1786 din 17.06.2014, autoritatea contractantă a transmis ofertantului desemnat câștigător solicitarea de clarificări nr. DPA 1868.1/08.07.2015, prin care a solicitat următoarele:

„Având în vedere cele prezentate în Decizia CNSC 1795/201 C9/1700,1786 din 17.06.2014, cu privire la oferta asocierii SC ... - ... International ... - ... .., dupa cum urmeaza:

- „.....astfel cum au reținut contestatoarele, dar și experții cooptați, autoritatea contractanta a stabilit, în documentația de atribuire, un cost unitar pentru componenta „cenușa de electrofiltre,, de 135 lei/tona ce trebuia luat în calcul de toți ofertanții, iar asocierea SC ... - ... .. a ignorat acest cost.

Asocierea amintita a prezentat Protocolul cu ... Ciment SA pentru a evidenția separarea cenușii in doua categorii cenușa valorificabila si cenușa nevalorificabila, in vederea justificării costului de operare scăzut aferent evacuării cenusei, costul pentru categoria de „cenușa valorizata” fiind cotate cu „0”, {pag.42 Decizie CNSC)

*Eficientizarea acestui cost este o opțiune exclusivă a autorității contractante, iar Protocolul nu conferă nicio siguranță nici pentru încheierea contractului la care se face referire în cuprinsul acestuia și nici cu privire la posibilitatea acoperirii întregii perioade de operare. " (pag.42 Decizie CNSC)*

*„ Prin urmare, întrucât costurile pentru cenuși trebuiau să fie cotate de ofertant la prețul unitar impus de autoritatea contractantă (135lei/to), astfel cum rezulta din cuprinsul documentației de atribuire (capitolul 0 Fisa de date și formulare, secțiunea 3 Colectarea de date pentru evaluarea ofertei), iar în oferta, pentru o parte din cantitatea rezultată pe parcursul exploatarei stației de epurare a fost cuprins un cost „0,,, având la baza protocolul încheiat cu societatea ... Ciment SA, Consiliul consideră că autoritatea contractantă trebuia să ia măsuri față de neconcordanța sesizată și, în consecință, să solicite ofertantului clarificări în acest sens. " (pag.43 Decizie CNSC)*

În conformitate cu prevederile art. 78 din HG 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, vă solicităm, să clarificați aspectele de mai sus.

În răspuns, ofertantul desemnat câștigător a transmis adresa nr. 1826/10.07.2015, prin care precizează:

**Răspuns:** Cu privire la Solicitarea de clarificări nr. D.P.A./1868.1/08.07.2014, formulată în raport de Decizia CNSC nr. 1796/201 C9/1700, 1786/17.06.2014 prin care s-a stabilit în sarcina Autorității contractante să clarifice aspectele relative la costul unitar la care trebuiau să fie cotate cenușile, menționăm următoarele:

Subscrisa asociere a calculat corect cantitățile de cenușă rezultate din incinerator prezentate în oferta, fiind justificate costurile legate de depozitare și eliminare a cenusei.

Cenușa necesară a fi evacuată a fost evaluată sub forma cantitativă și prezentată la categoria „CENUȘI”. Pentru cantitatea de cenușă necesară a fi evacuată indicată în categoria „Altele”, subscrisa asociere am avut în vedere că reprezintă o cantitate de produse reziduale, care poate fi valorificată avându-se în vedere parametrii calitativi ai acestei cenuși, obținută în urma tehnologiei pe care o deținem, astfel cum rezulta din întreaga documentație aferentă ofertei.

Gruparea unei părți din cenușă în categoria „Altele” a rezultat din înțelegerea asocierii privind libertatea pusă la dispoziție de către beneficiarul final în a găsi soluția ce oferă cel mai bun OPEX real, iar cenușă valorizată a fost indicată la categoria „Altele”, întrucât aceasta poate fi valorificată, cu atât mai mult cu cât documentația de atribuire nu limitează în vreun fel dreptul ofertanților de a indica în categoria „Altele” subproduse pentru care demonstrează că nu se aplică prețul unitar impus prin documentație.

Astfel cum se reține și în raportul de specialitate al experților cooptați, prin documentația de atribuire se permite propunerea unui cost unitar din categoria „Altele”, categorie în care subscrisa a încadrat cenușă valorizată.

Din tabelul prezentat de către subscrisa în cadrul ofertei, rezulta faptul că pentru cenușă ce nu reprezintă un produs rezidual ce poate fi valorificat, s-a luat în considerare prețul unitar de 135 Ron/tona, aspect ce este de natură a clarifica faptul că subscrisa asociere a respectat prevederile documentației de atribuire, luând în considerare la elaborarea ofertei costul unitar de 135 Ron/tona.

Costul 0 pentru cenușă valorizată are la baza Acordul încheiat de subscrisa asociere cu ..., document prin care și-a asumat responsabilitatea cu transportul cenușilor uscate de la Stația de Epurare a Apelor Uzate Glină în vederea eliminării cenușilor uscate generate în Stația de Epurare a Apelor Uzate Glină în cadrul fabricilor de ciment exploatate de ..., fără a fi percepute



costuri pentru preluarea si transportul cenusei, intrucat toate costurile urmeaza a fi acoperite prin exploatarea efectiva a cenusei.

Acordul cu ... este un document perfect valabil intre părțile semnatare, document **depus si asumat de subscrisa asociere in cadrul ofertei**. Totodata, se retine si de către CNSC, „eficientizarea acestui cost este o opțiune exclusiva a autoritatii contractante”, iar in masura in care oferta subscrisei asocieri este declarata castigatoare, aceasta opțiune poate fi activata de Autoritatea contractanta dupa semnarea contractului achiziție publica de lucrări „Extinderea Stștiei de Epurare a Apelor Uzate si constructia ide nămol.

De asemenea, precizam ca ne mentinem raspunsul nr. 137/22.01.2014 la solicitarea de clarificari in sensul ca Protocolul prezentat in propunerea tehnica la filele 1161/1170 reprezinta un angajament ferm al partilor semnatare, creand obligatii valabile pentru acestea, in consecinta confirmam angajamentul de incheiere a unui contract ferm penru eliminarea/preluarea cenusei in cuptoarele ..., respectiv de cesiune a contractului către Autoritatea contractanta; la solicitarea Auîoritatii contractante, cesiunea contractului va fi efectuata către entitatea desemnata de Autoritatea contractanta, si confirmam garantarea costului 0 pentru eliminarea cantitatii de cenușa rezultata din incinerarea nămolului, prezentata in oferta in tabelul nr. 4.1 (pagina 888 din propunerea tehnica).

Prin urmare, in raport de cele menționate mai sus, întreaga oferta (oferta tehnica si oferta financiara) ramane neschimbata.

Fata de considerentele Deciziei CNSC, in cazul in care urmare a analizarii prezentului răspuns, Autoritatea contractanta considera ca aspectele prezentate de subscrisa nu sunt suficiente pentru a efectua reevaluarea tehnica a ofertei, in vederea analizarii comparative a tuturor ofertelor, subscrisa este de acord a fi solicitate clarificari suplimentare, clarificari care nu vor duce la modificarea ofertei financiare a subscrisei. Menționam ca asemenea clarificari ar avea un caracter strict formal, si se vor efectua doar in scopul evaluarii comparative a tuturor ofertelor.

Autoritatea contractantă a considerat răspunsul ofertantului concludent și a întocmit un nou raport al procedurii nr. DPA 2026/21.07.2014, prin care, a declarat oferta asocierii SC ... - .... - ... din nou câștigătoare.

Cu privire la modul în care autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului nr. 1795/201C9/1700, 1786/17.06.2014, a formulat contestație asocierea ... - ...a - ..., ce a fost soluționată de Consiliu prin decizia nr. 2496/C11/2930 din 02.09.2014. Asupra deciziei Consiliului a formulat plângere asocierea ... - ...a - ... ce a fost soluționată de Curtea de Apel ... prin decizia civilă nr. 8725 din 24.11.2014. Prin decizia Curții de apel s-a precizat:

***Pe fondul cauzei, Curtea reține următoarele:***

Prin decizia CNSC nr. 2496/C11/2930/02.09.2014, contestată în prezenta cauză, s-a respins contestația formulată ..., s-a admis cererea de intervenție formulată de SC ... și s-a dispus continuarea procedurii de achiziție publică. În esență, s-a reținut că în urma reevaluării ofertei Asocierii SC ... - ... International ... - ..., consecință a deciziei CNSC nr. 1795/17.06.2014, această ofertă a fost în mod corect declarată admisibilă și câștigătoare.

Curtea reține că prin Decizia CNSC nr. 1795/17.06.2014 s-a stabilit că ERBASU ... a ignorat/încălcat costul unitar stabilit de Autoritate pentru cenușa

din electrofiltre „... .Întrucât costurile pentru cenuși trebuiau să fie cotate de ofertant la prețul unitar impus de autoritatea contractantă (135 lei/to)..."

La baza Deciziei CNSC nr.1795 au stat constatările că Autoritatea Contractantă a impus prin Documentația de Atribuire un cost unitar fix pentru eliminarea subprodusului „cenușă din electrofiltre”, ce trebuia luat în calcul de toți ofertanții, potrivit Tabelului 1-1 din cap. „Fișe de date și formulare” - Secțiunea 3.

Conform Documentației de atribuire, Capitolul 0, Fișa de date și formulare Secțiune 3 Colectarea de date pentru Evaluarea ofertei Partea 1 Cerințe Specifice proiectului: "Costul anual estimat de exploatare pentru lucrări va fi calculat prin înmulțirea cantităților/consumurilor garantate cu acele costuri unitare declarate de către Autoritatea Contractantă mai jos".

Conform Documentației de atribuire, Tabelul 4.1 din Capitolul 4 „Liste”, Secțiunea 3 „Propunerea contractorului”. Partea 1 „Lista de Garanții - Apă uzată și Incinerare” prețul unitar RON/kg pe subprodus se completează de către Ofertant.

Scopul Documentației de Atribuire a fost acela de a asigura comparabilitatea ofertelor, iar acest lucru rezultă indubitabil din mențiunea cuprinsă în Capitolul 0 Fișa de date și formulare Secțiune 3 Colectarea de date pentru Evaluarea ofertei Partea 1 Cerințe Specifice proiectului:

"Valoarea costurilor anuale de exploatare timp de 25 de ani se calculează prin înmulțirea costurilor anuale de exploatare cu 25. Valoarea calculată va fi folosită pentru stabilirea punctajului tehnic aferent criteriului de atribuire. Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic specificat în Fișa de date la paragraful IV2.1".

Potrivit prevederilor Documentației de atribuire, Capitolul 2 Cerințele, Autorității Contractante Secțiunea 5 Proces Tehnologic și Echipamente Aferente Partea 1 Cerințe Specifice proiectului, prin electrofiltru se are în vedere:

"Un electrofiltru trebuie instalat după cazanul de recuperare a căldurii. Ca o cerință minimă trebuie să aibă două câmpuri și trebuie folosit pentru a captura cenușa antrenată de gazele arse evacuate din camera de ardere cu pat fluidizat. Periodic cenușa capturată între electrozi trebuie dislocată printr-un sistem de lovire ușoară. Cenușa dislocată trebuie colectată în pâlnii pentru a fi îndepărtată printr-un sistem de transport la depozitul de cenușă. Cenușa capturată și colectată în boiler trebuie de asemenea transportată la același depozit. Frecvența și durata ciclurilor de scuturare trebuie ajustată cu scopul optimizării sistemului în concordanță cu proprietățile adezive ale cenușii generate. Depozitul trebuie să includă un sistem de descărcare către un vehicul de transport. Sistemul trebuie să fie proiectat pentru a preveni orice emisii fugitive de praf".

Conform Documentației de atribuire, Capitolul 0 Fișa de date și formulare Secțiunea 3 Colectarea de date pentru Evaluarea ofertei Partea 1 Cerințe Specifice proiectului pentru cenuși electrofiltre ofertantul trebuia să indice cantitatea garantată și să aplice Costul unitar predeterminat de 135 RON.

SC ... a împărțit cenușa din electrofiltre în două categorii, una cu un cost „o” și cealaltă (reprezentând o cantitate de 20 de ori mai mică) cu costul unitar impus de Autoritate de 135 RON/tonă.

În Decizia CNSC nr. 1795/2014, se rețin următoarele:

"Așadar, autoritatea contractantă, având în vedere neconcordanța sesizată în oferta asocierii câștigătoare, trebuia să o clarifice cu ofertantul și să stabilească dacă, în cauză, în funcție de răspunsul primit, aceasta reprezintă o

neconformitate a ofertei sau poate fi încadrată în categoria abaterilor tehnice minore."

Autoritatea contractantă a adresat solicitarea de clarificări, în concordanță cu dispozițiile Deciziei CNSC nr.1795/2014.

Răspunsul ... (înregistrat DPA 1940/10.07.2014) la solicitarea de clarificări suplimentară adresată de Autoritate în cadrul reevaluării reiterează expres costul zero pentru majoritatea cenușii, invocând protocolul ....

Curtea reține că potrivit documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit un cost unitar pentru componenta „ cenușă din electrofiltre" de 135 lei pe tonă, cerință pe care ... nu a respectat-o.

Cât timp documentația de atribuire prevedea în mod expres costul unitar ce trebuia oferit pentru tona de cenușă, ... trebuia să se conformeze cerințelor documentației de atribuire, cerințe obligatorii din moment ce documentația de atribuire nu a fost contestată.

Nu poate fi primită susținerea intimitei în sensul că cenușa pentru care a oferit cost „0" poate fi încadrată în categoria „ Altele" din Tabelul 4-1 „ Costurile de operare și consumabilele garantate" cât timp în acest tabel se face mențiune expresă de cenuși în cadrul rubricii produse de evacuat. În atare situație produsul cenuși nu poate fi încadrat la o altă rubrică.

Mai mult, reține Curtea că nici argumentele privind Protocolul ... nu pot fi primite, întrucât nu există nicio certitudine că ulterior desemnării lui ... ca ofertant câștigător, acesta va încheia cu ... contractul care să garanteze costul zero pentru eliminarea cenușii.

În consecință, Curtea constată că decizia CNSC contestată în cauză nu a oferit nicio explicație pentru înlăturarea concluziilor UCVAP și pentru acceptarea unui argument ce fusese deja analizat într-un ciclu procesual anterior și înlăturat.

Pentru aceste considerente, Curtea va admite plângerea formulată de petenta ASOCIEREA ... - ...A - ... împotriva Deciziei nr.2496/C11/2930 din data de 02.09.2014 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și va modifica în parte Decizia CNSC nr.2496/CI 1/2930/2.09.2014 în sensul că va admite în parte contestația formulată de Asocieria ... ..a-..., va anula în parte raportul procedurii de atribuire DPA nr.2026/21.07.2014 în ceea ce privește evaluarea ofertei Asocierii SC ...-... ..-... .., precum și actele subsecvente acestuia, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei acestei asocieri și la stabilirea ofertei câștigătoare și va respinge cererea de intervenție formulată de SC ....

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE

Sesizează Curtea Constituțională cu soluționarea excepției de neconstituționalitate a disp.art.I pct.4 din OUG nr.51/2014.

Respinge excepția inadmisibilității plângerii.

Admite plângerea formulată de petenta ASOCIEREA ... - ...A - ... împotriva Deciziei nr.2496/CI 1/2930 din data de 02.09.2014 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în contradictoriu cu intimații ... și ASOCIEREA ... - ... .. - ... .., în parte.

Modifică în parte Decizia CNSC nr.2496/C11/2930/2.09.2014 în sensul că:

Admite în parte contestația formulată de Asocierca ... ..a- ....

Anulează în parte raportul procedurii de atribuire DPA nr.2026/21.07.2014 în ceea ce privește evaluarea ofertei Asocierii SC ...-... .. International ...-... .., precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei acestei asocieri și la stabilirea ofertei câștigătoare.

Respinge cererea de intervenție formulată de SC ....

Menține în rest decizia CNSC.

Definitivă.

Din decizia civilă nr. 8725 din 24.11.2014 a Curții de Apel ... se desprind cu certitudine următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă a respectat decizia Consiliului nr. 1795/201C9/1700, 1786/17.06.2014 prin faptul că a solicitat Asocierii ...

- ... .. clarificări asupra cotării cu zero a unei părți din cantitatea de cenuși, contrar prevederilor documentației de atribuire.

- Asocierea ... - ... .. prin răspunsul la solicitarea de clarificări reiterează expres costul zero pentru majoritatea cenușii, invocând protocolul ....

- argumentele privind Protocolul ... nu pot fi primite, întrucât nu există nicio certitudine că ulterior desemnării lui ... ca ofertant câștigător, acesta va încheia cu ... contractul care să garanteze costul zero pentru eliminarea cenușii.

- Curtea reține că potrivit documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit un cost unitar pentru componenta „cenușă din electrofiltre” de 135 lei pe tonă, cerință pe care ... nu a respectat-o.

- Cât timp documentația de atribuire prevedea în mod expres costul unitar ce trebuia oferat pentru tona de cenușă, ... trebuia să se conformeze cerințelor documentației de atribuire, cerințe obligatorii din moment ce documentația de atribuire nu a fost contestată.

- Nu poate fi primită susținerea intimă în sensul că cenușa pentru care a oferat cost „0” poate fi încadrată în categoria „ Altele” din Tabelul 4-1 „ Costurile de operare și consumabilele garantate” cât timp în acest tabel se face mențiune expresă de cenuși în cadrul rubricii produse de evacuat. În atare situație produsul cenuși nu poate fi încadrat la o altă rubrică.

Având în vedere cele prezentate, Consiliul constată că reevaluarea impusă de Curtea de Apel ... prin decizia civilă nr. 8725 din 24.11.2014 nu privește solicitarea de clarificări suplimentare asupra modului de calcul pentru *costul operațional total*, ci se referă la modul de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare *costul operațional total*”. În condițiile în care prin decizia curții s-a stabilit cert că ofertantul Asocierea ... - ... .. nu a respectat cerința documentației de atribuire (cost unitar pentru componenta „cenușă din electrofiltre” de 135 lei pe tonă), respectiv: Cât timp documentația de atribuire prevedea în mod expres costul unitar ce trebuia oferat pentru tona de cenușă, ... trebuia să se conformeze cerințelor documentației de atribuire, cerințe obligatorii din moment ce documentația de atribuire nu a fost contestată, autoritatea contractantă nu trebuia să-i solicite ofertantului desemnat câștigător alte clarificări pentru acest aspect. Prin urmare autoritatea contractantă trebuia să se limiteze doar la acordarea punctajelor pentru ofertele admisibile și stabilirea ofertantului câștigător.

În același timp, Consiliul are în vedere că în speță este în discuție dacă prin solicitările ulterioare de clarificări i s-a creat ofertantului desemnat câștigător un avantaj evident față de celălalt participant la procedură. În conformitate cu prevederile art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Autoritatea contractantă în mod eronat afirmă că ofertantului desemnat câștigător nu i s-a creat niciun avantaj prin acceptarea modificării valorii ofertate pentru factorul de evaluare „*costul operațional total*”, considerând, că urmare a corectării valorii pentru factorul de evaluare nu se modifică clasamentul. Dispozițiile art. 79 alin. (2) lit. b) și alin. (3) din HG nr. 925/2005 privesc posibilitatea modificării *prețului ofertei* fără a se modifica clasamentul ofertelor, în niciun caz modificarea valorii ofertate pentru un *factor de evaluare*. Valorile ofertate aferente factorilor de evaluare, pot fi clarificate în vederea stabilirii conformității lor cu cerințele documentației de atribuire, dar, în niciun caz, modificate pentru a deveni conforme cu cerințele documentației de atribuire.

În cazul în speță, prin solicitarea de clarificări suplimentare în etapa de reevaluare a ofertelor ca urmare a punerii în aplicare a deciziei civile nr. 8725 din 24.11.2014 a Curții de Apel ..., autoritatea contractantă i-a creat un avantaj evident ofertantului desemnat câștigător, în sensul că, dintr-o valoare neconformă cu cerințele documentației de atribuire, ofertată pentru factorul de evaluare „*costul operațional total*”, prin solicitarea de clarificări a fost transformată într-o valoare conformă cu cerințele documentației de atribuire, acordându-i-se punctajul maxim – 60 puncte.

Cum prin decizia Curții de Apel s-a stabilit în concret că ofertantul desemnat câștigător nu a respectat prevederile documentației de atribuire la stabilirea valorii aferente factorului de evaluare *costul operațional total* (prin cotarea cu „0” a majorității cantității de cenuși), Consiliul consideră că oferta asocierii ... - ... - ... ..., la reevaluare, în etapa de acordate a punctajelor, trebuia să primească „0” (zero) puncte pentru acest factor de evaluare.

Sușinerile intervenientei că *în realitate ofertantul își asumă exclusiv garantarea unor cantități, prețul aferent acestora înscris în Tabelul 4.1, neavând relevanță nici la momentul redactării ofertei și nici ulterior*, sunt considerate de Consiliu tardive la acest moment. Dacă considera că acest preț nu are nici o relevanță la momentul ofertării precum și pe parcursul derulării contractului, intervenienta trebuia să critice documentația de atribuire și să solicite corectarea sau excluderea acestui factor de evaluare. Cum nu a întreprins vreun demers în acest sens, avea obligația de a întocmi oferta conform prevederilor documentației de atribuire, așa cum impun dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006. Pe de altă parte, în etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă are obligația de a respecta aceleași prevederi ale documentației de atribuire, care prin necontestare au devenit obligatorii pentru toate părțile implicate.



Prezentând o valoare pentru factorul de evaluare *costul operațional total*, ce nu respectă cerințele documentației de atribuire, ofertantul desemnat câștigător și-a asumat riscul ca oferta sa să nu primească punctaj la acest factor de evaluare.

Totodată, criticile intervenientei aduse ofertei prezentate de asocierea ... - ...a - ..., ca urmare a studierii dosarului cauzei, nu vor fi analizate, fiind inadmisibile pe calea intervenției. Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezerve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esența intervenției accesorii în favoarea acesteia). Acești ofertanți urmăresc să combată cu argumente proprii, adiționale celor găsite de autoritățile contractante, criticile supuse analizei Consiliului, sens în care calea corectă este intervenția accesorie în favoarea respectivelor autorități. Ofertanții desemnați câștigători nu pot veni cu elemente suplimentare celor criticate și reținute de autoritatea contractantă în favoarea căreia este făcută intervenția. De altfel, nici nu ar avea vreun interes în acest sens, câtă vreme ei sunt câștigători, contestatorii fiind respinși sau clasați pe locuri inferioare.

În aceste condiții, în conformitate cu prevederile art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările ulterioare, Consiliul admite în parte contestația asocierii ... - ...a - ... și dispune anularea în parte a raportului procedurii nr. DPA: 1940/12.10.2015 (în partea dedicată acordării punctajelor pentru factorii de evaluare și stabilirea ofertei câștigătoare) și a actelor subsecvente acestuia. Totodată, dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii ... - ... .. - ... .., în conformitate cu cele de mai sus, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei.

Respinge ca nefondat capătul de cerere privind reevaluarea propunerii tehnice și financiare a asocierii SC ... - .... - ....

Admite excepția autorității de lucru judecat a motivelor invocate în cadrul secțiunii 5.3 din contestație și în cadrul anexei nr. 16 la contestația formulată, invocată de intervenientă.

Respinge ca nefondate restul motivelor din cererea de intervenție formulată de asocierea SC ... - .... - ....

Redactată în cinci exemplare, conține 61 pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**