CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația din 25.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3470/25.01.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI 13845570 și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional prin Cabinet avocat dr. ..., împotriva dispozițiilor documentației de atribuire, elaborate de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ..., ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări „Reabilitare drum județean ...”, s-a solicitat Consiliului:

- admiterea contestației și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, prin eliminarea/modificarea clauzelor contractuale prevăzute la art. 10.17 alin. (3) și (4), art. 13.1. alin. (2) din contractul de achiziție publică;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de acest litigiu.

Prin contestația din 13.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 6754/19.02.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI 13845570 și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional prin Cabinet avocat dr. ..., formulată împotriva clarificării nr. 12 (nr. 1332/30.01.2018), emisă de ..., în cadrul aceeași proceduri de atribuire, s-a solicitat Consiliului:

- anularea clarificării nr. 12 (nr. 1332/30.01.2018) și a adresei nr. 1734/2018;
- obligarea autorității contractante la menținerea cerinței de calificare privind experiența similară în forma publicată în clarificarea nr. 5 (nr. 911/22.01.2018);

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecata ocazionate de acest diferend.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică nelegalitatea dispozițiilor documentației de atribuire, elaborată de autoritatea contractantă.

În fapt, contestatoarea arată că, în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, a formulat, în data de 12.01.2017, o notificare prealabilă, prin care a arătat autorității contractante caracterul nelegal al documentație de atribuire, solicitând-i adoptarea măsurilor de remediere în sensul eliminării cerințelor restrictive și eliminarea/modificarea dispozițiilor contractuale nelegale.

Prin adresa nr. 674/16.01.2017, autoritatea a răspuns notificării prealabile, menționând că urmează să adopte măsuri de remediere, în conformitate cu art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dar, prin clarificarea nr. 5 (911/22.01.2018), aceasta a adoptat măsuri de remediere exclusiv asupra cerințelor din fișa de date a achiziției și ale caietului de sarcini, menținând întru totul clauzele contractuale contestate.

Contestatoarea învederează că, analizând dispozițiile contractului de achiziție publică propus, a identificat dispoziții contractuale vădit abuzive, disproporționate, solicitând modificarea acestora, în sensul următor:

1. Argumente ce justifică modificarea/eliminarea dispozițiilor art. 10.17 din contract, *„Antreprenorul are obligația de a transporta de pe șantier dărâmăturile și molozul (resturi betoane, asfalt, cărămizi, alte materiale inerte nepericuloase etc.) în vederea predării doar la Centrul de Management Integral al Deșeurilor din .... Realizarea acestor transporturi la destinația specificată mai sus se certifică cu bonurile de cântar din care rezultă locul de proveniență, societatea comercială (constructorul) care predă deșeurile și cantitatea (conform cântar)”* și *„transportul deșeurilor se va realiza doar cu mijloace de transport acoperite cu prelată pentru a preveni deversarea acestora. Cheltuielile pentru transportul și taxa de depozitare a materialelor de tip moloz (deșeuri, pământ, asfalt, beton etc.) vor fi cuprinse de Antreprenor în prețul ofertat pentru atribuirea prezentului contract de lucrări”*.

În opinia contestatoarei, o astfel de cerință este nelegală, încălcând dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea

contractantă neputând impune ofertanților să colaboreze exclusiv cu Centrul de Management Integral al Deșeurilor din ..., și solicită modificarea clauzei contractuale, în sensul eliminării obligativității colaborării exclusiv cu Centrul de Management Integral al Deșeurilor din ..., fie eliminarea ei în întregime.

Potrivit autoarei contestației, o asemenea clauză încalcă dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât documentația de atribuire, inclusiv dispozițiile contractului, nu pot avea ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Astfel, contestatoarea consideră că se încalcă dreptul ofertanților de a contracta aceste servicii cu alți operatori de pe piață, încălcându-se normele în vigoare referitoare la libertatea de a contracta și cele vizând concurența, mai ales că nu există niciun criteriu obiectiv pentru care autoritatea contractantă a stabilit colaborarea cu centrul în discuție, iar, în răspunsul la notificarea prealabilă, nu s-a adus niciun argument în menținerea acestei clauze.

2. Argumente ce justifică eliminarea prevederilor art. 13.1. alin. (2) din contract, *„Orice neconcordanță din documentația tehnică sesizată de Antreprenor care nu a fost sesizată și solicitată prin clarificări până la data și ora depunerii ofertelor nu va fi luată în considerare de către Autoritatea Contractantă. Costurile care ar putea fi determinate de aceste situații vor fi suportate de Antreprenor”*.

În fapt, arată petenta, autoritatea contractantă reține în favoarea sa toate avantajele nejustificate, transferând toate riscurile contractuale (chiar și cele care pot proveni din documentația elaborată de ea însăși) în sarcina antreprenorului.

Având în vedere că, obligația elaborării documentației tehnice aparține autorității contractante, petenta apreciază că o asemenea clauză este de natură a prejudicia interesele ofertanților, în condițiile în care antreprenorul nu poate fi răspunzător pentru erorile săvârșite în elaborarea și publicarea acesteia și nici obligat să suporte costuri determinate de aceste neconcordanțe.

Așa fiind, contestatoarea consideră că este necesar ca dispozițiile din modelul de contract de achiziție publică să fie remediate sau după caz eliminate, astfel încât documentația să răspundă exigențelor de legalitate, echitate, impuse de normele în vigoare.

Contestatoarea susține că trebuie întotdeauna avute în vedere dispozițiile art. 15 din Noul Cod Civil, potrivit cărora *„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”*, context în care, este de la sine înțeles faptul că interesul public, cu atât mai mult, nu poate constitui un temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante.

În drept, petenta înțelege să se prevaleze de dispozițiile mai sus menționate.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. 1396/31.01.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 4308/01.02.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată, pentru următoarele motive:

1. Referitor la clauzele contractuale prevăzute la art. 10.17 alin. (3) și (4), autoritatea contractantă susține că, prin introducerea acestora, *„Antreprenorul are obligația de a transporta de pe șantier dărâmăturile și molozul (resturi betoane, asfalt, cărămizi, alte materiale inerte nepericuloase etc.) în vederea predării doar la Centrul de Management Integrat al Deșeurilor din .... Realizarea acestor transporturi la destinația specificată mai sus se certifică cu bonurile de cântar din care rezultă locul de proveniență, societatea comercială (constructorul) care predă deșeurile și cantitatea (conform cântar).*

(4) Transportul deșeurilor se va realiza doar cu mijloace de transport acoperite cu prelată pentru a preveni deversarea acestora. Cheltuielile pentru transportul și taxa de depozitare a materialelor de tip moloz (deșeuri, pământ, asfalt, beton etc.) vor fi cuprinse de Antreprenor în prețul ofertat pentru atribuirea prezentului contract de lucrări”, nu s-a încercat introducerea de obstacole nejustificate, de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Toate unitățile administrativ teritoriale din ..., s-au asociat în scopul implementării proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor în ...".

În conformitate cu cerințele POS Mediu 2007-2013, delegarea gestiunii serviciului public de salubrizare s-a realizat de către Consiliul Județean ... pentru activitățile de transfer, tratare, prelucrare și depozitare, respectiv de către ..." pentru activitățile de colectare și transport din cele 4 zone stabilite prin Proiect.

Anterior delegării serviciului public de salubrizare, prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 41/26.04.2013 a fost aprobat Regulamentul de organizare și funcționare a Serviciului Public de Salubrizare din .... Prin acest document s-au stabilit principiile și condițiile de funcționare a serviciului, ținând seama de obiectivul principal al acestuia referitor la protecția sănătății cetățenilor și a mediului împotriva efectelor dăunătoare generate de transferul, tratarea, prelucrarea și depozitarea deșeurilor. În cadrul Proiectului au fost realizate trei stații de transfer la ..., precum și Centrul de management integrat al deșeurilor (CMID) ... cu toate facilitățile necesare pentru tratarea, prelucrarea și depozitarea deșeurilor (în celula ecologică).

Astfel, în baza prevederilor art. 16 din Regulament, deșeurile colectate din localitățile județului ... vor fi depozitate *„...numai la stațiile de transfer/CMID ... aparținând Consiliului Județean .....”*.

Conform proiectului mai sus menționat, deșeurile din construcții (resturi betoane, asfalt, cărămizi, alte materiale inerte nepericuloase) se depozitează exclusiv la CMID ..., stațiile de transfer nefiind proiectate/dotate pentru prelucrarea/depozitarea deșeurilor rezultate din construcții.

După cum se poate observa în cele precizate mai sus, toate deșeurile generate pe teritoriul județului ... pot fi depozitate numai la CMID ..., acesta fiind singurul depozit operațional de pe raza județului.

Autoritatea contractantă menționează că nu îngrădește dreptul operatorilor economici de a încheia contracte de salubritate cu oricare dintre operatori existenți pe piață în acest moment, ci specifică doar foarte clar că orice deșeu generat pe raza județului trebuie depozitat la CMID ..., unicul depozit ecologic existent la nivelul județului ....

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că această cerință rezultă și din autorizația de construire, care stipulează că depozitarea deșeurilor se va face la cea mai apropiată rampă de gunoi, în speță, singura rampă existentă la nivel de județ fiind cea de la ....

II. Referitor la clauzele contractuale prevăzute la art. 13.1. alin. (2), *„Orice neconcordanță din documentația tehnică sesizată de Antreprenor care nu a fost sesizată și solicitată prin clarificări până la data și ora depunerii ofertelor nu va fi luată în considerate de către Autoritatea Contractantă. Costurile care ar putea fi determinate de aceste situații vor fi suportate de Antreprenor”*, autoritatea contractantă nu consideră că această clauză este abuzivă, deoarece a fost introdusă în virtutea caracterului administrativ, de interes public, care primează, al contractului de achiziție publică.

Prin introducerea clauzei s-a dorit atenționarea operatorilor economici interesați să depună oferte să întreprindă toate demersurile necesare în sensul studierii cu atenție a întregii documentații de atribuire, vizitarea amplasamentului și formularea eventualelor clarificări, astfel încât, la elaborarea ofertei să țină cont de toate aspectele relevante, în scopul evitării apariției unor eventuale litigii ulterior semnării contractului.

Mai mult, autoritatea contractantă consideră că a dat dovadă de diligentă, întrucât legiuitorul, prin prevederile HG nr. 1/2018, spre exemplu art. 20.1, art. 20.2 și art. 20.3, impune o serie de clauze contractuale mult mai exigente în ceea ce privește riscurile pe care și le asumă antreprenorul prin semnarea unui contract ca urmare a participării la o procedură de achiziție publică.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că afirmațiile operatorului economic, referitoare la calitatea documentației tehnice, nu sunt susținute de argumente solide, întrucât pentru promovarea documentației tehnice s-au parcurs toate etapele prevăzute de legislația în vigoare, respectiv verificarea proiectului tehnic de către un verificator autorizat și verificarea documentației de atribuire de către ANAP. Mai mult, întreaga documentație tehnică a făcut obiectul unei verificări în detaliu la organismul finanțator, verificare finalizată prin semnarea unui contract de finanțare pe fonduri europene.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa din 02.02.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 4666/02.02.2018, SC ... SRL transmite răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, precizând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele:

1. Referitor la modificarea/eliminarea dispozițiilor art. 10.17 din contract, contestatoarea arată că, pentru prima dată, în punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă susține inserarea clauzei art. 10.17 din contract, raportat la faptul că acesta ar fi unicul punct de colectare al deșeurilor rezultate din construcții, de pe raza Județului ....

Chiar și așa, petenta consideră că susținerea autorității contractante nu poate fi considerată suficientă, nu se poate impune ofertanților să colaboreze exclusiv cu Centrul de Management Integral al Deșeurilor din ..., întrucât operatorii participanți la procedura pot avea sedii/puncte de lucru în alte județe, contracte încheiate cu alte centre de colectare pentru astfel de deșeuri și trebuie să i se permită contractarea acestor servicii și în afara județului ....

Astfel, se încalcă dreptul ofertanților de a contracta aceste servicii cu alți operatori de pe piață, încălcându-se normele în vigoare referitoare la libertatea de a contracta și cele vizând concurența.

2. Referitor la eliminarea prevederilor art. 13.1. alin. (2) din contract, contestatoarea consideră că niciunul dintre argumentele prezentate de autoritatea contractantă nu pot, în realitate, să justifice transferarea tuturor riscurilor contractuale sub acest aspect în sarcina antreprenorului, întrucât:

- protejarea interesului public nu presupune ca antreprenorul să fie răspunzător pentru erorile săvârșite exclusiv de autoritate în elaborarea și publicarea documentației tehnice. Este real să existe obligația de diligență a ofertanților de a studia documentația și de a sesiza eventuale erori, însă doar în măsura în care acestea pot fi observate prin simpla analiza a documentației. A se pretinde antreprenorului să facă studii tehnice/expertize etc. pentru a se asigura că documentația tehnică este sau nu corect întocmită, reprezintă în mod vădit o solicitare abuzivă. Interesul public, cu atât mai mult, nu poate constitui un temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante;

- într-adevăr, în contractele administrative pot exista clauze mai oneroase în sarcina antreprenorului, însă, aceste clauze nu pot presupune angajarea răspunderii pentru aspecte care țin exclusiv de culpa autorității contractante;

- în ceea ce privește verificarea documentației de către ANAP, este de notorietate că aceasta nu verifică documentația tehnică și caietul de sarcini.

Prin contestația secundă, SC ... SRL critică clarificarea nr. 12 (nr. 1332/30.01.2018) și răspunsul la notificarea prealabilă nr. 1734/2018, prin care s-a menținut, în mod nelegal, în opinia sa, clarificarea contestată.

În preambul, contestatoarea arată că, urmare a modificării documentației de atribuire, prin clarificarea nr. 5 (nr. 911/22.01.2018) și erata nr. 119945/20.01.2018, cerința 1, vizând experiența similară, a devenit:

„Ofertantul va face dovada că a executat lucrări similare în ultimii 5 ani, în cadrul a maximum 3 contracte, lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, în valoare cumulată de cel puțin 92.233.478 lei, fără TVA. Prin lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității se înțelege lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV, conform Ordinului 1295/ 2017”.

Astfel, documentația de atribuire, așa cum a fost clarificată prin erata publicată, a rămas necontestată fiind, prin urmare, obligatorie, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

În acest context, contestatoarea apreciază că, prin clarificarea nr. 12, se lărgește artificial spectrul lucrărilor luate în considerare ca experiență similară, acceptându-se pentru un ofertant o lucrare de piste de aviație în completarea căreia ofertantul ar urma să aducă și lucrări de poduri, podețe, șanțuri, rigole, construcții de apărare și consolidare, autoritatea contractantă încălcând dispozițiile art. 29 alin. (1) din HG nr 395/2016, art. 2 alin. (2) și art. 3 pct. 26 lit. z) din Legea nr. 98/2016.

În același sens, petenta amintește și prevederile art. 58 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice.

Contestatoarea consideră că, ținând cont de rolul cerinței privind experiența similară și profesională și de obiectivul finalizării contractului (obiectiv realizabil doar de către un operator economic care a realizat lucrări de drum - nu platforme aeroportuare), solicitarea autorității contractante, în sensul acceptării - fără limită valorică - a unei lucrări de piste de aviație, este nelegală.

De asemenea, contestatoarea subliniază faptul că, solicitarea cerințelor referitoare la similitudinea lucrărilor executate ca experiența similară, trebuie să se raporteze întotdeauna la obiectul contractului, așa cum este acesta descris prin codurile CPV ale contractului, care fac trimitere la 45233140-2 Lucrări de drumuri, iar nu piste de aviație (45235000-3 Lucrări de construcții de aerodromuri, piste de decolare și de aterizare și suprafețe de manevrare; 45235100-4 Lucrări de construcții de aeroporturi; 45235110-7 Lucrări de construcții de aerodromuri; 45235111-4 Lucrări de pavare de aerodromuri; 45235200-5Lucrări de construcții de piste de decolare și de aterizare).

În aceste condiții, petenta apreciază că, experiența similară în execuția de piste aviatice, nu poate fi, în mod just, considerată ca având o înrâurire semnificativă asupra potențialului tehnic al ofertantului ori asupra posibilității concrete de îndeplinire a unor lucrări de drum.

Trimiterea ofertantului în cauză la dispozițiile art. 2 alin. (3) din OG 43/1997, potrivit cărora drumurile sunt căi de comunicație terestră, special amenajate pentru circulația vehiculelor și a pietonilor, acceptată în mod injust de către autoritate, reprezintă o citare și o interpretare greșită, trunchiată a dispozițiilor în cauză. Potrivit Regulamentului nr. 139/2014, de stabilire a cerințelor tehnice și a procedurilor administrative referitoare la aerodromuri în temeiul Regulamentului (CE) nr. 216/2008 al Parlamentului European și al Consiliului "platformă" înseamnă o zonă definită care este destinată staționării aeronavelor. Similar potrivit pct. 38 din Anexa I la Regulament "pistă" înseamnă o suprafață dreptunghiulară definită, pe un aerodrom terestru, pregătită pentru aterizarea și decolarea aeronavelor. Chiar pornind de la definiția drumului, se constată că nu se poate echivala cu o pistă de aterizare/decolare și/sau o platformă aeroportuară, existând diferențe fundamentale între cele trei noțiuni.

Sub acest aspect, petenta opinează că, trimiterile ofertantului la alin. (3) al aceluiași articol, nu sunt aplicabile în speță și au fost acceptate în mod greșit de către autoritate, în contextul în care art. 2 definește drumul la alin. (1) și (2) al aceluiași articol, la alin. (3) se menționează că fac parte integrantă din drum: podurile, viaductele, pasajele denivelate, tunelurile, construcțiile de apărare și consolidare, trotuarele, pistele pentru cicliști, locurile de parcare, oprire și staționare, indicatoarele de semnalizare rutieră și alte dotări pentru siguranța circulației, terenurile și plantațiile care fac parte din zona drumului, mai puțin zonele de protecție.

Este evident, consideră contestatoarea, că la justificarea experienței similare, din punct de vedere valoric vor fi incluse și valorile aferente lucrărilor la rigole, trotuare, locuri de staționare și oprire, lucrările de semnalizare etc., însă, pe de o parte, acestea trebuie sa fie aferente drumului în cauză, iar, pe de alta parte, nu se poate vorbi despre experiența similară rezultată doar din parcări aferente drumului și semnalizare rutieră.

Deși nu se poate contesta caracterul complex al unor lucrări de piste și platforme de aviație, petenta consideră că aceste lucrări sunt tehnic ...e decât cele de drum, din punct de vedere al personalului implicat în execuție (specializări ...e, atestate și competente ...e) și al procedeului de execuție/modului de punere în opera al materialelor: materialele utilizate și normativele în vigoare.

În plus, subliniază contestatoarea, având în vedere că valoarea lucrărilor aeroportuare este mult mai mare decât cea a lucrărilor de drum, acceptând ca experiență similară lucrarea propusă de operatorul economic în discuție, se poate ajunge la situația în care lucrările de poduri, podețe, șanțuri, rigole, construcții de apărare și consolidare pe drum de clasa IV să fie în valoare de 1% din valoarea experienței similare solicitata în fișa de date, iar, restul de 99%, să provină din lucrarea aeroportuară.

În susținere, contestatoarea invocă prevederile art. 3 pct. 26. lit. z), care impun ca documentația de atribuire să cuprindă cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe, art. 2 alin. (2) pct. b) și d), care impun respectarea, de către autoritatea contractantă, a principiului transparentei, al egalității de tratament, din Legea nr. 98/2016, și decizia CNSC nr. ....

De asemenea, petenta menționează că, așa cum a arătat CNSC, prin decizia nr. ..., modificarea documentației de atribuire nu poate fi cerută pe calea solicitărilor de clarificări, atât operatorul economic, cât și autoritatea, fiind ținuți la a cere și având dreptul de a primi numai clarificări sau informații suplimentare, modificarea documentației neintrând în categoria informațiilor care să necesite a fi clarificate ori referitor la care sunt necesare informații suplimentare.

În drept, contestatoarea se prevalează de dispozițiile mai sus menționate.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. 2520/23.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 7673/26.02.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată, având în vedere că, în opinia sa, cerințele impuse pentru dovedirea experienței similare nu sunt restrictive și nu încalcă principiile care guvernează Legea nr. 98/2016, fiind, totodată, proporționale cu natura și obiectul contractului, iar motivarea contestației se axează în integralitate pe "protejarea interesului Autorității Contractante", fără a fi invocate motive clare de nelegalitate a clarificării nr. 12. Singurul argument care se regăsește în cuprinsul contestației este acela că lărgirea spectrului lucrărilor acceptate ca experiență similară, prin acceptarea lucrărilor în domeniul infrastructurii aeroportuare, lezează un presupus drept al autorității contractante și face imposibilă îndeplinirea viitorului contract.

Față de susținerile aduse prin contestație, ... solicită să se țină cont de faptul că potrivit art. 1 din Instrucțiunea nr. 2/2017, emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016, dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului aparține exclusiv autorității contractante. Conform art. 178 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cerințele privind capacitatea tehnică și profesională pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență prin raportare la contractele executate în trecut, operatorul economic putând face dovada îndeplinirii cerințelor prin prezentarea informațiilor și documentelor menționate la art. 179 alin. (1) din Legea menționată.

Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili în cadrul documentației de atribuire cerințe privind capacitatea tehnică și profesională necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele și experiența necesare pentru execuția contractului la standardele de calitate corespunzătoare.

Ca regulă generală, toate cerințele privind capacitatea trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică, iar cerința privind experiența nu trebuie să fie identică, ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței.

Conform instrucțiunilor din cadrul modelului de fișă de date - versiunea decembrie 2016 din Notificarea ANAP nr. 256/08.12.2016, pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Experiența similară, publicată pe site-ul ANAP, în care sunt prezentate instrucțiuni și exemple de bună practică utile atât autorităților contractante cât și operatorilor economici potențiali ofertanți la procedurile de atribuire, autoritatea contractantă *„va explicita similaritatea activităților într-o manieră obiectivă, care să reflecte categoriile/ tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele ce fac obiectul contractului, cu încadrarea într-o descriere mai generală, guvernată de principiul "cine poate mai mult poate și mai puțin""*.

Având în vedere cele menționate, precum și prevederilor art. 31 alin. (1) lit. a) și b) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că, la stabilirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, a respectat prevederile legale în vigoare, în acest sens s-a solicitat ca experiența similară să fie demonstrată de *„lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, în valoare cumulată de cel puțin 92.233.478 lei far a TVA”*.

Mai mult, prin transmiterea și validarea de către ANAP a eratei nr. 119945 din 20.01.2018, prin care se modifică cerința de calificare privind experiența similară, prin lărgirea domeniului de aplicare de la încadrarea drumurilor cel puțin în clasa III de complexitate, (așa cum a fost precizat în Instrucțiunea ANAP nr. 2 ca bună practică în solicitarea experienței similare), la încadrarea drumurilor în clasa tehnică IV conform prevederilor Ordinului nr. 1295/2017, demonstrează că cerința de calificare în discuție este elaborată în conformitate cu prevederile legale privind achizițiile publice.

În fapt, autoritatea contractantă arată că, prin clarificarea nr. 5, s-a adus la cunoștință potențialilor ofertanți că a fost transmis anunțul de tip erata nr. 119945 din 20.01.2018 iar în fișa de date, cerința nr. 1 punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Experiența similară a luat forma:

„Ofertantul va face dovada că a executat lucrări similare în ultimii 5 ani, în cadrul a maximum 3 contracte, lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de

vedere al complexității și/ sau utilității, în valoare cumulata de cel puțin 92.233.478 lei far a TVA.

Prin lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/ sau utilității se înțelege lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa tehnica IV, conform ordinului 1295/ 2017".

Urmare a publicării clarificării nr. 5, un operator economic solicită, prin clarificarea nr. 12, să se confirme că lucrarea detaliată de el având următoarele tipuri de lucrări:

„1. SUPRAFEȚE DE MIȘCARE: - Pistă decolare-aterizare nouă cu lungimea de 2460,00 m, lățimea portantă de 45,00 m, încadrată de acostamente cu lățimea de 7,50m, au structură rutieră flexibilă; - Două căi de rulare ALFA și BRA VO ce fac legătură între pista de decolare aterizare și platforma betonată de îmbarcare debarcare, care au lungimea de 142 m și lățimea = Pistă decolare-aterizare și căile de rulare -structură flexibilă; = Acostamente pista decolare aterizare și cai de rulare - structura flexibilă ; -Platformă de debarcare îmbarcare betonată cu marcajele aferente cu lungimea de 275 m și lățimea de 113,5m și acostamente platforma debarcare - îmbarcare, au structura rutiera rigidă; = Platformă de îmbarcare-debarcare - structură rigidă; = Acostamente platforma de îmbarcare-debarcare -structură rigidă;

2. Sistem de balizaj luminos pentru pista decolare-aterizare, pentru căile de rulare pentru platforma de debarcare-îmbarcare inclusiv sistemul de iluminat pentru platforma de debarcare- îmbarcare cu pilonii de iluminat echipați cu proiectoare. Sistem de balizaj a firului director pe ambele direcții de operare de CAT II și a doua sisteme optice de tip PAPI pe cele două direcții de operare pentru panta de apropiere. Semnalizare și marcaje specifice pentru pista, cai de rulare și poziții de parcare aeronave pe platformă;

3. Drenuri și Canalizare pluvială - pentru colectarea apelor pluviale de pe platforma pe platforma de debarcare îmbarcare, de pe căile de rulare și de pe acostamente. Cele două colectoare principale sunt amplasate de o parte și de alta a pistei la 7,5 m de marginea acostamentele și s-au folosit tuburi;

4. Turn de control a traficului aerian, cu regimul de înălțime S+P+4E, cu înălțimea de 21,25 m fata de cota zero și Scd = 918,10 mp;

5. Uzină electrică cu regimul de înălțime P, Scd = 156,55 mp, cuprinde echipamentele pentru asigurarea alimentarii cu energie electrica de baza și de rezerva pentru sistemele de balizaj luminos, precum și echipamentele pentru telecomanda sistemelor de balizaj luminos;

6. Sistematizare verticală, rețele de apă și canalizare menajeră, rețele de gaze și devieri rețele electrice pe zona adiacenta noului turn de control;

7. Adaptarea suprafețelor de mișcare aeroportuare și a elementelor din banda conform Regulamentului UE Nr.139/2014”, se încadrează, în prevederile art. 2 alin. (3) din OG nr. 43/1997 și va fi acceptată ca experiență similară, însoțită de încă o lucrare sau două care conțin lucrări de consolidări, dispozitive de scurgere și evacuare a apelor, podețe și poduri.

Autoritatea contractantă consideră că, răspunsul transmis, respectiv: *„Având în vedere complexitatea lucrărilor ce fac obiectul contractului ce va fi atribuit urmare a derulării acestei proceduri, Autoritatea Contractantă acceptă ca experiență similară lucrările executate în domeniul infrastructurii aeroportuare prezentate, care pot fi asimilate lucrărilor ce se încadrează în prevederile art. 2 alin. (3) din OG nr. 43/1997, în condițiile în care se face și dovada execuției pe drumurile publice - ce se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV (conform Ordinului Ministerului Transporturilor nr. 1297/2017) - a lucrărilor de: poduri, podețe, șanțuri, rigole, construcții de apărare și consolidare”,* care nu modifică cerința de calificare solicitată și nici limita valorică a acesteia, nu determină restrângerea competiției.

În acest sens, autoritatea contractantă evidențiază următoarele considerente de ordin tehnic avute în vedere pentru acceptarea lucrărilor din domeniul aeroportuare ca dovadă a experienței similare:

1. Atât drumurile, cât și pistele de aviație sunt construcții supuse unor solicitări dinamice determinate de circulația mijloacelor de transport, respectiv autovehicule pentru drumuri și aeronave pentru pistele de aviație. Diferența între cele 2 tipuri de solicitări dinamice este dată doar de specificul fiecărei categorii de mijloace de transport și de regimul de exploatare, respectiv de greutatea și viteza de circulație care determină un impact specific pentru fiecare tip de cale circulație.

2. Din punct de vedere tehnic, este de necontestat faptul că principiile de alcătuire a unei structuri pentru o pistă de aviație și pentru un drum sunt identice. Fiecare structură este alcătuită din straturi succesive din materiale de construcții de ...e grosimi, astfel încât aceasta să răspundă solicitărilor dinamice/statice care apar în timpul exploatării.

3. Atât straturile pentru pista de aviație, cât și cele pentru drum se realizează după executarea lucrărilor de terasamente care asigură caracteristicile geometrice ale platformei proiectate atât în profil longitudinal, cât și în profil transversal. Între procedurile aplicate pentru executarea lucrărilor de terasamente pentru o pistă de aviație și lucrările de terasamente pentru o autostradă sau un drum nu există nicio diferență.

4. Materialele de construcții folosite pentru realizarea straturilor rutiere la drumuri fac parte din aceeași categorie cu materialele folosite pentru realizarea straturilor la pistele de aviație, ele fiind certificate după aceleași standarde, respectiv:

- produsele de carieră și balastieră folosite în stratul de fundație, trebuie să îndeplinească caracteristicile calitative prevăzute în SR EN

13242+Al 2008: Agregate din materiale nelegate sau legate hidraulic pentru utilizare în inginerie civilă și în construcții de drumuri;

- agregate naturale stabilizate cu ciment trebuie să respecte condițiile tehnice și de calitate prevăzute în STAS 10473/1: Straturi din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu ciment. Condiții tehnice generale de calitate, respectiv STAS 10473/2: Straturi din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu ciment. Metode de determinare și încercare;

- mixturile asfaltice utilizate, în funcție de tipul mixturii solicitate prin PT, sunt reglementate prin următoarele norme europene SR EN 13108-1: Mixturi asfaltice. Specificații pentru materiale. Betoane asfaltice; SR EN 13108-5: Mixturi asfaltice. Specificații pentru materiale. Mixtura asfaltică stabilizată; SR EN 13108-7: Mixturi asfaltice. Specificații pentru materiale. Mixtura asfaltică poroasă etc., cu diferența că exigențele pentru cele folosite la pistele de aviație sunt mai mari decât pentru cele folosite la drumuri de clasa tehnica IV, conform prevederilor normativelor în vigoare și conform importanței obiectivului.

5. Suprafața de rulare, atât pentru drumul care face obiectul procedurii, cât și pentru pistele de aviație, este realizată din mixturi asfaltice, doar că grosimile și caracteristicile sunt superioare pentru pistele de aviație față de drumurile de categoria IV.

6. Modul de realizare a straturilor din materiale de construcții care alcătuiesc structurile pentru piste de aviație și cele pentru drum sunt identice:

- fiecare strat este realizat din materialele de construcții prevăzute în proiect și după o verificare atentă a caracteristicilor acestora în raport cu cerințele caietelor de sarcini și a normelor tehnice specifice;

- primul strat component al structurilor proiectate se realizează numai după verificarea exigentă a lucrărilor de terasamente realizate atât pentru piste de aviație cât și pentru drumuri;

- fiecare din straturile superioare este realizat numai după verificarea caracteristicilor stratului inferior realizat (elemente geometrice, capacitate portantă, etc.) și confirmarea că acestea se încadrează în cerințele caietului de sarcini și a normelor tehnice în vigoare;

- materialele de construcții se pun în operă numai cu acceptul dirigintelui de șantier;

- tehnologiile de punere în operă a materialelor de construcții sunt identice pentru piste de aviație și pentru drumuri, respectiv se procedează la așternerea lor în straturi la forma și dimensiunile prevăzute în proiect urmate de compactarea lor și cu respectarea întocmai a procedurilor tehnice de execuție aprobate;

- pe parcursul realizării straturilor menționate mai sus - atât pentru piste de aviație cât și pentru drumuri (indiferent de categoria tehnică a drumului) - este obligatorie efectuarea verificărilor tehnice care să confirme că este respectată tehnologia de execuție și că sunt atinși

parametri proiectați pentru fiecare strat (caracteristicile geometrice și mecanice);

- utilajele utilizate pentru realizarea straturilor pentru pistele de aviație și cele pentru drumuri fac parte din aceleași categorii.

7. Orice pistă de aviație realizată trebuie racordată cu terenul natural sau cu terenul amenajat din zonă. Între pista de aviație și terenul din zonă nu poate exista o diferență de nivel care să nu fie preluată printr-o racordare. În mod similar se realizează o racordare a structurii rutiere de la orice drum cu terenul din zonă prin acostamente/taluzuri etc.;

8. Atât la drumuri, cât și pistele de aviație, trebuie cuprinse în proiect soluții pentru asigurarea scurgerii apei de pe partea carosabilă (pante transversale minime) și pentru dispozitive de colectare și evacuare, care se diferențiază doar prin soluția de realizare, modul de funcționare fiind identic.

9. Ordinul nr. 1895/2016 pentru aprobarea procedurii privind autorizarea și executarea dreptului de practică a responsabililor tehnici cu execuția lucrărilor de construcții, cap. III - Domenii și cerințe de autorizare, art. 8 alin. (1) și (2) prevede la codul domeniului 2 de autorizare: *„Construcții rutiere, drumuri, poduri, tunele, piste de aviație”*;

În conformitate cu prevederile art. 13 din Legea nr. 10/1995, verificare calității lucrărilor executate este obligatoriu a se efectua prin responsabili tehnici autorizați, care răspund în conformitate cu atribuțiile ce le revin pentru realizarea nivelurilor de calitate corespunzătoare cerințelor impuse. Potrivit Ordinului nr. 1895/2016, se constată că autorizarea responsabilului tehnic cu execuția se referă la domeniul „Construcții rutiere, drumuri, poduri, tunele, piste de aviație”. Mai mult specializarea necesară pentru atestarea responsabilului tehnic cu execuția, atât în subdomeniile „2.1. Construcții rutiere și drumuri” și „2.2. Construcții piste de aviație” este de „Construcții rutiere, drumuri, poduri, tunele, piste de aviație”, iar numărul de ani pentru experiența profesională minimă este de 6 ani, pentru ambele domenii, ceea ce demonstrează simplitatea lucrărilor de drumuri cu cele de piste de aviație.

10. Definițiile pentru drum și pistă de aviație, prezentate la pag. 3 din contestație, nu trebuie interpretate *ad litteram*, ci în sens larg, între cele două existând o similitudine dată de faptul că, atât pista de aviație, cât și drumul, sunt 2 căi de rulare pentru mijloace de transport pe roți din material elastic (cauciuc), diferența fiind determinată de specificul și securitatea activității, și în niciun caz de modul de alcătuire constructivă.

11. Definiția prezentată, la pag. 3-4 din contestație, cum că din drum fac parte integrantă podurile, viaductele, pasajele etc., este una generală, ceea ce nu înseamnă că, dacă pe un drum nu există un pod sau un pasaj, drumul respectiv nu poate fi definit ca drum. În situația în care se fac lucrări de reabilitare/refacere doar la un pod, fără lucrări la

drum, nu înseamnă că s-au făcut lucrări de reabilitare/refacere la un drum.

12. Ca răspuns la cele menționate la pag. 4 din contestație, precizările din clarificarea nr. 12 nu se pot interpreta, nici măcar în mod forțat, în sensul că o pistă de aviație poate fi considerată ca o lucrare conexă drumului.

13. Prin prisma celor de mai sus, este în mod evident neîntemeiată susținerea contestatoarei, referitoare la faptul că pistele de aviație pot fi asimilate doar cu platformele și drumurile industriale.

În consecință, având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă susține că nu a modificat cerința de clarificare pentru a avantaja vreun operator economic sau pentru a restrânge competiția, formularea cerinței fiind una generală, prin raportare la domeniul activității care caracterizează obiectul principal al contractului, evitându-se trimiterea la codul CPV ales pentru descrierea obiectului contractului, conform atenționării din Instrucțiunea nr. 2/2017. De asemenea, modul în care trebuie demonstrată experiența similară în cadrul procedurilor de atribuire a unor contracte de lucrări, nu poate fi determinat prin raportare la codul CPV, ci prin raportare la cerința concretă și explicația aferentă experienței similare, astfel cum au fost acestea formulate în cadrul documentației de atribuire.

Concluzionând, autoritatea contractantă afirmă că a respectat prevederile legale privind achizițiile publice în ceea ce privește criteriile de calificare menționate în documentația de atribuire.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa din 26.02.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 7913/27.02.2018, SC ... SRL transmite răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, solicitând respingerea acestuia și precizând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele:

Ca o primă precizare, petenta apreciază că instituția clarificărilor a fost menită de legiuitor să lămurească, expliciteze, conținutul cerințelor documentației de atribuire și nu să confere posibilitatea efectuării unui control ex-ante al îndeplinirii acestor cerințe de către anumiți operatori economici.

Pe de altă parte, deși documentația de atribuire o dată postată în SEAP este obligatorie, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, prin clarificarea contestată, autoritatea a modificat în mod nelegal documentația de atribuire, în sensul că a permis unui ofertant care nu deținea experiența similară solicitată în documentație, să participe la procedură, chiar și în lipsa experienței menționate.

În realitate, deși cerința în cauză prevede în mod expres, în acord cu codurile CPV și legislația în vigoare, că experiența similară se raportează la *„lucrări de drum care se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV, conform Ordinului 1295/ 2017”*, prin clarificarea nr. 12, autoritatea lărgește artificial spectrul lucrărilor calificate ca experiența

similară, acceptând pentru ofertant o lucrare de piste de aviație, în completarea căreia ofertantul ar urma să aducă și lucrări de poduri, podețe, șanțuri, rigole, construcții de apărare și consolidare, nefiind o clarificare a cerinței în cauză, ci o extindere nepermisă a domeniului acesteia asupra unui alt tip de lucrări.

În analizarea legalității demersului autorității contractante, contestatoarea invocă dispozițiile art. 160 din Legea nr. 98/2016, menționând că, raportat la conținutul documentației de atribuire, înainte de etapa depunerii ofertelor, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare, însă, prin răspunsul la aceste solicitări nu se poate modifica documentația de atribuire.

Sub acest aspect, în susținere, petenta evocă, într-o ipostază identică, decizia CNSC nr. ..., menținută de către Curtea de Apel ..., prin decizia pronunțata în ....

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de lucrări *„Reabilitare drum județean ...”*, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 92.233.478,00 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire și clarificărilor la aceasta, cu respectarea dispozițiilor art. 6 și următoarelor din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL a formulat contestațiile de față, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Prin prima contestație, SC ... SRL critică decizia autorității contractante de menținere a clauzelor contractuale regăsite la art. 10.17 alin. (3) și (4) și art. 13.1 alin. (2) din modelul de contract, clauze care, în opinia sa, sunt abuzive și disproporționate, impunându-se astfel eliminarea lor.

Cu referire la clauzele impuse prin art. 10.17, în soluționare, este reținut textul acestora, respectiv:

„10.17. Pe parcursul execuției lucrării, Antreprenorul:

a) va evita, pe cât posibil, acumularea de obstacole inutile pe șantier;

b) va depozita în locuri adecvate sau retrage orice utilaje, echipamente, instalații, materiale aflate în surplus pe șantier;

c) va procura și va întreține pe cheltuiala sa toate dispozitivele de iluminare, protecție, îngrădire, alarmă și pază, când și unde sunt necesare sau au fost solicitate de către Autoritatea Contractanta sau de către alte autorități competente, în scopul protejării lucrărilor sau al asigurării confortului riveranilor;

d) va aduna și îndepărta de pe șantier dărâmăturile, molozul sau lucrările provizorii de orice fel, care nu mai sunt necesare.

(2) Antreprenorul are dreptul de a retine pe șantier, până la sfârșitul perioadei de garanție, numai acele materiale, echipamente,

instalații sau lucrări-provizorii, care îi sunt necesare în scopul îndeplinirii obligațiilor sale în perioada de garanție.

(3) Antreprenorul are obligația de a transporta de pe șantier dărâmăturile și molozul (resturi betoane, asfalt, cărămizi, alte materiale inerte nepericuloase etc.) in vederea predării doar la Centrul de Management Integral al Deșeurilor din .... Realizarea acestor transporturi la destinația specificată mai sus se certifică cu bonurile de cântar din care rezultă locul de proveniență, societatea comerciala (constructorul) care preda deșeurile și cantitatea (conform cantar).

(4) Transportul deșeurilor se va realiza doar cu mijloace de transport acoperite cu prelată pentru a preveni deversarea acestora. Cheltuielile pentru transportul și taxa de depozitare a materialelor de tip moloz (deșeuri, pământ, asfalt, beton etc.) vor fi cuprinse de Antreprenor în prețul ofertat pentru atribuirea prezentului contract de lucrări."

Din expunerea de motive, Consiliul constată că autoarea contestației consideră nelegală impunerea colaborării exclusiv cu Centrul de Management Integral al Deșeurilor din ..., fiind astfel încălcat, în opinia sa, dreptul ofertanților de a contracta aceste servicii cu alți operatori de pe piață.

Argumentele prezentate de autoritatea contractantă, în sensul justificării menținerii clauzei criticate, fac referire la existența Regulamentului de organizare și funcționare a Serviciului Public de Salubrizare din ..., aprobat prin HCJ ... nr. 26.04.2013, prin care au fost stabilite principiile și condițiile de funcționare a acestui serviciu, ținând seama de obiectul principal referitor la protecția sănătății cetățenilor și a mediului împotriva efectelor dăunătoare generate de transferul, tratarea, prelucrarea și depozitarea deșeurilor. În acest sens, autoritatea arată că, la art. 16 din acest Regulament, este specificat faptul că deșeurile colectate din localitățile județului ... vor fi depozitate „... *numai la stațiile de transfer/CMID ... aparținând Consiliului Județean ...*".

Regulamentul de organizare și funcționare a Serviciului Public de Salubrizare din ..., depus la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, prevede, la art. 16, următoarele:

„(1) Operatorul CT va depozita deșeurile colectate din localitățile județului ... numai la stațiile de transfer/CMID ... aparținând Consiliului Județean ..., în baza contractului încheiat cu Operatorul Serviciului".

Astfel cum rezultă din dispozițiile art. 2 alin. (2) ale aceluiași Regulament, *„Activitățile de precolectare, colectare și transportul deșeurilor municipale, a deșeurilor din activități de construcții și demolări (deșeuri voluminoase), DEE-uri, inclusiv ale deșeurilor toxice periculoase din deșeurile menajere, cu excepția celor cu regim special – de la populație, instituții publice și agenți economici – la stațiile de transfer, vor fi în sarcina și responsabilitatea operatorului de salubrizare care va încheia contractul de delegare a gestiunii activităților de colectare și*

transport a deșeurilor (denumit în continuare Operator CT) din toate cele 4 zone ale județului cu ADI ECODES ...".

Din cele anterior expuse, rezultă că obligativitatea depozitării deșeurilor colectate din localitățile județului ... numai la stațiile de transfer/CMID ... aparținând Consiliului Județean ... revine doar Operatorul CT, care este, în fapt, operatorul de salubrizare.

Or, în cazul de față, viitorul contractant nu are calitatea de operator de salubrizare, drept care, nu poate fi reținută incidența și asupra sa, a dispozițiilor regulamentului, invocate de autoritatea contractantă în expunerea sa.

În soluționare mai sunt reținute și susținerile autorității contractante conform cărora, potrivit proiectului „Sistem de management integrat al deșeurilor în ...", finanțat POS Mediu 2007-2013, deșeurile din construcții (resturi betoane, asfalt, cărămizi, alte materiale inerte nepericuloase) se depozitează exclusiv la CMID ..., stațiile de transfer nefiind proiectate/dotate pentru prelucrarea/depozitarea deșeurilor rezultate din construcții.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază faptul că această cerință rezultă inclusiv din autorizația de construire, care stipulează faptul că depozitarea deșeurilor se va face la cea mai apropiată rampă de gunoi, în cazul de față, susține autoritatea, singura rampă existentă la nivel de județ fiind cea de la ....

Verificând susținerile autorității contractante, Consiliul constată că, într-adevăr, prin Autorizație de construire nr. 71/05.09.2016, aferentă lucrărilor *„Reabilitare drum județean ...*", titularul autorizației, respectiv ..., este obligat *„să transporte la cea mai apropiată rampă de gunoi materialele care nu se pot recupera sau valorifica rămase în urma executării lucrărilor de construcții*" (art. B, pct. 7).

Autoritatea contractantă precizează că singura locație adecvată prelucrării/depozitării deșeurilor rezultate din construcții de pe teritoriul județului ..., care să îndeplinească și condiția de proximitate impusă de Autorizația de construire nr. 71/05.09.2016, este cea de la CMID ..., însă, prin autorizație se specifică doar obligația utilizării celei mai apropiate rampe de gunoi, fără condiționarea existenței acesteia pe teritoriul județului ....

Astfel, Consiliul constată caracterul restrictiv al cerinței regăsită în clauza de la art. 10.17 alin. (3) din modelul de contract, prin prisma impunerii colaborării doar cu centrele de pe raza județului ..., de colectare a deșeurilor respective.

Față de cele expuse mai sus, având în vedere că, potrivit dispozițiilor Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, nerespectarea prevederilor autorizației de construire constituie infracțiune, Consiliul apreciază că se impune reformularea clauzei de la art. 10.17 alin. (3) din modelul de contract astfel încât să se permită colaborarea cu oricare centru de colectare, care respectă atât

condițiile de calitate considerate optime de autoritatea contractantă, cât și condiția de proximitate, conform Autorizației de construire.

Cât privește conținutul clauzei regăsită la art. 10.17 alin. (4) din modelul de contract, respectiv:

„(4) Transportul deșeurilor se va realiza doar cu mijloace de transport acoperite cu prelată pentru a preveni deversarea acestora. Cheltuielile pentru transportul și taxa de depozitare a materialelor de tip moloz (deșeuri, pământ, asfalt, beton etc.) vor fi cuprinse de Antreprenor în prețul ofertat pentru atribuirea prezentului contract de lucrări"

Consiliul observă că deși autoarea contestației invocă nelegalitatea acesteia, în expunerea de motive din cuprinsul contestației nu este prezentat niciun argument prin care să fie demonstrat caracterul abuziv al celor solicitate de autoritatea contractantă. În același sens, se constată că societatea contestatoare se rezumă la a prezenta susținerile sale vizavi de caracterul restrictiv al cerinței privind impunerea predării deșeurilor rezultate doar la Centrul de Management Integral al Deșeurilor din ..., concluzionând că prin aceasta se încalcă dreptul ofertanților de a contracta aceste servicii cu alți operatori de pe piață, respectiv normele în vigoare referitoare la libertatea de a contracta și cele vizând concurența.

Or, clauza prevăzută la alin. (4), a cărei eliminare/modificare este solicitată, reglementează modalitatea în care deșeurile rezultate urmează să fie transportate la punctul de colectare, precum și obligația antreprenorului de a include, în prețul ofertat, toate cheltuielile aferente acestei activități, dispoziții cu privire la care nu poate fi reținut un eventual caracter restrictiv.

În aceste condiții, solicitarea contestatoarei de eliminare/modificare a clauzei regăsită la art. 10.17 alin. (4) din modelul de contract urmează să fie respinsă ca nefondată.

În ceea ce privește solicitarea eliminării prevederilor art. 13.1 alin. (2) din contract, Consiliul reține temeinicia criticilor contestatoarei, constatând că, prin conținutul acesteia, respectiv *„Orice neconcordanță din documentația tehnică sesizată de Antreprenor care nu a fost sesizata și solicitată prin clarificări până la data și ora depunerii ofertelor nu va fi luata în considerare de către Autoritatea Contractanta. Costurile care ar putea fi determinate de aceste situații vor fi suportate de Antreprenor*." autoritatea contractantă transferă contractantului toate riscurile contractuale, chiar și cele cu privire la care nu poate fi reținută nicio culpă a acestuia.

O astfel de situație poate, în opinia Consiliului, fi asimilată abuzului de drept, contrară dispozițiilor art. 15 din Codul civil care prevăd, ca regulă generală, că *„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contra bunei-credințe*".

Apărările autorității contractante, prezentate în punctul său de vedere, în sensul că acestea dispoziții contractuale au fost introduse în virtutea caracterului administrativ de interes public, al contractului de achiziție publică, nu sunt în măsură să justifice legalitatea clauzei criticate, ca de altfel, nici scopul urmărit prin introducerea acesteia, declarat prin punctul său de vedere, respectiv *„atenționarea operatorilor economici interesați să depună oferte să întreprindă toate demersurile necesare studierii cu atenție a întregii documentații de atribuire, vizitarea amplasamentului și formularea eventualelor clarificări astfel încât la elaborarea ofertei să țină cont de toate aspectele relevante, în scopul evitării apariției unor eventuale litigii ulterior semnării contractului*".

În acest sens, Consiliul reține că obligația adoptării unei atitudini diligente, de către operatorii economici interesați de procedură, cu privire la informațiile cuprinse în documentele achiziției, puse la dispoziție de autoritatea contractantă, subzistă în toate contractele de achiziție publică, însă nu poate acoperi și situațiile în care, anumite neconcordanțe ale documentației tehnice nu au putut fi, în mod obiectiv, sesizate și eventual clarificate anterior depunerii ofertelor, dat fiind că anumite insuficiențe ale acesteia nu pot fi observate/constatate decât în etapa executării efective a contractului. Or, inserarea unei clauze prin care contractantul este obligat să își asume toate aceste situații, inclusiv a celor în care se constată culpa exclusivă a autorității, fără o eventuală despăgubire, nu poate fi considerată o clauză în concordanță cu principiile de drept, nici măcar în situația protejării interesului public.

Mai mult, Consiliul apreciază că o astfel de clauză este contrară si principiului asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 din Legea nr. 98/2016, obligația primă de asigurare a unui conținut al documentației de atribuire adecvat scopului achiziției aparținând autorității contractante, conform art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, care obligă autoritatea la elaborarea unei documentații de atribuire care să conțină *„orice cerință, criteriu, regulă şi alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*".

Referirile autorității contractante la dispozițiile HG nr. 1/2018 nu vor fi reținute în soluționare, pe de o parte luând în considerare faptul că, la stabilirea clauzelor contractului aferent procedurii de achiziție publică în cauză, acestea nu au fost avute în vedere de autoritate, dat fiind că actul normativ a intrat în vigoare la data de 11.01.2018, prin urmare ulterior datei de 05.01.2018, data publicării în SEAP a anunțului de participare prin care a fost inițiată procedura în cauză. Pe de altă parte, inclusiv acest act normativ reglementează situația unor cazuri excepționale, respectiv acelea care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzute de un antreprenor diligent la data depunerii ofertei, și care conduc la costuri suplimentare, precum și condițiile în care acestea pot fi recuperate.

Prin urmare, atât timp cât prezentul model de contract nu face nicio diferențiere a cazurilor în care costurile suplimentare datorate neconcordanțelor din documentația tehnică trebuie suportate exclusiv de către antreprenor, ceea ce conduce la situația în care viitorul contractant este ținut să suporte toate costurile care ar putea apărea în derularea contractului, inclusiv a celor asupra cărora nu se poate reține nicio culpă în sarcina sa, Consiliul constată caracterul abuziv al clauzei art. 13.1 alin. (2) din contract, drept care va impune modificarea ei în sensul eliminării răspunderii exclusive a contractantului în situațiile avute în vedere în clauză.

În ceea ce privește contestația secundă, Consiliul constată că autoarea ei apreciază nelegală decizia autorității contractante de a accepta *„ca experiență similară lucrările executate în domeniul infrastructurii aeroportuare prezentate, care pot fi asimilate lucrărilor ce se încadrează în prevederile art. 2 alin. (3) din OG nr. 43/ 1997, în condițiile în care se face și dovada execuției pe drumurile publice - ce se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV (conform Ordinului Ministerului Transporturilor nr. 1297/2017) - a lucrărilor de: poduri, podețe, șanțuri, rigole, construcții de apărare și consolidare”*, regăsită în cadrul adresei de clarificări nr. 12, înregistrată sub nr. 1332/30.01.2018, publicată în SEAP la rubrica „Clarificare și documentație adițională”, sub denumirea „Clarificare nr. 12 ([CN181884/038] Clarificare nr. 12.pdf.p7s)”.

Mai este reținut faptul că, potrivit susținerilor contestatoarei, caracterul nelegal al clarificării în cauză este demonstrat, pe de o parte, de imposibilitatea autorității contractante de a modifica, prin intermediul clarificărilor, cerințele minime impuse prin documentația de atribuire, iar, pe de altă parte, de încălcarea dispozițiilor art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 2 alin. (2) și art. 3 pct. 26 lit. z din Legea nr. 98/2016.

În soluționare, contrar susținerilor contestatoarei, Consiliul reține că legislația în vigoare în materia achizițiilor publice nu conține nicio dispoziție expresă care să interzică dreptul autorității contractante de a modifica cerințele minime impuse prin documentația de atribuire, atunci când constată fie că acestea sunt restrictive și nelegale, fie că astfel poate fi asigurată o concurență mai mare între operatorii economici interesați. Mai mult, dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, arată că scopul acestei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii şi lucrări în condiții de eficiență economică şi socială, având la bază principiile nediscriminării, tratamentului egal, recunoașterii reciproce, transparenței, proporționalității și cel al asumării răspunderii.

Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a-și remedia propria documentație, astfel încât prevederile acesteia să fie în măsură să ofere viitorilor ofertanți o informare corectă, completă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, în acord cu art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Desigur, acest drept al autorității trebuie exercitat corelativ cu diligențele necesare în vederea informării operatorilor economici, la timp, în ce privește modificările intervenite anterior depunerii ofertelor, asigurând un interval de timp adecvat şi suficient pentru elaborarea ofertelor sau solicitărilor de participare şi pentru pregătirea documentelor de calificare şi selecţie care sunt solicitate prin documentele achiziţiei.

Cu toate acestea, Consiliul constată că acest drept al autorității contractante nu poate fi transformat, de către potențialii ofertanți, într-o obligație de modificare a documentelor achiziției, drept care, atunci când aceștia apreciază că anumite cerințe sunt restrictive/discriminatorii și se impune modificarea sau eliminarea lor, o astfel de finalitate nu poate fi atinsă prin apelarea la instituția clarificărilor și lămuririlor la documentație, așa cum este aceasta reglementată de legiuitor la art. 160 din Legea nr. 98/2016, ci prin cea a remedierilor, astfel cum este aceasta prevăzută de Legea nr. 101/2016.

Cât privește jurisprudența invocată, este avut în vedere faptul că, în emiterea deciziilor, atât instanțele, cât și Consiliul, soluționează cauzele raportat la particularitățile fiecărei spețe în parte și probele administrate în cadrul acestora.

În speța dedusă judecății, Consiliul constată că decizia autorității contractante de a clarifica cerința privind experiența similară, nu poate fi apreciată ca fiind contrară dispozițiilor legale.

Astfel, relevante în soluționare sunt reținute următoarele dispoziții legale:

Art. 50 din Legea nr. 98/2016, *„(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici".

Art. 178 din Legea nr. 98/2016, „(*1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică şi profesională care sunt necesare şi adecvate pentru a se asigura că operatorii economici deţin resursele umane şi tehnice şi experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.*

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică şi profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut."

Art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016 „*Criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia a de îndeplini*

contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare".

Așadar, rolul experienței similare este acela de a asigura autoritatea contractantă că viitorul contractant are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru a duce la bun sfârșit lucrările supuse achiziției, la un nivel de calitate corespunzător, situație care poate fi demonstrată prin executarea unor contracte de o complexitate similară sau superioară celui care face obiectul procedurii în cauză.

În acest sens sunt și recomandările ANAP, cuprinse în Instrucțiunea nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017, conform cărora <*(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise şi cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității şi/sau scopului, ca rezultat al aplicării principiului "cine poate mai mult poate şi mai puţin"*>.

De altfel, prin aceeași Instrucțiune, ANAP oferă spre exemplu autorităților contractante modul de aplicare a principiului "*cine poate mai mult poate şi mai puţin*", învederând faptul că infrastructura similară din punctul de vedere al complexității şi/sau utilităţii poate include, fără a se limita la și „*infrastructura aeroportuară - de tipul pistelor de decolare-aterizare (similare ca structură rutieră şi chiar superioare drumurilor judeţene)*".

Prin urmare, având în vedere că prin prezenta procedură se urmărește achiziția unor lucrări de reabilitare a unui drum județean, Consiliul nu poate reține un eventual caracter nelegal al răspunsului autorității contractante din cuprinsul adresei de clarificări nr. 12, înregistrată sub nr. 1332/30.01.2018, publicată în SEAP la rubrica „Clarificare și documentație adițională", sub denumirea „Clarificare nr. 12 ([CN181884/038] Clarificare nr. 12.pdf.p7s)", respectiv:

„Având în vedere complexitatea lucrărilor ce fac obiectul contractului ce va fi atribuit urmare a derulării acestei proceduri, Autoritatea Contractantă acceptă ca experiență similară lucrările executate în domeniul infrastructurii aeroportuare prezentate, care pot fi asimilate lucrărilor ce se încadrează în prevederile art. 2 alin. (3) din OG nr. 43/ 1997, în condițiile în care se face și dovada execuției pe drumurile publice - ce se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV (conform Ordinului Ministerului Transporturilor nr. 1297/2017) - a lucrărilor de: poduri, podețe, șanțuri, rigole, construcții de apărare și consolidare".

Date fiind cele anterior expuse, se observă că aprecierea contestatoarei cum că prin acceptarea ca dovadă a experienței similare, a unor contracte superioare din punct de vedere al complexității, autoritatea contractantă „*lărgește artificial spectrul lucrărilor acceptate ca experiență similară*", ceea ce ar fi contrar, în opinia sa, principiilor și

celorlalte dispoziții legale incidente, nu poate fi reținută ca întemeiată, ci, dimpotrivă, se constată că, prin atitudinea adoptată, autoritatea contractantă asigură un nivel sporit de concurență prin acceptarea, pentru acest criteriu privind capacitatea, și a unor lucrări superioare din punct de vedere al complexității.

De altfel, nici demersul autorității contractante de a nu impune o limită valorică a acestui tip de lucrări nu poate fi reținut ca nelegal, atât timp cât valoarea contractelor prezentate pentru demonstrarea experienței similare poate fi solicitată doar pentru a verifica potențialul tehnic, financiar și organizatoric al ofertanților și nu pentru a departaja în vreun fel ofertele primite.

Fiind dreptul autorității contractante de a stabili criteriile de calificare, în condițiile în care acestea au fost formulate potrivit prevederilor legale în vigoare, criticile contestatoarei vor fi considerate nefondate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația din 25.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3470/25.01.2018, formulată de SC ... SRL, în ceea ce privește remedierea clauzelor contractuale cuprinse la art. 10.17 alin. (3) și art. 13.1 alin. (2) din modelul de contract și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire conform celor precizate în motivare, să aducă modificările, menționate în considerentele prezentei decizii, la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la această procedură de atribuire, prin publicarea lor în SEAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 153 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind remedierea clauzei contractuale cuprinsă la art. 10.17 alin. (4) din modelul de contract.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, va respinge ca nefondată contestația din 13.02.2018 formulată de SC ... SRL, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 6754/19.02.2018.

Cât privește cererea contestatoarei *„de obligare a autorității contractate la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de acest litigiu”*, cerere regăsită în cuprinsul ambelor contestații, Consiliul reține că, la dosarul cauzei, SC ... SRL a depus Factura seria AHB nr.

011/01.02.2018, prin care se probează cuantumul următoarelor servicii juridice:

1. Redactare și semnare notificare prealabilă, respectiv contestație în procedura execuție lucrări de întreținere, reparații, amenajare străzi, poduri și trafic rutier pentru Municipiul ... pe o perioadă de 4 ani – 2 loturi; reprezentare client în fața CNSC
2. Redactare plângere împotriva deciziei CNSC nr. ...; reprezentare client în fața Curții de Apel ... în dosarul nr. ...
3. Redactare contestație împotriva Clarificării nr. 12 – Adresa 1332 din 30.01.2018
4. Activități de consultanță juridică aferente lunii februarie 2018 conform contractului de asistență juridică nr. CJ/070003/2014 din 16.01.2014 și a actelor adiționale
5. Refacturare servicii poștale.

Față de cele anterior expuse, Consiliul constată că societatea contestatoare a prezentat dovada cheltuielilor efectuate doar în ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 6754/19.02.2018, drept care, în baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge:

- ca nedovedită cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de acest litigiu din cuprinsul contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3470/25.01.2018;
- ca nefondată cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de acest litigiu din cuprinsul contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6754/19.02.2018.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația din 25.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3470/25.01.2018, formulată de SC ... SRL, în contradictoriu ..., în calitate de autoritate contractantă, în ceea ce privește remedierea clauzelor contractuale cuprinse la art. 10.17 alin. (3) și art. 13.1 alin. (2) din modelul de contract.

Obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire conform celor precizate în motivare, să aducă modificările, menționate în considerentele prezentei decizii, la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la această procedură de atribuire,

prin publicarea lor în SEAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 153 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind remedierea clauzei contractuale cuprinsă la art. 10.17 alin. (4) din modelul de contract.

Respinge, ca nefondată, contestația din 13.02.2018 formulată de SC ... SRL, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 6754/19.02.2018.

Respinge:

- ca nedovedită cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de acest litigiu din cuprinsul contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 3470/25.01.2018;

- ca nefondată cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de acest litigiu din cuprinsul contestației înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6754/19.02.2018.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... de pagini.