



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ... reprezentată legal prin director general ... și convențional prin Cabinet Individual de ...cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ... împotriva documentației de atribuire și/sau a răspunsului nr.3872/05.05.2020, emise de, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, s-au solicitat: suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016; în principal, remedierea documentației de atribuire și/sau a răspunsului nr. 3872/05.05.2020, precum și a oricăror răspunsuri anterioare/ulterioare/conexe/subsecvente, astfel încât să se respecte prevederile legislației în materie și să nu se restricționeze accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici, cu consecința anulării parțiale/modificării documentației de atribuire și/sau a Răspunsului nr. 3872/05.05.2020; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire având în vedere prevederile art. 26 alin. (2) lit. c) și/sau alin. (7) din Legea nr. 101/2016, ale art. 89 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 100/2016, sau dispunerea unor măsuri de remediere în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în cazul în care se consideră că nu este posibilă luarea unor măsuri de remediere; în situația în care

nu se va suspenda procedura de atribuire, și se va continua procedura de atribuire, astfel încât să fie depășit termenul limită de depunere a ofertelor (data de 20.05.2020), anularea procedurii de atribuire indiferent de soluția dată asupra aspectelor invocate în contestație întrucât nu mai există posibilitatea de remediere a situației; acordarea cheltuielilor de judecată.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică documentația de atribuire și/sau răspunsul nr.3872/05.05.2020, emise de, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „....”, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... prezintă, în prealabil, argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contrstației, iar în ceea ce privește fondul cauzei arată următoarele:

I. Referitor la Răspunsul nr. 3872/05.05.2020 la solicitările de clarificare ale operatorilor economici, precum și răspunsurile anterioare/ulterioare/conexe/subsecvente care se referă la situațiile invocate, contestatorul susține că acestea schimbă sensul cerințelor inițiale ale documentației de atribuire ajungând, pe de o parte la restricționarea nejustificată a operatorilor economici la procedură, iar, pe de altă parte, la informații contradictorii sau contrare scopului și specificul contractului de concesiune în cauză sau normelor legale aplicabile.

Precizând că durata acordului-cadru este de 96 de luni (8 ani), astfel că autoritatea contractantă a avut în vedere, în ceea ce privește valoarea estimateă a contractului și în ceea ce privește cerințele impuse, existența utilajelor (utilaje și containere), cât și necesitatea recuperării costurilor aferente acestora pe parcursul executării contractului, contestatorul arată:

a) În ceea ce privește Răspunsul nr. 3872/05.05.2020, respectiv răspunsul 14 la Solicitarea de clarificare nr. 3660/21.04.2020, răspunsul 1 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020 și răspunsul 6 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020, prin care autoritatea contractantă a stabilit că *"prezentarea în ofertă de utilaje deținute în forma de închiriere ori leasing operațional sau financiar nu este suficientă"*, acest răspuns nu doar că este contrar scopului/necesității contractului de a realiza și recupera investițiile, dar este și restrictiv întrucât oferă un tratament preferențial față de operatorii economici care au deja în proprietate aceste tipuri de utilaje/echipamente și îi defavorizează, chiar restricționează pe cei care trebuie să realizeze investiții în vederea participării la procedura de atribuire fără a avea certitudinea că vor ieși câștigători.

Restrictivitatea, în opinia contestatorului, este scoasă în evidență prin ceea ce a urmărit entitatea contractantă la momentul inițierii procedurii, respectiv realizarea de investiții și durata contractului cu scopul de recuperare a investițiilor pe perioada derulării contractului, ori, ce investiții și ce se va recupera dacă entitatea contractantă impune ca la momentul depunerii ofertei ofertanții să dispună deja de aceste investiții.

Precizează că această interpretare nu exista în documentația inițială.

Raportat la cerințele documentației de atribuire, precum și la specificul și durata contractului de concesiune ce urmează a se atribui, contestatorul susține că ofertantul poate prezenta un antecontract de vânzare-cumpărare/închiriere/comodat prin care să dovedească că are de unde să obțină respectivele utilaje și că atunci când va fi declarat câștigător le va putea pune la dispoziție, situație care nu ar fi îngăduit niciun operator economic în a participa la procedura de atribuire.

Ori, în situația în care operatorul economic trebuie să facă dovada că are în proprietate aceste utilaje și echipamente înainte de data limită de depunere a ofertei, contestatorul apreciază că nu se mai justifică cerințele solicitate și nici scopul și necesitatea avută în vedere la momentul inițierii procedurii.

Astfel, apreciază contestatorul, nu mai este necesar un plan de investiții și de recuperare a investițiilor, deoarece oricum aceste utilaje/echipamente sunt deja în proprietatea ofertantului și, prin urmare, nu mai pot face parte din investițiile contractului, deși investițiile se referă la ceva ce nu există, anterior încheierii contractului dar care se achiziționează și se recuperează pe parcursul derulării contractului.

Solicitarea ca utilajele/echipamentele ce fac obiectul unei investiții să fie deja în proprietatea ofertantului determină, în opinia contestatorului, două tipuri de restricții:

- Atât față de operatorul care deja are în proprietate aceste utilaje/echipamente în sensul că nu există posibilitatea ca aceștia să-și recupereze costurile pentru investițiile solicitate din moment ce acesta nu va mai realiza investiții.

- Atât față de ofertanții care nu dispun de astfel de utilaje/echipamente la momentul depunerii ofertei și nu pot participa în aceste condiții dar care ar putea dovedi prin depunerea de antecontracte/contracte de închiriere/leasing că la momentul încheierii contractului va realiza investițiile cerute.

În aceste condiții, apreciază contestatorul, este evident că o astfel de cerință nu poate fi considerată acceptabilă, ci este restrictivă, întrucât nu se poate solicita unui operator economic să facă investiții/cheltuieli înainte de data limită de depunere a ofertei în condițiile în care nu are nicio certitudine în ceea ce privește obținerea contractului.

Pe de altă parte, după cum se arată, este de notorietate faptul că astfel de investiții în utilaje/echipamente se realizează prin leasing operațional/financiar, iar nu prin vânzarea-cumpărarea directă, prin

achitarea contra-valorii utilajelor într-un termen scurt spre deosebire de leasing, astfel încât impunerea acestei cerințe este nejustificată raportat la acest aspect. Invocă, în susținere, art. 49 alin. (3) și art. 20 alin. (7) din H.G. nr. 867/2016

Față de aceste argumente, contestatorul apreciază că se impune anularea răspunsului susmenționat, precum și a răspunsurilor care susțin această interpretare și să se permită ofertanților ca, în ceea ce privește investițiile prevăzute în caietul de sarcini, să prezinte la momentul depunerii ofertei antecontracte de diverse categorii (comodat, leasing etc).

b) În ceea ce privește posibilitatea modificării tarifelor pe parcursul derulării contractului de concesiune și răspunsurile X și XII la Solicitarea de clarificare nr. 3711/24.04.2020, din Răspunsul nr. 3872/05.05.2020:

Contestatorul susține că prevederile art.10 alin. (4) și alin (6) din documentul "*Contract de delegare*" sunt contrare dispozițiilor legale în vigoare, în ceea ce privește ajustarea prețurilor/modificarea contractelor de concesiune în cazul contractelor de salubritate, cât și în ceea ce privește menținerea echilibrului contractul și dreptul operatorilor de a-și recupera costurile efectiv realizate în vederea prestării serviciului de salubritate.

Conform prevederilor art. 13 alin. (1) din Legea nr.100/2016, după cum se arată, entitatea contractantă este obligată să realizeze o estimare a valorii contractului, estimare față de care, pe de o parte se alege procedura de atribuire, iar, pe de altă parte, se stabilesc criteriile de calificare și factorii de evaluare, respectiv cerințele caietului de sarcini.

Mai mult, susține contestatorul, anterior inițierii procedurii de atribuire se realizează un studiu de fundamentare care cuprinde inclusiv estimarea valorii contractului de concesiune, sens în care invocă art.16 alin. (1) din H.G. nr.867/2016, estimarea valorii unui contract de concesiune fiind un proces important cu atât mai mult cu cât se are în vedere la stabilirea garanției de participare, a cerințelor privind experiența similară, capacitatea economico-financiară etc, cât și în alegerea procedurii de atribuire și stabilirea duratei contractului.

Contestatorul apreciază că în cuprinsul documentului "*Contract de delegare*", entitatea contractantă stabilește o serie de condiții care fie sunt restrictive și nejustificate, fie sunt lipsite de transparență și detaliere.

Astfel, se arată că, la art. 10 alin. (4) din documentul "*Contract de delegare*", nu se identifică care este termenul de aprobare a solicitării de modificare a tarifului, astfel încât entitatea contractantă poate să abuzeze de un drept, respectiv ca, pe parcursul derulării contractului, să nu analizeze și nici să aprobe la timp modificarea tarifelor, acest lucru aducând prejudicii operatorului economic.

În aceste condiții, contestatorul solicită modificarea acestor clauze astfel încât, în ceea ce privește "*modificarea/ajustarea tarifului*", în situația în care acesta trebuie să fie aprobat, să se impună un termen de

maxim 30 zile de analiză și aprobare a entității contractante sub sancțiunea aprobării tacite, în cazul nerespectării acestei obligații, respectiv a inacțiunii entității contractante față de solicitarea de aprobare.

Pe de altă parte, contestatorul arată că entitatea contractantă a impus la art. 10 alin. (6) din contract ca modificarea tarifului să se realizeze doar în anumite situații, omițând să includă în aceste situații cazuri de modificări legislative care ar determina o modificare a tarifului, respectiv acele modificări care determină schimbări ale componenței tarifului, cum este cazul: creșterii legislative a salariului minim pe economie, a fondului de handicap, a taxelor sociale, taxelor de mediu etc.

Astfel, deși prin solicitarea de clarificare nr. 3711/24.04.2020 la pct. X, s-a solicitat modificarea clauzei astfel încât să se poată cere modificarea tarifului ca urmare a "*modificărilor legislative de imediată aplicabilitate, imperative, care determină în mod direct majorarea costurilor de operare a serviciului de salubritate*", entitatea contractantă a răspuns că nu dorește să facă o astfel de modificare, situație care în mod clar ar schimba, în opinia contestatorului, echilibrul contractual în derularea contractului și ar împovăra nejustificat operatorul economic.

Contestatorul susține că, în astfel de contracte, unde derularea contractului se va face pe o perioadă de 8 ani nu se poate ignora și refuza existența caracterului incert al tuturor acestor costuri care se pot modifica legislativ (deci independent de voința părților) și care afectează derularea contractului în sensul modificării echilibrului contractual.

De asemenea, contestatorul susține că dispozițiile art. 10 alin. (6) din contract sunt incerte și lasă loc de arbitriu, deoarece nu stabilesc regulile de modificare a valorii Plății de disponibilitate înainte de primele 12 luni, care sunt cazurile în care se acceptă astfel o modificare a tarifului anterior celor 12 luni și niciun termen pentru autoritatea contractantă în care să analizeze și să dispună modificarea tarifului, sub sancțiunea aprobării tacite.

Totodată, contestatorul critică dispozițiile art.10 alin.(11) din contract, deoarece sunt contrare prevederilor art. 20 alin. (2) din Legea nr. 101/2006, motiv pentru care solicită eliminarea acestora, iar în subsidiar modificarea lor astfel încât:

- Plățile de disponibilitate să nu fie modificate aleator/arbitrar fără stabilirea criteriilor efective la care să se raporteze autoritatea contractantă;

- Plățile de disponibilitate să nu fie lăsate la latitudinea arbitrară a autorității contractante ci să se raporteze la asigurarea acoperirii efective și integrale a costurilor de operare a delegatarului aferente serviciului prestat corespunzător tarifelor T1a și T1b.

- Calculul sumei de plată lunară efectivă a serviciilor de până la soluționarea litigiilor să se calculeze raportat la valoarea plății de disponibilitate comunicată operatorului și care a fost contestată însă entitatea contractantă să achite diferența dintre valoarea sumei de plată

lunară efectivă a serviciilor de până la soluționarea litigiilor raportat la valoarea plății de disponibilitate care a rămas definitivă comunicată operatorului și valoarea sumei de plată lunară efectivă a serviciilor raportat la valoarea plății de disponibilitate inițial comunicată operatorului.

- Menționarea unui termen de analiză și răspuns a autorității contractante față de contestarea valorii Plății de Disponibilitate comunicate de către autoritatea contractantă, care ar trebui să fie egal tot cu termenul de 10 zile lucrătoare impus pentru prezentarea de valorii Plății de Disponibilitate, în caz contrar considerarea aprobării tacite a motivelor menționate în contestație.

Așadar, susține contestatorul, clauza prin care modificarea valorii Plății de disponibilitate este lăsată la latitudinea entității contractante este restrictivă și încalcă echilibrul contractual și dreptul operatorilor economici de a încasa integral costurile realizate în executarea contractului.

De asemenea, contestatorul invocă același critici și față de clauza lipsei unei asumări din partea entității contractante în cazul unor decizii definitive prin care se constată o eventuală eroare/calcul eronat/refuz de a accepta o valoare corectă a Plății de Disponibilitate deoarece, în acest caz, cineva trebuie să plătească pentru costurile cauzate operatorului pentru perioada în care deși era justificată Plata de Disponibilitate solicitată de ofertant, entitatea contractantă a refuzat acceptarea acesteia, iar acest lucru nu poate fi suportat de către ofertant având în vedere că o astfel de interpretare ar încălca prevederile art. 20 alin. (2) din Legea nr. 101/2006.

Astfel, se arată că, în situația expusă în documentația de atribuire și în răspunsul la solicitarea de clarificări, operatorul, ulterior unui litigiu, nu va recupera nimic din ce a cheltuit suplimentar pentru prestarea serviciului întrucât clauzele contractuale sunt de așa natură încât entitatea contractantă să nu poată fi trasă la răspundere pentru o decizie eronată/arbitrară de refuzare a costurilor corecte.

În concluzie, clauzele amintite, în opinia contestatorului, încalcă prevederile legale indicate și creează mecanisme prin care autoritatea contractantă își rezervă arbitrar în executarea contractului fără a fi răspunzătoare în vreun fel, ceea ce este în total dezacord cu principiul echilibrului contractual și al recuperării integrale a costurilor de operare ale delegatului aferente serviciului prestat corespunzător tarifelor T1a și T1b.

În atare situație, contestatorul apreciază că se impune modificarea acestor clauze, precum și a răspunsurilor la clarificări care se referă la aceste clauze și care încalcă dispozițiile legale.

c) În ceea ce privește cerința privind timpii de colectare și răspunsul 4 la solicitarea de clarificări nr. 3736/28.04.2020 din Răspunsul nr. 3872/05.05.2020, contestatorul precizează că entitatea contractantă nu a răspuns la cele solicitate, în sensul de a furniza informațiile cerute având în vedere că Anexa 3 nu cuprinde ceea ce s-a

cerut prin solicitarea de clarificare, dar nici nu a eliminat cerința din Formularul 6.1 care face trimitere la prezentarea detaliată a timpilor de colectare, ceea ce încalcă dispozițiile art.70 alin.8 din Legea nr.100/2016 și art.74 alin.3 din H.G. nr.867/2016.

Se arată că, în documentația de atribuire, așa cum rezultă din răspunsurile la clarificări, s-a solicitat o detaliere a timpilor de colectare, fără ca entitatea contractantă să pună la dispoziție informațiile necesare pentru calcularea/detalierea acestor timpi.

Potrivit Tabelelor 1-5 din Ordinul ANRSC nr. 111/2007, caietul de sarcini, într-o astfel de procedură, trebuie să cuprindă și aceste informații, cu atât mai mult cu cât acestea sunt necesare pentru a realiza un calcul solicitat expres de către entitatea contractantă ca parte din ofertă.

În aceste condiții, contestatorul apreciază că s-au încălcat atât prevederile susmenționate, cât și principiul transparenței și se restricționează concurența prin impunerea unor cerințe care nu pot fi introduse în ofertă în lipsa informațiilor necesare, creându-se astfel un mecanism de evaluare arbitrară a ofertelor tehnice, motiv pentru care se impune luarea măsurilor de remediere, în sensul:

- fie să se elimine cerința prevăzută în Formularul 6.1 conform căreia se solicită a se prezenta "detalierea timpilor de colectare și care să poată demonstra că este suficientă utilizarea autogunoierelor oferite pentru colectarea deșeurilor (...) de la toți utilizatorii/punctele de colectare, la parametrii solicitați prin documentația de atribuire".

- fie să se comunice următoarele informații, fără de care nu s-ar putea prezenta o astfel de detaliere:

- a. Numărul și adresele punctelor de colectare pe fiecare fracție în parte (deșeuri reziduale/menajere, sticlă, metal, carton/hârtie)

- b. Numărul de locuitori deserviți de punctele de colectare amplasate pe domeniul public în mediul urban și separat în mediul rural,

- c. Adresa celor deserviți.

II. În ceea ce privește cerința privind disponibilitățile bănești în cuantum de 23.000.000 lei pentru 6 luni de contract, contestatorul susține că aceasta este restrictivă în sine, dar devine chiar inutilă raportat la răspunsul 14 la Solicitarea de clarificare nr. 3660/21.04.2020, la răspunsul 1 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020, și la răspunsul 6 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020 din Răspunsul 3872/05.05.2020.

Contestatorul precizează că restricționarea concurenței rezultă din faptul că aceste disponibilități se solicită la momentul depunerii ofertei, cu mult înainte de încheierea contractului.

Invocând prevederile art. 33 alin. (1) din H.G. nr. 867/2016, contestatorul precizează că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita îndeplinirea unor criterii de calificare privind situația economică și financiară numai dacă acestea sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru executarea contractului.

Altfel, o cerință privind dovedirea faptului că există disponibilități bănești la momentul depunerii ofertelor este total neadecvată, disproporționată și duce la îngrădirea concurenței și la impunerea unei cerințe împovărătoare pentru ofertant, fără nicio justificare.

Având în vedere faptul că entitatea contractantă a impus deja un criteriu de calificare privind situația financiară și economică, respectiv prezentarea cifrei de afaceri pe 3 ani în cuantum de 93.400.000 lei, contestatorul apreciază că nu se justifică dublarea acestei cerințe de calificare prin impunerea unei a doua cerințe de calificare privind situația economico-financiară de prezentare de lichidități.

Pe de altă parte, în condițiile în care ofertantul trebuie să dovedească că deține deja utilajele/echipamentele ce fac obiectul investiției, contestatorul susține că nu se mai justifică prevederea privind existența disponibilităților bănești în primele 6 luni de contract.

Și în cazul în care cerința ar fi justificată raportat la dispozițiile art. 33 din H.G. nr. 867/2016, contestatorul învederează că impunerea unei astfel de cerințe trebuie să se analizeze raportat la momentul solicitării acesteia, respectiv că nu se justifică de ce se impune dovedirea unei disponibilități bănești de 23.000.000 lei, strict pentru derularea contractului la momentul depunerii ofertei, deși această sumă va fi utilizată pe perioada derulării contractului.

De altfel, această cerință restricționează nejustificat participarea la procedură a ofertanților care, deși au capacitatea de a derula contractul și de a prezenta o astfel de disponibilitate bănească la momentul încheierii contractului, aceștia nu își permit să realizeze un astfel de efort pentru un rezultat care este incert.

De asemenea, raportat la jurisprudența relevantă cu privire la modul de îndeplinire al cerinței privind cash-flow-ul, contestaorul susține că obligarea de a face dovada disponibilităților bănești la data depunerii ofertelor este una restrictivă atunci când această cerință este impusă tuturor participanților la procedură, în loc să fie impusă numai ofertantului câștigător.

În plus, se arată că timpii necesari instituțiilor financiare pentru acordarea accesului la mijloacele financiare (care să facă dovada cash-flow-ului conform celor indicate în cerințe) sunt de regulă foarte lungi și pot determina o barieră reală în accesul ofertanților la procedură.

Având în vedere aceste aspecte, contestatorul solicită eliminarea acestei cerințe atât raportat la documentația de atribuire, cât și raportat la răspunsurile date de către entitatea contractantă care se referă la aceasta.

III. În ceea ce privește cerințele privind necesitatea ca utilajele să aibă sisteme de cântărire și fiecare recipient să aibă CIP sau imprimare coduri de bară, contestatorul apreciază că acestea sunt restrictive în sine, și devin chiar inutile raportat la răspunsul 14 la Solicitarea de clarificare nr. 3660/21.04.2020, la răspunsul 1 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020 și la răspunsul 6 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020 din Răspunsul nr. 3872/05.05.2020.

În cuprinsul răspunsului 16 la Solicitarea de clarificare nr. 3660/21.04.2020, arată contestatorul, entitatea contractantă menționează că informațiile furnizate de sistemele de cântărire sunt necesare în cadrul sistemului de raportare la nivel de UAT, explicație inutilă având în vedere că la art. 185 și art. 189 din Caietul de sarcini se menționează că instrumentul "*plătește pentru cât arunci*" se va aplica fie prin reducerea frecvenței de colectare, fie prin furnizarea de recipiente de colectare cu un volum mai mic, deci fără a se ține cont de cantitatea cântărită.

În cazul de față, atât timp cât necesitatea invocată de către entitatea contractantă poate fi îndeplinită și prin alt mod, contestatorul apreciază că impunerea unei singure soluții acceptate pentru conformitatea unei oferte restricționează, în mod clar, concurența.

Totodată, contestatorul susține că este disproporționată și restrictivă cerința privind dotarea fiecărui recipient cu CIP sau imprimare coduri de bare, având în vedere că nu este necesară identificarea cantității colectate de la fiecare utilizator în parte, ci numai la nivel de UAT. Astfel, se pot folosi alte modalități pentru evidențierea clară și corectă a cantităților de deșeuri din fiecare U.A.T.

Având în vedere că necesitatea entității contractante poate fi îndeplinită și în alt mod, contestatorul apreciază că impunerea unei singure soluții tehnice determină restricționarea ofertanților și avantajarea acelei categorii de ofertanți care se pliază pe cerința impusă, în cazul de față acei operatori economici care dețin în proprietate utilaje cu sistem de cântărire incluse.

Refuzul de a accepta ofertanți care propun alte modalități de cântărire, cum ar fi utilizarea unui cântar mobil sau a unui cântar fix al unei asociații/entități agricole, arată faptul că, în realitate, necesitatea entității contractante nu este cea de a obține, prin această cerință, cantitățile specifice fiecărei UAT, ci avantajarea ofertanților care deja dețin astfel de utilaje/ echipamente.

Contestatorul precizează că necesitatea de cântărire a cantității de deșeuri pentru fiecare UAT este respectată și dacă se utilizează variante alternative, mult mai ieftine față de cerința autorității contractante, și anume dotarea operatorului cu echipamente de cântărire mobile sau cântărirea la nivel de UAT, prin cântare similare cu cele din instalații de prelucrare a deșeurilor.

De asemenea, contestatorul apreciază că cerința nu este justificată raportat la faptul că oricum generatorii de deșeuri nu sunt cei care plătesc, către operator, costurile colectării, însă nu se aplică instrumentul economic "*plătește pentru cât arunci*" pe baza elementului greutate.

Se arată că, potrivit preverilor art. 185-189 din caietul de sarcini, instrumentul "*plătește pentru cât arunci*" nu se bazează pe elementul greutate dar se implementează prin reducerea frecvenței de colectare și prin micșorarea volumului recipientelor, și nu prin cântărirea cantității deșeurilor în utilajul de colectare și transport.

Totodată, contestatorul precizează că, la întrebarea nr. 5 din Solicitarea de clarificare nr. 3503/14.04.2020, din răspunsul consolidat nr.3712/24.04.2020, privind abaterea minimă acceptată a sistemelor de cântărire, autoritatea contractantă a evitat răspunsul, încălcând dispozițiile art. 70 din Legea nr. 100/2016 și art. 74 din H.G. nr. 867/2016.

Contestatorul precizează că, operatorilor economici care dețin utilaje fără sistem de cântărire nu li se poate solicita ca la momentul depunerii ofertei să prezinte utilaje care dețin sistem de cântărire, dar nici la momentul încheierii contractului întrucât modificarea unui astfel de utilaj prin adăugarea unui sistem de cântărire durează o perioadă de timp astfel încât acești sunt, în mod clar, dezavantajați față de ofertanții care deja dețin sau intenționează să achiziționeze astfel de utilaje cu sisteme de cântărire.

Ori, din analiza studiului de fezabilitate nu rezultă că s-au avut în vedere aceste costuri ce ar presupune modificarea unor utilaje care nu dețin un astfel de sistem de cântărire în estimarea valorii contractului.

De altfel, contestatorul susține că pentru a nu restricționa concurența, aceste sisteme de cântărire impuse ar putea fi înlocuite cu cântare mobile omologate pentru acei ofertați care dețin utilajele solicitate dar care nu prezintă acest sistem de cântărire din fabrică.

În concluzie, contestatorul susține că o astfel de cerință, așa cum a fost formulată, restricționează concurența, este disproporționată și nu se justifică raportat la necesitatea invocată întrucât nu-și găsește necesitatea/justificarea și utilitatea practică în derularea contractului, ci ar determina dificultăți greu de gestionat, motiv pentru care se impun măsuri de remediere în sensul, fie de a elimina cerința, fie de a modifica cerința astfel încât să permită operatorilor economici posibilitatea de a prezenta în cadrul ofertei, la alegere, propria soluție de cântărire a deșeurilor, prin care să se asigure necesitatea autorității contractante de a se identifica cantitatea deșeurilor colectare de la fiecare UAT.

IV. Un alt motiv de restricționare și lipsă de transparență este reprezentat, în opinia contestatorului, de impunerea unui factor de evaluare "*Criteriul de adjudecare al ofertei - 20%*" care, pe de o parte nu creează un avantaj din punct de vedere tehnic entității contractante, iar pe de altă parte este nedetaliat, lăsând loc de evaluări arbitrare.

Precizând că factorul de evaluare trebuie să asigure un avantaj tehnic și competitiv în exploatarea ulterioară a contractului și invocând prevederile art.44 alin. (1) din H.G. nr.867/2016, contestatorul arată că factorul de evaluare "*Metodologia propusă pentru prestarea serviciului de salubritate în vederea atingerii țintelor de colectare separată a deșeurilor*", punctat cu 20%, nu aduce niciun avantaj real pentru entitatea contractantă astfel încât acesta constituie un obstacol în calea liberei concurențe.

Se precizează faptul că, potrivit algoritmului de calcul pentru acest factor de evaluare, entitatea contractantă calculează punctajul în funcție de numărul de metode suplimentare oferite, deci de cantitatea

propunerilor, și nu calitatea acestora, ori care este avantajul adus de un număr suplimentar de metode atât timp cât nu este prezentat niciun algoritm sau vreun sistem de cerințe care să stabilească "care sunt metodele suplimentare" care să fie considerate realizabile/sustenabile.

În opinia contestatorului, nu este relevant numărul metodologiilor, ci dacă acestea pot fi considerate realizabile, ori, așa cum este stabilit acest factor de evaluare și mai ales ponderea lui, acesta este nejustificat și nu determină niciun avantaj autorității contractante.

Așadar, se susține că acest factor de evaluare este nejustificat, arbitrar și determină restricționarea concurenței, favorizând cantitatea, și nu calitatea metodologiilor propuse, ceea ce avantajează ofertanții care s-ar raporta la cât mai multe metodologii în defavoarea ofertanților care ar propune mai puține metodologii, dar care sunt sustenabile/realizabile, motiv pentru care, în opinia contestatorului, se impune luarea măsurilor de remediere, în sensul fie al eliminării în totalitate a factorului de evaluare, cu redistribuirea procentului de 20% către ceilalți factori de evaluare, fie a modificării algoritmului astfel încât să fie punctate acele oferte care prezintă metodologii realizabile/credibile/sustenabile raportat la o serie de criterii/cerințe față de care entitatea contractantă să analizeze clar dacă metodologiile sunt realizabile/credibile/sustenabile și pot fi luate în considerare la stabilirea punctajului.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 100/2016, H.G. nr. 867/2016, Decretul Președintelui nr. 195/2020, Decretul Președintelui nr. 240/2020, C.pr.civ.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.4233/19.05.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.19439/19.05.2020, ... a invocat, pe cale de excepție, tardivitatea contestației, iar, în subsidiar, a solicitat respingerea contestației, ca netemeinică, lipsită de fundament legal, urmând a se menține ca legale cerințele documentației de atribuire.

În prealabil, entitatea contractantă prezintă considerații cu privire la aplicarea în timp a suspendării termenului de contestare a documentației de atribuire publicată la data de 03.04.2020, în condițiile stării de urgență, concluzionând că, începând cu data de 14.04.2020 (data intrării în vigoare a Decretului Președintelui României nr. 240), termenele prevăzute de lege pentru promovarea/exercitarea contestațiilor (evident, inclusiv cele promovate către CNSC) nu mai beneficiau de suspendarea reglementată inițial prin Decretul nr. 195, fiind exceptate clar și distinct.

Astfel, apreciază entitatea contractantă, orice potențial contestator din cadrul prezentei proceduri era obligat să promoveze (având în vedere faptul că documentația de atribuire a fost publicată la data de 03.04.2020, așadar în interiorul perioadei de suspendare) o eventuală contestație împotriva documentației de atribuire până cel târziu la data de 24.04.2020, cu respectarea termenului de decădere de 10 zile

reglementat, în mod expres, de art. 8 alin. 1 și alin. 2 din Legea nr. 101/2016, și cu începere de la data expirării suspendării legale.

Un argument suplimentar în demonstrarea interpretării false a contestatorului cu privire la suspendarea termenului de decădere reglementat de art. 8 din lege reiese din normele conținute în Legea nr. 101/2016, potrivit cărora activitatea CNSC nu este una judiciară, ci una administrativ-jurisdicțională, expres reglementată de legiuitor și detaliată în practica de specialitate, iar în această perioadă CNSC nu și-a suspendat activitatea.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, entitatea contractantă învederează faptul că, în esență, actul contestat este documentația de atribuire, și nu doar răspunsul nr. 3872/05.05.2020, astfel că, în aceste condiții termenul trebuia calculat de la data publicării documentației de atribuire și nu de la data publicării răspunsului la clarificari nr. 3872 din 05.05.2020, însă, având în vedere suspendarea care a produs efecte până la data de 14.04.2020, acest termen s-a prorogat de drept până la data de 24.04.2020. Indicarea ca termen de referință a datei emiterii Răspunsului la clarificari nr. 3872/05.05.2020 nu are relevanță, având în vedere că acest document nu a avut un conținut de natură să modifice în vreun fel documentația de atribuire.

Faptul că S.C. a contestat răspunsul la clarificările nr. 3872 din 05.05.2020, ce vizează unele cerințe din documentația de atribuire, iar în raport cu data primirii acestuia, se pretinde că aceasta ar fi formulată în termen, nu poate fi reținut, în opinia entității contractante, ca întemeiat și cu respectarea termenelor imperative reglementate de Legea nr. 101/2016, întrucât răspunsul la solicitarea de clarificări nu constituie un act al entității contractante în sensul prevederilor art.3 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016, ci reprezintă modalitatea prin care entitatea contractantă, potrivit art. 70 alin. (8), lit.a și lit. b din Legea nr. 100/2016, își îndeplinește obligația de a răspunde la orice clarificare privind documentația de atribuire, solicitată în termen.

Purtarea corespondenței cu entitatea contractantă (solicitățile de clarificări și răspunsurile la clarificări) nu are ca efect, după cum se arată, prelungirea perioadei legale de formulare a contestațiilor împotriva documentației de atribuire, întrucât dispozițiile legale nu prevăd, în mod expres, faptul că o solicitare de clarificări, făcută în temeiul art. 70 alin.(8) din Legea nr.100/2016, întrerupe ori suspendă termenul de depunere a contestațiilor.

Într-adevăr, se precizează că, în conformitate cu prevederile art. 70 alin.8 din Legea nr.100/2016, operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, însă prin cererea de clarificări nu se poate forța o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințe din documentația de atribuire, întrucât s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor prin art.8, alin.2 din Legea nr.101/2016, sens în care s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia nr. 1861/01.10.2009, decizia nr. 1903/05.10.2009 și decizia nr.

1742/19.07.2010, pronunțate de Curtea de Apel București, precum și Decizia nr. 1449/CA/16.12.2009, Decizia nr. 1462/CA/11.08.2011 și Decizia nr. 1518/CA/08.09.2010, pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Pe fondul cauzei, entitatea contractantă prezintă, punctual, argumente în combaterea netemeinicii criticilor formulate de S.C., respectiv:

În ceea ce privește critica nr.1, (punctele 16-29 și punctele 55-76), referitoare la cerința privind prezentarea Listei investițiilor din caietul de sarcini și Răspunsul nr. 3872/05.05.2020, respectiv răspunsul 14 la Solicitarea de clarificare nr. 3660/21.04.2020, răspunsul 1 la Solicitarea de clarificare nr.3736/28.04.2020 și răspunsul 6 la Solicitarea de clarificare nr. 3736/28.04.2020, entitatea contractantă precizează că solicitarea de clarificări nr.8990/21.04.2020 nu s-a referit la proveniența bunurilor din Lista de investiții, ci la regimul acestora, și anume dacă acestea sunt bunuri de retur, bunuri de preluare sau bunuri proprii.

De asemenea, se arată că solicitarea de clarificări s-a referit și la dreptul ofertantului de a utiliza în serviciu autovehicule existente în parcul propriu sau în formule de închiriere sau leasing financiar.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, entitatea contractantă arată că nu a făcut nicio precizare referitoare la proveniența bunurilor, deoarece orice referire de acest gen ar fi constituit clauza restrictivă, același răspuns fiind dat și la întrebările de clarificare similare, solicitate de contestator prin adresa nr. 3736/28.04.2020, și anume Răspunsul la întrebarea nr. 1 din răspunsul consolidat nr. 3872/05.05.2020, respectiv Răspunsul la întrebarea nr. 6 răspunsul consolidat nr. 3872/05.05.2020.

Astfel, din toate răspunsurile la solicitările de clarificări, rezultă clar și fără echivoc faptul că bunurile din Lista de investiții vor avea regim de bunuri de preluare și că prezentarea în oferta de utilaje deținute în formule de închiriere, comodat, ori leasing operațional sau financiar nu este suficientă. Contractul de achiziție publică are în vedere realizarea investițiilor, așadar bunurile respective nu pot fi aduse în comodat, închiriere sau leasing operațional sau financiar, pentru că atunci nu s-ar mai realiza investițiile.

Aparent, precizează entitatea contractantă, există o confuzie din partea contestatorului referitoare la acest aspect, având în vedere faptul că acesta consideră că prezentarea în ofertă a utilajelor deținute sub formă de închiriere sau leasing reprezintă realizarea investițiilor.

Astfel, critica contestatorului demonstrează o analiză și interpretare superficială și trunchiată a documentației de atribuire, deoarece în cuprinsul acesteia se solicită ofertanților să dovedească că dețin în proprietate utilajele respective, dar în ceea ce privește documentele ce dovedesc cele solicitate, s-a precizat că se acceptă și ante-contracte de vânzare-cumpărare.

Așadar, entitatea contractantă susține că răspunsul prin care a precizat că ofertantul trebuie să dețină în proprietate aceste echipamente nu contravine cu durata contractului, aceste echipamente

odată achiziționate sunt în proprietatea ofertantului, deci deținute de către operator, iar pentru a nu forța ofertanții să achiziționeze echipamente și apoi să rămână cu ele, în cazul neatribuirii contractului, au fost acceptate și ante-contracte de vânzare-cumpărare.

Entitatea contractantă menționează că acceptarea utilizării unor utilaje închiriate, în comodat sau în leasing ar fi creat inegalități între ofertanți, ar fi încălcat tratamentul egal și ar fi viciat procedura, avantajând, în mod nelegal, ofertanții care ar fi ales utilizarea unor utilaje într-un regim mai puțin costisitor, de exemplu comodat.

În aceste condiții, se precizează că toate elementele prezentate de către contestator dovedesc faptul că s-a impus realizarea investițiilor din Anexa 6 - Lista investițiilor, echipamentele fiind necesar a fi deținute de către operator la începutul activităților propriu-zise, după perioada de mobilizare.

Entitatea contractantă apreciază că aceste cerințe nu sunt condiții restrictive și nu îngrădesc potențialii ofertanți să participe la procedură, iar admiterea unor echipamente asupra cărora ofertantul are drept de folosință în baza unor contracte de comodat/ închiriere / leasing nu constituie investiții și nu mai justifică durata contractului. Investițiile în vederea derulării acestui contract constă în acele echipamente pe care ofertantul le-a achiziționat deja și pentru care prezintă contract de vânzare-cumpărare sau pe care le va achiziționa și pentru care prezintă ante-contract de vânzare-cumpărare, iar planul de investiții solicitat arată cum se va include amortizarea echipamentelor prezentate în tariful ofertat, informații care se preiau apoi în fișa de fundamentare a tarifului respectiv, așa cum este descris în Formular 6.1 (i), punctul D.

Referitor la critica nr. 2 (punctele 30-31 și punctele 186-200) ce viza factorul de evaluare: "*Metodologia propusă pentru prestarea serviciului de salubritate în vederea atingerii țintelor de colectare separată a deșeurilor*", entitatea contractantă precizează că algoritmul de calcul pentru acest factor de evaluare, este similar cu cel utilizat pentru ceilalți factori de evaluare și nu este lipsit de predictibilitate și obiectivitate, în Stragia de contractare, cât și în răspunsul nr. 3712/24.04.2020, fiind explicat, în detaliu, importanța acestui criteriu de atribuire.

În scopul departajării ofertelor, după cum se arată, prin aplicarea acestui factor de evaluare de asigurare a protecției mediului, se va acorda punctaj pentru metodele ofertate suplimentar de operatorul economic care asigură un standard de performanță privind reciclarea și reutilizarea, superior metodologiei cerinței minime. În formularea algoritmului de calcul pentru acest factor de evaluare, s-a avut în vedere diferențierea, ca pondere relativă, între metodologiile care asigură un număr de metode suplimentare superioare cerinței minime, în sensul acordării unei ponderi mai mari standardului superior, aspecte lămurite prin răspunsul nr. 3712/24.04.2020, ca urmare a solicitării de clarificări formulată de contestator.

3. În ceea ce privește critica nr. 3 (punctele 32-33 și punctele 122-156) referitoare la cerința privind cash-flow-ul, în cuantum de 23.000.000 lei pentru 6 luni de contract, entitatea contractantă precizează că cerința de cash-flow este legată de operarea propriu-zisă, deoarece prima factură poate fi emisă de către ofertantul câștigător abia după perioada de mobilizare. Dacă cerința de cash-flow ar fi fost în legătură cu investițiile, atunci suma respectivă ar fi fost mult mai mare, având în vedere că, în perioada de mobilizare operatorul trebuie să facă toate investițiile, fără a putea factura ceva.

Entitatea contractantă susține că sunt absolut necesare disponibilitățile bănești pentru primele 6 luni de activitate, deoarece a fost estimată o perioadă de 6 luni între data începerii contractului și prima plată, perioadă în care operatorul trebuie să dispună de resurse financiare pentru desfășurarea activității, contrar susținerilor contestatorului.

Învederează că perioada de 6 luni s-a calculat având în vedere următoarele:

- după semnarea contractului este prevăzută o perioadă de mobilizare de 90 zile (3 luni), perioada în care operatorul se organizează conform contractului (face angajările de personal, procura utilajele și echipamentele necesare pentru categoriile de deșeuri și activitățile care fac obiectul contractului, le amplasează în teritoriu; amenajează zonele pentru stocarea temporară a fluxurilor speciale de deșeuri etc.),

- conform condițiilor contractuale de efectuare a plăților (art. 10 din contract), termenul de efectuare a plății aferente serviciului prestat într-o anumită lună poate ajunge până la aprox. 45 zile calendaristice, compus din 15 zile de la încheierea lunii până la emiterea facturii, plus 30 zile până la plata efectivă, adică un total de cel puțin 75 zile (2,5 luni) de la terminarea perioadei de mobilizare până la prima plată, iar în caz de neaprobare a rapoartelor de activitate, această perioadă poate crește.

Prin impunerea acestei cerințe, entitatea contractantă precizează că a dorit să elimine riscul de neîndeplinire a contractului în primele 6 luni, scopul fiind acela de a verifica potențialul financiar al ofertanților, potențial care să reflecte posibilitatea acestora de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Apreciază că prin argumentele formulate contestatorul a încercat să inducă în eroare Consiliu cu privire la costurile financiare importante, dificultatea chiar imposibilitatea obținerii unui astfel de document până la data de 20.05.2020, precum și falsa informație că, pentru îndeplinirea cerinței, este necesară blocarea sumei de 23.000.000 RON, de la data depunerii ofertei până la semnarea contractului.

4. În ceea ce privește critica nr. 4 (punctele 77-109) referitoare la posibilitatea modificării tarifelor pe parcursul derulării contractului de concesiune și răspunsurile X și XII la Solicitarea de clarificare nr. 3711/24.04.2020 din Răspunsul nr. 38 72/05.05.2020, entitatea contractantă arată, pe lângă faptul că această critică este tardivă, că a

răspuns, prin adresa nr. 3872/05.05.2020, în sensul că nu acceptă modificarea articolului deoarece prevederile sunt în conformitate cu prevederile Ord. ANRSC 109/2006, iar acesta nu impune obligația aprobării modificării tarifului (inclusiv în cazul modificării legislative de imediată aplicabilitate), textul art. 15 fiind foarte clar: "Tarifele pentru activitățile specifice serviciului de salubritate pot fi modificate în următoarele situații...".

Entitatea contractantă precizează că Plățile de disponibilitate nu se modifică aleatoriu/arbitrar, ci în funcție de criterii efective, explicate în anexa 13 a contractului și în articolele la care face referire contestatorul, coroborate cu elementele privind cantitățile prezentate în Matricea riscurilor și anume, cantitățile efectiv colectate în cele 12 luni anterioare și tarifele aplicabile/valabile la data la care Delegatul face comunicarea.

În opinia entității contractante, eliminarea prevederilor așa cum solicită contestatorul, conduce la imposibilitatea modificării valorii plăților de disponibilitate în funcție de modificările privind cantitățile, dar în funcție de modificările tarifelor, chiar dacă acestea au fost aprobate. Articolul respectiv asigură menținerea echilibrului contractual, iar plățile de disponibilitate nu sunt la latitudinea arbitrară a autorității contractante, ci sunt urmare a propunerii delegatului și a analizării acestei propuneri și a aprobării ei.

Entitatea contractantă precizează că este obligată să analizeze aceste fișe de fundamentare, pentru a evita supraîncărcarea costurilor, deoarece acestea sunt acoperite, în final, din bani publici, având ca sursă taxele pe care le plătește populația și care sunt verificate în conformitate cu prevederile privind controlul finanțelor publice locale.

5. În ceea ce privește critica 5 (punctele 110-121) referitoare la timpii de colectare și răspunsul 4 la solicitarea de clarificări nr. 3736/28.04.2020 din Răspunsul nr. 3872/05.05.2020, entitatea contractantă precizează că, întrucât nu există normative de lucru în domeniul activității de colectare și transport din cadrul serviciului de salubritate, este normal să solicite o prezentare detaliată a timpilor de colectare necesari care să demonstreze că este suficientă utilizarea vehiculelor (autogunoierelor) oferite, informațiile prezentate în documentația de atribuire fiind suficiente.

Apreciază că informațiile prezentate în Documentația de atribuire sunt suficiente, așa cum s-a răspuns prin Răspunsul nr.3872/05.05.2020, deoarece în ofertă se lucrează cu timpi medii. Anexa 3 din cuprinsul caietului de sarcini prezintă suficiente informații pentru elaborarea ofertei, iar acestea au putut fi completate cu informațiile din vizita pe teren.

6. În ceea ce privește critica 6 (punctele 157-185), referitoare la necesitatea ca utilajele să aibă sisteme de cântărire și fiecare recipient să aibă CIP sau imprimare coduri de bară, precizează, pe lângă faptul că acesta este tardivă, că își menține cerința ca toate mijloacele de transport necesare pentru colectarea și transportul deșeurilor să fie prevăzute cu sistem de cântărire, informațiile fiind necesare în sistemul

de raportare, la nivel de UAT, așa cum s-a precizat și în răspunsul menționat de contestator. Aceste sisteme de cântărire nu sunt inutile, ci dimpotrivă, sunt necesare în cazul litigiilor dintre UAT-uri și ADI, dar, mai ales la aplicarea Legii nr.31/2019 și al Ordinului nr.149/2019 pentru modificarea și completarea Ordinului 578/2006 pentru aprobarea Metodologiei de calcul a contribuțiilor și taxelor datorate la Fondul pentru mediu în ceea ce privește calcul contribuției de 50 lei/tonă pentru UAT-uri pentru neatingerea obiectivelor de reducere a cantităților de deșeuri depozitate, nefiind acceptate dispozitive mobile, tocmai pentru a nu altera rezultatele măsurătorilor, în situația în care măsurarea se face ocazional.

De altfel, se arată că, la determinarea valorii estimate a contractului, s-a luat în considerare o valoare a utilajelor de transport dotate cu astfel de echipamente de măsurare, specificațiile nefiind restrictive, deoarece pe piață sunt mai mulți furnizori care pot oferi potențialilor ofertanți utilaje de transport deșeuri dotate cu echipamente de cântărire, motiv pentru care apreciază că această clauză nu este discriminatorie și restrictivă.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.20098/22.05.2020, ... a depus *„Concluzii scrise”* prin care a solicitat respingerea excepției tardivității contestației, susținând că termenul de 10 zile prevăzut la art.8 din Legea nr.101/2016 este un termen de decădere care a fost întrerupt/suspendat pe perioada stării de urgență, prin Decretele Președintelui nr.195/2020 și nr.240/2020.

Având în vedere că anunțul de concesiune a fost publicat în data de 03.04.2020, în perioada stării de urgență, contestatorul arată că termenul de decădere nu a început să curgă, interpretarea entității contractante fiind una eronată.

De asemenea, apreciază că este lipsit de temei legal și argumentul entității contractante conform căruia C.N.S.C. este un organism administrativ jurisdicțional, deoarece unui drept subiectiv nu se poate raporta activitatea unui organism administrativ jurisdicțional, sau la specificul organismului care judecă o acțiune.

Apreciază că interpretarea entității contractante nu poate fi luată în considerare, deoarece s-ar ajunge la încălcarea dreptului la apărare și accesului la justiție, dar și că art.62 din Decretul nr.240/2020 se referă la orice termen de decădere, nu doar la cauzele care se judecă de către instanțele de judecată.

Un alt argument invocat de contestator în respingerea excepției tardivității contestației este acela că nu doar documentația de atribuire poate constitui act atacat, ci, în conformitate cu art. 3, alin. (1) lit.a din Legea nr.101/2016, și *„orice act, operațiune”*, ba chiar *„refuzul de a emite un act sau de a efectua o operațiune”*.

În cazul de față, susține contestatorul, contestația vizează răspunsurile la clarificări, care reprezintă acte ale entității contractante

împotriva cărora pot fi formulate contestații atâta timp cât acestea determină vătămări și îngrădesc dreptul la a participa la procedura de atribuire.

Arată că, prin răspunsurile date, entitatea contractantă schimbă/interpretează restrictiv sensul cerințelor inițiale ale documentației de atribuire ajungându-se pe de o parte la restricționarea nejustificată a operatorilor economici la procedură, iar, pe de altă parte, la informații contradictorii sau contrare scopului și specificului contractului de concesiune în cauză.

Mai mult, arată că, prin răspunsurile date, entitatea contractantă nu oferă clarificările solicitate necesare întocmirii ofertelor, deci nu răspunde clar și complet la ce s-a solicitat a fi clarificat.

Contestatorul reiterează în continuare susțineri din cadrul contestației.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.20203/25.05.2020, ... a depus concluzii scrise.

Cu adresa nr.4421/28.05.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.20941/28.05.2020, entitatea contractantă a depus concluzii scrise.

Față de înscrisurile aflate la dosar, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

...., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „.....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de concesiune nr.P.../03.04.2020.

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 373.704.222 lei, fără T.V.A., iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva „documentației de atribuire și/sau a Răspunsului nr.3872/05.05.2020 precum și a oricăror răspunsuri anterioare/ulterioare/conexe/subsecvente care se referă la situațiile invocate în contestație”, ... a depus contestația de față, consemnând cautiunea în cuantumul prevăzut de lege.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației a fost soluționată prin Încheierea nr.846/C2/906 din 18.05.2020, în sensul admiterii ei.

În considerarea art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă prin punctul de vedere.

Examinând excepția, Consiliul constată următoarele:

.... solicită în petitul contestației „În principal (...) remedierea documentației de atribuire și/sau a Răspunsului nr.3872/05.05.2020 precum și oricare răspunsuri anterioare / ulterioare / conexe / subsecvente care se referă la situațiile invocate în contestație (...) cu consecința anulării parțiale/modificării documentației de atribuire și/sau a Răspunsului nr.3872/05.05.2020 (și a oricăror răspunsuri anterioare/ulterioare/conexe/subsecvente) și implicit (...)”

Așadar, actele atacate sunt constituite, pe de o parte, de documentația de atribuire care, după cum rezultă din fișierele electronice atașate anunțului de concesiune nr.PC1001462, a fost publicată în SEAP la data de **03.04.2020**, iar, pe de altă parte, de Răspunsul nr.3872, publicat în SEAP la data de **05.05.2020**.

Consiliul reține ca elemente cu relevanță în soluționare, tipul contractului ce se va încheia, respectiv acord-cadru de servicii și valoarea estimată a acestuia, de 373.704.222 lei, fără TVA, astfel cum apare precizată în anunțul de concesiune, mai mare decât pragul valoric prevăzut la art.11 alin.1 din Legea nr.100/2016, funcție de care determină incidența dispozițiilor art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, potrivit cu care:

*„(1) **Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante**, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:*

*a) **10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”*

Relevante în soluționare sunt și dispozițiile art.16 alin.1 din același act normativ, potrivit cu care:

*„(1) **Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”***

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, se observă că a transmis contestația către C.N.S.C. și entitatea contractantă, prin e-mail, la data de **14.05.2020**.

Astfel fiind, față de Răspunsul nr.3872/**05.05.2020** contestația apare ca fiind depusă în termenul legal de 10 zile, situație în care Consiliul va proceda la analiza temeiniciei criticilor formulate cu privire la respectivul răspuns.

Consiliul nu va reține în soluționare argumentul autorității contractante conform căruia Răspunsul nr.3872/05.05.2020 nu constituie un act al autorității contractante în sensul art.3 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, deoarece, așa cum corect susține contestatorul, respectivul răspuns este unul emis în cadrul procedurii și poate forma obiect al contestării atâta timp cât determină vătămări ori îngreșează dreptul de a participa la procedură.

Dispozițiile art.3 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, definesc noțiunea de act al autorității contractante, după cum urmează:

*„act al autorității contractante - **orice act**, orice operațiune **care produce sau poate produce efecte juridice**, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, **în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire**, fără a include achiziția directă, prevăzute de [art. 68](#) din Legea nr. 98/2016*

privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de [art. 82](#) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de [art. 50](#) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;”

Prin urmare, nu există niciun dubiu că răspunsul la clarificări vizând documentația de atribuire se circumscrie noțiunii de „*act al autorității contractante*”, întrucât este emis de entitatea contractantă în cadrul procedurii și este de natură a produce efecte juridice prin modificările/clarificările pe care le poate aduce actelor anterioare ale procedurii și de care operatorii economici interesați sunt obligați a ține seama la elaborarea ofertelor.

Ceea ce propune entitatea contractantă, prin argumentarea excepției, și anume să se facă abstracție de Răspunsul nr. 3872/05.05.2020 iar analiza excepției tardivității să se facă exclusiv prin raportare la data publicării documentației de atribuire, nu este posibil atâta timp cât contestatorul a indicat explicit în petitul contestației, printre actele atacate, și respectivul răspuns.

De vreme ce contestația este depusă în termen în ceea ce privește Răspunsul nr.3872/05.05.2020, contestatorul este îndreptățit la analiza criticilor legate de acest răspuns, iar cele concluzionate se vor răsfrânge în mod corespunzător asupra prevederilor din documentația de atribuire în măsura în care au legătură cu acestea.

Pe de altă parte, Consiliul nu va reține în soluționare nici susținerile contestatorului conform cărora contestația este depusă în termenul legal și față de documentația de atribuire, din următoarele considerente:

La data de 16.03.2020 a fost emis Decretul nr.195 prin care a fost instituită starea de urgență la nivel național pentru o perioadă de 30 de zile, stare de urgență care a fost mai apoi prelungită cu încă 30 de zile prin Decretul 240/14.04.2020.

În analiza aspectului în discuție, relevante sunt următoarele prevederi:

- art.41 din Decretul nr.195/16.03.2020, potrivit căruia:

„Prescripțiile și termenele de decădere de orice fel nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă pe toată durata stării de urgență instituite potrivit prezentului decret, dispozițiile art.2.532 pct.9 teza a II-a din Legea nr.287/2009 privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile.”

- art.62 din Decretul nr.240/14.04.2020, potrivit căruia:

„Prescripțiile, [uzucapiunile](#) și termenele de [decădere](#) de orice fel, altele decât cele prevăzute la art. 63 [alin. \(12\)](#), nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă pe toată durata stării de urgență, dispozițiile art. 2.532 [pct. 9](#) teza a II-a din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nefiind aplicabile.”

- art.63 alin.12 la care se face trimitere în textul anterior, conform căruia

*„(12) **Termenele prevăzute de lege** pentru efectuarea actelor de procedură sau **pentru exercitarea plângerilor, contestațiilor și căilor de atac de orice fel în cauzele prevăzute la [alin. \(11\)](#), aflate în curs la data prelungirii stării de urgență, se întrerup, urmând a curge noi termene, de aceeași durată, de la data încetării stării de urgență.** În cauzele prevăzute la [alin. \(11\)](#) în care au fost*

declarate căi de atac până la data emiterii prezentului decret, dosarele se înaintează instanței competente după încetarea stării de urgență.”

- art.63 alin.11 la care face trimitere textul anterior, conform căruia:

„(1) **În temeiul prezentului decret, judecarea proceselor civile, altele decât cele prevăzute la alin. (1), se suspendă de plin drept pe durata stării de urgență, fără a fi necesară efectuarea vreunui act de procedură în acest scop**”

- art.1 al articolului 63, la care face trimitere textul anterior, conform căruia :

„(1) Pe durata stării de urgență, activitatea de judecată continuă în cauzele de urgență deosebită. Lista acestor cauze se stabilește de Colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru cauzele de competența acesteia și, respectiv, de colegiile de conducere ale curților de apel pentru cauzele de competența lor și pentru cauzele de competența instanțelor care funcționează în circumscripția lor teritorială, putând fi, după împrejurări, actualizată. Consiliul Superior al Magistraturii dă îndrumări, în vederea asigurării unei practici unitare, colegiilor de conducere ale instanțelor menționate cu privire la modul de stabilire a cauzelor care se judecă pe durata stării de urgență.”

- Ghidului de măsuri emis de Ministerul Justiției ca urmare a emiterii Decretului nr.195/16.03.2020, prin care s-a atabilt:

„3.2.6. Situația termenelor de prescripție și de decădere

Capitolul V, Anexa nr.1, art.41 din Decretul privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României:

Pe toată durata stării de urgență, sunt suspendate termenele de prescripție și termenele de decădere de orice fel.”

- Ghidul de măsuri emis de Ministerul Justiției ca urmare a emiterii Decretului nr.240/14.04.2020, prin care s-a stabilit:

„2.2.6 Situația termenelor de prescripție și de decădere

Anexa nr.1 Capitolul VII art.62 din Decretul Președintelui României nr.240 din 14 aprilie 2020 privind prelungire stării de urgență pe teritoriul României (fostul art.41 din Capitolul V al Nexei nr.1 din Decretul privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României nr.195 din 16 martie 2020)

Pe toată durata stării de urgență, nu încep să curgă, iar, dacă au început să curgă, se suspendă, prescripțiile, uzucapiunile și termenele de decădere de orice fel (altele decât termenele prevăzute de lege pentru efectuarea actelor de procedură sau pentru exercitarea plângerilor, contestațiilor și căilor de atac de orice fel);

Dispozițiile art.2.532 pct.9 teza a II-a din Legea nr.287/2009 privind Codul civil sau alte dispoziții legale contrare nu sunt aplicabile.”

Din economia dispozițiilor mai sus enunțate, Consiliul determină că, deși, inițial, urmare a Decretului nr.195/16.03.2020, nu s-a făcut niciun fel de distincție în ceea ce privește aplicarea suspendării termenelor de prescripție și a celor de decădere, ulterior, urmare a Decretului nr.240/14.04.2020, conform îndrumărilor Ministerului de Justiție, a fost înlăturat beneficiul suspendării termenelor în cazul exercitării plângerilor, contestațiilor și căilor de atac de orice fel, prin urmare și în cazul contestațiilor depuse la C.N.S.C.

Astfel fiind, după cum corect susține entitatea contractantă, începând cu data de 14.04.2020 (data intrării în vigoare a Decretului nr.240), contestatorul avea deschisă calea de atac a contestației împotriva documentației de atribuire, termen care s-a împlinit la data de

24.04.2020, cu respectarea termenului de 10 zile prevăzut de art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, incident în cauză.

Cum a transmis contestația prin e-mail la data de 14.05.2020, este evidentă tardivitatea acestui demers în ceea ce privește documentația de atribuire, contestatorul fiind decăzut la data depunerii contestației din dreptul de a mai ataca documentația de atribuire.

Consiliul nu achiesează interpretării contestatorului conform căreia termenul pentru promovarea căii de atac a contestației împotriva documentației de atribuire a fost suspendat inclusiv pe durata stării de urgență prelungită prin Decretul nr.240/14.04.2020, raportat la dispozițiile art.63 alin.1 din acest decret, prin care s-a delegat atribuția stabilirii domeniilor în care procesele se judecă, către organisme competente din domeniul justiției.

Pe de altă parte, având în vedere că C.N.S.C. este un organism administrativ-jurisdicțional, iar nu instanță de judecată, s-ar putea considera că decretele menționate, care reglementează domeniul justiției, nu au niciun efect asupra termenelor de formulare a contestațiilor pe cale administrativ-jurisdicțională, ci, cel mult, în privința formulării plângerilor împotriva deciziilor C.N.S.C.

Dincolo de acest ultim aspect, stabilind incidența tardivității doar asupra unei părți dintre actele atacate, respectiv asupra documentației de atribuire, Consiliul va respinge excepția tardivității contestației, susținerile entității contractante în acest sens urmând a fi reținute ca apărări pe fondul cauzei, analiza fiecărei critici din contestație urmând să se subsumeze și acestei verificări.

Astfel:

1. O primă critică a contestatorului vizează Răspunsul nr.3872/05.05.2020, respectiv răspunsul nr.14 la Solicitarea de clarificări nr.3660/21.04.2020, răspunsul nr.1 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020 și răspunsul nr.6 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020.

În soluționare, Consiliul reține că Răspunsul nr.3872/05.05.2020 este unul consolidat, cu privire la mai multe solicitări de clarificări formulate de operatorii economici interesați în etapa de clarificare a documentației de atribuire.

Răspunsurile autorității contractante care îl nemulțumesc pe contestator sunt următoarele:

- răspunsul nr.14 la Solicitarea de clarificări nr.3660/21.04.2020, formulat la întrebarea având conținutul:

„Vă rugăm să expuneți comentariile dvs., în legătură cu Lista investițiilor, documentul anexat Caietului de sarcini astfel: Utilajele sau echipamentele, cu precădere alocate serviciului, puse la dispoziție de Prestator, constituie bunuri de retur? Da sau Nu? În caz afirmativ, vă rugăm să expuneți considerentele dvs. Vis a vis de dreptul ofertantului promitent prestator de a utiliza în serviciu autovehicule/autospeciale existente în parcul său sau în formule de închiriere ori de leasing operațional sau financiar.”,

răspunsul autorității contractante fiind:

*„În conformitate cu prevederile documentației de atribuire, Lista din Anexa 6 – lista investițiilor privind infrastructura necesară pentru prestarea serviciului de colectare și transport în zona delegată, utilajele devenind bunuri de preluare care pot intra în proprietatea Delegatului după încetarea contractului conform art.17.2.1 – 17.2.3. Având în vedere dispozițiile art.17.2.3 Delegatul va transfera proprietatea Asupra bunurilor de preluare către Delegatar ... **prezentarea în ofertă de utilaje deținute în formule de închiriere ori leasing operațional sau financiar nu este suficientă**”*

- răspunsul nr.1 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020, formulat la întrebarea având conținutul:

„Răspunsul la întrebarea 2 din solicitarea înregistrată la AC denumită în continuare autoritatea contractantă cu nr.3437/10.04.2020 precizează: în situația în care ofertantul nu deține un utilaj sau echipament acesta va depune documente cum ar fi: ante-contracte de vânzare-cumpărare, contracte de închiriere, leasing, comodat etc, iar la răspunsul 2 la solicitarea înregistrată cu nr.3566/15.04.2020 precizează printre altele ... prezentarea în ofertă de utilaje deținute în chirie sau comodat nu este suficientă. Solicităm să precizați clar și fără echivoc dacă se admite prezentarea în ofertă de utilaje și echipamente deținute în chirie, comodat sau ante-contracte de vânzare cumpărare.”

răspunsul autorității contractante fiind:

*„În conformitate cu prevederile documentației de atribuire , Lista din Anexa 6 – lista investițiilor prezintă infrastructura necesară pentru prestarea serviciului de colectare și transport în zona delegată, utilajele devenind bunuri de preluare care pot intra în proprietatea Delegatarului după încetarea contractului conform art.17.2.2 – 17.2.3. Având în vedere dispozițiile art.17.2.3 Delegatarul va transfera proprietatea ... asupra bunurilor de preluare către Delegatar ... **prezentarea în ofertă de utilaje deținute în formule de închiriere ori leasing operațional sau financiar nu este suficientă**”*

- răspunsul nr.6 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020, care, după cum lesne se observă, este în sensul răspunsurilor precedente.

Contestatorul susține că aceste răspunsuri sunt de natură a restricționa participarea operatorilor economici la procedură și solicită înlăturarea lor cu consecința permiterii participării la procedură și a ofertanților care prezintă ante-contracte de diverse categorii (comodat, leasing etc), așa cum s-a prevăzut în documentația inițială astfel cum a fost clarificată prin Răspunsul nr.3712/24.04.2020.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă susține că acceptarea utilizării unor utilaje închiriate, în comodat sau în leasing ar fi creat inegalități între ofertanți, avantajând în mod nelegal ofertanții care ar fi ales utilizarea unor utilaje într-un regim mai puțin costisitor, de exemplu comodat.

Susține, de asemenea autoritatea contractantă, că la depunerea ofertelor, ca dovadă a deținerii echipamentelor, pot fi prezentate:

-contracte de vânzare-cumpărare sau alte documente de proprietate, pentru echipamentele pe care operatorul le deține deja sau

-ante-contracte de vânzare-cumpărare pentru cele pe care le deține, conform răspunsului 2 la solicitarea de clarificări înregistrată la sediul său sub nr.3437/10.04.2020, publicat în SEAP la data de 24.04.2020.

Consiliul constată, față de actele dosarului și susținerile părților, că autoritatea contractantă a inclus în cadrul caietului de sarcini Anexa 6 - *„Bunuri puse la dispoziția delegatului de către delegatar și lista investițiilor minime a fi realizate de către delegat”*, în cadrul căreia se regăsește identificat, sub formă tabelară, necesarul de investiții pentru prestarea serviciilor de salubritate.

Prin Răspunsul consolidat nr.3712/24.04.2020, cu privire la solicitarea de clarificări nr.3437/10.04.2020, la care ambele părți fac referire, la întrebarea de la pct.2, având conținutul:

„Vă rugăm să precizați dacă în situația în care ofertantul nu deține un utilaj sau echipament, va putea depune în ofertă un angajament de punere la dispoziție în perioada de mobilizare sau antecontracte de vânzare-cumpărare”, autoritatea contractantă a formulat răspunsul:

„În situația în care ofertantul nu deține un utilaj sau echipament acesta va depune documente cum ar fi: antecontracte de vânzare - cumpărare, contracte de închiriere, leasing, comodat etc.”

Așadar, prin răspunsul menționat, autoritatea contractantă a acceptat ca dovada deținerii utilajelor/echipamentelor să poată fi făcută și prin ***antecontracte de vânzare -cumpărare, contracte de închiriere, leasing, comodat etc.***

Față de răspunsul atacat prin contestație, conform căruia ***„prezentarea în ofertă de utilaje deținute în formule de închiriere ori leasing operațional sau financiar nu este suficientă”***, Consiliul constată că autoritatea contractantă a revenit, în fapt, la răspunsul său anterior și a restrâns sfera documentelor pe care ofertanții aveau obligația de a le prezenta ca dovadă a deținerii utilajelor/echipamentelor.

Astfel, în condițiile în care prin Răspunsul nr.3872/05.05.2020 atacat prin contestația de față, autoritatea contractantă a modificat documentația inițială astfel cum a fost clarificată la data de 24.04.2020, nu se poate considera că atacă documentația de atribuire și critica sa ar fi tardivă, singura posibilitate pe care o are contestatorul pentru a înlătura un răspuns ca cel de față fiind contestația împotriva acestuia, ceea ce s-a și întâmplat.

Trecând peste acest aspect, în stabilirea caracterului restrictiv al răspunsului atacat Consiliul reține că entitatea contractantă însăși a prevăzut în documentația de atribuire așa cum a fost clarificată la data de 24.04.2020, că acceptă ca dovadă a deținerii utilajelor/echipamentelor necesare ***antecontracte de vânzare -cumpărare, contracte de închiriere, leasing, comodat etc.***, situație care demonstrează că, la data de 24.04.2020, solicitarea acestor dovezi nu a fost considerată de natură a crea inegalități între ofertanți.

După cum susține și contestatorul, opinie la care achiesează și Consiliul, prevederea documentației de atribuire astfel cum a fost clarificată este de natură a permite participarea la procedură a mai multor operatori economici și apare justificată inclusiv prin prisma duratei de 96 luni (8 ani) a contractului de concesiune și a obligației realizării de investiții de către delegat pe parcursul derulării contractului.

Mai mult decât atât, caracterul excesiv al obligării ofertanților anterior depunerii ofertei de a face dovada proprietății asupra utilajelor/echipamentelor rezidă și din lipsa certitudinii obținerii contractului, participarea la procedură devenind în acest condiții mult prea oneroasă și descurajantă, cu afectarea concurenței în cadrul procedurii.

Dispozițiile art.20 alin.7 din H.G. nr.867/2016, prevăd că *„Specificatiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate care să împiedice realizarea unei concurențe efective între operatorii economici.”*, ori entitatea contractantă a acționat cu respectarea acestei dispoziții pentru ca la 05.05.2020, la mai puțin de 1 lună de răspunsul din 24.04.2020, să transforme solicitarea sa în una care îngreunează participarea la procedură.

De asemenea, reține Consiliul că revenirea la forma inițială a documentației de atribuire astfel cum a fost clarificată la data de 24.04.2020 nu intră în contradicție cu nicio altă prevedere a documentației de atribuire, inclusiv din modelul de contract.

Apreciind ca întemeiată critica contestatorului, Consiliul va înlătura răspunsul criticat, autoritatea contractantă urmând să formuleze unul în acord cu cel din 24.04.2020.

2. Cu privire la critica contestatorului referitoare la posibilitatea modificării tarifelor pe parcursul derulării contractului și răspunsurile X și XII la Solicitarea de clarificare nr.3711/24.04.2020 din Răspunsul nr.3872/05.05.2020, Consiliul constată următoarele:

Deși enunțul criticii are conținutul mai sus arătat, se observă că în motivarea acesteia contestatorul apreciază ca fiind nelegale prevederile de la art.10 alin.4, alin.6 și alin.11 din modelul de *„Contract de delegare”*, precum și răspunsul X la Solicitarea de clarificare nr.3711/24.04.2020 din Răspunsul nr.3872/05.05.2020, drept care verificările se vor face doar referitor la acestea.

a) În ceea ce privește art.10 alin.4 din modelul de *„Contract de delegare”*, se observă că acesta a făcut obiectul Solicitării de clarificări nr.3711/24.04.2020, dar sub un alt aspect decât cel invocat prin contestație.

Astfel, dacă prin Solicitarea de clarificare nr.3711/24.04.2020 contestatorul, raportat la conținutul art.10 alin.4 din modelul de contract, respectiv:

„Alin.(4) Modificarea și ajustarea valorii anuale a plăților de disponibilitate se aprobă de către ADI, în baza mandatului prealabil special acordat în acest sens de Delegatar.”

a solicitat:

„Se va completa astfel:

Alin.(4) Modificarea și ajustarea tarifelor se aprobă de către ADI, în baza mandatului prealabil special acordat în acest sens de către U.A.T.-urile componente

Este necesar a se clarifica și cine este delegatarul în contract”,

prin contestație acesta critică articolul menționat susținând că este contrar prevederilor legale în vigoare în ceea ce privește ajustarea prețurilor/modificarea contractelor de concesiune în cazul contractelor de

salubritate cât și în ceea ce privește menținerea echilibrului contractual și dreptul operatorilor economici de a-și recupera costurile efectiv realizate în vederea prestării serviciului de salubritate, deci dintr-o altă perspectivă decât cea avută în vedere prin solicitarea de clarificări.

Astfel fiind, critica vizează, în fapt, documentația de atribuire, concluzie susținută și de împrejurarea că nu face nicio referire la răspunsul formulat de autoritatea contractantă la pct.IX, care vizează articolul menționat, din cadrul Răspunsului nr.3711/24.04.2020, de unde rezultă că a fost satisfăcut de acest răspuns.

Cum contestatorul nu se mai află la data depunerii contestației în termenul legal de a mai critica documentația de atribuire, cum s-a arătat în cele ce preced, Consiliul va respinge critica referitoare la art.10 alin.4 din modelul de contract, ca tardivă.

b) În ceea ce privește critica legată de art.10 alin.6 din modelul de „Contract de delegare”, Consiliul constată că prin Solicitarea de clarificare nr.3711/24.04.2020 pe care a formulat-o, ... a dorit modificarea documentației de atribuire într-un anumit sens, iar nu clarificarea documentației de atribuire.

Astfel, prin Solicitarea de clarificări nr.3711/24.04.2020, ... a solicitat:

„X. Articolul 10 – Tariful și Plățile

Alin.(6) Modificarea tarifului solicitat de Delegat va fi aprobată/realizată de delegatar numai după primul an de derulare a contractului, numai o dată pe an și numai în cazul în care: (...)

Se va completa astfel:

Prin excepție de la prevederile de mai sus, modificarea tarifului solicitată de Delegat va fi aprobată/realizată de Delegatar și înainte de expirarea primului an de contract, în cazul în care modificarea tarifului este determinată de modificări legislative de imediată aplicare, imperative, care determină în mod direct majorarea costului de operare a serviciului de salubritate.

Propunem modificarea clauzei în concordanță cu prevederile Ordinului ANRSC 109/2007.”

răspunsul autorității contractante aflat în Răspunsul nr.3872/05.05.2020, fiind:

„Art.10 alin.6 rămâne nemodificat; Ordinul ANRSC nr.109/2007 la care se face referire nu impune obligația aprobării modificării tarifului (inclusiv în cazul modificării legislative de imediată aplicare), textul art.15 fiind foarte clar: - Tarifele pentru activitățile specifice serviciului de salubritate pot fi modificate în următoarele situații...”

Consiliul determină, și în acest caz, că atacă, în realitate, documentația de atribuire.

Dispozițiilor art.70 alin.8 din Legea nr.100/2016 prevăd că:

„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului-limită stabilit de entitatea contractantă în anunțul de concesiune/anunțul de participare simplificat, (...)”

obligația legală, corelativă a autorității contractante în cazul primirii unei solicitări de clarificări fiind prevăzută de următoarele prevederi legale aflate în H.G. nr.867/2016:

- art.74 alin.3, potrivit cu care:

„(3) Entitatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități la orice clarificare solicitată, potrivit art.27.”

- art.27 alin.1, potrivit cu care:

„(1) Orice răspuns al entității contractante la solicitările de clarificări sau informații primite în conformitate cu art.70 alin.8 din Lege poartă în SEAP (...)”

Așadar, urmare a primirii unei solicitări de clarificări în sensul legii, obligația entității contractante este aceea de a răspunde în mod clar complet și fără ambiguități, obligație care nu se reține a fi încălcată în cazul de față, solicitarea adresată de contestator, după cum s-a arătat, fiind de modificare a documentației de atribuire în sensul dorit de acesta, iar nu o solicitare de clarificări în sensul prevăzut de art.70 alin.8 din Legea nr.100/2016.

Un argument în plus în sensul că ceea ce atacă contestatorul este documentația de atribuire, este reprezentat și de solicitarea acestuia din cadrul contestației de **„modificarea acestor clauze, precum și a răspunsurilor la clarificări (...)”**, iar nu obligarea autorității contractante de a formula răspunsuri clare, complete și fără ambiguități la întrebările din solicitarea de clarificări, nemulțumirea fiind evident legată de poziția autorității contractante care, prin răspunsurile formulate, nu a dat curs solicitării de modificare a documentației de atribuire în sensul dorit de contestator.

.... se află în eroare considerând că simpla evocare a răspunsurilor menționate este de natură să-l repună în termenul de contestare a documentației de atribuire. Dacă considera că aceasta conține prevederi nelegale, avea deschisă calea de atac a contestației împotriva lor, pe care trebuia să o exercite în interiorul termenului legal.

Nicăieri în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația entității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității contractante, iar nu o obligație, singura obligație a acesteia, în cazul unei solicitări de clarificări, fiind aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități (art.74 alin.3 din H.G. nr.867/2016).

Subliniază Consiliul că, în considerarea art.70 alin.8 din Legea nr.100/2016, solicitarea de clarificări nu poate viza decât explicarea, lămurirea unor prevederi din documentația de atribuire, acesta fiind înțelesul noțiunii de “clarificare” conform Dicționarului Explicativ al Limbii Române, iar nu modificarea respectivei documentații, așa cum contestatorul urmărește să obțină.

Astfel, este evident că pretențiilor contestatorului nu li se poate da curs pe calea unei solicitări de clarificări, ci numai în cadrul unei contestații la documentația de atribuire, ceea ce nu s-a făcut.

În sensul că purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta, s-a pronunțat și practica judiciară,

relevante fiind decizia nr.1861/01.10.2009, decizia nr.1903/05.10.2009 și decizia nr.1742/19.07.2010, pronunțate de Curtea de Apel București-Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, precum și decizia nr.1449/CA/16.12.2009, decizia nr.1462/CA/11.08.2011 și decizia nr.1518/CA/08.09.2010, pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia-Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Astfel, Consiliul constată că în actualul stadiu al procedurii de atribuire, criticarea prevederilor documentației de atribuire este tardivă.

c) În ceea ce privește critica legată de art.10 alin.11 din modelul de „*Contract de concesiune*”, Consiliul constată că, similar criticii anterioare, nemulțumirea contestatorului este legată de refuzul entității contractante de a da curs solicitării de modificare a respectivei clauze contractuale în sensul dorit de

Fară a mai reitera considerentele de mai sus, valide și în acest caz, Consiliul va respinge critica, ca tardivă.

3. În ceea ce privește critica referitoare la cerința privind timpii de colectare și răspunsul 4 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020 din Răspunsul nr.3872/05.05.2020, Consiliul constată următoarele:

Prin Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020, pct.4, contestatorul a solicitat următoarele:

„Cu privire la răspunsul 2 la solicitarea înregistrată cu nr.3503/14.04.2020, solicităm să precizați numărul și adresele punctelor de colectare pe fiecare fracție în parte precum și care este numărul de locuitori deservit de punctele de colectare amplasate pe domeniul public în mediul urban și separat în mediul rural, precum și adresa utilizatorilor deserviți. Solicitarea noastră se întemeiază atât pe prevederile legislației achizițiilor publice cât și pe Ordinul ANRSC 111/2007, tabelele 1-5, informații ce sunt obligatorii a fi conținute de caietul de sarcini și pe care nu le regăsim. În cazul în care sunteți în imposibilitatea de a furniza informațiile prevăzute de legislația în vigoare la data elaborării documentației de atribuire, **revenim cu solicitarea de a elimina Formularul 6.1** -... va cuprinde și o prezentare detaliată a timpilor de colectare necesari care să poată demonstra că este suficientă utilizarea autogunoierelor oferite pentru colectarea deșeurilor de la toți utilizatorii/punctele de colectare, la parametrii solicitați prin documentația de atribuire”,

răspunsul entității contractante fiind:

„În Anexa 3 este prezentat numărul punctelor de lucru pentru fiecare UAT”.

Contestatorul critică răspunsul enunțat susținând că entitatea contractantă nu a răspuns celor solicitate, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor art.70 alin.8 din Legea nr.100/2016, informațiile solicitate fiind obligatoriu a fi fost prevăzute în caietul de sarcini potrivit Ordinului ANRSC nr.111/2007.

Din conținutul solicitării adresate, Consiliul observă că face trimitere la răspunsul 2 la Solicitarea de clarificări nr.3503/14.04.2020, solicitare care prezintă conținutul:

„2. Având în vedere cerințele din formularul 6.1 Informații tehnice - ... va cuprinde și o prezentare detaliată a timpilor de colectare necesari care să poată demonstra că este suficientă utilizarea autogunoiere oferite pentru colectarea deșeurilor de la toți utilizatorii/punctele de colectare, la parametrii solicitați prin documentația de atribuire, - ținând cont de prevederile art.57 alin.1, art.83, din caietul de sarcini denumit în continuare CS în sensul că numărul și adresele punctelor

de colectare vor fi identificate de operator împreună cu delegatarul după semnarea contractului de delegare, în perioada de mobilizare, **solicităm eliminarea acestei prevederi**. În cazul în care mențineți prevederea vă rugăm să puneți la dispoziția potențialilor ofertanți informații precum: distanța dintre punctele de colectare, defalcate pe fiecare UAT în parte, numărul de gospodării pe fiecare UAT în parte, defalcat pe condominii și gospodării individuale case, numărul de utilizatori deservit de fiecare punct de colectare. Solicităm această informație deoarece aceste date nu se regăsesc în caietul de sarcini și acestea nu pot fi obținute de către potențialii ofertanți prin vizitarea zonei de colectare. Totodată în lipsa acestor date nu poate fi elaborată o ofertă conformă cu prevederile documentației de atribuire și nu se justifică alocarea riscul numărul 2 din cadrul matricei riscurilor în sarcina ofertantului deoarece documentația de atribuire (caietul de sarcini) nu cuprinde informații detaliate privind punctele de colectare de unde delegatul va colecta deșeurile.”, răspunsul entității contractante fiind:

„Se respinge propunerea de modificare. În ceea ce privește numărul de gospodării, în mediul urban în zona gospodăriilor individuale – conform Anexa 5 a Studiului de fundamentare iar zona blocurilor – conform Anexa 5 și 6 din Studiul de fundamentare și ținând cont de numărul mediu de locuitori în mediul urban în județul Dâmbovița este de 2,65. În mediul rural, în zona gospodăriilor individuale – conform Anexa 5 și 6 din Studiul de fundamentare și ținând cont de numărul mediu de locuitori în mediul rural în județul Dâmbovița este de 3,03.

În ceea ce privește numărul de utilizatori deservit de fiecare punct de colectare – în Anexa 3 a Caietului de Sarcini sunt prezentate informații privind numărul de puncte la nivel de UAT în Anexa 2 a Caietului de sarcini numărul de locuitori la nivel de UAT. Prin urmare numărul mediu de locuitori arondat fiecărui punct de colectare rezultă implicit prin împărțirea numărului de locuitori la numărul punctelor de colectare.

În ceea ce privește distanțele dintre punctele de colectare la nivel de UAT, Ofertantul va utiliza propriile estimări pe baza experienței din serviciile similare, aceste informații urmând a fi detaliate în Propunerea tehnică.”

Față de conținutul acestei ultime solicitări, Consiliul constată că prin Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020, pct.4, contestatorul a reiterat practic solicitarea de la pct.2 din cadrul Solicitării de clarificări nr.3503/14.04.2020, elocvente fiind în acest sens formulările **„Cu privire la răspunsul 2 la solicitarea înregistrată cu nr.3503/14.04.2020 (...)” și „revenim cu solicitarea de a elimina Formularul 6.1”**.

În contextul acceptării răspunsului la Solicitarea de clarificări nr.3503/14.04.2020, rezultă că ceea ce îl nemulțumește în esență pe contestator este faptul că entitatea contractantă nu a dat curs solicitării de eliminare a formularului 6.1, respectiv de a modifica documentația de atribuire.

Cum varianta solicitării modificării documentației de atribuire nu este posibilă prin intermediul solicitării de clarificări, așa cum s-a arătat în cele ce preced, singurele critici pe care le poate formula contestatorul față de răspunsurile primite sunt cele cu privire la caracterul acestora de a nu fi clare, complete și fără ambiguități, sens în care reglementează art.74 alin.3 din H.G. nr.867/2016.

Consiliul constată că, deși susține că răspunsul entității contractante nu respectă dispozițiile menționate, contestatorul invocă o încălcare a Ordinului ANRSC nr.111/2007 care, așa cum acesta arată, obligă entitățile contractante de a furniza în cadrul caietelor de sarcini informațiile cerute prin Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020.

Prin urmare, ceea ce reclamă contestatorul este legat tot de modul de întocmire a documentației de atribuire, pe care o apreciază nelegală în raport cu prevederile Ordinului ANRSC nr.111/2007, iar scopul Solicitării de clarificări nr.3736/28.04.2020 (în ambele variante propuse de contestator) este acela de modificare a documentației de atribuire astfel încât să fie în acord cu ordinul menționat, iar nu de clarificare în sensul de lămurire, explicare a unei prevederi.

Dacă aprecia că documentația de atribuire este nelegal întocmită, contestatorul avea deschisă calea de atac a contestației pe care trebuie să o exercite în termenul legal, iar nu să considere că pe calea solicitărilor de clarificări poate obține completarea documentației de atribuire cu informații pe care le consideră lipsă din aceasta.

În atare situație, Consiliul va respinge și această critică ca tardivă, fiind evident că Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020 nu este o veritabilă solicitare de clarificări în sensul legii, ci una de modificare/completare a documentației de atribuire.

4. Următoarea critică din contestație este legată de cerința privind disponibilitățile bănești în cuantum de 23.000.000 lei pentru 6 luni de contract, apreciată ca restrictivă în sine și inutilă în raport cu răspunsul 14 la Solicitarea de clarificare nr.3660/21.04.2020, la răspunsul 1 la Solicitarea de clarificare nr.3736/28.04.2020 și răspunsul 6 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020 din Răspunsul nr.3872/05.05.2020.

În analiză, Consiliul reține că cerința în discuție se regăsește în fișa de date a achiziției, la cap.III.1.2) – „*Capacitatea tehnică și financiară*”, de forma:

„Cerința 2:

Ofertantul trebuie să demonstreze că are acces la sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cash-flow-ului de susținere a contractului de operare pentru primele 6 luni de derulare a contractului, în valoare de 23.000.000 (50% din valoarea medie anuală estimată a contractului)”,

iar, răspunsurile la care face referire contestatorul vizează cu totul alte aspecte decât cele legate de cuantumul și momentul la care s-a solicitat dovada disponibilului bănesc.

În acest context, Consiliul determină că critică, în fapt, documentația de atribuire, referirile la răspunsurile la clarificări în contextul în care nu modifică cu nimic cerința fișei de date apărând ca simple argumente în susținerea punctului de vedere al contestatorului.

Prin urmare, Consiliul va respinge și această critică, ca tardivă.

5. Următoarea critică vizează cerința privind necesitatea ca utilajele să aibă sisteme de cântărire și fiecare recipient să aibă CIP sau imprimare coduri de bară, apreciată restrictivă în sine și inutile în raport cu răspunsul 14 la Solicitarea de clarificare nr.3660/21.04.2020, la răspunsul 1 la Solicitarea de clarificare nr.3736/28.04.2020 și răspunsul 6 la Solicitarea de clarificări nr.3736/28.04.2020 din Răspunsul nr.3872/05.05.2020.

Consiliul va respinge și această critică ca fiind tardivă în contextul în care cerințele criticate se regăsesc în documentația de atribuire iar

prin răspunsurile indicate de contestator acestea nu au fost modificate, respectivele răspunsuri vizând cu totul alte aspecte.

Aceleași considerente le reține Consiliul și în cazul ultimei critici, referitoare la factorul de evaluare „*Criteriul de adjudecare al ofertei – 20%*”, natura acesteia de critică referitoare la documentația de atribuire fiind certă, nici contestatorul însuși neamaifăcând trimitere la vreun răspuns la clarificări.

Prin urmare, va fi respinsă, ca tardivă și această critică.

Având în vedere obligația entității contractante de a pune în practică măsura de remediere menționată în precedent, în considerarea art.85 alin.1 Legea nr.98/2016, cererea de decalare a termenului de depunere a ofertelor va fi admisă, entitatea contractantă urmând să decaleze termenul limită de depunere a ofertelor cu un interval rezonabil, necesar întocmirii ofertelor.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2, 5 și 6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația și, pe cale de consecință, va obliga entitatea contractantă la remedierea Răspunsului nr.3872/05.05.2020 în sensul celor arătate în motivare și publicarea în SEAP a măsurilor intervenite, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Capătul de cerere privind anularea procedurii va fi respins, ca nefondat, deoarece nu au fost identificate elemente care să conducă la adoptarea acestei măsuri.

Cu privire la cererea contestatorului de suportare a cheltuielilor prilejuite de soluționarea contestației (onorariu avocațial), ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.* –, precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă. Probatoriul cauzei a relevat că entitatea contractantă s-a aflat în culpă cu privire la una dintre cerințele criticate, astfel că se impune să suporte cheltuielile efectuate de contestator.

Cheltuielile de judecată solicitate (onorariu avocațial) sunt în cuantum de 11.525,15 lei, dovedite cu factura fiscală seria B CT nr.659/22.05.2020 și ordinul de plată online.

Pornind de la dispozițiile art.26 alin.9 precitate, coroborate cu cele ale art.453 alin.2 C. proc. civ. – când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată –, și văzând că pretențiile contestatorului din cuprinsul contestației au fost admise doar în parte (s-a admis o singură critică din cele formulate), Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de judecată la 2.000 lei, față de care entitatea contractantă va fi obligată la plata către contestator.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din lege.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de de

Admite, în parte, contestația depusă de, în contradictoriu cu
și dispune remedierea Răspunsului nr.3872/05.05.2020 în sensul celor
arătate în motivare, decalarea termenului limită de depunere a ofertelor
și publicarea în SEAP a măsurilor intervenite, în termen de 15 zile de la
primirea prezentei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea
procedurii de atribuire.

Obligă la plata către a sumei de 2.000 lei cu titlu de
cheltuieli de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de
10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la
data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

....