# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România**
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro


**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE
**Nr. ....**
**Data: ...**

Prin contestaţia nr. 8199/22.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 7493/23.02.2018, înaintată de SC …… SRL, cu sediul în …., având CUI …., înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. …., formulată împotriva documentației de atribuire, elaborate de către ..., cu sediul în …., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect *„Delegarea serviciilor de salubrizare și deszăpezire a căilor publice din ...”*, s-a solicitat:

*- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere a documentaţiei de atribuire, în sensul modificării sau completării acesteia, pentru înlăturarea motivelor de nelegalitate indicate în cuprinsul contestației;*

*- obligarea autorității contractante la prelungirea termenul limită de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă care să permită operatorilor interesaţi să ia la cunoştinţă soluţia pronunţată de Consiliu cu privire la prezenta contestaţie şi să poată să-şi formuleze ofertele în consecinţă.*

Prin contestaţia nr. 962/23.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 7563/23.02.2018, înaintată de ...SA, cu sediul în …, având CUI …, înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. …., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către ..., în cadrul aceleiași proceduri de licitație deschisă, s-a solicitat:

*- renunţarea la prevederea care impune încheierea unui acord-cadru cu patru operatori şi înlocuirea ei cu prevederea că se va încheia acord-cadru cu un singur operator care va beneficia şi de exclusivitatea*

*prestării serviciilor care fac obiectul contractului. De asemenea, petenta solicită ca toate prevederile în acest sens, din documentaţie, să fie corectate sau excluse;*

*- stabilirea unui ordin de variaţie adecvat a valorilor estimate minime şi maxime şi recalcularea valorii maxime estimate a serviciilor care fac obiectul acordului-cadru şi a fiecărui contract subsecvent;*

*- înlocuirea criteriului „preţul cel mai scăzut" cu criteriul „cel mai bun raport calitate preţ", cu factori de evaluare de natură să asigure o competiţie corectă între ofertanţi;*

*- excluderea din documentaţia de atribuire a cerinţelor referitoare la utilajele care nu sunt specifice activităţii de salubrizare: graifer, Greder, buldozer, excavator şi adaptarea cerinţelor privitoare la autobasculante şi utilaje de salubrizare la necesităţile reale;*

*- excluderea articolelor care impun restituirea sumelor constatate ca fiind necuvenite de către organele abilitate şi dreptul de denunţare unilaterală a contractului, fără motiv, de către autoritatea contractantă din modelele de acord-cadru şi contract sau reformularea lor în sensul că obligaţia prestatorului de plată nu poate să excludă dreptul acestuia de a contesta în instanţă constatările organelor abilitate, iar restituirea sumelor să se facă, în această situaţie, doar după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătoreşti care obligă la restituirea sumelor respective. În privinţa rezilierii unilaterale, aceasta ar trebui, întotdeauna, să fie făcută pe baza unor motive clar formulate în contract.*

De asemenea, cele două contestatoare au solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiilor. Prin Încheierea nr. …., Consiliul s-a pronunţat asupra capetelor de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care le-a respins, ca rămase fără obiect.

Aplicând dispoziţiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru pronunţarea unei soluţii unitare, Consiliul conexează cele două contestaţii.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţiile de faţă, prin care SC …. SRL și ...SA, operatori economici interesați de participarea la prezenta procedură, au criticat o serie de cerințe prevăzute în documentația de atribuire, solicitând cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

Prin contestaţia nr. 8199/22.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 7493/23.02.2018, SC …. SRL critică o serie de cerințe prevăzute în documentația de atribuire, solicitând:

*- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere a documentaţiei de atribuire, în sensul modificării sau completării*

*acesteia, pentru înlăturarea motivelor de nelegalitate indicate în cuprinsul contestației;*

*- obligarea autorității contractante la prelungirea termenul limită de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă care să permită operatorilor interesaţi să ia la cunoştinţă soluţia pronunţată de Consiliu cu privire la prezenta contestaţie şi să poată să-şi formuleze ofertele în consecinţă.*

În fapt, petenta arată că, potrivit documentaţiei de atribuire, delegarea se va face pe două loturi, urmând ca participanţii să constituie o garanţie de participare de 233.565 lei pentru Lotul 1 şi 206.915 lei pentru Lotul 2. De asemenea, în sarcina operatorului câştigător se instituie obligaţia constituirii unei garanţii de bună execuție a contractului. Valoarea exactă şi modul de constituire a garanţiei de bună execuţie nu este stabilit în mod clar prin documentaţia de atribuire, acesta fiind unul dintre motivele de nelegalitate invocate prin prezenta contestaţie.

Prin Notificarea prealabilă din data de 08.02.2018, petenta a adus la cunoștința autorităţii contractante o serie de nereguli ale documentaţiei de atribuire şi a solicitat luarea măsurilor de remediere. Prin răspunsul nr. 14022018.3/14.02.2018, publicat în SEAP sub nr. CN182298/021, autoritatea contractantă şi-a asumat obligaţia de a remedia o parte din viciile procedurii de atribuire, astfel cum au fost indicate de petentă, şi a respins sau a lăsat nesoluţionate restul solicitărilor de remedieri formulate.

<u>Aspectele de nelegalitate ale documentaţiei de atribuire, notificate de contestatoare autorităţii contractante, cu privire la care aceasta nu a luat sau a omis să ia măsuri de remediere sunt:</u>

a. art. 57 din caietul de sarcini privind garanţia de bună execuţie nu este în concordanţă cu prevederile art. III.1.1.b) din fişa de date şi ale art. 11 din modelul contractului subsecvent.

b. nelegalitatea modului în care a înţeles autoritatea contractantă să reglementeze în cuprinsul documentaţiei de atribuire mecanismul modificării şi cel al ajustării tarifelor.

c) perioada de preaviz aferentă rezilierii unilaterale a contractului, stabilită la art. 15.2 lit. b) din modelul acordului-cadru se impune clarificată.

d) se impune clarificată noţiunea de „abateri”, folosită în art. 15.2. lit. B din modelul acordului-cadru.

<u>A. Art. 57 din caietul de sarcini, privind garanţia de bună execuţie, nu este în concordanţă cu prevederile art. III.1.1.b) din Fişa de date şi ale art. 11 din Modelul contractului subsecvent:</u>

Petenta precizează că prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a omis să ofere un răspuns la solicitarea de remediere a acestui aspect de nelegalitate a documentaţiei de atribuire. Deşi, cel mai probabil omisiunea de a răspunde reprezintă o eroare materială a autorităţii contractante, în lipsa oricărui răspuns, neregula

sesizată subzistă, motiv pentru care își menţine criticile formulate prin notificarea prealabilă.

Astfel, prin art. 57 din caietul de sarcini se prevede că *„în termen de 30 de zile de la data încheierii contractului, prestatorul se obligă să constituie în favoarea beneficiarului o garanţie de bună execuţie în cuantum de 0.5% din valoarea estimată a contractului."*

Tot cu privire la garanţia de bună execuţie, prin art. III.1.1.b) din fişa de date se prevede că *„Prestatorul are obligaţia de a constitui garanţia de bună execuţie a contractului în termen de 5 (cinci) zile lucrătoare de la data semnării contractelor subsecvente atribuite în baza acordului-cadru, cu respectarea prevederilor art. 39 şi următoarele din HG nr. 395/2016, în cuantum de 10% din valoarea fără TVA a contractului subsecvent*."

Prin art. 11 din modelul contractului subsecvent se prevede că *„Garanţia de bună execuţie se constituie prin reţineri succesive din valoarea facturilor prezentate la plată. În acest caz, prestatorul are obligaţia de a deschide un cont la dispoziţia autorităţii contractante, la Trezoreria Statului, în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziţie publică, conform art. 39 alin. 3 din HG nr. 395/2016. Suma iniţială care se depune de către contractant în contul astfel deschis este de 1% din preţul contractului. Pe parcursul îndeplinirii contractului, autoritatea contractantă urmează să alimenteze acest cont prin reţineri succesive din sumele datorate şi cuvenite contractantului până la concurenţa sumei stabilite drept garanţie de bună execuţie. (...)".*

Întrucât există neconcordanţe semnificative între modul de reglementare a garanţiei de bună execuţie prin cele trei documente enumerate ale documentaţiei de atribuire, în special cu referire la:

- cuantumul garanţiei;
- conţinutul obligaţiei pe care o are operatorul de îndeplinit în termen de 5 zile de la semnarea contractului;
-momentul de început al termenului de 5 zile (semnarea contractului/acordului-cadru sau semnarea contractului subsecvent);
- baza de calcul a garanţiei de bună execuţie;
- suma efectivă ce trebuie constituită la finalul termenului de 5 zile;
- modul de constituire a garanţiei, petenta solicită obligarea autorității contractante la clarificarea modului şi condiţiile de constituire a garanţiei de bună execuţie.

Odată cu clarificarea aspectelor ce ţin de constituirea garanţiei de bună execuţie, aceasta solicită și obligarea autorității contractante să adapteze, în mod corespunzător, Formularul nr. 3 şi Anexa nr. 2 la Formularul nr. 3, care fac vorbire despre posibilitatea constituirii garanţiei de bună execuţie prin toate modalităţile prescrise de HG nr. 395/2016.

<u>B. Nelegalitatea modului în care a înţeles autoritatea contractantă să reglementeze în cuprinsul documentaţiei de atribuire mecanismul modificării şi cel al ajustării tarifelor:</u>

Prin Notificarea prealabilă, petenta a evidenţiat faptul că modalitatea prin care autoritatea contractantă a reglementat modificarea şi ajustarea tarifelor prin modelul acordului-cadru nu respectă prevederile Ordinului ANRSC nr. 109/2007, ce reglementează punctual aceste mecanisme.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsurile de remediere ce se impuneau, în justificarea acestui răspuns indicând faptul că *„prevederile privind modificarea tarifelor din modelul acord-cadru au fost aprobate de ANAP la controlul ex-ante*".

a. În ceea ce privește netemeinicia răspunsului autorităţii contractante, contestatoarea arată următoarele:

Răspunsul oferit de autoritatea contractantă nu este în măsură să justifice menţinerea prevederilor criticate în maniera reglementată în prezent, deoarece nu există certitudinea că ANAP a efectuat, cu privire la aspectele criticate, un control ex ante. Conform art. 5 alin. (3) din OUG nr. 98/2017 privind funcţia de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziţie publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, controlul ex ante se realizează de ANAP în mod selectiv, pe baza unei metodologii de selecţie, iar conform art. 5 alin. (2) din acelaşi act normativ, controlul se face pe baza unor liste de verificare (ce cuprind aspecte din documentaţia de atribuire controlată, alese prin sondaj, care se verifică cu privire la legalitate).

Dovada supunerii unei documentaţii de atribuire controlului ex ante al ANAP se face, conform art. 14 din OUG nr. 98/2017, prin publicarea în SEAP, de către autoritatea contractantă, a unui aviz conform (condiţionat sau necondiţionat). Astfel, în ceea ce priveşte prezenta procedură, nu există publicat în SEAP acest aviz, fapt ce arată că nu a existat un control efectiv ex ante al ANAP.

Petenta precizează că, așa cum rezultă din prevederile art. 22 din OUG nr. 98/2017 şi din art. 37 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, avizul ANAP nu poate fi opus Consiliului, care este independent, fiind la rândul său supus numai legii. Prin urmare, chiar şi în cazul în care există un aviz conform al ANAP cu privire la modalitatea de reglementare în cadrul prezentei proceduri a instituţiilor modificării şi ajustării de tarife, în ipoteza admiterii criticilor de nelegalitate, Consiliul este îndreptăţit să oblige autoritatea contractantă la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun.

b. Referitor la nelegalitatea modului de reglementare a modificării şi a ajustării tarifelor, petenta învederează Consiliului următoarele:

Prin art. 6 din modelul acordului-cadru se face vorbire despre posibilitatea ajustării preţului contractului în anumite circumstanţe. Textul nu face însă vorbire expresă despre posibilitatea modificării preţului în condiţiile în care are loc o modificare a elementelor ce au stat la baza fundamentării tarifelor, mecanism prevăzut de art. 15 şi 16 din Ordinul ANRSC nr. 109/2007.

Întrucât între ajustarea şi modificarea tarifelor există deosebiri semnificative, petenta apreciază că se impune menţionarea expresă în contract a mecanismului de modificare a contractului.

Astfel, conform art. 4 lit. c) din Ordinul ANRSC nr. 109/2007, ajustarea de tarife reprezintă *„operaţiunea de analiză a nivelului tarifelor existente şi a structurii acestora, conform normelor metodologice elaborate de autoritatea de reglementare competentă, prin care se asigură corelarea nivelului tarifelor stabilite anterior cu evoluţia generală a preţurilor și tarifelor din economie."*

Pe de altă parte, modificarea tarifelor reprezintă, conform art. 4 lit. d) din Ordinul ANRSC nr. 109/2007, *„operaţiunea de analiză a nivelului tarifelor existente şi a structurii acestora, conform normelor metodologice elaborate de autoritatea de reglementare competentă, în situaţiile când intervin schimbări majore în structura costurilor care conduc la recalcularea tarifelor existente."*

Astfel, ajustarea reprezintă o adaptare/indexare a tarifelor faţă de modificarea generală a preţurilor, care conform legii se face periodic, în timp ce modificarea înseamnă o adaptare a preţurilor la modificări concrete/specifice a condiţiilor de prestare a serviciului, cu influenţă semnificativă asupra costurilor, care se face ori de câte ori este nevoie şi sunt îndeplinite condiţiile.

Din acest motiv, autoarea contestației consideră că se impune menţionarea expresă în cuprinsul documentaţiei de atribuire a faptului că tarifele pot fi modificate în conformitate cu Ordinul ANRSC nr. 109/2007 după formula:

T1 = T0 +Δt, unde:

T1 - tariful modificat;

T0 - tariful actual;

Δt - creşterea de tarif;

$$\Delta_t = \frac{(\Delta_{ct} + \Delta_{ct} \times r\%)}{Q},$$

unde:

Δt - creşterea cheltuielilor totale ca urmare a modificărilor intervenite în costuri;

Δct- creşterea cheltuielilor totale determinate de influenţele reale primite în costuri;

r% - cota de profit a operatorului;

Q - cantitatea programată în unităţi de măsură specifice, determinată de condiţiile concrete în care se prestează activitatea.

Similar, în ceea ce priveşte formula de ajustare prevăzută prin art. 6.2 din modelul contractului ca fiind Tn+1= Tn x IPC (t1 - t2)/100, petenta solicită Consiliul să oblige autoritatea contractantă să o modifice, astfel încât aceasta să fie în concordanţă cu formula prevăzută pentru ajustarea tarifelor prin art. 14 din Ordinul ANRSC nr. 109/2007, respectiv:

$$\Delta_t = \frac{(\Delta_{ct} + \Delta_{ct} \times r\%)}{Q},$$

unde:

Δct - creşterea cheltuielilor totale determinate de influenţele reale primite în costuri;

r% - cota de profit a operatorului;

Q - cantitatea programată în unităţi de măsură specifice, luată în calcul la nivelul avut în vedere la determinarea tarifului actual.

De asemenea, petenta menționează că, potrivit Studiului de oportunitate al delegării, publicat de autoritatea contractantă în SEAP, operatorul are dreptul la modificarea tarifelor în cazul modificării elementelor de cost al serviciului, existând obligaţia prevederii în Contract a unei clauze exprese în acest sens. Aceste obligaţii sunt cuprinse în art. IV.3 şi art. VII par. 3 din Studiul de oportunitate.

C. Contestatoarea susține că perioada de preaviz aferentă rezilierii unilaterale a contractului, stabilită la art. 15.2 lit. b) din modelul acordului-cadru, se impune a fi clarificată, pentru următoarele motive:

Prin art. 15.2 lit. b) din modelul acordului-cadru se prevede că *„Acordul cadru poate înceta şi în următoarele cazuri: b) prin rezilierea de către o parte ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a obligaţiilor asumate prin prezentul acord-cadru, de către cealaltă parte, cu notificarea prealabilă de 90 de zile a părţii în culpă. Rezilierea intervine în mod automat fără intervenţia instanţei judecătoreşti şi fără îndeplinirea vreunei formalităţi prealabile, după expirarea unui termen de 30 de zile de la data notificării pe care partea lezată o va trimite părţii în culpă pentru a-i anunţa rezilierea."*

Raportat la modul de redactare al articolului, consideră că cele două termene, de 90 de zile, respectiv 30 de zile sunt contradictorii, fiind necesar să se clarifice în ce termen, de la comunicarea notificării de reziliere, va avea loc încetarea contractului.

Prin răspunsul la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsurile de remediere solicitate.

Petenta apreciază că, în cazul în care autoritatea contractantă doreşte ca rezilierea unilaterală să urmeze o procedură în două etape *(respectiv (1) comunicarea unei notificări prealabile, părţii în culpă, prin care se indică neexecutările/executările neconforme şi se solicită remedierea în termen de 90 de zile şi (2) în cazul în care neconformităţile nu se rezolvă, se comunică o notificare de reziliere, ce duce la încetarea contractului în termen de 30 de zile)*, se impune modificarea articolului criticat, astfel încât aceste aspecte să rezulte cu claritate din text. Pentru acest motiv, aceasta solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere.

D. Totodată, contestatoarea critică maniera, nelegală, în care autoritatea contractantă a înţeles să reglementeze încetarea contractului, prin art. 15.2 lit. B din acordul-cadru, astfel:

Prin art. 15.2. lit. B din modelul acordului-cadru se prevede că *„Acordul-cadru poate înceta şi în următoarele cazuri: c) prin denunţare unilaterală, fără punere în întârziere şi fără intervenţia instanţelor judecătoreşti, de către promitentul achizitor în următoarele situaţii: B) în situaţia în care se înregistrează două abateri săvârşite de promitentul prestator în derularea contractelor subsecvente.*"

Prin Notificarea prealabilă, petenta a arătat că noţiunea de „abateri" nu este definită în mod suficient, motiv pentru care utilizarea acesteia în textul criticat oferă autorităţii contractante posibilitatea de a invoca denunţare unilaterală a contractului în orice situaţie, printr-o manifestare de voinţă arbitrară.

Din acest motiv, a solicitat autorităţii contractante să clarifice noţiunea de „abateri", astfel încât să se detalieze câmpul de cuprindere al acesteia, cu indicarea categoriilor de abateri ce pot atrage denunţarea contractului, modul de manifestare a acestora, gravitatea lor, eventuala procedură de notificare a operatorul cu privire la acestea şi termenele în care este ţinut să le remedieze şi a oricăror alte elemente necesare pentru a se putea verifica şi confirma existenţa unor astfel de eventuale abateri, în cazul în care aceasta este invocată pentru justificarea încetării contractului.

Prin răspunsul la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere în sensul definirii noţiunii de „abateri", arătând că *„Abaterile despre care se face vorbire în formularea art. 15.2 lit. B reprezintă încălcări ale obligaţiilor contractuale prevăzute la art. 9 din acord-cadru, precum şi orice încălcări ale obligaţiilor prestatorului prevăzute în caietul de sarcini şi constatate de reprezentanţii achizitorului (autorităţii contractante).*"

Petenta consideră că, prin răspunsul oferit nu s-a reuşit îndepărtarea riscului de arbitrariu cu privire la noţiunea de abateri, întrucât, pe lângă indicarea unor neexecutări concrete (art. 9 din modelul acordului-cadru) autoritatea contractantă a menţinut posibilitatea invocării oricăror alte abateri de la contract pentru justificarea denunţării acestuia. Acest lucru menţine în favoarea autorităţii posibilitatea de a dispune încetarea contractului în orice situaţie crede de cuviinţă, fără ca operatorul să aibă posibilitatea de a contesta, cu şanse de reuşită, legalitatea unei astfel de măsuri.

În aceste condiţii, consideră că dreptul ca autoritatea contractantă să denunţe contractul în cazul oricărei abateri a operatorului, oricât de mică ar fi aceasta (cu condiţia să se repete cel puţin odată) este în măsură să lase fără substanţă dezideratul securităţii şi continuităţii serviciului.

Din acest motiv, petenta solicită Consiliul să oblige autoritatea contractantă să precizeze, în mod expres, care sunt abaterile care pot duce la aplicarea art. 125 alin. (2) lit. B din modelul acordului-cadru, modul de manifestare a acestora, gravitatea lor, eventuala procedură de notificare a operatorul cu privire la acestea şi termenele în care este ţinut să le remedieze. De asemenea, solicită să se menţioneze expres

faptul că nu pot reprezenta temei al denunţării contractului abaterile constatate care au fost remediate în termenul acordat sau după caz, s-a dovedit că nu sunt reale.

Prin adresa nr. …..C4/26.02.2018, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiilor, solicitând punctul de vedere cu privire la acestea, precum și copia dosarului achiziției.

Prin punctul de vedere nr. 17607/28.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 7923/27.02.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei înaintată de SC …. SRL, apreciind că procedura de atribuire s-a derulat cu respectarea art. 2 alin. (2), precum și a celorlalte prevederi ale Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice.

SC … a depus Notificare prealabilă în data de 08.02.2018, iar autoritatea contractantă, respectând prevederile art. 161 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, a răspuns în data de 12.02.2018, 14.02.2018 și 23.02.2018, fiind postate în SEAP.

Cu privire la aspectele de nelegalitate din documentația de atribuire, contestate de SC … SRL, aceasta susține următoarele:

1. Referitor la critica potrivit căreia *„art. 57 din caietul de sarcini, privind garanţia de bună execuţie, nu este în concordanță cu prevederile art.III.1.1 b) din fișa de date a achiziţiei și ale art. 11 din Modelul de contract subsecvent*", autoritatea contractantă arată că a răspuns la cererea potenţialului ofertant odată cu Răspunsul la clarificari din 12.02.2018.

2. În ceea ce privește *„nelegalitatea modului în care a înțeles autoritatea contractantă să reglementeze în cuprinsul documentaţiei de atribuire mecanismul modificării și cel al ajustarii tarifelor",* autoritatea contractantă își susţine în continuare punctul de vedere transmis operatorului economic în data de 14.02.2018.

Autoritatea contractantă subliniază că SEAP a cerut expres eliminarea modului de actualizare a preţului după formula prevăzută în Ordinul ANRSC nr. 109/2007 și anexează motivele de respingere a documentaţiei de atribuire transmise de SEAP la data de 13.12.2017.

3. Privitor la *„perioada de preaviz aferentă rezilierii unilaterale a contractului stabilită la art. 15.2 lit. b) din modelul de acord-cadru se impune clarificată*", autoritatea contractantă susţine menţinerea prevederilor art. 15.2 lit. B din modelul de acord-cadru.

4. În ceea ce privește solicitarea de *„clarificare a noțiunii de «abateri», folosită în art. 15.2 lit. b) din modelul de acord-cadru*", autoritatea contractantă susține în continuare prevederile art. 15.2 lit. b) din modelul de acord-cadru, așa cum au fost ele explicate în clarificările din 14.02.2018.

Prin cea de a doua contestaţie formulată împotriva rezultatului procedurii, ...SA în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura indicată mai sus, critică o serie de cerințe din documentația de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

A. În primul rând, contestatoarea susţine că are un interes legitim legat de aceasta procedură, deoarece este un potenţial ofertant şi este interesată de legalitatea desfăşurării acesteia, precum şi de detaliile legate de modul de prestare a serviciilor, pentru a putea întocmi o ofertă conformă şi competitivă.

Aceasta arată că justifică nu numai un interes potenţial sau eventual, ci unul real, actual şi serios, material, justificat de interesul său economic şi fundamentat pe principiul specialităţii capacităţii de folosinţă, fiind o societate care activează în domeniul salubrizării şi care consideră că prin prisma experienţei similare, dar şi a posibilităţilor reale de susţinere, implicare şi finalizare cu succes a proiectului de achiziţie publică, îşi legitimează participarea în cadrul procedurii. Totodată, se consideră prejudiciată sub aspectul prevederilor documentaţiei de atribuire, pe care le consideră ca fiind neconforme principiilor care guvernează materia achiziţiilor publice, instituindu-se premise similare unor ingerinţe relaţiei de transparenţă şi egalitate competiţională între ofertanţi, cu atât mai mult cu cât criteriul economic este cel care trebuie să prevaleze, iar din acest punct de vedere poziţia sa, în calitate de ofertant, este afecatată în detrimentul posibil al unor alţi potenţiali ofertanţi, fiind astfel dezavantajat în cuprinsul procedurii prin instituirea unor prevederi fără un fundament real economic.

B. De asemenea, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere în urma notificării depuse, deşi s-ar fi impus măsuri corespunzătoare:

1) În documentaţia de atribuire se stabileşte că se va încheia acord-cadru cu 4 operatori. Această prevedere încalcă principiul dreptului exclusiv al operatorului de salubrizare de a presta serviciile şi obligaţia autorităţii contractante de a asigura exclusivitatea prestării, în conformitate cu prevederile Legii nr. 51/2006 şi Legii nr. 101/2006.

Petenta a solicitat să se ia măsuri de remediere prin renunţarea la prevederea care impune încheierea unui acord-cadru cu patru operatori şi înlocuirea ei cu prevederea că se va încheia acord-cadru cu un singur operator, care va beneficia şi de exclusivitatea prestării serviciilor care fac obiectul contractului. De asemenea, solicită ca toate prevederile în acest sens, din documentaţie, să fie corectate sau excluse.

Legea serviciului de salubrizare a localităţilor nr. 101/2006 prevede:

*Art. 9. - (1) în exercitarea prerogativelor acordate prin prezenta lege, autorităţile administraţiei publice locale au, faţă de operatorul serviciului de salubrizare, următoarele obligaţii:*

*f) să acorde operatorului dreptul exclusiv de a presta activitatea prin hotărârea de dare în administrare/hotărârea de atribuire a contractului de delegare a gestiunii, fără a aduce atingere fluxului de deşeuri de echipamente electrice şi electronice, baterii şi acumulatori;*

*Art. 20. - (1) în relaţia cu utilizatorii, direcţi sau indirecţi, drepturile şi obligaţiile operatorilor serviciului de salubrizare rezultă din hotărârile*

*de dare în administrare, din contractele de delegare a gestiunii şi din contractele de prestare a serviciului.*

*(2) Operatorii, în conformitate cu prevederile legale, au dreptul la:*

*e) exclusivitatea prestării serviciului de salubrizare pe raza unităţilor administrativ-teritoriale, acordată fie în baza hotărârii de dare în administrare, fie în baza hotărârii de atribuire şi a contractului de delegare a gestiunii.*

În opinia petentei, un acord-cadru încheiat cu 4 operatori nu este de natură să asigure exclusivitate prestării serviciului de salubritate pe raza unităţii administrativ teritoriale. Regula exclusivităţii a fost impusă prin lege, din motive legate de unitatea şi continuitatea prestaţiei, de protecţia mediului şi din motive legate de rentabilitatea activităţii. Schimbarea operatorului de salubritate va afecta caracterul unitar şi continuu al prestaţiei. Activitatea de salubrizare presupune un sistem unitar de prestaţie şi o activitate programată riguros. Fiecare schimbare de prestator înseamnă şi o schimbare a sistemului de prestaţie şi a programului, de asemenea, este vorba de schimbare a mijloacelor de lucru, a personalului.

Din punct de vedere legal, este vorba de un drept al operatorului de salubrizare şi de obligaţia corelativă a autorităţii contractante de a asigura acest drept, în speţă, dreptul la exclusivitatea prestaţiei.

Încheind un acord-cadru cu 4 operatori, autoritatea contractantă încalcă acest drept, încă din faza de licitaţie, pentru atribuirea contractului de servicii.

2) Valoarea estimată a acordului-cadru, conform fişei de date, este între 4,407,948.80 şi 176,191,795.22 lei. Ordinul de variaţie al valorii este mult prea mare raportat la ceea ce urmează a fi prestat, necesitatea de servicii şi este neadaptat faţă de necesarul de utilaje impus prin cerinţele caietului de sarcini pentru a fi folosit exclusiv în .... De asemenea, valoare estimată maximă este redusă în raport cu volumul de servicii şi solicitările caietului de sarcini.

Astfel, petenta a solicitat să se ia măsuri de remediere prin stabilirea unui ordin de variaţie adecvat al valorilor estimate minime şi maxime şi recalcularea valorii maxime estimate a serviciilor care fac obiectul acordului-cadru şi a fiecărui contract subsecvent.

În Anexele 2.1 si 2.2 ale caietului de sarcini cantităţile estimate de prestaţii pentru cel mai mic la contract subsecvent sunt de un metru pătrat pentru fiecare operaţiune. Cum din documentaţia de atribuire nu rezultă în ce mod vor fi atribuite aceste contracte subsecvente, posibilităţile sunt dintre cele mai diverse, adică este posibil ca un ofertant să încheie contract pentru a executa toate operaţiunile pe o suprafaţă de un metru pătrat, cu excepţia operaţiunilor de deszăpezire, în cadrul cărora fiecare utilaj poate să staţioneze şi să acţioneze timp de câte o oră, în cadrul unui contract subsecvent.

Dacă se face abstracţie de acest aspect şi dacă se corelează cantitatea minimă cu valoarea minimă aferentă întregului acord-cadru, se observă că între cantitatea minimă şi cantitatea maximă există un

raport de 1/4, în timp ce între valoarea minimă şi valoarea maximă raportul este de 1/40. Există necorelări majore între cantităţi şi valori. La o analiză sumară se observă că autoritatea vrea să susţină că pentru asigurarea serviciului de salubritate într-o perioadă de 4 ani poate să consume/cheltuiască o sumă dată, sau o sumă de 40 de ori mai mare şi poate să presteze un volum X de servicii, sau un volum de 4 ori mai mare. Într-un an ar putea să asigure măturarea unor suprafeţe de străzi, iar în anul următor suprafeţele de străzi măturate să fie de 4 ori mai mici.

Există o disproporţie majoră şi între cerinţele legate de dotări şi utilaje şi cantităţile minime de prestaţii. Nu este normal să i se impună unui prestator să deţină şi să pună la dispoziţia exclusivă a unei municipalităţi un parc de utilaje foarte dezvoltat, în timp ce autoritatea nu îşi asumă nicio obligaţie legată de asigurarea frontului de lucru minimal pentru utilajele şi dotările care sunt solicitate. Contractul este supus unor riscuri majore ca volumul de prestaţii să se afle sub pragul de rentabilitate.

Din documentaţia de atribuire nu rezultă clar dacă autoritatea contractantă a stabilit valoarea estimată prin raportare la cheltuielile reale, la cerinţele impuse ofertanţilor prin documentaţia de atribuire, în mod special prin caietul de sarcini, iar, pentru stabilirea valorii estimate autoritatea contractantă ar trebui să se raporteze la costurile reale şi actuale ale serviciilor. Valoarea estimată trebuie să fie una justificată - justificarea trebuie să fie cuprinsă în Strategia de contractare, conform normelor metodologice - şi nu una stabilită aleatoriu şi care să poată să varieze în nişte limite atât de largi.

3) Pentru atribuirea acordului-cadru s-a stabilit criteriul "preţul cel mai scăzut". Având în vedere complexitatea serviciilor solicitate, cât şi caracteristicile lor speciale, acest criteriu este inadecvat.

Astfel, petenta solicită să se ia măsuri de remediere prin înlocuirea criteriului „preţul cel mai scăzut" cu criteriul „cel mai bun raport calitate preţ", cu factori de evaluare de natură să asigure o competiţie corectă între ofertanţi.

În opinia sa, aplicarea acestui criteriu constituie, în mod direct, o încălcare a …. din 26 februarie 2014 privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE. Însăşi legislaţia europeană în materie impune regula ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, în adoptarea criteriului de atribuire subsumat acestui concept considerând că acesta corespunde criteriului "cel mai bun raport calitate-preţ”.

Chiar dacă la nivel naţional, în reglementarea incidentă, i se oferă autorităţii contractante posibilitatea ca, în scopul determinării ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, să poată alege sau stabili în mod discreţionar, conform art. 209 alin. (3), unul din criteriile reglementate la lit. a)-d), printre care şi criteriul preţului cel mai scăzut, aceste prevederi nu se pot interpreta exclusiv, ci restrictiv, doar prin coroborare cu dispoziţiile art. 209 alin. (8) care impune ca, în materia

contractelor de servicii „care presupun activităţi cu nivel de complexitate ridicat", să nu poată stabili criteriul economic prin prisma preţului cel mai scăzut.

Petenta susţine că, deşi legea permite adoptarea criteriului „preţul cel mai scăzut", cazurile în care poate fi aplicat sunt de strictă interpretare.

Or, potrivit principiului de drept, excepţiile sunt de strictă interpretare şi aplicare, *exceptio strictissimae interpretationis et aplicationis est*.

Regula instituită de lege şi directivă este aceea că se aplică criteriul „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", cu accentul pe cel mai bun raport calitate preţ, ceea ce înseamnă că „preţul cel mai scăzut" este un criteriu care se aplică numai în mod excepţional, pentru produse, servicii şi lucrări care se pretează la aplicarea acestui criteriu, cu predilecţie în materia produselor standardizate, mai ales specifice acelor contracte care privesc bunuri de gen.

Problema autorităţii contractante este aceea de a determina dacă serviciile care fac obiectul achiziţiei se pretează, sau nu, aplicării acestui criteriu.

Mai concret, în Recitalul 89 din Directiva 24/2014 se prevede că utilizarea sintagmei „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic" drept concept imperativ şi că pentru evitarea confuziei ar fi necesar să se folosească o altă terminologie, în speţă expresia „cel mai bun raport calitate preţ" pentru a defini „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic". Rezultă că aplicarea criteriului „preţul cel mai scăzut" reprezintă o excepţie, iar aceasta este în mod categoric de strictă interpretare, privind doar acele situaţii în care „preţul cel mai scăzut" conduce la obţinerea „ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic", implicit la „cel mai bun raport calitate preţ", interpretarea situaţiilor fiind lăsate la latitudinea autorităţilor contractante.

Aceasta, deoarece, legiuitorul român, transpunând legislaţia europeană, a decis să lase la latitudinea autorităţilor contractante decizia privitoare la cazurile de aplicare ale criteriului preţul cel mai scăzut, stabilindu-l ca obligatoriu la un singur tip de prestaţii, cele indicate şi de Consiliu.

Alegerea legiuitorului se justifică prin aceea că gama de servicii, produse şi lucrări este foarte largă şi de multe ori îmbracă o serie de aspecte particulare, încât generalizarea aplicării unui criteriu pentru gama largă de tipuri de servicii ar fi periculoasă şi ar putea implica soluţii inadecvate. A rămas la latitudinea fiecărei autorităţi contractante să stabilească, în raport de propriile interese, aplicarea acelui criteriu foloseşte cel mai bine scopurilor sale.

În cazul de faţă, este vorba de un serviciu care presupune un personal uman calificat, cerut chiar prin caietul de sarcini, bine organizat şi bine condus, o logistică specială şi o mentenanaţă a acestora cu costuri ridicate, care să asigure calitate şi sustenabilitatea, caracterul

continuu al acestui serviciu de importanţă vitală în comunitate. Toate aceste elemente determină calitatea finală a serviciului prestat, cu consecinţe directe în privinţa posibilităţii de protejare şi salvgardare a interesului public şi nu de a accepta cerinţe sau criterii de atribuire care creează premisele înlăturării unui mediu concurenţial liber, în detrimentul calităţii unui serviciu de interes public prestat exclusiv în mod eficient şi nu într-o modalitate care în viitor ar periclita acest serviciu prin imposibilitatea asigurării continuităţii şi eşecului în executarea obligaţiilor asumate de către ofertanul cu preţul cel mai scăzut şi care elimină din start condiţia calităţii serviciului prestart.

Concluzia cea mai importantă este aceea că şi în cazul în care se foloseşte criteriul preţul cel mai scăzut acesta se va folosi tot cu scopul definit de a obţine oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, caracterizată prin cel mai bun raport calitate preţ.

Scopul unei autorităţi, când urmăreşte să obţină oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, nu este acela de a obţine preţul cel mai scăzut, ci acela de a obţine cel mai bun raport calitate preţ.

Iar prin aplicarea criteriului preţul cel mai scăzut se poate obţine cel mai bun raport calitate preţ atunci când este vorba de bunuri de gen, fungibile etc. În mod particular, în cazul de faţă, criteriul „preţul cel mai scăzut" nu corespunde scopurilor în care sunt achiziţionate serviciile care fac obiectul viitorului contract. Prestarea de servicii de salubrizare într-un oraș de asemenea dimensiune reprezintă un proiect destul de complicat, dacă este abordat cu seriozitate.

În cadrul proiectului sunt implicaţi, conform caietului de sarcini, foarte mulţi oameni, organizaţi în schimburi şi echipe, oameni care aplică tehnologii specifice, folosesc autospeciale şi utilaje profesionale. Organizarea serviciului presupune un nivel de pregătire şi experienţă în domeniu. Programarea şi organizarea este esenţială în acest context, ele putând constitui nişte factori de evaluare relevanţi ai ofertelor.

Caietul de sarcini descrie la modul general şi lapidar serviciile care urmează să fi prestate, fără să intre în detaliile legate de programul individual, programul echipelor de lucru, organizarea acestora. Modul de organizare şi de prestare a serviciului, în detaliu, ar trebui să constituie o propunere a ofertantului, care îşi asumă nişte obligaţii concrete şi se obligă să le ducă la îndeplinire.

Dacă aceste obligaţii constituie factori importanţi în evaluarea ofertelor, atunci, pentru a obţine punctaje cât mai mari la aceşti factori de evaluare, ofertanţii vor căuta să elaboreze propuneri tehnice cât mai detaliate, care să demonstreze un nivel de calitate cât mai ridicat. Interesul ofertanţilor se va muta către o competiţie pozitivă, în sensul că prin ofertele pe care le vor face vor căuta să îşi demonstreze competenţa profesională şi capacitatea de a presta servicii de înalt nivel.

Beneficiile autorității contractante ar fi majore, deoarece în acest fel, ofertanţii sunt încurajaţi să îşi asume obligaţii importante, dând dovadă de profesionalism.

Comisia nu va mai avea rolul pasiv al unui grup de persoane care asistă la competiţie şi constată care este preţul cel mai scăzut, atribuind contractul pe acest criteriu, ci va avea un rol activ în desemnarea câştigătorului, pe baza aprecierii propunerilor făcute de acesta.

În locul unui serviciu supus constrângerilor minimale enunţate în caietul de sarcini, va achiziţiona un serviciu propus în scopul de a atinge cel mai înalt nivel calitativ, asumat în totalitate prin propunerea tehnică a ofertantului.

Colectivul care elaborează documentaţia de atribuire şi membrii comisiei de evaluare trebuie să acţioneze cu diligenţa celui mai bun gospodar în cadrul procesului de achiziţie, să achiziţioneze serviciile ca şi cum le achiziţiona pentru sine.

Un ofertant poate câştiga o procedură cu preţul cel mai scăzut, iar ulterior să presteze servicii sub nivelul impus pentru a realiza beneficii mari, prin influenţarea sau coruperea mecanismelor de control al nivelului calitativ şi conformităţii prestaţiilor. Posibilităţile şi pârghiile de controlul după ce contractul a intrat în executare sunt mult limitate faţă de posibilităţile de control asupra unei proceduri de achiziţii. Chiar dacă se realizează o procedură de achiziţie într-un mod aparent cinstit, prin aplicarea criteriului preţul cel mai scăzut, ulterior, printr-o serie de practici incorecte, sensul şi scopul achiziţiei este deturnat şi aceasta este practica actuală curentă, cea mai frecventă, cea care, de fapt, constituie pericolul real din acest moment.

Principiului asumării răspunderii pentru deciziile luate şi acţiunile realizate de către toţi cei implicaţi în procesul de achiziţie, care este unul dintre principiile ce trebuie să guverneze achiziţiile publice, este neaplicabil în cazul în care se optează pentru criteriul preţul cel mai scăzut. Alegerea capătă o caracteristică neutră, neimplicând asumarea răspunderii. Câştigătorul este desemnat doar de cifra care reprezintă preţul cel mai scăzut. Chiar şi ofertele tind să se reducă la cifre. Asumarea răspunderii înseamnă că membrii comisiei şi persoanele implicate în achiziţia publică trebuie să decidă cui vor atribui contractul.

În condiţiile în care se întocmeşte o documentaţie de atribuire bună, atunci responsabilitatea majoră a comisiei este aceea de a desemna un prestator câştigător al procedurii şi nu aceea de a face comparaţii între nişte cifre care reprezintă preţuri ofertate.

Faptul că nu este interzis expres să fie folosit şi este, practic, permisă folosirea lui ca expresie a ofertei economice celei mai avantajoase, nu înseamnă că se poate apela la acest criteriu fără distincţie şi fără discernământ, în toate cazurile, afectând raţiuni economice, interesul public şi mai ales creând premisele ofertării din partea unor licitatori, cu preţuri derizorii, fără justificare şi sustenabilitate economică, care cu rea-credinţă apelează la preţuri de dumping, doar pentru a se plasa pe o poziţie superioară în clasament şi a câştiga contractul, ca în final să nu ofere serviciul de calitate urmărit şi subsumat unor ingerinţe imperative de calitate, continuitate şi satisafacere a intereselui public în considerarea căruia a fost instituit.

Din recitalurile directivelor, din documentele programatice, cum ar fi „Strategia Europa 2020" a Comisiei Europene şi „Strategia Naţională în Domeniul Achiziţiilor Publice" a Guvernului României reiese foarte clar că se impune utilizarea criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic ca regulă, iar preţul cel mai scăzut numai ca excepţie. Toate aceste documente obligă la eficienţa utilizării fondurilor şi la urmărirea acestei eficienţe în realizarea achiziţiilor publice. Strategia 2020 a Comisiei Europene impune ca achiziţiile publice să se realizeze în sensul eficienţei utilizării fondurilor. Strategia naţională în domeniul achiziţiilor publice a Guvernului României este critică faţă de tendinţa anterioară de folosire excesivă a criteriului preţul cel mai scăzut.

Astfel, autoarea contestaţiei solicită Consiliului, subsumat aceluiaşi caz bine justificat, o interpretare corectă, şi anumea aceea că preţul cel mai scăzut este expresia adecvată a celui mai bun raport calitate preţ şi, implicit, a ofertei cele mai bune din punct de vedere economic strict în cazurile în care obiectul achiziţiei este format din produse servicii sau lucrări standardizate ori generice, care pot fi definite prin specificaţii exacte, de la care un ofertant nu se poate abate pentru a afecta nivelul calitativ al acestora.

Însă, în cazul serviciilor de salubrizare subsumate unor cerinţe circumscrise unor condiţii de calitate care să satisfacă interesele generale, publice, astfel de situaţii sunt extrem de rare, iar în cazul serviciilor de salubrizare şi deszăpezire sunt chiar excluse.

4) Prin anexele la caietul de sarcini se solicită ca viitorii prestatori să asigure o dotare cu autospeciale şi utilaje inadecvate sau care trebuie să îndeplinească nişte caracteristici tehnice nenecesare şi neutile pentru derularea contractului si executarea serviciilor. Se solicită asigurarea unei dotări cu autobasculante cu greifer, greder, buldozer, excavator, deşi era suficient să se solicite autobasculante sau utilaje multifuncţionale cu tracţiune pe două axe. Nu se poate justifica cumularea condiţiilor legate de numărul total de axa şi numărul de axe motorii şi o serie de utilaje specifice activităţilor de construcţii de drumuri, care nu sunt necesare pentru activităţile specifice de salubrizare.

Petenta solicită autorităţii să excludă din cerinţele referitoare la utilajele care nu sunt specifice activităţii de salubrizare: graifer, Greder, buldozer, excavator şi să adapteze cerinţele privitoare la autobasculante şi utilaje de salubrizare la necesităţile reale.

Dotările enumerate de petentă în notificarea prealabilă (cerute de autoritate prin caietul de sarcini) sunt, în principiu, destinate activităţilor de construcţii de drumuri sau activităţi forestiere şi nu se pretează la activităţi de salubrizare si dezăpezire, sau cel puţin nu sunt uzuale. Oricum, sunt în totalitate înlocuibile, deoarece există utilaje specializate pentru activităţi de salubrizare şi deszăpezire care pot executa toate activităţile indicate în caiete de sarcini.

În plus, printre activităţile din caietul de sarcini nu există niciuna pentru care aceste utilaje să fi necesare ori utile. Din modul de descriere

al activităţilor nu se poate stabili că vreunul din aceste utilaje este necesar, iar dacă se poate totuşi forţa nota şi să se stabilească o utilitate a unui astfel de utilaj, cu certitudine există utilaje specializate de salubrizare care pot înlocui utilajul respectiv cu performanţe superioare pentru activitatea descrisă în caietul de sarcini.

În concluzie, petenta apreciază că toate aceste dotări nu sunt justificate.

Având în vedere faptul că nu sunt dotări deţinute în mod uzual de către operatorii serviciilor de salubritate şi nici nu sunt folosite sau destinate prestării serviciilor de salubrizare, consideră că acele clauze ale documentaţiei de atribuire, care impun deţinerea şi utilizarea de astfel de utilaje, constituie obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici, deoarece împiedică sau fac foarte dificilă participarea operatorilor de salubrizare la această procedură.

În speţă sunt aplicabile prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. Această documentaţie impune operatorilor de salubrizare să procure, într-un mod sau altul, utilajele solicitate, utilaje de care, în principiu, nu are nevoie şi pe care nici nu le va putea folosi în activitatea curentă.

În fişa de date a achiziţiei nu se face nicio referire la aceste dotări, deci, în conformitate cu prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, clauzele referitoare la ele ar putea fi considerate ca nescrise.

Cu privire la disproporţia şi neacoperirea frontului de lucru pentru astfel de utilaje, petenta arată că a făcut referire la capitolul legat de valoarea estimată, dar constată că se adaugă şi un alt impediment: se impune ca toate dotările deţinute/solicitate prin caietul de sarcini să fie strict destinate prestării serviciilor în ..., excluzând posibilitatea oricărei optimizări, în condiţiile în care autoritatea nu îşi asumă obligaţia de a asigura front de lucru.

În opinia sa, aceste clauze trebuie eliminate din documentaţia de atribuire. Autoritatea trebuie să ceară ca operatorul să deţină o dotare cu autospeciale şi utilaje adecvate prestaţiei, pentru care, în baza contractului, se asigură şi frontul de lucru şi a căror utilizare poate fi optimizată în cadrul acestui contract, generând cheltuieli rezonabile acoperite în totalitate de veniturile aferente.

5) În modelul de contract sunt introduse cerinţe referitoare la restituirea sumelor constatate ca fiind necuvenite de către organele abilitate şi dreptul de denunţare unilaterală a contractului, fără motiv, de către autoritatea contractantă. Contestatoarea susţine că introducerea în contract a unei clauze prin care prestatorul să poată fi obligat să restituie sume de bani, doar pe baza unui control, are caracter abuziv, deoarece ar putea exclude dreptul prestatorului de a se apăra.

Petenta solicită remedierea acestora prin excluderea articolelor care impun condiţiile de mai sus din modelele de acord-cadru şi contract sau reformularea lor în sensul că obligaţia prestatorului de plată nu poate să excludă dreptul acestuia de a contesta în instanţă constatările organelor

abilitate, iar restituirea sumelor să se facă, în această situaţie, doar după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătoreşti care obligă la restituirea sumelor respective. În privinţa rezilierii unilaterale, aceasta ar trebui să fie făcută întotdeauna pe baza unor motive clar formulate din contract, ea nu poate fi lăsată la latitudinea unei părţi.

Legislaţia în domeniu conţine clauze care impun restituirea sumelor constatate de organele abilitate ca încasate necuvenit, însă includerea unei astfel de clauze în contract, pe lângă faptul că nu este utilă, legea fiind suficientă pentru a obliga la o anumită atitudine, poate fi interpretată ca o renunţare expresă a operatorului la dreptul de a contesta orice constatare nelegală sau care nu corespunde adevărului, făcută de orice tip de organ abilitat. Este practic o renunţare la dreptul la apărare, dacă printr-o clauza a unui contract o parte se obligă să restituie sume încasate la simpla constatare a unei presupuse nelegalităţii. În principiu, orice nelegalitate este definitiv constatată numai după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătoreşti sau expirarea termenului legal pentru exercitarea unei căi de atac în virtutea faptului că orice persoană fizică sau juridică are dreptul la apărare, iar acest drept este inalienabil. Autoritatea îşi poate recupera sumele imediat, direct de la operatorul economic aflat în culpă, dacă acesta nu contestă constatarea organului abilitat sau după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătoreşti când acesta contestă.

Acordarea unui drept de denunţare unilaterală a unui contract de către o parte generează o asimetrie contractuală majoră în privinţa drepturilor şi obligaţiilor părţilor. O parte care are dreptul să denunţe unilateral contractul poate să se eschiveze de la executarea oricărei obligaţii prin simpla denunţare, sau poate să pună cealaltă parte în inferioritate, ori să îi provoace daune majore prin simpla reziliere unilaterală. Aceste motive sunt suficiente pentru a nu se admite că o parte să aibă dreptul să rezilieze unilateral un contract, decât pentru cauze, ori raţiuni, clar şi in detaliu definite în clauzele acelui contract. Modul în care autoritatea contractantă încearcă să impună o astfel de clauză este abuziv. Conform art, 1203 din Noul cod civil, aceasta este o clauză neuzuală.

Cel puţin, în modelul de contract ar trebui să se precizeze că această clauză este supusă unei acceptari exprese şi scrise de către cealaltă parte.

Oricum, art. 222-223 din Legea nr. 98/2006 reglementează detaliat situaţiile în care poate fi denunţat unilateral contractul, acestea au fost deja preluate în contract şi nu mai este necesară introducerea unei alte clauze de denunţare unilaterală.

Prin punctul de vedere nr. 17608/28.02.2018, înregistrat la Consliu cu nr. 8232/28.02.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei înaintată de ...SA, apreciind că procedura de atribuire s-a derulat cu respectarea dispozițiilor art. 2 alin. (2), precum și ale celorlalte prevederi ale Legii nr. 98/2016 privind achiziţiile publice.

Cu privire la aspectele de nelegalitate din documentaţia de atribuire invocate de contestatoare, autoritatea susţine punctual următoarele:

*1. Renunţarea la prevederea care impune încheierea unui acord-cadru cu patru operatori econimici şi înlocuirea ei cu prevederea că se va încheia un acord-cadru cu un singur operator care va beneficia şi de exclusivitatea prestării serviciilor care fac obiectul contractului*

Autoritatea contractantă arată că a lămurit această neconcordanţă odată cu răspunsul la clarificări şi susţine în continuare prevederea că se va încheia acordul-cadru cu 4 operatori economici din motive de siguranţă a continuităţii prestării serviciilor. Mai mult, se va încheia acordul-cadru cu 4 operatori economici, dar primele contracte subsecvente se vor încheia cu ofertanţii calificaţi care au depus oferte cu cele mai mici preţuri pentru fiecare lot în parte. Nu se pune problema încheierii unui contract cu un singur operator economic care va beneficia de exclusivitate în prestarea serviciilor.

*2. Stabilirea unui ordin de variaţie adecvat al valorii estimate minime şi maxime şi recalcularea valorii maxime estimate a serviciilor care fac obiectul acordului-cadru şi al fiecărui contract subsecvent.*

Autoritatea contractantă precizează că îşi susţine în continuare punctul de vedere transmis operatorului economic şi că valorile minime şi maxime ale acordului-cadru şi al fiecărui contract subsecvent au fost calculate având în vedere istoricul prestării de servicii similare, în ultimii 12 ani, pe teritoriul UAT Braşov.

*3. Înlocuirea criteriului "preţul cel mai scăzut" cu criteriul "cel mai bun raport calitate preţ", cu factori de evaluare de natură să asigure o competiţie corectă între ofertanţi.*

Autoritatea contractantă îşi susţine în continuare punctul de vedere transmis potenţialilor ofertanţi. Serviciile ce urmează a fi prestate pentru ducerea la îndeplinire a acordului-cadru şi al contractelor subsecvente sunt servicii cu caracter de repetabilitate zilnică, de complexitate redusă (măturatul, spălatul, stropirea, întreţinerea căilor publice şi cositul, greblatul şi întreţinerea curăţeniei în zonele verzi, precum şi combaterea înzăpezirii, combaterea lunecuşului (poleiului), activităţi de deszăpezire, de îndepărtare a zăpezii, de prevenire a înzăpezirii, şi de prevenire a producerii poleiului).

*4. Excluderea din documentaţia de atribuire a cerinţelor referitoare la utilaje care nu sunt specifice activităţii de salubrizare: graifer, greder, buldozer, excavator, şi adaptarea cerinţelor pivitoare la autobasculante şi utilaje de salubrizare la necesităţile reale.*

Autoritatea contractantă susţine în continuare cerinţele prevăzute în caietul de sarcini şi fişa de date a achiziţiei, având în vedere faptul că documentaţia de atribuire se bazeaza pe experienţa din ultimii 12 ani în derularea contractelor similare.

*5. Excluderea articolelor care impun restituirea sumelor constatate ca fiind necuvenite de către organele abilitate şi dreptul de denunţare unilaterală a contractului fără motiv, de către autoritatea contractantă din modelele de acord-cadru îi contract sau reformularea lor în sensul că*

*obligaţia prestatorului de plată nu poate să excludă dreptul acestuia de a contesta în instanţă constatările organelor abilitate, iar restituirea sumelor să se facă, în această situaţie, doar după ramânerea definitivă a unei hotărâri judecătoreşti care obligă la restituirea sumelor respective.*

Autoritatea contractantă susţine menţinerea articolelor din modelul de acord-cadru şi din modelul de contract subsecvent, aşa cum au fost postate în SEAP.

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

..., în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pe loturi (2 loturi), privind atribuirea contractului având ca obiect *„Delegarea serviciilor de salubrizare și deszăpezire a căilor publice din Municipiu Brașov”.* În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 182298/30.01.2018, valoarea estimată a procedurii fiind cuprinsă între 4.407.948,8 și 176.191.795,22 lei, fără TVA, data limită pentru depunerea ofertelor în SEAP fiind stabilită la 05.03.2018, ora 16:00.

Împotriva documentației de atribuire au formulat contestații SC …. SRL și SC ...SA, cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016 privind notificarea prealabilă.

Analizând contestația formulate de SC …. SRL, ce face obiectul dosarului nr. 599/2018, Consiliul constată că aceasta critică prevederi ale documentației de atribuire, prevederi considerate nelegale, solicitând:

- obligarea autorității contractate la luarea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire, în sensul modificării sau completării acesteia;

- obligarea autorității contractante să prelunegească termenul limită de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă care să permită operatorilor economici interesați să ia cunoștință de soluția CNSC și să elaboreze ofertele în consencință.

Un prim aspect criticat se referă la faptul că valoarea exactă și modul de constituire a garanției de bună execuție nu este stabilită în mod clar în documentația de atribuire.

În susținerea criticii contestatoarea arată să art. 57 din caietul de sarcini, privind garanția de bună execuție, nu este în concordanță cu prevederile art. III.1.1.b) din fișa de date și ale art. 11 din modelul Contractului subsecvent, precizând totodată că acest aspect a făcut obiectul notificării prealabile însă autoritatea contractantă nu a răspuns.

Legat de acest aspect, Consiliul constată că în fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.b) - Garanția de bună execuție, autoritatea contractantă a stabilit că *„Prestatorul are obligația de a constitui garanția de bună execuție a contractului în termen de 5 (cinci) zile lucrătoare de la data semnării contractelor subsecvente atribuite în baza acordului-cadru, cu respectarea prevederilor art. 39 și următoarele din HG 395/2016, în cuantum de 10% din valoarea fără TVA a contractului subsecvent atribuit”.*

În caietul de sarcini, la art. 57 autoritatea contractantă a prevăzut ca *„În termen de 30 de zile de la data încheierii contractului, prestatorul se obligă să constituie în favoarea beneficiarului o garanție de bună execuție în cuantum de 0,5% din valoarea estimată a contractului”.*

La art. 11 în modelul de Contract subsecvent este prevăzut astfel *„Garanția de bună execuție se constituie prin rețineri succesive din valoarea facturilor prezentate la plată. În acest caz prestatorul are obligația de a deschide un cont la dispoziția autorității contractante, la Trezoreria Statului, în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziție publică, conform art. 39 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Suma inițială care se depune de către contractant în contul astfel deschis este de 1% din prețul contractului. Pe parcursul îndeplinirii contractului, autoritatea contractantă urmează să alimenteze acest cont prin rețineri succesive din sumele datorate și cuvenite contractului până la concurența sumei stabilită drept garanție de bună execuție”.*

Cu privire la necorelările invocate de către contestatoare, Consiliul reține că acestea au făcut obiectul notificării prealabile transmisă cu adresa nr. 8183/08.02.2018, prin care sesiza autorității contractante, printre altele:

*„i. art. 57 din Caietul de sarcini privind garanția de bună execuție nu este în concordanță cu prevederile art. III.1.1.b) din Fișa de date și ale art. 11 din Modelul Contractului subsecvent”,* însă, prin adresa nr. 12002/2018 autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile fără a comunica un răspuns aferent întrebării notată cu litera „I”, afirmând prin punctul de vedere că a răspuns la clarificări în 12.02.2018.

Consiliul constată că în SEAP au fost postate 4 documente în data de 12.02.2018, însă în niciunul dintre acestea nu se regăsesc informații referitoare la garanția de bună execuție.

Prin urmare, având în vedere că într-adevăr, așa cum s-a invocat de către contestatoare, există neconcordanțe în cuprinsul documentației de atribuire cu privire la garanția de bună execuție, dovadă că nici autoritatea contractantă nu indică un anumit document sau răspuns legat de acest aspect despre care susține că a fost lămurit în data de 12.02.2018.

Astfel, Consiliul constată că se impune ca autoritatea contractantă să elimine neconcordanțele existente sub aspectul, cuantumului garanției de bună execuție, conținutul obligației pe care o are operatorul de îndeplinit în termen de 5 zile de la semnarea contractului, baza de calcul a garanției de bună execuție, suma ce trebuie constituită la finalul termenului de 5 zile, modul de contituire a garanției.

Consiliul va reține relevante și aplicabile dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare complete, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”,* prevederi de care autoritatea trebuie să țină seama în elaborarea documentației de atribuire astfel încât să permit potențialilor ofertanți întocmirea unor

oferte pe baza unor informații clare, caraterul neclar al acestor prevederi conducând ulterior la dificultăți în derularea contractului.

Față de cele constatate anterior, Consiliul va reține ca fondate criticile aduse aspectului analizat, motiv pentru care va dispune autorității contractante luarea unor măsuri de remediere în sensul înlăturării neconcordanțelor constatate.

Este criticat, de asemenea, și modul în care autoritatea contractantă a reglementat mecanismul ajustării „tarifelor", în susținerea criticii se arată că există deosebiri semnificative între ajustarea și modificarea tarifelor, deosebiri prevăzute de art. 4 lit. c) și lit. d) din Ordinul ANRSC nr. 109/2007.

Un aspect invocat de către contestatoare este acela potrivit căruia *„se impune menționarea expresă în cuprinsul documentației de atribuire a faptului că tarifele pot fi modificate în conformitate cu Ordinul ANRSC nr. 109/2007",* critică care va fi respinsă ca nefondată, întrucât în fișa de date, la cap. II.4.1) Ajustarea prețului contractului se precizează că:

*„Prețul contractului poate fi ajustat în conformitate cu art. 28 alin. (5) din HG 395/2016 – în următoarele sitauții: (…)*

*b. Ordinul ANRSC nr. 109/9 iulie 2007 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, modificare a tarifelor pentru activitățile specific serviciului de salubrizare stradală și deszăpezire a localității. (…)*

*- Ajustarea prețului se va face, în condițiile prevăzute de art. 6.2, prin următoarea formula de calcul:*

*Tn+1=TnxIPC (t1-t2)/100*

*Unde:*

*Tn+1 – tariful perioadei n+1 (tariful nou);*

*IPC(t1-t2) – Indicele prețurilor de consum pentru servicii, ramura apă-canal-salubritate, comunicat de Institutul Național de Statistică pentru perioada curentă luna anterioară lunii în care se face calcul sau la care se dorește actualizarea, prin raportare la data la care se calculează (Tn+1) raportat la perioada de referință (luna la care a fost calculate/aplicat Tn).*

*Tn – tariful actul",* iar autoritatea contractantă nu acceptă modificarea tarifului ofertat, ci doar ajustarea acestuia.

Analizând critica cu privire la mecanismul ajustării prețului contractului, Consiliul constată caracterul nefondat al acesteia, întrucât prin fișa de date autoritatea contractantă a stabilit modul de ajustare a prețului contractului, în conformitate cu prevederile Ordinului ANRSC nr. 109/2007, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a accepta modificarea tarifului.

Contestatoarea solicit, de asemenea, obligarea autorității contractante la modificarea formulei de ajustare a prețului prevăzută la punctul 6.2 din modelul de contract (n.n. model acord-cadru) astfel aceasta să fie în concordanță cu formula prevăzută de Ordinul nr. 109/2007, solicitare care se dovedește nefondată întrucât, așa cum s-a arătat anterior, la stabilirea prevederilor din documentația de atribuire referitoare la ajustarea prețului contractului s-au avut în vedere

dispozițiile Ordinului în discuție, informații care sunt corelate în cuprinsul întregii documentații de atribuire.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia dovada supunerii documentației de atribuire controlului ex ante al ANAP conform art. 14 din OUG nr. 98/2017, prin publicarea în SEAP a unui Aviz, despre care arată că nu a fost publicat, Consiliul le va respinge ca nefondate.

În acest sens, constată că potrivit art. 29 din actul normativ indicat *„Fac obiectul controlului ex ante în conformitate cu prevederile prezentei ordonanţe de urgenţă procedurile de atribuire şi modificările contractuale iniţiate după data de 15 iunie 2018”,* or, prezenta procedură de achiziție a fost publicată în SEAP în data de 30.01.2018.

În soluționarea criticilor, Consiliul va reține și împrejurarea că înainte de publicarea în SEAP a documentației de atribuire aferentă prezentei procedure de atribuire a respins în repetate rânduri documentația înaintată de către autoritatea contractantă, dovadă că aceasta a fost analizată riguros de către ANAP, una dintre recomandări vizând acest aspect, instituția precizând *„Model acord cadru: corelați informațiile privind posibilitatea de actualizare a prețului cu Fișa de date”.*

În acest context, Consiliul va respinge ca neîntemeiate susținerile contestatoarei potrivit cărora avizul ANAP nu ar constitui o garanție a unei documentații legale, situația de fapt confirmând, contrar afirmațiilor acesteia, că a existat un control efectiv ax ante al ANAP,

Un alt motiv de contestare îl constituie faptul că perioada de preaviz aferentă rezilierii unilaterale a contractului, stabilită la art. 15.2 lit. b din modelul de acord cadru se impune a fi clarificată.

Cu privire la acest aspect Consiliul constată că în modelul de Acord cadru la art. 15.2 lit. b este prevăzut faptul că *„15.2. Acordul cadru poate înceta și în următoarele cazuri: (…)*

*b) prin rezilierea de către o parte ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a obligaţiilor asumate prin prezentul acord-cadru, de către cealaltă parte, cu notificarea prealabilă de 90 de zile a părţii în culpă. Rezilierea intervine în mod automat fără intervenţia instanţei judecătoreşti şi fără îndeplinirea vreunei formalităţi prealabile, după expirarea unui termen de 30 de zile de la data notificării pe care partea lezată o va trimite părţii în culpă pentru a-i anunţa rezilierea."*

Prin notificarea prealabilă comunicată cu adresa nr. 8183/08.02.2018, contestatoarea a solicitat ca măsuri de remediere la lit.l) *„perioada de preaviz aferentă rezilierii unilaterale a contractului, stabilită la art. 15.2 lit.b din Modelul Acordului Cadru se impune clarificată”.* Autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile cu adresa nr. 12002/2018, arătând că *„menține formularea art. 15.2 litera b din modelul de acord cadru”.*

Consiliul constată că este criticat faptul că cele două termene, de 90 zile și 30 de zile sunt contradictorii, apreciind că este necesar să se clarifice în ce termen de la comunicarea notificării de reziliere va a avea loc încetarea contractului.

În acest sens, Consiliul constată că textul lit b) al art. 15.2 din Acordul-cadru nu are un conținut clar, în condițiile în care se poate înțelege că:

- termenul de 90 de zile reprezintă termenul notificării prealabile adresată părții în culpă;

- termenul de 30 de zile, este termenul în care intervine rezilierea în mod automat, *„după expirarea unui termen de 30 de zile de la data notificării (…)”.*

În fapt, din economia textului criticat rezultă că termenul de reziliere a contractului de 30 de zile este inclus în termenul de 90 de zile, notificarea prealabilă având același termen de 30 de zile pentru rezilierea contractului, situație în care cele 60 de zile sunt lipsite de relevanță.

În acest context, se impune ca autoritatea contractantă să dispună măsuri de remediere în sensul corelării, în mod clar, a limitelor de aplicabilitate a celor două termene de 90 și 30 de zile, criticile fiind astfel admise.

Contestatoarea consideră că se impune clarificarea noțiunii de „abateri”, folosită în art. 15.2 lit. B din modelul de Acord cadru, solicitând obligarea autorității contractante să precizeze în mod expres care sunt abaterile care pot duce la aplicarea art. 125 alin. 2 lit. B din Modelul de contract.

Potrivit art. 15.2 lit. B din modelul de acord-cadru autoritatea contractantă a prevăzut că *„Acordul cadru poate înceta și în următoarele cazuri: (…)*

*B. în situația în care se înregistrează două abateri săvârșite de promitentul prestator în derularea contractelor subsecvente”.*

Cu privire la aspectul menționat anterior, Consiliul constată că prin notificarea prealabilă transmisă cu adresa nr. 8183/08.02.2018, contestatoarea a solicitat luarea unor măsuri de remediere în sensul că *„se impune clarificată «abateri», folosită în art. 15.2 lit. B din Modelul Acordului Cadru”.*

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, comunicat cu adresa nr. 12002/2018, autoritatea contractantă a arătat că:

*„Abaterile despre care se face vorbire în formularea art. 15.2 litera b reprezintă încălcările obligațiilor contractuale prevăzute la art. 9 din modelul de Acord-cadru, precum și orice încălcări ale obligațiilor prestatorului prevăzute în Caietul de sarcini și constatate de reprezentanții achizitorului (autorității contractante)”.*

Consiliul constată că autoritatea contractantă a clarificat înțelesul cuvântului „abateri”, arătând că acestea reprezintă încălcări ale obligațiilor contractuale, indicând în mod concret, că abaterile în discuție vizează obligațiile contractuale de la art. 9 din modelul de Acord-cadru cât și obligațiile prevăzute în caietul de sarcini.

Se constată de către Consiliu că autoritatea contractantă a răspuns, în mod clar și punctual, în funcție de modul în care a fost formulate solicitarea de remediere, respectiv în sensul lămuriri cuvântului *„abatere”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că, în fapt, întrebarea M din notificarea prealabilă a avut natura unei solicitări de clarificări, formularea solicitării fiind *„se impune clarificată”*, iar autoritatea contractantă a dispus măsuri de remediere în sensul clarificării, în mod clar și precis a termenului *„abatere”.*

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a obliga autoritatea contractantă să precizeze, în mod expres, care sunt abaterile care pot duce la aplicarea art. 15 alin. 2 lit. B din modelul de Acord-cadru, modul de manifestare a acestora, gravitatea lor, eventuala procedură de notificare a operatorului cu privire la acestea și termenele în care este ținut să le remedieze cât și menționarea expresă a faptului că nu pot reprezenta temei al denunțării contractului abaterile constatate care au fost remediate în termenul acordat sau s-a dovedit că nu sunt reale, Consiliul constată că, în fapt, s-a solicitat detalierea fiecărei abateri în parte sun toate aspectele menționate anterior, respectiv sdetalierea unor situații concrete și punctuale. Or, prevederile unui contract nu pot acoperi toate situațiile de fapt care pot să apară în derularea acestuia, fiecare situație având particularități proprii, așa cum de altfel niciun act normativ nu poate să reglementeze absolut toate situațiile de fapt.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei referitoare la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, Consiliul o va admite având în vedere modificările ce urmează a fi realizate, urmând ca autoritatea contractantă să stabilească un nou termen de depunere a ofertelor însă nu mai mare decât timpul rămas de la data suspendării procedurii și până la termenul stabilit initial pentru depunerea ofertelor, (data suspendării procedurii 27.02.2018, data limită pentru depunerea ofertelor 05.03.2018).

Având în vedere caracterul fondat al unor critici, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC BRANTNER SERVICII ECOLOGICE SRL cu privire la acestea și va obliga autoritatea contractantă la remedierea prevederilor documentației de atribuire, conform celor reținute în considerentele deciziei.

<u>În ceea ce privește contestația formulată de SC ...SA</u>, ce face obiectul dosarului nr. 604/2018, Consiliul constată că sunt contestate prevederi ale documentației de atribuire, contestatoarea solicitând obligarea autorității contractante la:

- renunțarea la prevederea care impune încheierea unui acord cadru cu patru operatori economici și înlocuirea ei cu prevederea de a se încheia accord cadru cu un singur operator economic care va beneficia și de exclusivitatea prestărior de servicii ce fac obiectul contractului, cu consecința corectării sau excluderii prevederilor aferente prevederilor referitoare la această prevedere;

- stabilirea unui ordin de variație adecvat al valorii estimate minime și maxime și recalcularea valorii estimate a serviciilor care fac obiectul acordului cadru și a fiecărui contract subsecvent;

- înlocuirea criteriului *„prețul cel mai scăzut”* cu criteriul *„cel mai bun raport calitate preț”,* cu factori de evaluare de natură să asigure o competiție corectă între ofertanți;

- excluderea din documentația de atribuire a cerințelor referitoare la utilajele care nu sunt specific activității de salubrizare, graifer, grader, buldzer, excavator și să adapteze cerințele privitoare la autobasculante și utilaje de salubrizare la necesitățile reale;

- excluderea articolelor care impun restituirea sumelor constatate ca fiind necuvenite de către organele abilitate și dreptul de denunțare unilaterală a contractului fără motiv, de către autoritatea contractantă din modelele de acord cadru și contract sau reformularea lor în sensul ca obligația prestatorului de plată nu poate să exclude dreptul acestuia de a contesta în instanță constatările organelor abilitate, iar restituirea sumelor să se facă, în această situație, doar după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătorești care obligă la restituirea sumelor respective, iar în ceea ce rezilierea unilaterală, aceasta să fie făcută în baza unor motive clar formulate prin contract.

Primul aspect criticat privește prevederea din documentația de atribuire potrivit căreia autoritatea contractantă va încheia acord cadru cu 4 operatori economici, prevedere care în opinia sa încalcă prevederile Legiin r. 101/2006, respectiv art. 9 alin. (1), lit. f), art. 20 alin. (1) și alin. (2) lit. e), potrivit acestuia din urmă *„exclusivitatea prestării serviciului de salubrizare pe raza unităților administrativ-teritoriale, acordată fie în baza hotărârii de dare în administrare, fie în baza hotărârii de atribuire și a contractului de delegare a gestiunii”.*

Consiliul va respinge ca nefondată critica având în vedere că autoritatea contractantă, stabilește, prin documentele achiziției că acordul-cadru se încheie într-una dintre cele două modalități prevăzute de art. 115 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv cu un singur oprator economic sau cu mai mulți operatori economici. Este reținut în soluționare că legiuitorul a folosit cuvântul *„stabilește”,* la modul imperativ, astfel încât prevederea nu poate fi interpretată ca fiind susceptibilă de intervenția unui terț, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă este ținută de respectarea principiului asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din același act normativ.

Potrivit fișei de date a achiziției, II1.4) Informații privind acordul – cadru *„Frecvența și valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: annual, sau de câte ori este necesar”,* prin urmare, nu se poate reține că este încheiat principiul exclusivității, contractul subsecvent urmând a se încheia cu un singur ofertant.

În soluționarea criticii, Consiliul va reține ca relevante și justificate susținerile autorității contractante potrivit cărora prevederea a fost aleasă pentru asigurarea continuității prestării serviciilor în situația în care unul din contractanți își pierde calitatea de operator autorizat ANRSC sau întâmpina greutăți economice-fiscale care îl duce în imposibilitatea prestării serviciilor.

Contestatoarea apreciază că ar trebui luate măsuri de remediere în ceea ce privește valoarea estimată a acordului cadru, care este cuprinsă între 4.407.948,80 lei și 176.191.975,22 lei, ordinul de variație fiind mult prea mare în raport cu serviciile ce urmează a fi prestate, invocând, totodată necorelări mari între cantități și valori.

Din documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că valoarea estimată a acordului cadru, pentru perioada de 48 de luni, a fost justificată de către autoritatea contractantă prin documentul *„Referat de necesitate”*.

Autoritatea contractantă a avut în vedere la estimarea valorii acordului-cadru, volumul serviciilor necesare a se presta, acestea fiind raportate la istoricul serviciilor prestate în anii anteriori, luate în considerare inclusiv serviciile suplimentare și o creștere datorită dezvoltării municipiului Brașov, prin urmare, susținerile contestatoarei potrivit cărora există variații mari se dovedesc nefondate față de datele avute în vedere de către autoritatea contractantă la estimarea valorii.

Consiliul reține că valoarea estimată a acordului cadru a fost cuprinsă și justificată și în Strategia de contractare, cum dealtfel și contestatoarea a invocat, respectiv necesitatea justificării și cuprinderii acesteia în strategie și nu una stabilită aleatoriu.

Totodată, Consiliul reține că societatea contestatoare nu arată în ce mod este vătămată de variația prea mare între cele două valori.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit limitele valorii estimate a acordului cadru în conformitate cu dispozițiile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă calculează valoarea estimate a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimate de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției”.*

În analiza criticii Consiliul constată că prin stabilirea unei valori estimate cu variații mari a acordului-cadru, aspect criticat de către contestatoare, nu a fost creat niciun prejudiciu acesteia, singura în măsură să aprecieze și să justifice care sunt limitele valorilor estimate în care trebuie să se încadreze este autoritatea contractantă.

Este criticat de către contestatoare și faptul că „prețul cel mai scăzut” nu este criteriu adecvat complexității serviciilor solicitate și a caracteristicilor lor speciale, apreciind că au fost încălcate prevederile Directivei 2014/24/UE, respectiv Recitalul (89) conform căruia impune regula ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, solicitând Consiliului să dea o interpretare corectă acestuia.

Consiliul va respinge ca nefondată critica, având în vedere că autoritatea contractantă este singura în măsură să stabilească criteriul de atribuire.

Relevante în stabilirea criteriului de atribuire în cadrul unei procedure de achiziție publică sunt dispozițiile art. 187 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

*„(1) Fără a aduce atingere dispoziţiilor legale sau administrative privind preţul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziţie publică/acordul-cadru ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.*

*(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1), autoritatea contractantă stabileşte oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei.*

*(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispoziţiile alin. (2), autoritatea contractantă <u>are dreptul</u> de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:*

*a) preţul cel mai scăzut;*

*b) costul cel mai scăzut;*

*c) cel mai bun raport calitate-preţ;*

*d) cel mai bun raport calitate-cost”.*

Consiliul constată că pentru stabilirea criteriului de atribuire adecvat prezentei procedurii autoritatea contractantă a justificat prin *„Strategia de contractare revizuită”,* înregistrată sub nr. 4350/17.01.2018, la punctul 3 *„Modalitatea de atribuire și criteriul de atribuire”,* precizând că *„Evaluarea ofertelor se va face prin compararea ofertelor financiare întocmite pentru cantitățile maxime estimate a seefectua conform anexa 1.1 și 1.2 la formularul de ofertă financiară, aferente fiecărui lot în parte, iar ofertele cu prețul cel mai scăzut vor fi câștigătoare, restul caracteristicilor și cerințelor de ordin tehnic fiind foarte clar stabilite și precizate în caietul de sarcini, urmărindu-se doar punctarea prețului”.*

Consiliul constată că atâta vreme cât legislația în materia achizițiilor publice acordă dreptul autorităților contractante să stabilească criteriul de atribuire, în prezenta procedură autoritatea contractantă a stabilit în funcție de obiectul și complexitatea activităților ce urmează a se presta criteriul în baza căruia urmează a se încheia acordul-cadru, drept pe care de altfel contestatoarea nu îl neagă, însă apreciază că acest criteriu se stabilește de regulă la achiziția de produse de gen.

O altă critică a contestatoarei se referă la solicitarea din caietul de sarcini prin care autoritatea contractantă a impus dotarea cu autospeciale și utilaje inadecvate, acestea, în opinia sa, trebuie să îndeplinească niște caracteristici tehnice nenecesare și neutile pentru derularea contractului și executarea serviciilor.

Un argument în susținerea criticii este acela că se solicită asigurarea unei dotări cu autobasculante cu greifer, grader, buldozer, excavator, deși era suficient, după cum afirmă, să se solicite autobasculante sau utilaje multifucnționale cu tracțiune pe două axe.

Consiliul constată că referitor la acestea contestatoarea solicită excluderea/eliminarea din cerințele referitoare la utilaje care nu sunt specific activității de salubrizare, respectiv graifer, grader, buldozer,

excavator și să adapteze cerințele privitoare la autobasculate și utilaje de salubrizare la necesitățile reale.

Analizând critica contestatoarei, raportat la informațiile din dosarul achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit, în mod corect, necesarul privind dotarea.

În acest sens, se constată că la stabilirea necesarului privind dotarea autoritatea contractantă a uzat de dreptul conferit de prevederile art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător”* cât și cele ale art. 179 din același act normativ potrivit căruia *„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarelor informații și documente: (…)*

*j) o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului”.*

Vor fi reținute, de asemenea, ca relevante în speță și dispozițiile art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”.*

Consiliul constată că necesarul de utilaje și echipamente este cel stabilit în ANEXA 3.1 (pentru lotul 1) și ANEXA 3.2 (pentru lotul 2), anexe ale caietului de sarcini, în funcție de obiectul contractului, respectiv *„Delegarea serviciilor de salubrizare și deszăpezire a căilor publice din ...”,* obiect al contractului care are două tipuri de activități, salubrizare și deszăpezire.

Prin urmare, având în vedere că obiectul contractului constă în salubrizare dar și activitatea de deszăpezire, autoritatea contractantă a stabilit, conform dreptului conferit de legiuitor, să stabilească care sunt utilajele și echipamentele necesare și pentru acestă activitate, situație față de care solicitarea de eliminare a cerințelor privind dotarea cu graifer, grader, buldozer, excavator va fi reținută ca nefondată.

Faptul că autoritatea contractantă a stabilit în funcție de necesitățile reale aceste utilaje este dovedit și de documentul intitulat *„Justificarea numărului de utilaje”* pentru fiecare lot în parte, în conținutul căruia se află breviar de calcul pentru acestea, informații care confirmă o analiză precisă și judicioasă a numărului de utilaje și echipamente necesare executării în bune condiții a contractului.

Informații cu privire la *„Cerințe minime impuse cu privire la capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertanților”* autoritatea contractantă a prezentat documentul *„Nota justificativă”,* înregistrată sub

nr. 71236/2017, document care a stat la baza întocmirii documentației de atribuire.

Consiliul va respinge ca nefondată și solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la adaptarea cerințelor privitoare la autobasculate și utilaje de salubrizare la necesitățile reale, având în vedere că dotarea de care trebuie să facă dovada ofertanții a fost stabilită în funcție de obiectul contractului, care cuprinde atât activitatea de salubrizare cât și deszăpezire.

În acest context, caracterul nefondat al criticilor analizate anterior este susținut chiar de afirmațiile contestatoarei potrivit cărora *„nu sunt dotări deținute în mod uzual de către operatorii serviciilor de salubritate și nici nu sunt folosite sau destinate prestării serviciilor de salubrizare, considerăm că acele clauze ale Documentației de atribuire care impun deținerea de și utilizarea de astfel de utilaje constituie obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici",* afirmații care conduc la concluzia că operatorul economic contestator ignoră faptul că obiectul contractului cuprinde și activitatea de deszăpezire.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate susținerile contestatoarei potrivit cărora prin stablilirea dotării cu utilajele și echipamentele indicate în documentația de atribuire autoritatea contractantă a creat obstacole nejustificate în asigurarea unei concurențe între operatorii economici, în condițiile în care operatorii economici interesați de prezenta procedură de atribuire trebuie să facă dovada că pot, din punct de vedere tehnic, să presteze și serviciul de deszăpezire și nu doar salubrizare. Faptul că un operator economic prestează servicii de salubrizare și nu deține „în mod uzual" echipamente și utilaje de deszăpezire nu poate fi reținut ca un impediment în participarea la procedura de atribuire, legiutorul stabilind în sprijinul acestora asocierea cu unul sau mai mulți operatori economici.

O ultimă critică a contestatoarei vizează prevederea din modelul de contract unde sunt introduce cerințe referitoare la restituirea sumelor constatate ca fiind necuvenite de către organele abilitate și dreptul de denunțare unilaterală a contractului fără motiv de către autoritatea contractantă, solicitând excluderea articolelor din modelul de acord cadru și contracte subsecvente în sensul că obligația prestatorului de plată nu poate să exclude dreptul acestuia de a contesta în instanță constatările organelor abilitate, iar restituirea sumelor să se facă doar după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătorești care obligă restituirea sumelor respective.

Analizând criticile, Consiliul constată că prin notificarea prealabilă transmisă de către contestatoare cu adresa 712/09.02.2018, SC ...SA, a solicitat astfel:

*„Solicităm remedierea acestora prin excluderea articolelor care inpun condițiile de mai sus din modelele de accord-cadru și contract subsecvent, sau reformularea acestora în sensul că obligația prestatorului de plată nu poate să exclude dreptul acestuia de a contesta*

*în instanță constatările organelor abilitate, iar restituirea sumelor să se facă, în această situație, doar după rămânerea definitivă a unei hotărâri judecătorești care să oblige la restituirea sumelor respective. În privința denunțării unilaterale, aceasta ar trebui făcută întotdeauna pe baza unor motive clar formulate în contract. Nu poate fi lăsată la latitudinea unei părți".*

Cu adresa nr. 13020/13.02.2018, autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile astfel:

*„Autoritatea contractantă menține cerințele art. 9 punctul 9.12 din modelul de contract subsecvent. Aceste prevederi, respectiv prevederile art. 9 punctul 9.12 al modelului de contract subsecvent se vor interpreta având în vedere și prevederile art. 10, art. 12, art. 13 și art. 18 din modelul de contract subsecvent".*

Consiliul constată că sunt criticate, în fapt, prevederile art. 9 punctul 9.12 potrivit cărora *„În cazul în care, în urma controalelor efectuate de către organele abilitate, potrivit legii, se constată că prestatorul a încasat sume necuvenite de la persoana juridică achizitoare, prestatorul are obligația să le restituie în termen de 10 zile de la notificarea Achizitorului, inclusiv penalitățile, daunele – interese, majorările, dobânzile aferente, etc".*

Consiliul reține că indiferent de existența acestei prevederi contractuale justificată de altfel, prestatorul are dreptul să se adreseze instanței, în măsura în care consideră că sumele sunt reținute nejustificat. Clauza se referă doar la dreptul compensării sumelor respective și nu la renunțarea la judecată în situația în care este nedreptățită prin reținerea sumelor.

Consiliul constată că autoritatea contractantă este îndreptățită să stabilească clauze contractuale care să îi permită recuperarea oricăror sume rezultate din nerespectarea prevederilor contractului de către prestator, indicându-i totodată prin răspunsul la notificarea prealabilă că aceste obligații sunt interpretate raportat la art 10 „Obligațiile achizitorului", art. 12 „Recepție și verificări", art. 13 „Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor" și nu în ultimul rând s-a făcut trimitere la prevederile art. 18 care reglementează „Soluționarea litigiilor". În acest caz nu poate fi reținută ca fondată susținerea contestatoarei potrivit căreia prin aceste prevederi partea e obligată la restituirea unei sume la simpla constatare a unei presupuse nelegalități, fără a i se acorda dreptul la apărare.

Consiliul constată că la art. 18 din modelul de contract subsecvent este reglementat modul de soluționare a litigiilor, partea nemulțumită de rezultatul tratativelor de rezolvare a pe cale amiabilă a acestuia se poate adresa instanței judecătorești din România, prin urmare, contestatoarei nu îi este îngrădit dreptul la apărare. Interesul autorității contractante fiind acela ca prestatorul să respecte întocmai obligațiile asumate iar în cazul nerespectării acestora autoritatea să nu fie pusă în situația de a fi imposibilitatea de a salubriza și deszăpezi localitatea, natura serviciilor ce fac obiectul contractului sunt cu repetabilitate zilnică în cazul

salubrizării și cu intervenție imediată în cazul deszăpezirii, prin urmare, orice nerespectare a obligațiilor contractuale de către prestator poate aduce grave prejudicii autorității contractante situație în care rigoarea prevederilor contratului trebuie să fie proporțională cu obiectul contractului.

Prin urmare, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ...SA în contradictoriu cu ....

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

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

**CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC …. SRL, în contradictoriu cu ....

Obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la pimirea prezentei, să remedieze prevederile documentației de atribuire, respectiv:

- să elimine din conținutul documentației de atribuire neconcordanțele existente între documente referitoare la garanția de bună execuție, astfel cum rezultă din motivare;
- să dispună măsuri de remediere în sensul corelării limitelor de aplicabilitate a celor două termene de 90 și 30 de zile, prevăzute în modelul de Acord-cadru, la art. 15.2. lit.b), astfel cum rezultă din motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ...SA în contradictoriu cu ....

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

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

**PREŞEDINTE,** **MEMBRU,** **MEMBRU,**
**....** **...** **...**

Redactată în 5 exemplare, conţine 33 (treizecișitrei) pagini.