

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

—  
....  
**Data:...**

Prin contestația...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub.... (transmisă prin e-mail, în aceeași zi), formulată de..., cu sediul în....., județul....., având CUI: RO... și număr de înregistrare la... .., reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă..., cu sediul în Mun....., în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...” cod..., s-a solicitat modificarea documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la prelungirea termenul limită de depunere a ofertelor cu perioada corespunzătoare efectuării remediilor și cu timpul necesar ofertanților să adapteze ofertele față de remediile adoptate.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

... precizează că actul autorității contractante pe care îl consideră nelegal și pe care îl contestă este Proiectul de contract de achiziție publică de servicii și Caietul de sarcini al serviciului de salubritate, parte a Documentației de atribuire, cu privire la:

a) nedefinirea clară și previzibilă a riscurilor contractuale coroborată cu nepartajarea acestora între părțile contractuale și lipsa mecanismelor de menținere a echilibrului contractual

b) neinclusiunea activității de „Mobilizare și asigurare logistică” pentru numărul de utilaje și personal pe care dorește a-l mobiliza în perioada sezonului de iarnă a fiecărui an contractual

c) condiționări impuse în legătură cu realizarea activităților de stropit și spălat

d) estimarea incorectă a cantităților de lucrări pentru activitatea de curățat rigole prin răzuire

Critici comune: Nesocotirea prin actele contestate a principiului legalității și a principiul ierarhiei normative

Arată că prevederile contestate din caietul de sarcini, sunt în contradicție cu actele juridice de putere superioară, respectiv, contravin prevederilor Legii.... a serviciilor comunitare de utilități publice și Legii.... a serviciului de salubritate a localităților, precum și..... (legislația secundară), cu consecință în eludarea principiului legalității, precum și al principiului ierarhiei normative

A. ... face trimitere la proiectul de contract, art. 11. alin. (1) lit. j).

Contractul care face obiectul procedurii este un contract de achiziție publică de servicii, atribuit în temeiul Legii.... și HG nr. 395/2016, având

ca obiect prestarea serviciilor publice de salubritate stradală și deszăpezire. În regim de gestiune delegată, potrivit Legii.... a serviciilor comunitare de utilități publice și Legii.... a serviciului de salubritate a localităților. Deși contractul nu are natura juridică a unei concesiuni, acesta impune, prin specificul său, realizarea indicatorilor de performanță și plata unor penalități pentru neîndeplinirea acestora (art. 12 din proiectul de contract și anexa 21 la caietul de sarcini).

Astfel, consideră că prestatorul trebuie să respecte, în desfășurarea activităților, obligațiile de serviciu public, precum și să asigure o disponibilitate permanentă, în condițiile în care i se transferă anumite riscuri operaționale.

În concret, contractele ce au ca obiect serviciul de salubritate, prin reglementări speciale, impun cerința recuperării costurilor prin tarif, aspect care nu poate fi nesocotit, în cauză fiind aplicabil și principiul ierarhiei actelor normative cumulat cu asigurarea supremației principiului legalității.

Precizează că, prin clauza precizată în proiectul de contract, conform căreia prestatorul își asumă „riscul de a nu realiza cantitățile din cauza unor constrângeri bugetare”, autoritatea contractantă transformă contractul în unul opțional pentru ea și obligatoriu pentru operatorul economic (viitorul prestator). În acest mod, se încalcă prevederile art.... din Legea nr. 98/2016, deoarece, un contract de achiziție publică presupune o obligație fermă de plată pentru serviciile ce urmează a fi prestate.

Susține că, potrivit prevederilor Legii.... a serviciilor de utilități publice, autoritățile locale au obligația de a asigura resursele financiare pentru serviciile de salubritate contractate. Or, consideră că inserarea în contract a unei clauze prin care prestatorul preia „riscul lipsei banilor” este o clauză abuzivă care excede cadrului legal al delegării de gestiune.

Subliniază că autoritatea contractantă poate iniția procedura de atribuire doar dacă are asigurate fondurile necesare, obligație ce presupune includerea serviciilor în bugetele proprii, asumarea continuității finanțării pe durata contractului și imposibilitatea transferului riscului „de subfinanțare” asupra viitorului prestator.

Consideră că autoritatea nu poate transfera riscuri de natura celui în discuție către operator prin reducerea cantităților sau a costurilor, deoarece acestea rezultă din decizii interne și nu din factori externi obiectivi, care se subscriu riscului de operare al viitorului prestator.

În continuare, solicită Consiliului să constate faptul că, alin. (3) art. 11 din proiectul de contract are caracter nedeterminat și abuziv, este lipsit de limitare și imposibil de cuantificat la momentul ofertării, motivat de faptul că o ofertă nu poate fi fundamentată pe „riscuri necunoscute”.

B. Documentația de atribuire a contractului de achiziție publică nu prevede un tarif de mobilizare și asigurare logistică, pentru activitatea desfășurată de către viitorul prestator pe timp de iarnă, deși caietul de sarcini prevede obligația prestatorului de a asigura pentru activitatea de dezăpezire și combatere polei disponibilitatea personalului și a utilajelor timp de 24 ore din 24 de ore.

... face trimitere la prevederile art. 11 alin. (5) - (6) din Ordinul..., care precizează faptul că autoritățile contractante au obligația de a aproba și a plăti un tarif de mobilizare și asigurare logistică care să

acopere perioadele în care prestatorul trebuie să aibă personalul și utilajele pregătite în regim de mobilizare non stop, inclusiv atunci când nu se realizează operațiuni efective (în perioade Iară ninsori și polei).

De asemenea, face trimitere la alin. (1) lit. b) pct. (i), (ii), (v). (vi), (viii) și (x) - art. 11 din Ordinul....

Solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul:

- introducerii activității de mobilizare și asigurare logistică pentru numărul de utilaje și personal pe care dorește a-l mobiliza în perioada sezonului de iarnă a fiecărui an contractual;

- recalculării valorii estimate a Contractului ținând cont și de costurile suportate de operator pentru a mobiliza și asigura logistic anumite utilaje și personal.

C. Documentația de atribuire prevede în caietul de sarcini, art. 53 alin. (7) faptul că „operațiunile de stropire și spălare nu se realizează în zilele în care plouă. În cazul în care se înregistrează precipitații pe o perioadă de două zile consecutiv, operațiunile de stropit și spălat nu se va efectua în următoarele 48 h după încetarea acestora”.

În opinia contestatorului, aceste prevederi excedează Regulamentului cadru al serviciului de salubritate aprobat prin Ord. ANRSC.... și contravin principiilor de legalitate, claritate și previzibilitate a documentației de atribuire.

Astfel, arată că dispozițiile art. 73. alin. (3) din Ord. 97/... prevăd în mod expres faptul că operațiile de stropire și spălare nu se realizează în intervalul orar în care plouă. Prin urmare, Regulamentul cadru nu instituie interdicții raportate la zi calendaristică, interdicții ulterioare încetării precipitațiilor, termene de 24-48 ore în care se pot efectua activități de spălare după încetarea precipitațiilor sau alte condiționări dependente de momentul efectiv al prestării activităților

Solicită așadar, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul eliminării sintagmei „în ziua în care plouă” și înlocuirii acesteia cu sintagma „în intervalul orar în care plouă”.

D. Solicită constatarea nelegalității interpretării și aplicării prevederilor privind stropitul în sensul refuzului plății prestațiilor efectuate conform condițiilor existente la momentul executării și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire astfel:

- clarificarea documentației de atribuire, în sensul că activitățile de stropire efectiv prestate, în condiții de temperatură peste pragul stabilit și conform prognozei ANM, sunt integral decontabile, indiferent de apariția ulterioară a unor precipitații

- eliminarea oricărei interpretări care transferă asupra operatorului riscuri meteorologice externe, imprevizibile și necontrolabile, cu încălcarea principiilor de echilibru contractual și proporționalitate.

E. ... face trimitere la art. 54-56 din caietul de sarcini, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul precizării în Caietul de sarcini a unei suprafețe anuale de efectuare a acestei operațiuni, determinată în mod corect, pentru minim „o dată pe lună”, concomitent cu recalcularea valorii estimate a Contractului.

F. Solicită obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul precizării în caietul de sarcini:

- a unui volum anual de efectuare a acestei operațiuni determinat în mod corect, pentru cele 24 de zile de ninsoare, concomitent cu recalcularea valorii estimate a contractului.

- a unor suprafețe anuale de curățat manual al zăpezii și gheții determinate în mod corect pentru cele 24 de zile de ninsoare, concomitent cu recalcularea valorii estimate a contractului.

G.. .. solicită constatarea și nelegalitatea prevederilor art. 11 lit. g) din Proiectul de contract în forma actuală și obligarea autorității contractante la modificarea acestei clauze, prin introducerea expresă a unui mecanism de revizuire a contractului, calificat drept clauză de revizuire, în sensul art.... alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, care să permită decontarea cantităților efectiv executate (inclusiv cele suplimentare față de valoarea estimată) la prețurile unitare oferite, în vederea îndeplinirii obligației de rezultat.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului *[CN1... /...34] Contestatie... din...-semnat.pdf.p7s* din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Autoritatea contractantă transmite punctul de vedere..., înregistrat la CNSC sub..., solicitând respingerea acesteia, din considerentele următoare:

Referitor la critica privind nedefinirea clară și previzibilă a riscurilor contractuale coroborată cu nepartajarea acestora între părțile contractante și lipsa mecanismelor de menținere a echilibrului contractual.

Autoritatea contractantă menționează că nu a prevăzut investiții în sarcina operatorului - aspect necontestat de către contestator, însă acesta își susține critica prin raportare la cheltuielile cu investițiile.

Afirmația că transferul riscurilor către operator se face nelimitat și necondiționat este tendențioasă, atâta timp cât, în contract se prevede în mod clar la capitolul privind riscurile (art. 11) modul în care acestea vor fi gestionate de către ambele părți, mod ce implică în principal colaborarea acestora și identificarea împreună a soluțiilor adecvate pentru ambele părți și în interesul executării oneste a contractului.

În opinia sa, susținerea că autoritatea contractantă refuză plata unor servicii efectiv prestate „invocând pretinsul risc de operare” este de asemenea tendențioasă, având în vedere că nicăieri în documentație nu este prevăzut acest lucru.

Subliniază că studiul de oportunitate întocmit în vederea atribuirii contractului ce face obiectul procedurii contestate a fost realizat în baza Legii..., în vederea determinării modalității de gestiune a activităților de salubritate stradală și deszăpezire

Întrucât, autoritatea contractantă a constatat faptul că nu va fi transferată operatorului economic o parte semnificativă a riscului de operare, contractul de delegare a gestiunii serviciului în discuție a fost considerat de achiziție publică de servicii și nu de concesiune de servicii, conform art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006.

Referitor la fundamentarea tarifelor în conformitate cu prevederile Ordinului A.N.R....., menționăm faptul că stabilirea costurilor care intră în componența tarifelor cade în sarcina operatorului. Acesta este obligat să respecte structura orientativă pe elemente de cheltuieli din fișele de

fundamentare prevăzute în anexele la normele metodologice, care poate fi adaptată corespunzător, pentru evidențierea unuia sau mai multor elemente de cheltuieli specifice activității desfășurate (art. 22 alin. (7) din Normele metodologice aprobate prin Ordinul A.N.R.....).

Amortizarea autospecialelor, utilajelor, instalațiilor și a mijloacelor de transport poate fi inclusă ca element de cost al tarifului pentru activitățile de salubritate stradală și deszăpezire, conform anexei....) la Normele metodologice anterior menționate, însă aceasta este la latitudinea operatorului. Așa cum a arătat mai sus, autoritatea contractantă nu a solicitat efectuarea de către operator a unor investiții în infrastructura sistemului de salubritate, astfel încât, nu au aplicabilitate în cazul de față dispozițiile art. 34 și art.... din Legea nr. 101/2006 invocate, în ceea ce privește recuperarea de către operator a sumelor investite pentru reabilitarea/dezvoltarea sistemului.

În cazul în care, ar exista situații în care ar fi modificată suprafața anuală pe care trebuie să se desfășoare activitățile de salubritate stradală și deszăpezire, astfel cum arată contestația, ar fi necesară modificarea în consecință a caietului de sarcini, prin hotărâre a organului deliberativ al autorității contractante.

Conform art.... alin. (8) din Legea nr. 101/2006, orice modificare sau ajustare a tarifelor activităților de salubritate se face la solicitarea operatorilor, cu respectarea normelor metodologice elaborate de A.N.R.S.C.. Ordinul.... prevede faptul că suprafața anuală programată utilizată pentru fundamentarea tarifelor este cea prevăzută în caietul de sarcini pentru fiecare prestație aferentă activității (anexa....).

Prin urmare, susține că, orice eventuală modificare a suprafeței va conduce la recalcularea tarifelor de către operator în funcție de noile cantități programate și, implicit, la recalcularea costurilor aferente.

Precizează că procedura de aprobare a tarifelor pentru activitățile de salubritate este prevăzută în cadrul Secțiunii a 3-a a Legii.... - art. 45-48, actul normativ stabilind condiții și termene clare în acest sens. Așadar, aprobarea tarifelor propuse de operator este strict reglementată și nu la latitudinea autorității contractante.

În ceea ce privește bugetarea fondurilor necesare pentru achizițiile inițiate, autoritatea contractantă precizează că își estimează și asigură sumele necesare pentru plata serviciilor contractate, însă, nu are capacitatea de a estima cuantumul exact al ajustărilor și modificărilor tarifelor solicitate de operator pe parcursul derulării contractului.

Referitor la factorii externi obiectivi la care face referire contestația, arată faptul că diminuarea cheltuielilor bugetare poate fi hotărâtă nu în mod obligatoriu la nivel local, ci și la nivel central, independent de voința autorității contractante, spre exemplu, în condiții de constrângeri bugetare care impun o utilizare rațională a fondurilor

publice și care determină necesitatea efectuării de demersuri de gestionare a deficitului bugetar excesiv cu care se poate confrunta România, cu aplicabilitate inclusiv la nivelul autorităților administrației publice locale (ex: ordonanțe sau hotărâri de Guvern, lege etc.).

În ceea ce privește afirmațiile legate de diminuarea volumului de servicii și eventuala creare a unui dezechilibru contractual semnificativ, arată faptul că, în practică, cantitățile estimate nu se realizează 1...% din motive independente de voința părților contractante.

Referitor la critica privind neincluderea activității de „Mobilizare și asigurare logistică” pentru numărul de utilaje și personal pe care autoritatea contractantă dorește a-l mobiliza în perioada sezonului de iarnă a fiecărui an contractual și solicitarea de recalculare a valorii estimate a contractului, autoritatea contractantă precizează că, cerința caietului de sarcini ca operatorul să intervină în... de minute se activează doar în cazul emiterii avertizărilor meteo oficiale, moment din care, începe mobilizarea resurselor în vederea desfășurării activității pentru care este prevăzut un tarif corespunzător. În restul timpului, operatorul are libertatea de a utiliza resursele pentru alte activități sau de a le ține în stand-by, costurile administrative fiind incluse în cota de cheltuieli indirecte, nu într-un tarif distinct de mobilizare permanentă care ar vicia eficiența cheltuirii banului public.

Autoritatea contractantă subliniază că, în documentația de atribuire, nu există cerința de alocare exclusivă a utilajelor pentru dezăpezire. Dimpotrivă, strategia de contractare (atribuirea serviciului integrat salubritate + dezăpezire) permite și încurajează utilizarea duală a resurselor. Același utilaj care efectuează activități de salubritate stradală (purătoare de tarif propriu care acoperă amortizarea, asigurările, regia și profitul) poate fi echipat pentru intervenție în caz de ninsoare. Bloc... unor resurse exclusiv pentru „așteptarea zăpezii” într-un contract multianual ar reprezenta o ineficiență în gestionarea fondurilor publice.

În opinia autorității contractante, acceptarea unui tarif separat de mobilizare, în condițiile în care, utilajele și personalul produc valoare adăugată prin alte activități din contract, ar echivala cu o dublă finanțare a acelorași elemente de cost din bugetul local, fapt interzis de Legea finanțelor publice.

Referitor la critica privind nesocotirea prin actele contestate (proiectul contractului de achiziție publică de servicii și caietul de sarcini) a principiului legalității și a principiului ierarhiei normative și condiționările în legătură cu realizarea activităților de stropit și spălat, autoritatea contractantă arată că prevederea este în conformitate cu prevederile art. 73 alin. (3) din Regulamentul serviciului de salubritate al..., aprobat prin Hotărârea Consiliului Local al....., operațiile de stropire și spălare nu se realizează în zilele în care plouă.

Referitor la critica privind estimarea incorectă a cantităților de lucrări pentru activitatea de curățat rigole prin răzuire, autoritatea contractantă precizează că operațiunea de măturat mecanizat se realizează pe tot parcursul anului, excepție făcând perioadele în care se înregistrează temperaturi sub 0° Celsius, cu o frecvență de 6 zile/săptămână pe arterele principale și de 2 ori/săptămână pe arterele secundare. Prin urmare, din practică, s-a constatat faptul că în aceste

condiții nu se acumulează depuneri grosiere de pământ la rigolă. În plus, numărul străzilor neasfaltate din municipiu..., iar șantierele existente sunt permanent monitorizate prin serviciile de specialitate ale Primăriei, astfel încât, nu există riscul de depuneri de pământ la rigolă.

Subliniază că estimarea cantităților pentru procedura în curs s-a făcut prin raportarea la cantitățile prevăzute în baza contractului în vigoare, cantități care s-au dovedit a fi suficiente pentru nevoile....

Menționează că acest contract este executat chiar de către contestator.

Referitor la activitatea de transport zăpadă, autoritatea contractantă precizează că, pentru fiecare activitate ce urmează a fi atribuită, cantitățile prevăzute sunt estimative, astfel cum prevede și caietul de sarcini-cadru al A.N.R.S.C.. Spre exemplu, suprafața totală a căilor publice rutiere estimată a fi deszăpezită/an este calculată prin înmulțirea suprafeței totale deszăpezite a căilor publice rutiere/trecere cu numărul total de zile/an în care se estimează că ninge, acesta din urmă calculându-se în funcție de media zilelor din ultimii 3 ani în care a nins (art. 247 din Caietul de sarcini-cadru aprobat prin Ordinul A.N.R.....).

Autoritatea contractantă susține că nu poate bugeta cantități ipotetice care ar bloc... fonduri inutile (bani bloc...ți în contracte neexecutate). Estimarea bazată pe istoricul de 4 ani este o... de oportunitate administrativă. Cantitățile sunt estimative, iar mecanismele instituite prin contract permit suplimentarea cantităților în caz de forță majoră (iarnă grea), dar nu obligă la o bugetare excesivă ex-ante

Referitor la decontarea cantităților efectiv executate și introducerea unui mecanism de revizuire a contractului (nelegalitatea art. 11 lit. g) din contract), autoritatea contractantă menționează că ofertanții au posibilitatea de a solicita clarificări pentru a lămurii eventualele neclarități constatate.

În replică la punctul de vedere... formulează concluzii scrise, prin adresa....., înregistrată la CNSC sub...., prin care își menține criticile din cuprinsul contestației.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport CD.

Prin adresa....., înregistrată la CNSC sub...., autoritatea contractantă formulează răspuns împotriva notelor scrise/anexelor, depuse de..., menținându-și argumentele prezentate în punctul de vedere transmis anterior.

Prin adresa....., înregistrată la CNSC sub..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii.... din..., emisă de..., în cuantum de....

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „....”.

Din contestația formulată de..., se reține că o primă critică (pct. A) vizează prevederile art.11 alin.(3) lit. j) din proiectul de contract (anexă a documentației de atribuire), respectiv: *„riscul Prestatorului de a nu realiza cantitățile programate în situația în care Achizitorul este obligat să reducă costurile Serviciului în urma apariției unor prevederi*

*legale sau constrângeri bugetare - părțile vor colabora în vederea identificării împreună a soluțiilor adecvate”... invocând nedefinirea clară și previzibilă a riscurilor contractuale coroborată cu nepartajarea acestora între părțile contractante și lipsa mecanismelor de menținere a echilibrului contractual.*

În soluționare, se reține că, prezenta procedură de atribuire are ca obiect atribuirea unui contract de achiziție publică de servicii ce urmează a fi atribuit în temeiul Legii.... și nu are natura juridică a

unei concesiuni de servicii cu aspecte specifice în legătură cu executarea ei, fiind reglementat de Legea nr. 100/2016.

De asemenea, se reține că autoritatea contractantă nu a prevăzut în cadrul documentației de atribuire efectuarea unor investiții în sarcina ofertanților, motiv pentru care, Consiliul urmează a respinge susținerile prin raportare la cheltuielile cu investițiile, ca neîntemeiate.

Nu poate fi reținută nici afirmația că transferul riscurilor către operator se face nelimitat și necondiționat, atâta timp cât, prevederea criticată prevede, în mod clar la capitolul privind riscurile, modul în care acestea vor fi gestionate de către ambele părți, mod ce implică, în principal, colaborarea acestora și identificarea împreună a soluțiilor adecvate pentru ambele părți și în interesul executării oneste a contractului.

Mai mult, invocarea, ca temei legal în susținerea transferului riscurilor, a prevederilor art. 229 și... din Legea nr. 98/2016, nu poate fi reținută, în condițiile în care dispozițiile invocate nu sunt aplicabile în prezenta procedură, deoarece se referă la un contract pe termen lung, iar potrivit art. 3 alin. (1) lit. p) din același act normativ, acesta este definit ca fiind *„contractul de achiziție publică încheiat pe o durată de cel puțin 5 ani care cuprinde durata de execuție a lucrărilor, dacă acesta are o componentă care constă în execuție de lucrări, precum și durata de prestare a serviciilor, stabilite astfel încât contractantul să obțină un profit rezonabil”*; ori, contractul atribuit prin prezenta procedură are o durată de 4 ani, prevederile invocate nefiind aplicabile în speța de față.

Pe de altă parte, Consiliul reține, ca întemeiată, critica de la **pct. B** referitor la lipsa unui tarif de mobilizare și asigurare logistică raportat la obligația prestatorului de a asigura activitatea de dezăpezire și combatere polei, precum și a utilajelor, timp de 24 ore din 24, având în vedere considerentele care urmează:

Astfel, potrivit art. 11 alin. (2) lit. b), din caietul de sarcini, operatorul trebuie să asigure programul de dispecerat **24 de ore din 24**. Această obligație coroborată cu art.... alin. (6) și (7), care prevede că *„Operatorul va lua toate măsurile pentru a interveni în termen de max.... minute de la începerea ninsorii sau a evenimentului prognozat, conform urgențelor stabilite în planul de dezăpezire. La nevoie va fi asigurată funcționarea fără întrerupere a utilajelor de dezăpezire prin organizarea activității pe schimburi”*, conduc la interpretarea rezonabilă că operatorii economici trebuie să asigure disponibilitatea/menținerea permanentă (24/24 ore) a parcului auto, a resurselor logistice, personalului și utilajelor pe perioada sezonului de iarnă, fiind aplicabile, în acest caz, prevederile art. 11 alin. (5) și (6) ale Ordinului președintelui A.N.R..... privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor

pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate, care stipulează următoarele:

*„Art. 11 - (5) În conformitate cu particularitățile specifice serviciilor de utilități publice care fac obiectul obligațiilor de serviciu public prevăzute la art. 1 alin. (4) din Legea nr. 51/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, autoritățile deliberative ale unităților / subdiviziunilor pot impune operatorilor, prin programele pe timp de iarnă aprobate, obligații de serviciu public care*

vizează punerea la dispoziție și alocarea, exclusiv pentru programul de iarnă și în regim de mobilizare nonstop, de autospeciale și utilaje specifice operațiunilor de deszăpezire și combatere polei, pentru o anumită perioadă de timp sau pentru întreg sezonul de iarnă, precum și facilități logistice, personal deservent, inclusiv pentru activitățile-suport.

(6) În situația prevăzută la alin. (5), autoritățile deliberative ale unităților/subdiviziunilor **au**, în conformitate cu prevederile art. 2 lit. v) din Legea nr. 51/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, **obligăția de a acoperi costurile suportate de operator, prin aprobarea unui tarif de mobilizare și asigurare logistică, exprimat în lei/oră. Memoriul tehnico-economic justificativ prevăzut în anexa.... la prezentele norme metodologice se adaptează în mod corespunzător, prin luarea în considerare numai a cheltuielilor pentru resursele alocate**”.

Consiliul nu poate reține susținerea autorității contractante, că nu se solicită o mobilizare permanentă în sensul prevederilor legale invocate, ci, în fapt, o organizare internă eficientă a operatorului, care să răspundă cerințelor stabilite de intervenție operativă în caz de precipitații sub formă de ninsoare, în condițiile în care, potrivit cerințelor impuse în caietul de sarcini, operatorii economici trebuie să asigure dispecerat 24 de ore din 24, iar intervenția cu utilajele, în termen de maxim... de minute de la începerea ninsorii sau a evenimentului prognozat.

Sunt reținute, ca relevante, în soluționarea cauzei și dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016... „(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”.

Situația este similară și în ceea ce privește critica de la **pct. F** referitoare la activitatea de deszăpezire. Astfel, prevederile art. 76-80 stabilesc pentru activitatea de „Transport zăpadă” condițiile tehnice de realizare a acestei activități de către Prestator, dar și volumul total anual de zăpadă care trebuie transportat la locurile indicate de autoritatea contractantă. Din activitatea de deszăpezire pe căile publice rutiere. caietul de sarcini precizează un volum de.... mc/trecere - **Art. 77. alin.(1)** - iar, din activitatea de deszăpezire pe căile publice pietonale precizează un volum de....80 mc/trecere, **iar, la:**

„(3) Volumul total de zăpadă/trecere transportată la spațiile de depozitare, provenită din deszăpezirea căilor publice rutiere și căilor publice pietonale, este de..., **74 mc/trecere.**

(4)Volumul total de zăpadă estimat a fi transportat/an la spațiile de depozitare este de..., **74 mc/an**”.

Or, prin însumarea celor două valori, la alin. (3), se prezintă volumul total de zăpadă care trebuie transportat la o trecere (**..., 74 mp/trecere**), iar, la alin (4), această valoare este chiar **valoarea anuală (volumul anual)** ce trebuie transportat la spațiile de depozitare.

Este evident că această discrepanță între volumul de trecere și valoarea anuală trebuie clarificată de autoritatea contractantă, respectiv să stabilească cu exactitate (pentru o informare completă și corectă a operatorilor economici) dacă, **cantitatea de..., 74 mc** este cantitatea

la **o trecere sau cantitatea anuală**, având în vedere și precizările art. 69, alin. (4) respectiv: „Numărul total de zile an în care se estimează că va ninge este de 24 zile/an”.

Potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: „Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de lucrări/servicii/produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, fiind avute în vedere prevederile art. 2 alin. (3) lit. b) și art. 12 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Consiliul apreciază că utilizarea atât a termenului „la o trecere”, cât și „anuală”, lasă loc de interpretări și nu asigură operatorilor economici informarea completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, și nu asigură rigurozitatea cerută de art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”, motiv pentru care se impune clarificarea acestora.

Clarificarea se impune și în ceea ce privește „activitatea de curățat rigole prin răzuire” (**critica de la pct. E**), respectiv, de a stabili dacă această operațiune se impune cu o frecvență de o dată pe lună sau de o dată pe an.

Cu privire la obligația autorității de a informa, în mod complet, corect și precis, operatorii economici cu privire la modalitatea în care le vor fi evaluate ofertele, s-a pronunțat și **Curtea de Justiție a..., în cauza C-42/13, astfel:**

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens..., C 336/12, EU: C: 2013:..., punctul 40).

.... Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de

*transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2...4/18.*

*44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în*

*anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.*

Continuând analiza criticilor formulate la pct. C, D și G din contestație, Consiliul reține caracterul nefondat al acestora, având în vedere considerentele care urmează:

Astfel, se rețin ca întemeiate susținerile autorității contractante, de la pct. C și D din contestație, conform cărora, operațiile de stropire și spălare a căilor publice se realizează pentru evitarea formării prafului și crearea unui climat favorabil îmbunătățirii gradului de confort și igienă urbană.

Este evident că, în zilele în care plouă, nu se formează praf, prin urmare, nu sunt necesare aceste activități, iar, în cazul în care se înregistrează precipitații pe o perioadă mai mare de două zile, consecutiv, aceste operațiuni nu sunt necesare nici în următoarele 48 h după încetarea acestora.

Mai mult, nu este lipsit de relevanță faptul că, potrivit art.... alin. (8) din caietul de sarcini, operatorul este obligat să încheie un contract cu... de Meteorologie și Hidrologie în vederea obținerii de avertizări și prognoze meteo; acesta își poate programa activitățile astfel încât, să nu existe situații de natura celor invocate (efectuarea operațiilor în prima parte a zilei și apariția precipitațiilor în a doua parte a zilei). Prevederea este în conformitate cu prevederile art. 73 alin. (3) din Regulamentul serviciului de salubritate al..., aprobat prin Hotărârea Consiliului Local al....., în sensul în care, operațiile de stropire și spălare nu se realizează în zilele în care plouă.

În ceea ce privește pct. G din contestație, respectiv, lipsa unui mecanism la decontarea cantităților efectiv executate și introducerea unui mecanism de revizuire a contractului (nelegalitatea art. 11 lit. g) din contract), Consiliul reține că, clauza contractuală în speță se referă la riscurile cele mai probabile în derularea contractului, identificate de achizitor, precum și măsurile de gestionare a acestora, unul dintre aceste riscuri fiind cel de la lit. g) - *„eventualitatea existentei unor discrepanțe între situația din teren și cea descrisă în caietul de sarcini - se va comunica imediat Achizitorului în vederea identificării împreună a soluțiilor adecvate”.*

Rezultă astfel, că într-o atare situație operatorul economic va comunica imediat achizitorului acest lucru, în vederea identificării împreună a soluțiilor adecvate, scopul fiind evitarea unor divergențe de interpretare sau litigii în acest sens; mai mult, art. 18 din modelul de

contract prevede posibilitatea ajustării/modificării tarifelor conform prevederilor art.... din Legea nr. 98/2016.

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare, nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu prestează servicii de anumită natură sau

complexitate sau este nemulțumit de anumite prevederi sau clauze contractuale, limitându-se doar la simple afirmații fără fundament și fără a produce vreo probă în susținerea acestora.

Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar, nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce alte modificări cerințelor tehnice/ prevederilor documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Mai mult..., în susținerea contestației, avea obligația de a proba caracterul restrictiv al cerințelor criticate, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 c.p.c, potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține, în soluționare, faptul că literatura juridică, dar și practica judiciară, au statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță, între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece, dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească că aceste cerințe/specificații sunt restrictive, limitează depunerea de oferte în sensul că, nu există operatori economici care să se încadreze în cerințele menționate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire sau sunt contrare legii aplicabile.

Prin urmare, ținând seamă de faptul că, prin contestație nu s-a demonstrat favorizarea unui anumit prestator/furnizor, că cerințele solicitate de autoritatea contractantă ar fi inaccesibile mai multor presatori/furnizori sau alte impedimente obiective, Consiliul nu poate reține susținerile contestatorului, potrivit căroră, autoritatea contractantă ar fi restricționat prin specificațiile criticate, participarea la procedură.

Consiliul reține că nu există dispoziții legale care să oblige autoritățile contractante să emită documentații de atribuire cu specificații care să permită accesul tuturor lucrărilor/serviciilor/produselor și a

furnizorilor, indiferent de caracteristicile de performanță/calitate a lucrărilor/serviciilor pe care le prestează; dimpotrivă, practica instanțelor este în sensul acceptării unor lucrări, produse, servicii de un anumit nivel de performanță, care corespund necesităților autorității contractante, sens în care s-a pronunțat și...-**Secția a IX-a... și Fiscal în Decizia nr. 25/2019 din..., potrivit căreia:**

*„Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante (art. 2 și art. 3 din.....).*

*Impunerea caracteristicilor produselor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natura să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).*

*Dreptul autorității contractante de a achiziționa produse cu astfel de caracteristici, performante calitativ, nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, care reglementează achizițiile publice. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.*

*Reținând că societățile comerciale autoare a contestațiilor se referă în principal la cerințele autorității contractante de a achiziționa produse cu anumite caracteristici tehnice, iar susținerile acestora nu conduc la concluzia că cerințele sunt restrictive, Curtea stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condițiilor criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse cu caracteristicile de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, prin acceptarea de produse cu alte caracteristici (și care nu îndeplinesc aceste cerințe referitoare la performanțele produselor), existând riscul de a nu asigura o intervenție rapidă, eficientă de dezinfecție. Nu există o prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora”.*

Astfel, societatea contestatoare nu a prezentat argumente din care să rezulte că ar fi restricționată participarea sa la procedură prin solicitarea acestor cerințe, motiv pentru care, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016..., urmează să respingă, ca nefondate, criticile de la pct. A, C, D și G din contestația formulată de....

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în

parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu... pct. B, E și F din contestație și va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire conform considerentelor din prezenta, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va respinge, în rest, ca neîntemeiate, criticile din contestația formulată de... în contradictoriu cu....

Pentru aceste motive

în baza documentelor depuse de părți,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**DECIDE:**

Admite, în parte, contestația formulată de... în contradictoriu cu...  
pct. B, E și F din contestație, iar, pe cale de consecință,  
obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire,  
conform considerentelor din prezenta, în termen de 10 zile de la  
comunicare. Respinge, în rest, ca neîntemeiate, celelalte critici din  
contestație.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor  
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

...

Consilier de soluționare

...

... ..

...

...

Redactat practicaua deciziei

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini