

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 62587/200.12.2022, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin Cabinet ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii pentru revizuirea Planului Național de Gestionare a Deșeurilor”, cod CPV 90713000-8 - Servicii de consultanță în probleme de mediu (Rev. 2), s-a solicitat:

I. în temeiul art. 22-23 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

II. obligarea comisiei de evaluare la modificarea conținutului documentației de atribuire conform solicitărilor din contestație, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice și cu luarea în considerare a motivelor și argumentelor legate de caracterul nelegal sau contradictoriu al anumitor cerințe/criterii de atribuire/factori de evaluare criticați;

III. în cazul în care cererea de suspendare a procedurii de atribuire va fi respinsă sau nu va fi soluționată în timp util raportat la data depunerii ofertelor, solicită anularea procedurii în vederea remedierii aspectelor nelegale ce sunt invocate prin contestație, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016;

IV. obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

Prin Încheierea nr. ... din 28.12.2022, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, pe care l-a respins, ca nefondat.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de cerințe ale documentației de atribuire, învederând următoarele:

În susținerea interesului său în promovarea contestației, petenta invocă dispozițiile art. 2 și art. 3 din Legea 101/2016, subliniind că persoana care se consideră vătămată este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Conform doctrinei și practicii judiciare unanime, interesul juridic trebuie să fie legitim (recunoscut și ocrotit de lege), personal (propriu celui care îl invocă), născut și actual (existent la momentul introducerii acțiunii și pe toată perioada de soluționare a acesteia), toate cele 3 condiții reținute în doctrină fiind îndeplinite, în opinia sa, în mod evident în speța de față.

Tot ca o chestiune prealabilă, contestatoarea arată că a respectat rigorile dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în sensul constituirii cauțiunii, sens în care va depune în original recipisa de consemnare, ulterior înregistrării contestației și stabilirii numărului de dosar pe rolul CNSC (cu respectarea termenului legal de 5 zile).

În fapt, societatea fiind interesată de participarea în cadrul procedurii de achiziție publică, a constatat existența a numeroase cerințe sau mențiuni nelegale sau contradictorii ce se impun a fi remediate de către autoritatea contractantă.

Astfel, în termen legal a procedat la transmiterea unei solicitări de clarificări în acest sens (prin care a solicitat fie eliminarea, fie corectarea aspectelor nelegale sesizate în scopul garantării legalității acestei proceduri).

Având în vedere riscul ca autoritatea contractantă să nu răspundă favorabil solicitării de clarificări, contestatoarea a înțeles să se prevaleze de dispozițiile Legii nr. 101/2016 în scopul remedierii tuturor problemelor de legalitate sesizate în cuprinsul documentației de atribuire atacate.

A. Necesitatea remedierii contradicțiilor flagrante din cuprinsul documentației de atribuire, precum și corelarea cerințelor cu dispozițiile legale în vigoare la data publicării acesteia:

1. Discrepanțele cu privire la durata de valabilitate a ofertelor

În cuprinsul Cap. IV.2.6 din fișa de date - Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină oferta se menționează: „3 luni (de la termenul limită de primire a ofertelor)”, pentru ca în

cuprinsul aceluiași document, la Cap. IV.4.2 - Modul de prezentare al propunerii financiare să se menționeze:

„Ofertantul va prezenta propunerea financiară în corelație cu elementele Caietului de sarcini. Prețul se va posta în SEAP în lei, fără TVA. Modul de prezentare a propunerii financiare - se va completa- Formularul de ofertă care va fi însoțit de Centralizatorul de prețuri. Pentru prezentarea Propunerii Financiare, ofertanții trebuie să utilizeze formularul inclus în Documentația de Atribuire. Propunerea financiară are caracter ferm și obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate. Perioada de valabilitate a ofertei este de 120 de zile”.

Petenta solicită obligarea autorității contractante în corectarea acestei contradicții în mod clar și lipsit de echivoc, prin indicarea unui singur termen de valabilitate a ofertelor: 3 luni sau 120 zile.

2. Contradicția dintre cerințele impuse Expertului Financiar

În cuprinsul caietului de sarcini:

- la cap 6.2 - *Experți Principali - Expert Financiar se solicită: „Cel puțin 3 ani în domeniul gestionării deșeurilor”*

- la cap 8 - *Criterii de atribuire Expert Financiar se specifică ca cerința minimă: „Cel puțin 5 ani în domeniul gestionării deșeurilor”*

Petenta solicită obligarea autorității contractante la corectarea acestei contradicții/discrepanțe în mod clar și lipsit de echivoc, prin indicarea unei singure cerințe minime impuse Experților Financiari, respectiv fie de 3 ani, fie de 5 ani.

3. Necesitatea raportării exclusiv la legislația în vigoare la momentul publicării documentației de atribuire.

În cuprinsul:

- Caietului de sarcini la cap 6.2 - *Experți Principali - Coordonator Proiect se solicită: „Participare la cel puțin 1 proiect de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor în conformitate cu prevederile Legii nr. 211/2011, care ulterior a fost aprobat, în calitate de Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Lider de Echipă, funcții cu atribuții de coordonare”.*

- Caietului de Sarcini la cap 8. *Criterii de atribuire - Coordonator Proiect se solicită: „Participare la cel puțin 1 proiect de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor în conformitate cu prevederile Legii nr. 211/2011, care ulterior a fost aprobat, în calitate de Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Lider de Echipă, funcții cu atribuții de coordonare”.*

Având în vedere faptul că la data de 26 August 2021 s-a abrogat Legea nr. 211/2011, intrând în vigoare OG nr. 92/26.08.2021, contestatoarea solicită obligarea autoritatea contractantă să procedeze la revizuirea cerinței din cuprinsul Caietului de Sarcini Cap 6.2 și Cap. 8, astfel:

„Participare la cel puțin 1 proiect de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor în conformitate cu prevederile OG 02/2021, care ulterior a fost aprobat, în calitate de Coordonator Proiect și/ sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Lider de Echipă, funcții cu atribuții de coordonare”.

4. Necesitatea corelării/corectării informațiilor contradictorii cu privire la Durata contractului

Având în vedere:

- mențiunea din fișa de date Secțiunea II.2.7 - Durata contractului, concesiunii, a acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții Durata în luni: 10; și

- cele menționate în proiectul de contract art 5.1 *„Durata prezentului contract începe de la data intrării în vigoare și se finalizează la data de 15.12.2023”.*

Petenta solicită obligarea autorității contractante la corelarea art. 5.1 din proiectul de contract cu prevederile fișei de date Secțiunea II.2.7, și revizuirea articolului după cum urmează:

„5.1 Durata prezentului contract începe de la data intrării în vigoare și se finalizează în termen de 10 luni”.

5. Neconcordanțele din cuprinsul documentației de atribuire cu privire la Garanția de Bună Execuție

Având în vedere:

- cele menționate în fișa de date Secțiunea III.1.6.b) Garanție de buna execuție:

„Cuantumul GE este de 10% din valoarea fără TVA a contractului încheiat și se constituie în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării acestuia. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a contractantului, fără a depăși 15 zile de la data semnării contractului. GE va respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar.

GE va respecta preved art. 154 din Legea 98/2016 și art. 39 art. 42 din HG nr. 395/2016”; și

- cele menționate în proiectul de contract art. 10.2 alin. (2):

„Garanția de bună execuție se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o institutie de credit din România sau dintr-un alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii și devine anexă la contract, în condițiile art. 40 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 ...”

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să procedeze la corelarea art. 10.2 alin. (2) din proiectul de contract cu prevederile legale în vigoare (art. 154 alin. (3) din Legea nr. 98/2016) și ale Fișei de date Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție, și revizuirea articolului 10.2 alin. (2), după cum urmează:

„Garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

a) Virament bancar;

b) Instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:

(i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;

(ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebankare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;

(iii) asigurări de garanții emise:

- fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

d) rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție;

e) combinarea a două sau mai multe dintre modalitățile de constituire prevăzute la lit. a)-c), în cazul garanției de bună execuție."

6. Necesitatea eliminării mențiunilor restrictive din fișa de date cu privire la Garanția de Bună Execuție, care ar impune constituirea acesteia exclusiv sub forma unei Scrisori de Garanție Bancară (SGB)

Având în vedere cele menționate în fișa de date Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție:

„Cuantumul GE este de 10% din valoarea fără TVA a contractului încheiat și se constituie în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării acestuia. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a contractantului, fără a depăși 15 zile de la data semnării contractului. GE va respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar. GE va respecta preved art. 154 din Legea 98/2016 și art. 39 art. 42 din HG nr. 395/2016”.

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să procedeze la eliminarea frazei: „GE va respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar”, având în vedere prevederile art. 154 alin. (3) din Legea 98/2016, care specifică faptul că:

„(3) Autoritatea contractantă are obligația de a solicita contractantului constituirea garanției de bună execuție în cuantum de maximum 10% din prețul contractului, fără TVA. Cu excepția contractelor de servicii de proiectare și a contractelor de lucrări, a căror valoare estimată este mai mică decât valoarea prevăzută la art.

7 alin. (1), precum și în cazul unui contract atribuit în urma aplicării procedurii de negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă are dreptul de a nu solicita contractantului constituirea garanției de bună execuție.

(4) Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

a) virament bancar;

b) instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:

(i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;

(ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;

(iii) asigurări de garanții emise:

- fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

d) rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție;

e) combinarea a două sau mai multe dintre modalitățile de constituire prevăzute la lit. a)-c), în cazul garanției de bună execuție"

7. Necesitatea eliminării condițiilor suplimentare de restituire a GBE, care exced prevederilor legale în vigoare; corelarea documentelor parte integrantă a documentației de atribuire

Având în vedere:

- prevederile proiectului de contract, art 10.5:

„Achizitorul se obligă să restituie garanția de bună execuție în termen de maxim 14 zile de la îndeplinirea obligațiilor asumate, în urma unei solicitări scrise din partea prestatorului" și

- prevederile HG nr. 105/2016, art. 42 alin. (2)

„În cazul contractului de servicii, autoritatea contractantă are obligația de a elibera/restitui garanția de bună execuție în cel mult 14 zile de la data îndeplinirii de către contractant a obligațiilor asumate prin contractul de achiziție publică/contractul subsecvent respectiv, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenții asupra ei".

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea condiției „în urma unei solicitări scrise din partea prestatorului" și revizuirea art. 10.5, după cum urmează:

„Achizitorul va elibera/restitui garanția de bună execuție în cel mult 14 zile de la data îndeplinirii de către Prestator a obligațiilor asumate, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenții asupra ei.”

8. Necesitatea înlăturării caracterului ambiguu al prevederilor caietului de sarcini din cuprinsul Cap. 6.3 - Experți secundari

Având în vedere prevederile caietului de sarcini Cap. 6.3 Experți secundari:

- *„Documentele experților secundari NU vor fi evaluate anterior semnării contractului de servicii*

Prestatorul va prezenta Beneficiarului, pe măsura ce apare necesitatea implicării lor în contractul de servicii, următoarele documente pentru fiecare expert propus

- *Copii ale diplomelor de studii (...)*”

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la clarificarea/confirmarea faptului că ofertanții nu trebuie să nominalizeze (cu nume și prenume) experții secundari propuși, ci trebuie să prezinte, în Propunerea Tehnică, doar pozițiile experților secundari și responsabilitățile alocate acestora.

9. Încălcarea dispozițiilor art. 129 alin. (1) din HG nr. 395/2016

Având în vedere:

- prevederile proiectului de contract, art. 7.3:

„În cazul în care, pe parcursul îndeplinirii contractului, se constată faptul că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini” și

- prevederile HG nr. 395/2016: art. 129 alin. (1)

„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”

Art. 143 alin (3):

„În condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea art 7.3 din Proiectul de contract, ținând cont de faptul că depunerea unei propuneri tehnice ce conține elemente inferioare sau necorespunzătoare cerințelor caietului de sarcini, este considerată ofertă neconformă.

B. Caracterul nelegal și restrictiv al cerințelor minime impuse ofertanților (și experților propuși de către aceștia), al criteriilor de atribuire și factorilor de evaluare, prin prisma încălcării principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității:

1. Nelegalitatea impunerii cerinței studiilor absolvite exclusiv cu diploma de master sau echivalent; caracterul arbitrar și nejustificat al categoriilor de experți pentru care s-a impus aceasta cerință minimă:

Pentru îndeplinirea cerinței privind studiile absolvite:

Expert Principal 1	Coordonator de proiect	Studii superioare absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert Principal 2	Coordonator adjunct de proiect	Studii superioare absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert Principal 4	Expert Deșeuri Municipale și deșeuri de ambalaje	Studii superioare absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert Principal 5	Expert financiar	Studii superioare absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)

și pentru:

Expert secundar 1	Expert instituțional	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 2	Expert categorie deșeuri „deșeuri alimentare”	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de master (sau echivalent)
Expert secundar 3	Expert categorie deșeuri „deșeuri de echipamente electrice și electronice” și „deșeuri de baterii și acumulatori	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 4	Expert categorie deșeuri „vehicule scoase din uz”, „anvelope uzate” și „uleiuri uzate”	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 5	Expert categorie deșeuri „din construcții și desființări	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 6	Expert categoric deșeuri „nămoluri rezultate de la epurarea apelor uzate orășenești	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 7	Expert categorie deșeuri „deșeuri cu conținut de PCB” și „deșeuri de azbest”	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 8	Expert categorie deșeuri „deșeuri medicale”	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 9	Expert categorie deșeuri „deșeuri provenite din activități industriale”	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)
Expert secundar 10	Expert categorie deșeuri „deșeuri provenite din agricultură, silvicultură și pescuit”	Studii superioare de lungă durată absolvite cu diplomă de Master (sau echivalent)

Autoritatea contractantă a impus ca și cerință minimă pentru majoritatea experților propuși dovedirea absolvirii studiilor superioare de lungă durată cu diplomă de master sau echivalent.

În primul rând, contestatoarea evidențiază caracterul arbitrar și nejustificat al alegerii categoriilor de experți pentru care s-a impus această cerință excesivă (de exemplu, expertul principal Expert pentru prevenirea gestionării deșeurilor fiind exclus de la îndeplinirea acestei

cerințe), și efectele negative deosebite ale acestei cerințe cu privire la restrângerea semnificativă și nejustificată a posibilității ofertanților de a participa în cadrul procedurii, în contradicție cu dispozițiile legale aplicabile (art. 31 din HG nr. 395/2016, art. 7 din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017).

Petenta învederează că această restrângere artificială și nejustificată a mediului concurențial prin impunerea unei cerințe constând în raportarea exclusivă la studiile de master sau echivalent a fost sancționată constant de către CNSC (Decizia CNSC nr. 3896-BO2017, Decizia nr. 951/C8/813/06.05.2022).

Față de toate aceste aspecte, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la revizuirea acestei cerințe, conform prevederilor legale în vigoare atât pentru experții principali, cât și pentru experții secundari, astfel:

„Studii absolvite fie cu diplomă de licență sau echivalent, fie prin studii postuniversitare și/sau studii universitare de masterat/doctorat”.

2. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței similare de către ofertanți, limitată la «serviciile de elaborare planuri de gestionarea deșeurilor».

Potrivit art. 5 alin. 1 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017:

„(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului”.

De asemenea, arată contestatoarea, prezintă importanță pentru speță inclusiv exemplele de practică defectuoasă identificate de ANAP în cuprinsul aceleiași instrucțiuni, exemple care se circumscriu cerinței criticate, referitoare la solicitarea demonstrării unei experiențe similare privind prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică.

Deși în cadrul prezentei proceduri s-a prevăzut că aceste servicii să fi fost prestate inclusiv la nivel județean sau regional, caracterul restrictiv rezidă atât din numărul limitat al acestor contracte, cât și limitarea la *„(...) cel mult 3 ani până la data limită de depunere a ofertelor”*.

Față de acest aspect și în vederea garantării unui mediu concurențial real, nerestricționat în mod artificial și cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile în materie, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe vizând experiența similară, după cum urmează:

„Prin servicii similare se înțeleg inclusiv servicii de elaborare a unei aplicații de finanțare în domeniul gestionării deșeurilor municipale, inclusiv documente suport (Studiu de Fezabilitate, Analiză Cost

Beneficiu, Evaluarea Impactului asupra Mediului, Raport privind impactul schimbărilor climatice, Analiza Instituțională, Strategia/Plan de achiziții), aprobată de finanțator”.

3. *Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței profesionale specifice de către ofertanți pentru poziția de expert principal - coordonator adjunct proiect, prin care se elimină în mod nejustificat experiența dobândită la nivel național („...exclusiv România”).*

În cuprinsul pag. 19/35 din caietul de sarcini, pentru poziția expertului principal Coordonator Adjunct Proiect s-a impus, în vederea dovedirii experienței profesionale specifice:

„Experiența specifică în elaborarea documentelor de planificare din alte țări UE (exclusiv România) - responsabil cu coordonarea planificării/planificarea a cel puțin două categorii de deșeuri, altele decât deșeurile municipale”.

În opinia contestatoarei, stabilirea în mod absolut arbitrar a acestei cerințe suplimentare doar pentru poziția Coordonatorului Adjunct de Proiect nu poate fi apreciată ca fiind una legală și în corelare cu cerințele autorității contractante, deoarece eliminarea experienței deținute la nivel național și impunerea în sarcina ofertanților identificarea unui expert în acest domeniu exclusiv din spațiul altor țări UE (mai puțin România) nu poate fi calificată decât ca o cerință abuzivă, care restrânge nejustificat numărul eventualilor participanți la aceasta procedură. Ca și în cazul expertului instituțional, autoritatea contractantă a înțeles să suplimenteze în mod aleatoriu și nejustificat cerințele impuse în cazul anumitor experți, cu încălcarea flagrantă a dispozițiilor art. 31 din HG nr. 395/2016.

În consecință, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe nelegale și restrictive impuse exclusiv Coordonatorului Adjunct de Proiect, prin corelarea experienței profesionale specifice solicitate tuturor celorlalți experți principali.

4. *Nelegalitatea impunerii unei experiențe profesionale specifice constând în participarea în cadrul unui contract de planificare a gestionării deșeurilor la nivel național exclusiv în cazul Expertului Secundar Expert Instituțional.*

Contestatoarea învederează că, în mod nejustificat și absolut inexplicabil, poziția de expert secundar - Expert Instituțional beneficiază de cerințe aferente unui profil profesional cu totul aparte, superioare inclusiv cerințelor impuse experților principali.

Mai exact, Expertul Instituțional este singurul expert (atât dintre cei principali, cât și dintre cei secundari) pentru care se solicită Experiența Profesională Specifică constând în *„Participarea în cadrul unui contract similar...”*, care la pag. 23/35 este definit ca fiind *„...contractul în cadrul căruia a fost elaborat și ulterior aprobat un document de planificare a gestionării deșeurilor LA NIVEL NAȚIONAL.”*

Coroborând aceste informații cu faptul că, la nivel național, există doar contractul nr. 34.374/25.04.2016 încheiat între SC ... SRL (fosta ...SRL) și Ministerul Fondurilor Europene, având ca obiect elaborarea PNGD, petenta evidențiază că nu doar caracterul restrictiv al acestei cerințe, ci chiar caracterul exclusivist în ceea ce privește singura persoană care îndeplinește aceasta cerință, la nivel național.

În consecință, solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței constând în *„Participarea în cadrul unui contract similar, în calitate de expert instituțional sau pe o poziție similară”* pentru expertul secundar Expert Instituțional, urmând ca aceasta să fie corelată cu cerințele impuse tuturor celorlalți experți solicitanți.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației, atașat punctului de vedere nr. DGEIA/91690/05.01.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 897/06.01.2023, prin care solicită respingerea contestației ca netemeinică, având în vedere următoarele argumente:

Referitor la punctul A al contestației – Necesitatea remedierii contradicțiilor flagrante din cuprinsul documentației de atribuire, precum și corelarea cerințelor cu dispozițiile legale în vigoare la data publicării acesteia:

1. Discrepanțele cu privire la durata de valabilitate a ofertelor

Răspuns autoritate contractantă

Valabilitatea ofertei este de 4 luni, respectiv 120 de zile. Autoritatea contractantă va transmite răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, fiind inclus și acest aspect.

2. Contradicția dintre cerințele impuse expertului financiar

Răspuns autoritate contractantă

Cerința minimă privind expertul financiar este: *„Cel puțin 3 ani în domeniul gestionării deșeurilor”*

Autoritatea contractantă va transmite o clarificare din oficiu, fiind inclus și acest aspect, respectiv se modifică cap. 8 – Criterii de atribuire Expert Financiar.

3. Necesitatea raportării exclusiv la legislația în vigoare la momentul publicării documentației de atribuire.

Răspuns autoritate contractantă

Fiind vorba de o experiență care trebuie îndeplinită *„în trecut”* a fost menționată Legea nr. 211/2011. OUG nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor care a abrogat Legea nr. 211/2011 a fost publicată în a doua jumătate a anului 2021 și nu poate reprezenta unica bază pentru a demonstra experiența necesară ducerii la îndeplinire a acestui contract.

Prin Răspunsul consolidat autoritatea contractantă va menționa: *„Participare la cel puțin 1 proiect de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor în conformitate cu prevederile Legii nr. 211/2011 și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor, care ulterior a fost aprobat, în calitate de Coordonator Proiect*

și/ sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Lider de Echipă, funcții cu atribuții de coordonare”.

4. Necesitatea corelării/corectării informațiilor contradictorii cu privire la durata contractului.

Răspuns autoritate contractantă

Durata contractului este de 8 luni, autoritatea contractantă va transmite o Erată, clarificând acest aspect.

5. Neconcordanțele din cuprinsul documentației de atribuire cu privire la garanția de bună execuție.

Răspuns autoritate contractantă

Lăsând la o parte faptul că prevederile legale în vigoare la care contestatorul face referire sunt de fapt cele ale art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, a faptului că în analiza speței sunt relevante și prevederile art. 20 alin (1) și alin. (2), ale art. 36. alin. (5) din HG 395/2016.

Astfel, documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Documentația de atribuire conține:

- Fișa de date (corelație cu DUAЕ),
- Caietul de sarcini/ Document descriptiv (specificații tehnice),
- Proiectul de contract, care conține cel puțin clauzele contractuale obligatorii și care este supus și altor prevederi legale în afară Legii 98/2016 și a HG 395/2016,
- Formulare și modele de documente, inclusiv DUAЕ.

Autoritatea contractantă a ținut să clarifice faptul că vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți bancare ori societăți de asigurări și nu vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți financiare nebancale.

Ofertanții trebuie să înțeleagă cu claritate că, în aplicarea prevederilor art. 36. alin. (5) din Normele aprobate de HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă va respinge instrumentele de garantare emise de societăți financiare nebancale.

În verificarea garanțiilor, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 40 alin. (1) din HG nr. 395/2016, iar în acest sens contestatorul poate verifica Notificarea ANAP cu privire la societățile de asigurare și instituțiile de credit de pe site-ul ANAP, la link-ul <https://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-societatile-de-asigurare/>

Întrucât, din solicitarea contestatorului nu reiese aceeași înțelegere ca cea a autorității contractante, se va transmite o Clarificare din oficiu cu următorul cuprins: „În cazul în care constituirea depozitelor valorice, respectiv garanțiile de participare și garanțiile de bună execuție, se constituie prin instrumente de garantare, vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți bancare ori societăți de asigurări și nu vor fi

acceptate instrumente de garantare emise de societăți financiare nebancare.

Ofertanții trebuie să înțeleagă cu claritate că, în aplicarea prevederilor art. 36. alin. (5) din Normele aprobate de HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă va respinge instrumentele de garantare emise de societăți financiare nebancare.

În verificarea garanțiilor, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 40 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

A se vedea Notificarea ANAP cu privire la societățile de asigurare și instituțiile de credit de pe site-ul ANAP, la link-ul <https://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-societatile-de-asigurare/>.

Prevederile art. 10.2 alin (2) din proiectul de contract vor rămâne nemodificate.

6. Necesitatea eliminării mențiunilor restrictive din fișa de date cu privire la garanția de bună execuție, care ar impune constituirea acesteia exclusiv sub forma unei scrisori de garanție bancară (SGB)

Răspuns autoritate contractantă

Autoritatea contractantă își menține cerințele din documentația de atribuire.

Chiar contestatorul face precizarea că autoritatea contractantă a specificat în Fișa de date Secțiunea III.1.6 b) „GE va respecta preved art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 39, art. 42 din HG nr. 395/2016”.

Autoritatea contractantă consideră că cerințele sunt clare, nu se exclude în niciun caz viramentul bancar, iar pentru instrumentele de garantare emise de societăți bancare ori societăți de asigurări se întărește idea că nu vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți financiare nebancare.

Cum valoarea garanției de bună execuție este puțin probabil să fie mai mică de 5.000 lei, în documentația de atribuire nu este prevăzută posibilitatea constituirii prin depunerea la casieria autorității contractante a sumei în numerar.

Autoritatea contractantă nu este de acord ca garanția de bună execuție să se constituie și prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, drept pentru care nu a prevăzut această posibilitate în documentația de atribuire.

Pentru buna ordine, autoritatea contractantă va include aceste informații în clarificarea din oficiu pe care o va formula.

7. Necesitatea eliminării condițiilor suplimentare de restituire a garanției de bună execuție.

Răspuns autoritate contractantă

Autoritatea contractantă va prelua solicitarea contestatorului și va elimina condiția din art. 10.5 a proiectului de contract.

Prevederile proiectului de contract, art 10.5 se modifică astfel:

„Achizitorul va elibera/restitui garanția de bună execuție în cel mult 14 zile de la plata facturii finale, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenții asupra ei”.

Se va publica o clarificare din oficiu în acest sens.

8. Necesitatea înlăturării caracterului ambiguu al prevederilor caietului de sarcini din cuprinsul Cap. 6.3 – Experți secundari

Răspuns autoritate contractantă

Referitor la experții secundari, confirmă că la depunerea ofertei, ofertantul trebuie să-și asume prin oferta depusă pozițiile de experți secundari.

În propunerea tehnică experții secundari vor fi incluși numai din perspectiva pozițiilor și responsabilităților pe care le vor avea în cadrul contractului.

Nu este necesară prezentarea unei liste nominale (cu nume și prenume) a experților secundari.

Un expert secundar poate acoperi unul sau mai multe domenii așa cum sunt ele descrise în cap. 6.3 din caietul de sarcini, cu obligativitatea asigurării disponibilității acestuia corelat cu pozițiile ocupate și cu asigurarea respectării planului de implementare a proiectului.

9. Încălcarea dispozițiilor art. 129 alin. (1) din HG nr. 395/2016

Răspuns autoritate contractantă

Lăsând la o parte faptul că prevederile legale menționate sunt incorect referite, fiind vorba de art. 123 alin (1), respectiv art. 137 alin (3) din Norme, autoritatea contractantă face următoarea precizare:

Este vorba de două etape diferite, etapa de atribuire și etapa de implementare. Etapa de atribuire este guvernată de Legea nr. 98 și de Normele de aplicare ale acesteia, atunci când oferta este declarată conformă de comisia de evaluare. Etapa de implementare, guvernată de contract și documentele sale, când serviciile sunt acceptate sau nu de comisia de recepție.

Prevederile art. 7.3 din Proiectul de Contract rămân nemodificate.

Referitor la punctul B al contestației – Caracterul nelegal și restrictiv al cerințelor minime impuse ofertanților (și experților propuși de către aceștia), al criteriilor de atribuire și factorilor de evaluare, prin prisma încălcării principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității:

1. Nelegalitatea impunerii cerințelor studiilor absolvite exclusiv cu diplomă de master sau echivalent, caracterul arbitrar și nejustificat al categoriilor de experți pentru care s-a impus aceasta cerință minimă.

Răspuns autoritate contractantă

Cerința permite participarea experților care au absolvit studii superioare cu diplomă de master sau echivalent, deci nu este formulată prin raportare exclusiv la studii postuniversitare și/sau studii universitare de masterat.

La formularea cerinței s-au avut în vedere prevederile Legii educației naționale nr. 1/05.01.2011 cu completările și modificările ulterioare, art. 153 alin. (2) care stipulează faptul că: *„Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna este echivalentă cu diploma de studii universitare de master în specialitate.”*

Autoritatea contractantă va modifica cerința, astfel:

Expert principal 1	Coordonator proiect	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert principal 2	Coordonator adjunct proiect	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert principal 3	Expert prevenirea generării deșeurilor	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert principal 4	Expert deșeuri municipale și deșeuri de ambalaje	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert principal 5	Expert financiar	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 1	Expert instituțional	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 2	Expert categorie deșeuri „deșeuri alimentare”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.

Expert secundar 3	Expert categorie deșeuri „deșeuri de echipamente electrice și electronice” și „deșeuri de baterii și acumulatori”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 4	Expert categorie deșeuri „vehicule scoase din uz”, „anvelope uzate” și „uleiuri uzate”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 5	Expert categorie deșeuri „din construcții și desființări”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 6	Expert categorie deșeuri „nămoluri rezultate de la epurarea apelor uzate orășenești”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 7	Expert categorie deșeuri „deșeuri cu conținut de PCB” și „deșeuri de azbest”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 8	Expert categorie deșeuri „deșeuri medicale”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 9	Expert categorie deșeuri „deșeuri provenite din activități industriale”	Diploma de absolvire sau de licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
Expert secundar 10	Expert categorie deșeuri	Diploma de absolvire sau de

	„deșeuri din agricultură, silvicultură și pescuit”	licență a absolvenților învățământului superior de lungă durată din perioada anterioară aplicării celor trei cicluri tip Bologna/ diploma de studii universitare de master în specialitate.
--	--	---

2. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței similare de către ofertanți, limitată la „servicii de elaborare planuri de gestionare a deșeurilor”.

Răspuns autoritate contractantă

Având în vedere informațiile furnizate de contestator, în vederea asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă va stabili că sunt luate în considerare servicii relevante prestate cu mai mult de 6 ani în urmă, perioadă care coincide cu perioada de evaluare a Planului Național de Gestionare a Deșeurilor (PNGD) realizată de către Agenția Națională pentru Protecția Mediului (ANPM).

Informațiile vor fi transmise operatorilor economici printr-o clarificare din oficiu/erată.

Singurele documente suport al unei aplicații de finanțare (din cele enumerate în cuprinsul solicitării de clarificare) la realizarea cărora trebuie derulat un proces de planificare sunt Studiul de fezabilitate și Analiza cost beneficiu. Acesta este fundamental diferit de procesul de planificare utilizat în elaborarea planurilor de gestionare a deșeurilor, care este unul strategic.

Un studiu de fezabilitate reprezintă implementarea măsurilor din documentele din planificare.

..., în calitate de autoritate contractantă, a scos la licitație prin acest contract servicii pentru revizuirea Planului Național de Gestionare a Deșeurilor, care așa cum îi spune și titlul, se referă la un plan care acoperă întreg teritoriul național. Prin cerințele impuse nu au fost contrazise instrucțiunile Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP), deoarece acestea nu fac referire la servicii naționale pentru care demonstrarea experienței similare trebuie să fie cel puțin la nivelul necesității din punctul de vedere al complexității.

Art. 40 din OUG nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor indică cu precizie ce anume trebuie să conțină un plan național, informații care nu se regăsesc în niciun alt tip de document de genul studiu de fezabilitate, studiu de impact etc., al căror scop și cuprins este diferit neacoperind complexitatea solicitată atât de Directiva Europeană 2008/98/CE cu modificările și completările ulterioare, cât și de actul național de transpunere, în speță OUG nr. 92/2021.

Cu toate acestea, în fișa de date a fost menționat faptul că experiența (deși parțială) poate fi demonstrată prin elaborarea de planuri județene de gestionare a deșeurilor.

3. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței profesionale specifice de către ofertanți pentru poziția de expert principal-coordonator adjunct proiect, prin care se elimină în mod nejustificat experiența dobândită la nivel național („... exclusiv România”).

Răspuns autoritate contractantă

Planul Național de Gestionare a Deșeurilor (PNGD) care trebuie revizuit prin acest contract este unul singur, astfel prin impunerea cerinței în cazul expertului principal-coordonator adjunct, autoritatea contractantă a urmărit obținerea unei expertize cât mai largă din alte state membre, deoarece măsurile care ar trebui să fie incluse în planurile naționale de gestionare a deșeurilor ale statelor membre trebuie să fie corelate pentru a stabili o rețea națională integrată în cea comunitară, adecvată, de unități de eliminare a deșeurilor și de instalații de valorificare a deșeurilor municipale mixte colectate din gospodăriile populației (art. 25 alin. (1) OUG nr. 92/2021), astfel încât să permită Uniunii Europene să asigure prin mijloace proprii eliminarea deșeurilor, precum și valorificarea deșeurilor municipale mixte colectate din gospodăriile populației (art. 25 alin. (2) OUG nr. 92/2021).

4. Nelegalitatea impunerii unei experiențe profesionale specifice constând în participarea în cadrul unui contract de planificare a gestionării la nivel național exclusiv în cazul expertului secundar expert instituțional

Răspuns autoritate contractantă

Un Plan Național acoperă întreg teritoriul, motiv pentru care experiența profesională trebuie să fie suficientă. Prin impunerea acestei cerințe, autoritatea contractantă s-a asigurat că expertul instituțional are toate cunoștințele cu privire la instituțiile centrale și locale, precum și relațiile dintre acestea, în vederea identificării unei posibile nefuncționalități instituționale și a formula acțiuni de remediere.

În concluzie, autoritatea contractantă învederează că va lua toate măsurile de remediere propuse, astfel că apreciază contestația netemeinică.

În condițiile în care contestatoarea a transmis 2 solicitări de clarificări și anterior primirii Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări transmise a contestat documentația de atribuire, iar clarificările au fost reiterate în cuprinsul contestației formulate, pentru considerentele de fapt și de drept expuse, autoritatea invocă lipsa de temeinicie a contestației și solicit respingerea acesteia.

Urmare punctului de vedere, contestatoarea a transmis Note scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 2046/12.01.2023, prin care solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost motivată și argumentată, și respingerea susținerilor autorității contractante ca netemeinice și lipsite de fundament, având în vedere următoarele argumente:

I. Confirmarea de către autoritatea contractantă a caracterului temeinic și fondat al criticilor sale de la punctele 1-4; necesitatea admiterii acestor critici, ca urmare a nerespectării de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016

Legea nr. 101/2016, art. 9 alin. (1) definește măsurile de remediere ca fiind „*acele măsuri adoptate de autoritatea/entitatea contractantă, în urma primirii unei contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul procedurii de atribuire*”.

Astfel, având în vedere că, până la acest moment, autoritatea contractantă nu a procedat la adoptarea măsurilor de remediere menționate (răspuns consolidat, clarificare din oficiu sau erată), cu atât mai mult cu cât procedura nu este suspendată, Consiliul nu poate lua în considerare angajamentele viitoare asumate de către autoritatea contractantă. Pentru a fi considerate măsuri de remediere în accepțiunea Legii nr. 101/2016, acestea trebuiau transpuse în termen de maxim 3 zile în măsuri efective, în caz contrar acestea nereprezentând altceva decât o confirmare a criticilor sale, cu promisiunea remedierii viitoare.

Importanța reținerii de către Consiliu a inexistenței remedierii problemelor criticate la punctele 1-4 din contestație rezidă inclusiv din faptul că, prin emiterea unei decizii în cuprinsul căreia nu s-ar regăsi obligația respectării celor asumate prin punctul de vedere, autoritatea contractantă s-ar putea limita strict la cele impuse prin decizie, fără a exista nicio modalitate de obligare la îndeplinirea unor măsuri de remediere viitoare (incerte).

O altă consecință negativă deosebit de importantă a faptului că autoritatea contractantă a înțeles să remedieze problemele sesizate prin intermediul punctului de vedere constă în încălcarea flagrantă a principiului transparenței, ca urmare a faptului că aceste modificări/clarificări ale documentației de atribuire nu sunt accesibile tuturor celorlalți operatori economici interesați de participarea în cadrul procedurii (cu termen de depunere a ofertelor la data de 30.01.2023), aceștia nefiind parte în cadrul prezentului dosar.

În consecință, având în vedere caracterul temeinic al criticilor din cuprinsul petitelor 1-4 ale contestației (confirmate ca atare de autoritatea contractantă prin punctul de vedere), coroborat cu lipsa adoptării măsurilor de remediere reglementate de art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită admiterea acestei critici și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere necesare.

II. Inadmisibilitatea modificării/clarificării documentației de atribuire cu privire la garanția de bună execuție, prin intermediul punctului de vedere; caracterul temeinic și fondat al criticilor contestatoarei de la punctele 5-6 din contestație.

Ca un prim aspect, petenta învederează că autoritatea contractantă face o confuzie între punctul de vedere ca mijloc procedural de apărare, expres reglementat de Legea nr. 101/2016 și măsurile de remediere sau clarificările și completările aduse documentației de atribuire.

Mai exact, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă menționează:

„Se va emite o Clarificare din oficiu cu următorul cuprins:

*Autoritatea contractantă a ținut să clarifice faptul că vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți bancare ori societăți de asigurări și **nu vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți financiare nebancare** (mențione inexistentă în documentația inițială);*

Ofertanții trebuie să înțeleagă cu claritate că, în aplicarea prevederilor art. 36 alin. (5) din Normele aprobate de HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă va respinge instrumentele de garantare emise de societăți financiare nebancare (mențione de asemenea inexistentă în documentația inițială).

Petenta arată că, până la emiterea unei clarificări prin care să fie modificată documentația de atribuire (și în lipsa adoptării unor măsuri de remediere), atât contestatoarea, cât și autoritatea contractantă sunt ținute de forma documentației de atribuire publicate, în cuprinsul căreia s-a solicitat:

„GE va respecta prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 39 și 42 din HG nr. 395/2016” (Cap. III.1.6.b) din fișa de date).

Este evident că varianta inițială a documentației de atribuire permite ofertanților prezentarea unor scrisori de garanție emise de IFN-uri, în condițiile legii, motiv pentru care va solicita constatarea inadmisibilității modificării acestei cerințe prin intermediul unui punct de vedere.

În continuare, din cuprinsul punctului de vedere, contestatoarea arată că autoritatea contractantă înțelege să limiteze mai departe modul de constituire a GBE (în pofida cerințelor fișei de date a achiziției actuale), prin eliminarea viitoare a reținerilor succesive:

„Autoritatea contractantă nu este de acord ca garanția de bună execuție să se constituie și prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, drept pentru care nu a prevăzut aceasta posibilitate în documentația de atribuire.

Pentru buna ordine, autoritatea contractantă va include aceste informații în Clarificarea din oficiu pe care o va formula.”

În opinia sa, interpretarea eronată a autorității contractante rezidă din faptul că, dimpotrivă, documentația permite varianta constituirii GBE prin rețineri succesive, deoarece art. 154 din Legea nr. 98/2016 (prevăzut integral în FDA, Cap. III.1.6.b) stipulează la art. 154 alin. (4) lit. d):

4) *Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:*

d) *rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție..."*

În consecința, contestatoarea solicită Consiliului constatarea inadmisibilității modificării conținutului documentației de atribuire prin intermediul punctului de vedere, și analizarea criticilor sale exclusiv în raport de conținutul documentației în forma sa inițială.

Aceasta precizează că nu are posibilitatea criticării la acest moment a modificărilor/completărilor aduse de autoritatea contractantă, urmând ca, în eventualitatea emiterii în viitor a unor asemenea preținse Clarificări, acestea să poată fi combătute printr-o alta eventuală contestație.

III. Referitor la critica de la punctul 7 din contestație cu privire la necesitatea eliminării condițiilor suplimentare de restituire a garanției de bună execuție, care exced prevederilor legale în vigoare; corelarea documentelor parte integrantă a documentației de atribuire.

Contestatoarea invocă temeinicia criticilor sale din cuprinsul petiului 7 al contestației (confirmate ca atare de autoritatea contractantă prin punctul de vedere), coroborat cu lipsa adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere reglementate de art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și solicită admiterea acestei critici, cu obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere necesare.

IV. Referitor la critica din cuprinsul punctului 8 din contestație; renunțarea la acest capăt de cerere, ca urmare a măsurii de remediere adoptate de către autoritatea contractantă.

Având în vedere că autoritatea contractantă a răspuns cu privire la această critică în mod clar și fără a condiționa remedierea de un eventual act viitor (clarificare, erată, etc.) ca în cazul celorlalte critici mai sus expuse, petenta înțelege să renunțe la această critică. Prin mențiunea „nu este necesară prezentarea unei liste nominale (cu nume și prenume) a experților secundari” consideră că s-a răspuns obiectului criticii, motiv pentru care aceasta nu mai subzistă în continuare.

V. Încălcarea dispozițiilor art. 129 alin. (1) din HG nr. 395/2016; nelegalitatea menținerii prevederilor art. 7.3 din contract

Contestatoarea arată că, astfel cum în mod corect a precizat în cuprinsul contestației, a avut în vedere prevederile proiectului de contract, care în cuprinsul art 7.3 stipula:

„În cazul în care, pe parcursul îndeplinirii contractului, se constată faptul că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini”

De asemenea, potrivit HG nr. 395/2016, art. 129 alin. (1):

„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”.

Art. 143 alin. (3):

„În condițiile art 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”

Față de susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, potrivit cărora netemeinicia criticilor ar rezulta din faptul că în discuție sunt 2 etape distincte - atribuirea și respectiv implementarea contractului, petenta precizează următoarele:

- PROPUNEREA TEHNICĂ la care face referire art. 7.3 din contract nu reprezintă un document ulterior atribuirii acestuia, ci reprezintă parte integrantă din oferta depusă de fiecare ofertant interesat să participe la procedură;

- așadar, ca urmare a dispozițiilor clare și lipsite de echivoc ale art. 143 alin. (3) din HG nr. 395/2016, PROPUNEREA TEHNICĂ NU poate conține *„elemente ... inferioare sau care nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini”*, pentru simplul motiv ca o oferta ce ar cuprinde o asemenea propunere tehnică nu ar fi admisibilă.

Astfel, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea art 7.3 din Proiectul de Contract, ținând cont de faptul că depunerea unei propuneri tehnice ce conține elemente inferioare sau necorespunzătoare cerințelor caietului de sarcini este considerată ofertă neconformă.

VI. Cu privire la critica având ca obiect nelegalitatea cerinței constând în deținerea diplomei de master sau echivalent; caracterul arbitrar și nejustificat al categoriilor de experți

Autoritatea contractantă a înțeles să procedeze la modificarea documentației de atribuire în sensul solicitat prin contestație, însă, având în vedere că se indică un document viitor (*„Autoritatea contractantă va modifica cerința astfel...”*), își menține această critică, în sensul obligării autorității contractante la adoptarea acestei măsuri de remediere.

VIII. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței similare de către ofertanți, limitată la „Serviciile de elaborare planuri de gestionarea deșeurilor”

Petenta reiterează art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, precum și exemplele de practică defectuoasă identificate de către ANAP în cuprinsul aceleiași instrucțiuni, exemple care se circumscriu cerinței criticate, prin solicitarea demonstrării unei experiențe similare privind prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică.

Contestatoarea menționează că înțelege caracterul particular și extrem de limitat al domeniului impus de autoritatea contractantă, mai ales prin prisma calității de Prestator deținute în cadrul Contractului nr.

34.374/25.04.2016 încheiat cu Ministerul Fondurilor Europene, având ca obiect *„Asistență tehnică pentru realizarea Planului Național de Gestionare a Deșeurilor și a Planului Național pentru Prevenirea Generării Deșeurilor”*, acesta fiind unicul contract având ca obiect realizarea unui Plan Național de Gestionare a Deșeurilor. Deși în cadrul procedurii în cauză s-a prevăzut că aceste servicii să fi fost prestate inclusiv la nivel județean sau regional, caracterul restrictiv rezidă din numărul extrem de limitat al acestor contracte, iar modificarea perioadei de referință cu *„mai mult de 6 ani în urma”* nu răspunde criticilor sale.

Față de acest aspect și în vederea garantării unui mediu concurențial real, nerestricționat în mod artificial și cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile în materie, petenta solicită obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe vizând experiența similară, după cum urmează:

„Prin servicii similare se înțeleg inclusiv servicii de elaborare a unei aplicații de finanțare în domeniul gestionării deșeurilor municipale, inclusiv documente suport (Studiu de Fezabilitate, Analiză Cost Beneficiu, Evaluarea Impactului asupra Mediului, Raport privind impactul schimbărilor climatice, Analiza Instituțională, Strategia/Plan de achiziții), aprobată de finanțator”.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante potrivit cărora un Studiu de fezabilitate ar fi inferior unui *„plan de elaborare al deșeurilor”*, prin indicarea unei definiții incorecte și incomplete a acestui document (*„un studiu de fezabilitate reprezintă implementarea măsurilor din documentele din planificare”*), contestatoarea invocă dispozițiile HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice (Secțiunea a 3-a/Studiul de fezabilitate/art. 7 și art. 8, Anexa nr. 4 la care face trimitere alin. 8 al art. 7 din actul normativ).

În concluzie, susținerea potrivit căreia un Studiu de Fezabilitate ar reprezenta doar *„... implementarea măsurilor din documentele de planificare”* sau că acesta ar fi inferior (din punct de vedere al complexității) unui plan de gestionare a deșeurilor nu poate fi reținută ca una serioasă, pertinentă și temeinică, ci dimpotrivă, motiv pentru care solicită respingerea susținerilor autorității contractante, ținând cont că Instrucțiunea ANAP nr. 2 din 31 martie 2016 prevede:

„Art. 5 alin. (1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului, ca rezultat al aplicării principiului «cine poate mai mult poate și mai puțin» (qui potest maius, potest et minus, n.n.)”.

Pentru aceste motive, solicită Consiliului respingerea susținerilor autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, precum și constatarea caracterului temeinic și fondat al criticilor sale.

VIII. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței profesionale specific de către ofertanți pentru poziția de expert principal – coordonator adjunct proiect, prin care se elimină în mod nejustificat experiența dobândită la nivel național („...exclusiv România”).

În cuprinsul pag. 19/35 din caietul de sarcini, pentru poziția expertului principal Coordonator Adjunct Proiect s-a impus, în vederea dovedirii experienței profesionale specifice:

„Experiența specifică în elaborarea documentelor de planificare din alte țări UE (exclusiv România) - responsabil cu coordonarea planificării/planificarea a cel puțin două categorii de deșeuri, altele decât deșeurile municipale”.

În opinia contestatoarei, argumentele autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, potrivit cărora *„a urmărit obținerea unei expertize cât mai largi din alte state membre...”*, nu sunt în măsura să răspundă sau să combată critica sa, care nu a avut ca obiect permiterea prezentării unei expertize din spațiul european, ci eliminarea în mod nelegal a expertizelor deținute la nivel național.

Așadar, eliminarea certă și flagrantă a experienței naționale (exclusiv România) este în măsura să restricționeze în mod nelegal accesul la procedură, motiv pentru care solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acestei cerințe nelegale și restrictive impuse exclusiv Coordonatorului Adjunct de Proiect, prin corelarea experienței profesionale specifice solicitate tuturor celorlalți experți principali.

IX. Nelegalitatea impunerii unei experiențe profesionale specifice constând în participarea în cadrul unui contract de planificare a gestionării deșeurilor la nivel național exclusiv în cazul expertului secundar, expert instituțional

Oarecum similar situației criticate la punctul B.3 din contestație, în urma unei analize atente a cerințelor prevăzute în cuprinsul caietului de sarcini, petenta a constatat faptul că, în mod nejustificat și absolut inexplicabil, poziția de expert secundar - Expert Instituțional beneficiază de cerințe aferente unui profil profesional cu totul aparte, superioare inclusiv cerințelor impuse experților principali.

Mai exact, Expertul Instituțional este singurul expert (atât dintre cei principali, cât și dintre cei secundari) pentru care se solicită Experiența Profesională specifică constând în *„Participarea în cadrul unui contract similar...”*, care la pag. 23/35 este definit ca fiind *„... contractul în cadrul căruia a fost elaborat și ulterior aprobat un document de planificare a gestionării deșeurilor LA NIVEL NAȚIONAL”.*

Coroborând aceste informații cu faptul că la nivel național există doar Contractul nr. 34.374/25.04.2016, rezultă nu doar caracterul

restrictiv al acestei cerințe, ci chiar caracterul exclusivist în ceea ce privește singura persoană care îndeplinește această cerință, la nivel național.

În opinia contestatoarei, răspunsul autorității contractante din punctul de vedere nu este în măsură să justifice, sub nicio formă, această cerință, iar pretinsa necesitate de a se „...asigura că expertul instituțional are toate cunoștințele cu privire la instituțiile centrale și locale, precum și relațiile dintre acestea, în vederea identificării unei posibile nefuncționalități instituționale...” nu răspunde, sub nicio formă, criticilor clare și pertinente.

În consecință, petenta solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței constând în „Participarea în cadrul unui contract similar, în calitate de expert instituțional sau pe o poziție similară” pentru expertul secundar Expert Instituțional, urmând ca aceasta să fie corelată cu cerințele impuse tuturor celorlalți experți solicitați, și anume „participarea în cadrul unui contract de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor”.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208692647/1 din 22.12.2022, în valoare de 34.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia, la data de 23.12.2022.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii pentru revizuirea Planului Național de Gestionare a Deșeurilor”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1050037/07.12.2022, valoarea estimată a întregii proceduri este de 1.698.385 lei, fără TVA.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire a formulat contestație SC ... SRL prin care solicită obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor documentației de atribuire cu luarea în considerare a motivelor și argumentelor legate de caracterul nelegal sau contradictoriu al anumitor cerințe/criterii de atribuire/factori de evaluare criticați iar în cazul în care cererea de suspendare a procedurii de atribuire va fi respinsă sau nu va fi soluționată în timp util raportat la data depunerii ofertelor, să se dispună anularea procedurii de atribuire în vederea remedierii aspectelor nelegale ce sunt invocate prin contestație, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

În soluționarea criticilor formulate, Consiliul reține în prealabil că autoritatea contractantă a menționat prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei cu adresa nr. 897/06.01.2023, că este de acord cu publicarea în SEAP a unei Clarificări din oficiu prin care înțelege să lămurească unele dintre aspectele criticate de contestatoare, exprimându-și totodată și punctul de vedere cu privire la acestea, punct de vedere cu care SC ... SRL nu este întru-totul de acord.

Consiliul constată că după primirea punctul de vedere al autorității contractante, contestatoarea a comunicat cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 2046/12.01.2023 că nu au fost luate măsuri de remediere în sensul dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în termen de maxim 3 zile, în condițiile în care procedura de atribuire este suspendată, însă, apreciază că autoritatea contractantă a confirmat prin punctul de vedere caracterul temeinic al criticilor pe la punctele 1, 2, 3 și 4 motiv pentru care solicită admiterea lor și obligarea acesteia la adoptarea măsurilor de remediere necesare.

Verificând susținerile contestatoarei, Consiliul constată că într-adevăr autoritatea contractantă, deși arată prin punctul de vedere că va transmite o Clarificare din oficiu cu privire la primele 4 puncte din contestației, un astfel demers nu a fost întreprins până la data pronunțării prezentei decizii, procedura fiind nesuspendată, fiind posibilă, astfel, publicarea de clarificări.

Or, având în vedere achiesarea autorității contractante la solicitările contestatoarei și intenția acesteia de a clarifica aspecte aduse în discuție prin contestație, Consiliul va admite criticile și va dispune obligarea autorității contractante de a publica în SEAP informațiile necesare elaborării ofertelor, astfel:

1. Discrepanțele cu privire la durata de valabilitate a ofertelor

Se va publica în SEAP informația potrivit căreia „Valabilitatea ofertei este de 4 luni, respectiv 120 de zile”

2. Contradicția dintre cerințele impuse Expertului Financiar

Pentru Expertul Financiar în cuprinsul caietului de sarcini, Cap. 6.2 și Cap. 8 cerința minimă va fi de „Cel puțin 3 ani în domeniul gestionării deșeurilor”.

3. Necesitatea raportării exclusiv la legislația în vigoare la momentul publicării documentației de atribuire.

În Caietul de sarcini la Cap. 6.2 – Experți principali – coordonator proiect și Cap. 8 – Criterii de atribuire – Coordonator proiect, cerința prin care se solicită „Participarea la cel puțin 1 proiect de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor în conformitate cu prevederile Legii nr. 211/2011, care ulterior a fost aprobat, în calitate de Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Lider de Echipă, funcții cu atribuții de coordonare”, va fi înlocuită și va avea următorul conținut:

„Participarea la cel puțin 1 proiect de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor în conformitate cu prevederile Legii nr. 211/2011 și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor, care ulterior a fost aprobat, în calitate de Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manger Proiect și/sau Lider de Echipă, funcții cu atribuții de coordonare”.

4. Necesitatea corelării/corectării informațiilor contradictorii cu privire la Durata contractului

Se va publica o Erată prin care se vor modifica prevederile din fișa de date, Secțiunea II.2.7 – *„Durata contractului, cesiunii, a acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții Durata în luni:10”* și art. 5.1 din contract *„Durata prezentului contract începe de la data intrării în vigoare și se finalizează la data de 15.12.2023”* astfel încât să rezulte că durata contractului este de 8 luni.

5. Neconcordanțele din cuprinsul documentației de atribuire cu privire la Garanția de Bună Execuție

Consiliul constată că prin contestație, SC ... SRL solicită corelarea următoarelor prevederi:

- cele menționate în fișa de date Secțiunea III.1.6.b) Garanție de buna execuție:

„Cuantumul GE este de 10% din valoarea fără TVA a contractului încheiat și se constituie în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării acestuia. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a contractantului, fără a depăși 15 zile de la data semnării contractului. GE va respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar.

GE va respecta preved art. 154 din Legea 98/2016 și art. 39 art. 42 din HG nr. 395/2016”; și

- cele menționate în proiectul de contract art. 10.2 alin. (2):

„Garanția de bună execuție se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o institutie de credit din România sau dintr-un alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii și devine anexă la contract, în condițiile art. 40 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 ...”

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să procedeze la corelarea art. 10.2 alin. (2) din proiectul de contract cu prevederile legale în vigoare (art. 154 alin. (3) din Legea 98/2016) precum și ale Fișei de date Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție, și revizuirea articolului 10.2 alin. (2), astfel:

„Garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

a) virament bancar;

b) instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:

(i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;

(ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;

(iii) asigurări de garanții emise:

- fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

d) rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție;

e) combinarea a două sau mai multe dintre modalitățile de constituire prevăzute la lit. a)-c), în cazul garanției de bună execuție”.

Consiliul va analiza critica 5 din contestație cumulată cu critica 6 având în vedere că acestea sunt în strânsă legătură, respectiv prevederi referitoare la garanția de bună execuție.

Consiliul constată că referitor la garanția de bună critica 6 din contestație, vizează:

6. Necesitatea eliminării mențiunilor restrictive din fișa de date cu privire la Garanția de Bună Execuție, care ar impune constituirea acesteia exclusiv sub forma unei Scrisori de Garanție Bancară (SGB)

Consiliul reține că SC ... SRL face trimitere la prevederea din fișa de date Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție:

„Cuantumul GE este de 10% din valoarea fără TVA a contractului încheiat și se constituie în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării acestuia. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a contractantului, fără a depăși 15 zile de la data semnării contractului. GE va respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar. GE va respecta preved art. 154 din Legea 98/2016 și art. 39 art. 42 din HG nr. 395/2016” și solicită eliminarea prevederii „GE vor respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar”, având în vedere dispozițiile art. 154 alin. (3) din Legea 98/2016.

Consiliul constată că prin punctul de vedere autoritatea contractantă a comunicat faptul că în prezenta speță sunt relevante dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, art. 20 alin. (1) și alin. (2) și ale art. 36 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Autoritatea contractantă precizează de

asemenea că a ținut să clarifice faptul că vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți bancare ori societăți de asigurări și nu vor fi acceptate instrumente de garantare emise de societăți financiare nebancare.

În soluționarea criticilor, Consiliul reține că dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016 stabilesc următoarele:

„(3) Autoritatea contractantă are obligația de a solicita contractantului constituirea garanției de bună execuție în cuantum de maximum 10% din prețul contractului, fără TVA. Cu excepția contractelor de servicii de proiectare și a contractelor de lucrări, a căror valoare estimată este mai mică decât valoarea prevăzută la art. 7 alin. (1), precum și în cazul unui contract atribuit în urma aplicării procedurii de negociere, fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă are dreptul de a nu solicita contractantului constituirea garanției de bună execuție.

(4) Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

a) virament bancar;

b) instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:

(i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;

(ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei, fără TVA, și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;

(iii) asigurări de garanții emise:

- fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

d) rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție;

e) combinarea a două sau mai multe dintre modalitățile de constituire prevăzute la lit. a)-c), în cazul garanției de bună execuție”.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu poate limita modalitatea de constituire a garanției de bună execuție doar la instituții bancare așa cum susține prin punctul de vedere, ci este obligată să stabilească cerințe în conformitate cu prevederile legale, inclusiv la modalitățile de constituire, acesta fiind un aspect criticat de altfel. Eliminarea sau adăugarea unor cerințe contrar prevederilor legale conduce la restricționarea participării la

procedura de atribuire a cât mai multor operatori economici, și nu în ultimul rând încălcarea acestor prevederi.

Având în vedere prevederile legale citate anterior este necesară eliminarea din fișa de date a achiziției, Secțiunea III.1.6.b) Garanție de bună execuție, a cerinței *„GE vor respecta toate condițiile de formă și de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar”*.

Consiliul reține în acest sens că este necesară modificarea art. 10.1 alin. (2) din proiectul de contract prin punerea acestuia în corelare cu prevederile art. 154 alin. (3) și alin. (4) din Legea 98/2016, modificări pe care autoritatea contractantă va fi obligată să le publice în SEAP.

Pentru aceste motive criticile vor fi admise.

7. Necesitatea eliminării condițiilor suplimentare de restituire a GBE, care exced prevederilor legale în vigoare; corelarea documentelor parte integrantă a documentației de atribuire

Consiliul constată că situația este similară cu cea analizată la punctele 1-4 din contestație, când autoritatea contractantă este de acord cu solicitarea contestatoarei cu promisiunea că va dispune măsuri de remediere, fără ca acestea să fie luate până la pronunțarea prezentei decizii, motiv pentru care va admite critica și va obliga ... la publicarea în SEAP a următoarei modificări:

- prevederea din proiectul de contract de la art. 10.5 *„Achizitorul se obligă să restituie garanția de bună execuție în termen de maxim 14 zile de la îndeplinirea obligațiilor asumate, în urma unei solicitări scrise din partea prestatorului”* va fi modificată și înlocuită cu prevederea *„Achizitorul va elibera/restitui garanția de bună execuție în cel mult 14 zile de la plata facturii finale, dacă nu a ridicat până la acea data pretenții asupra ei”*.

8. Necesitatea înlăturării caracterului ambiguu al prevederilor caietului de sarcini din cuprinsul Cap. 6.3 - Experți secundari

Cu privire la critica 8 Consiliul constată că SC ... SRL a afirmat că renunță la aceasta, motivând că autoritatea contractantă a răspuns obiectului criticii prin mențiunea *„nu este necesară prezentarea unei liste nominale (cu numele și prenumele) a experților secundari”*, situație în care aceasta nu mai subzistă în continuare.

9. Încălcarea dispozițiilor „art. 129” alin. (1) din HG nr. 395/2016

În susținerea acestei critici contestatoarea arată că potrivit prevederilor proiectului de contract, autoritatea contractantă a stabilit la art. 7.3 că *„În cazul în care, pe parcursul îndeplinirii contractului, se constată faptul că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini”*, însă, potrivit prevederilor „art. 129” alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”* dar și că potrivit art. 143 alin. (3) *„În condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:*

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini".

Față de prevederile evocate de contestatoare, aceasta solicită obligarea autorității contractante la eliminarea art 7.3 din proiectul de contract, ținând cont de faptul că depunerea unei propuneri tehnice ce conține elemente inferioare sau necorespunzătoare cerințelor caietului de sarcini este considerată ofertă neconformă.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a arătat prin punctul de vedere că prevederile art. 7.3 din proiectul de contract rămân nemodificate motivat de faptul că este vorba de două etape, respectiv cea de atribuire și cea de implementare, etapă de atribuire guvernată de Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, atunci când oferta este declarată conformă de comisia de evaluare și etapa de implementare, guvernată de contract și documentele sale, când serviciile sunt acceptate sau nu de comisia de recepție.

Preliminar analizei criticii, Consiliul constată că prin contestație sunt indicate în mod greșit cele două articole, fiind vorba în realitate de art. 123 alin. (1) în loc de 129 alin. (1) și art. 143 alin. (3) în loc de art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Astfel, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)” iar potrivit art. 137 din același act normativ, invocat în susținerea criticii de contestatoare, „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(3) În condițiile art. 215 [alin. \(5\)](#) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini"

Consiliul va respinge ca nefondată critica având în vedere că o astfel de prevedere este uzuală în contractele de achiziție publică fiind menită să protejeze autoritatea contractantă de eventuale evaluări necorespunzătoare a ofertei în etapa de evaluare și asigură execuția contractului la parametrii impuși prin documentația de atribuire. O astfel de prevedere vizează etapa de execuție a contractului când este necesar ca în cazul în care se constată că propunerea tehnică nu corespunde întocmai cerințelor caietului de sarcini.

Relevante în soluționare sunt și susținerile autorității contractante potrivit cărora este vorba de două etape diferite, etapa de atribuire și etapa de implementare. Etapa de atribuire este guvernată de Legea nr. 98 și de Normele de aplicare ale acesteia, atunci când oferta este declarată conformă de comisia de evaluare. Etapa de implementare, guvernată de contract și documentele sale, când serviciile sunt acceptate sau nu de comisia de recepție, motiv pentru care această prevedere, în mod corect, a fost menținută de către autoritatea contractantă.

B. Caracterul nelegal și restrictiv al cerințelor minime impuse ofertanților (și experților propuși de către aceștia), al criteriilor de atribuire și factorilor de evaluare, prin prisma încălcării principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității:

1. Nelegalitatea impunerii cerinței studiilor absolvite exclusiv cu diploma de master sau echivalent; caracterul arbitrar și nejustificat al categoriilor de experți pentru care s-a impus aceasta cerință minimă:

În soluționarea criticii Consiliu constată că autoritatea contractantă a achiesat la solicitarea contestatoarei și a comunicat prin punctul de vedere că va modifica cerințele conform tabelului prezentat, demers pe care nu l-a făcut, motiv pentru care critica este menținută și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurii de remediere.

Față de cele constatate, Consiliul va admite critica și va oblige autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a modificărilor aduse conform celor transmise la dosarul cauzei prin punctul de vedere.

2. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței similare de către ofertanți, limitată la «serviciile de elaborare planuri de gestionarea deșeurilor».

În susținerea criticilor contestatoarea invocă prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 ca având importanță pentru speță, inclusiv exemplele de practică defectuoasă identificate de ANAP în cuprinsul aceleiași instrucțiuni, exemple care se circumscriu cerinței criticate. În acest sens, contestatoarea arată că în cadrul prezentei proceduri s-a prevăzut ca aceste servicii să fi fost prestate inclusiv la nivel județean sau regional, însă caracterul restrictiv rezidă atât din numărul limitat al acestor contracte, cât și limitarea la „(...) cel mult 3 ani până la data limită de depunere a ofertelor”.

În acest context, contestatoarea arată că în vederea garantării unui mediu concurențial real, nerestricționat în mod artificial și cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile în materie, solicită obligarea autorității contractante la modificarea acestei cerințe privind experiența similară, astfel: „Prin servicii similare se înțeleg inclusiv servicii de elaborare a unei aplicații de finanțare în domeniul gestionării deșeurilor municipale, inclusiv documente suport (Studiu de Fezabilitate, Analiză Cost Beneficiu, Evaluarea Impactului asupra Mediului, Raport privind impactul schimbărilor climatice, Analiza Instituțională, Strategia/Plan de achiziții), aprobată de finanțator”.

Consiliul constată că prin punctul de vedere autoritatea contractantă a comunicat faptul că va aduce la cunoștința operatorilor economici, printr-o erată, că va lua în considerare servicii relevante prestate cu mai mult de 6 ani în urmă, perioadă care coincide cu perioada de evaluare a Planului Național de Gestionare a Deșeurilor realizat de Agenția Națională pentru Protecția Mediului, însă, cu precizarea că studiul de fezabilitate

este fundamental diferit de procesul de planificare utilizat în elaborarea planurilor de gestionare a deșeurilor.

Prin concluzii scrise contestatoarea arată că își menține critica invocând faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns solicitării sale criticând faptul că susținerea autorității contractante potrivit căreia un Studiu de Fezabilitate ar reprezenta doar „*implementarea măsurilor din documentele de planificare*” sau că ar fi inferior unui plan de gestionare a deșeurilor nu poate fi reținută ca una serioasă, pertinentă și temeinică, motiv pentru care solicită respingerea acesteia și obligarea autorității contractante la modificarea cerinței cu textul precizat în contestație.

Consiliul reține în soluționare faptul că în ceea ce privește caracterul restrictiv al cerinței „(...) *cel mult 3 ani până la data limită de depunere a ofertelor*”, autoritatea contractată a arătat prin punctul de vedere că va lua în considerare serviciile relevante prestate cu mai mult de 6 ani în urmă, situație în care va obliga autoritatea contractantă la publicarea unei clarificări în SEAP în acest sens.

În soluționarea criticii privind caracterul restrictiv al cerinței referitoare la experiența similară, Consiliul constată că în fișa de date a achiziției, la Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a stabilit că „*Prin servicii similare se înțeleg servicii de elaborare planuri de gestionare a deșeurilor (județene, regionale, naționale)*”.

Consiliul va reține ca relevante prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 potrivit cărora „(1) *Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/ execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului*”. Or, autoritatea contractantă a stabilit ca în dovedirea îndeplinirii cerinței ofertantul să fi prestat servicii identice cu cele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, cerință prin care se restricționează participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici care nu a prestat astfel de servicii.

Sușinerile autorității contractante potrivit cărora documentele indicate de către contestatoare sunt diferite de cele avute în vedere în elaborarea planurilor de gestionare a deșeurilor vor fi respinse de Consiliu ca nefondate având în vedere că din documentele pe care ofertanții urmează a le depune trebuie să rezulte că aceștia au prestat activități similare și nicidecum identice, o astfel de situație fiind contrară prevederilor legale, Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017.

Consiliul va reține, de asemenea, ca relevante prevederile 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „(5) *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” coroborate cu cele ale art. 31 din HG nr. 395/2016 „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit”.

Astfel, Consiliul admite critica și stabilește că este necesară modificarea prevederii privind experiența similară în sensul acceptării și a unor servicii similare celor de elaborare planuri de gestionarea deșeurilor și nu identice cu acestea, precum servicii de același gen.

3. Caracterul vădit restrictiv al cerinței impuse în vederea dovedirii experienței profesionale specifice de către ofertanți pentru poziția de expert principal - coordonator adjunct proiect, prin care se elimină în mod nejustificat experiența dobândită la nivel național („...exclusiv România”).

Consiliul constată că este criticată cerința pentru poziția expertului principal Coordonator Adjunct Proiect pentru care s-a impus, în vederea dovedirii experienței profesionale specifice *„Experiența specifică în elaborarea documentelor de planificare din alte țări UE (exclusiv România) - responsabil cu coordonarea planificării/planificarea a cel puțin două categorii de deșeuri, altele decât deșeurile municipale”*. Despre această cerință contestatoarea susține că nu poate fi calificată decât ca o cerință abuzivă, care restrânge nejustificat numărul eventualilor participanți la această procedură cu încălcarea flagrantă a dispozițiilor art. 31 din HG nr. 395/2016, motiv pentru care solicită obligarea autorității contractante la eliminarea acesteia prin corelarea experienței profesionale specifice solicitată tuturor celorlalți experți principali.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a justificat impunerea unei astfel de cerințe motivat de faptul că Planul Național de Gestionare a Deșeurilor ce urmează a fi revizuit este unul singur, iar prin impunerea unei astfel de cerințe a urmărit obținerea unei experiențe cât mai mari din alte state membre deoarece măsurile care ar trebui să fie incluse în planurile naționale de gestionare a deșeurilor ale statelor membre trebuie să fie corelată pentru a stabili o rețea națională integrată în cea comunitară, adecvată, de unități de eliminare a deșeurilor și de instalații de valorificare a deșeurilor municipal mixte colectate din gospodăriile populației astfel încât să permită Uniunii Europene să asigure prin mijloace proprii eliminarea deșeurilor, precum și valorificarea deșeurilor municipal colectate din gospodăriile populației.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că deși autoritatea contractantă prezintă o justificare în menținerea cerinței, aceasta nu înlătură caracterul restrictiv al acesteia. Prin urmare, cerința de a se face dovada experienței similare pentru Coordonator Adjunct Proiect din oricare țară europeană cu excepția României are un

caracter restrictiv având în vedere că la această procedură de atribuire nu pot participa experți români, încălcându-se astfel principiul nediscriminării statuat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

4. Nelegalitatea impunerii unei experiențe profesionale specifice constând în participarea în cadrul unui contract de planificare a gestionării deșeurilor la nivel național exclusiv în cazul EXPERTULUI SECUNDAR EXPERT INSTITUȚIONAL.

Cu privire la poziția de expert secundar - Expert Instituțional, contestatoarea susține că acesta beneficiază de cerințe aferente unui profil profesional cu totul aparte, superioare inclusiv cerințelor impuse experților principali, acesta fiind singurul expert (atât dintre cei principali, cât și dintre cei secundari) pentru care se solicită Experiența Profesională Specifică constând în *„Participarea în cadrul unui contract similar...”*, care la pag. 23/35 este definit ca fiind *„contractul în cadrul căruia a fost elaborat și ulterior aprobat un document de planificare a gestionării deșeurilor LA NIVEL NAȚIONAL.”*

Contestatoarea invocă caracterul restrictiv și exclusivist al cerinței în ceea ce privește singura persoană care îndeplinește această cerință la nivel național, având în vedere că la acest nivel există doar contractul nr. 34.374/25.04.2016 încheiat între SC ... SRL (fosta ...SRL) și Ministerul Fondurilor Europene, având ca obiect elaborarea PNGD, și solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței constând în *„Participarea în cadrul unui contract similar, în calitate de expert instituțional sau pe o poziție similară”* pentru expertul secundar Expert Instituțional, urmând ca aceasta să fie corelată cu cerințele impuse tuturor celorlalți experți, și anume *„Participarea în cadrul unui contract de elaborare a unui plan de gestionare a deșeurilor”*.

Consiliul constată că autoritatea contractantă și-a menținut cerința precizând că un Plan Național acoperă întreg teritoriul, motiv pentru care experiența profesională trebuie să fie suficientă și că prin impunerea acestei cerințe s-a asigurat că expertul instituțional are toate cunoștințele cu privire la instituțiile centrale și locale, precum și relațiile dintre acestea, în vederea identificării unei posibile nefuncționalități instituționale și a formula acțiuni de remediere.

Și în acest caz, Consiliul constată că autoritatea contractantă, deși a prezentat o justificare în vederea menținerii cerinței criticate, acesta are un caracter restrictiv, interzicând de această dată participarea experților străini la procedura de atribuire, împiedicând astfel participarea la procedura de atribuire a unui număr concurențial de participanți.

Consiliul reține că prin impunerea unei astfel de cerințe este încălcat și principiul recunoașterii reciproce statuat de Directiva 2014/24/UE.

Pentru toate aceste motive, având în vedere caracterul fondat al unor critici, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația depusă de SC ... SRL, în

contradictoriu cu ... și dispune remedierea documentației de atribuire, în conformitate cu considerentele de mai sus.

În acest sens, autoritatea contractantă va publica în SEAP măsurile de remediere dispuse de Consiliu, în termen de 15 zile de la primirea deciziei și va proceda la declararea termenului de depunere a ofertei cu o perioadă corespunzătoare pentru elaborarea ofertelor.

În ceea ce privește cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată de către ... către contestatoare, Consiliul constată că la dosarul cauzei nu au fost depuse documente în justificarea cererii, motiv pentru care o va respinge ca nedovedită.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune remedierea documentației de atribuire, în conformitate cu considerentele prezentei decizii.

Obligă autoritatea contractantă să publice în SEAP măsurile de remediere dispuse de Consiliu, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu decalarea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor.

Respinge cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată de către ... contestatoarei, ca nedovedită.

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

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

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

Redactată în 4 exemplare, conține 34 (treizecișipatru) pagini.