



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

DECIZIE

Nr./....., ..., ...

Data:

Prin contestația nr. 960/21.03....., transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1.....172/21.03..... (Dosar nr./.....), formulată de SA, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. .., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de director general adjunct, împotriva documentației de atribuire, respectiv a actelor: anunț de participare, fișa de date a achiziției, caietul de sarcini, Formulare, modelul de acord-cadru, modelul de contract subsecvent, elaborate de, cu sediul în, str. ., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect „Delegarea de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza al”, anunț de participare CN...../10.03....., s-a solicitat Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul celor 15 critici expres indicate în contestație.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 16993/01.0....., ... SA, cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de director general marketing-economic Dan Pascu și convențional prin Cabinet de avocat, a formulat cerere de intervenție accesorie în sprijinul contestației

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin (e-mail), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. . (Dosar nr./.....), formulată de SA, cu sediul în, str., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO

reprezentată legal de director general marketing-economic . și convențional prin, cu sediul în, ... împotriva procedurii de atribuire, respectiv a documentației de atribuire, elaborată de, în calitate de entitate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat Consiliului:

1. În principal, ... de atribuire.

2. În subsidiar, obligarea autorității contractante la remedierea neregulilor semnalate în contestație, cu consecința modificării corespunzătoare a documentației de atribuire, atât în punctele specific contestate, cât și în orice alte aspecte necesare pentru corelarea întregii documentații cu decizia CNSC.

3. Prelungirea cu o durată de cel puțin 35 de zile a termenului limită de depunere a ofertei.

Prin contestația nr. 289...../21.03....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1516...../23.03..... (Dosar nr./.....), formulată de SRL, cu sediul în, str. ..., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de administrator ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de aceeași autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect „Delegarea de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza al”, s-a solicitat Consiliului să admită contestația și să dispună următoarele:

- în principal, obligarea autorității contractante la privind documentația de atribuire, în sensul eliminării/modificării cerințelor/specificațiilor detaliate prin contestație și la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu o perioadă de timp corespunzătoare, care să permită întocmirea și depunerea ofertelor, raportat la măsurile de remediere dispuse;

- în subsidiar, obligarea autorității contractante la de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

Contestațiile și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Prin încheierea nr./...../....., .../23.03....., Consiliul a admis cererile de suspendare a procedurii de atribuire, formulate

de SA și de SC SRL și a suspendat procedura de atribuire până la soluționarea contestațiilor.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SA solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la:

- Renunțarea la dezideratul de încheiere a unui acord-cadru și înlocuirea lui cu un contract de achiziții publice, calcularea unei durate adecvate a acestuia, raportat la volumul de investiții și la celelalte cerințe specifice;

- Formularea clară și adecvată a cerințelor legate de factorul de evaluare tehnic, cu stabilirea unor modalități cuantificabile de calculare a punctajelor și eliminarea oricăror ambiguități;

- Reducerea nivelului valorii cifrei medii de afaceri generale, solicitate la criteriul de calificare privitor la capacitatea economică și financiară a ofertantului, până la nivelul de 225.000.000 lei;

- Reducerea cuantumului garanției de participare până la nivelul de maxim 1.000.000 de lei;

- Eliminarea din caietul de sarcini a cerinței de prezentare, în cadrul propunerii tehnice, a unei liste cu toate resursele umane necesare, în scopul executării contractului de delegare a gestiunii;

- Punerea la dispoziția ofertanților a procedurilor interne pentru monitorizarea și controlarea activității serviciului public de salubritate;

- Eliminarea din caietul de sarcini a clauzei conform căreia dispozițiile autorității contractante sunt obligatorii în mod necondiționat și nu pot fi contestate;

- Reglementarea adecvată a regimului reclamațiilor privitoare la prestarea a serviciului;

- Eliminarea clauzei din modelul de acord-cadru prin care prestatorul este obligat să renunțe la dreptul de a contesta orice măsură punitivă și de penalizare impusă de organisme abilitate și este obligat să facă plăți fără niciun fel de protest;

- Eliminarea tuturor clauzelor care conferă autorității contractante dreptul de a rezilia unilateral contractul, cu excepția situațiilor prevăzute în mod expres de lege;

- Eliminarea pactelor comisorii din cadrul contractului;

- Includerea activității de sortare în obiectul contractului, cu toate consecințele care decurg, privitoare la durata acestuia sau excluderea prevederilor caietului de sarcini, care obligă operatorul să sorteze deșeurilor și să dețină o stație de sortare;

- Stabilirea unui mod de calcul al autospeciălor și utilajelor alocate pentru executarea contractului și eliminarea cerințelor privind exclusivitatea folosirii lor în cadrul acestui contract;

- Extinderea duratei perioadei de mobilizare la 180 de zile;
- Extinderea termenului acordat pentru depunerea ofertei până la o perioadă de 90 de zile.

Justificând interesul său în formularea contestației, ... SA precizează că este un potențial ofertant în cadrul procedurii, având obiect de activitate principal identic cu obiectul acordului- cadru.

Arată că interesul de a acționa este subsumat condițiilor legale mai sus menționate și anume sa fie „*determinat, legitim, personal, născut și actual*”, ceea ce este cu prisosință îndeplinit în cazul de față, dată fiind intenția sa de a participa, în calitate de ofertant, în cadrul acestei proceduri de achiziție publică, subsumat condițiilor solicitate a fi admise de către autoritatea contractantă, în ipoteza admiterii contestației.

Invocând și redând dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) pct. 1 din Legea nr. 98/2016, petenta afirmă că interesul său este unul legitim, actual, real și serios, determinat de însăși intenția participării, în calitate de ofertant, subsumat conferirii de către autoritatea contractantă a acelor garanții procedurale care trebuie sa caracterizeze o procedura de achiziție publică, determinat de necesitatea imperativă de respectare a principiilor nediscriminării, tratamentului egal, a transparenței decizionale și proporționalității.

1. Contestatoarea reclamă faptul că acordul-cadru este o modalitate inadecvată pentru delegarea gestiunii serviciului public de salubritate a localităților, sens în care invocă și redă prevederile art. 3 lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, precum și cele ale art. 29 din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice.

Învederează faptul că acordul-cadru are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează să fie atribuite într-o anumită perioadă, în timp ce contractul de delegare a gestiunii atribuie unui operator, în calitate de delegat, care acționează pe riscul și răspunderea sa, drepturi și obligații de a furniza/presta serviciul de utilități publice, implicând și dreptul și obligația de a administra și a exploata o infrastructură tehnică edilitara.

Subliniază faptul că cele două tipuri de acte sunt în esență diferite, scopul lor este, în sine, diferit. Astfel, acordul-cadru are un caracter de maximă generalitate, în timp ce un contract de delegare a gestiunii are un scop și un obiect determinat concret. Acordul cadru constituie doar o bază pentru încheierea altor contracte, în timp ce contractul de delegare a gestiunii reprezintă un contract de sine stătător. Relația dintre autoritatea contractantă și operator este de natură diferită în cazul acordului-cadru, față de cazul contractului de delegare a gestiunii. Prin acordul cadru nu se transmit drepturi și obligații, iar relația contractuală nu este de tipul delegării.

În același sens, menționează faptul că este cunoscută interpretarea conform căreia autoritatea contractantă nu se obligă la o cantitate

minimă în cazul acordului-cadru. Valoare estimată este pur orientativă și nu oferă nicio garanție contractuală operatorului.

Invocând și redând dispozițiile art. 12 alin. (1) lit. a) și b), art. 13, art. 25, art. 28 alin. (2), din Legea serviciului de salubritate a localităților

nr. 101/2006, art. 11 alin. (.....) din Norma metodologică de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților din 09.07.2007 – Parte integrantă a Ordinului nr. 109/2007, contestatoarea învederează faptul că problemele enunțate anterior se cumulează și se coroborează cu necesitatea implementării unei modalități de prestare a serviciului și de organizare a acestuia, dar mai ales cu problema recuperării investițiilor.

Astfel, arată că, potrivit legislației în domeniul salubrității, investițiile făcute de operator se recuperează integral pe durata contractului de delegare a gestiunii. Conform Ordinului nr. 109/2007 cheltuielile cu amortizarea se iau în calcul, respectându-se reglementările legale în vigoare, iar Catalogul privind clasificarea și duratele normale de funcționare a mijloacelor fixe din 30.11.200....., Parte integrantă din Hotărâre 2139/200....., prevede termenele de amortizare de mai sus.

În opinia contestatoarei, durata de cinci ani a acordului-cadru este insuficientă și nejustificată, întrucât numai în situația în care s-ar pretinde operatorului să aibă ca aport investițional doar mașini, utilaje și instalații de salubritate durata contractului ar trebui să fie de minim șase ani.

Arată că, în situația în care se pretinde ca operatorul economic să dețină baze operaționale pe teritoriul, sau în imediata apropiere a acestuia (distanțe care pot fi parcurse în 30 de minute) se pune problema ca operatorul ar trebui să construiască, să amenajeze garaje, ateliere, clădiri, stație de sortare, dacă în infrastructura existentă, deținută de autoritatea contractantă, nu există astfel de facilități, suficiente pentru derularea contractului. Susține că, în cazul de față, autoritatea contractantă nu pune la dispoziție, în cadrul infrastructurii specifice, nici măcar terenuri.

Prin urmare, petenta afirmă că este evident favorizat un operator care deține deja baze în zonă, în detrimentul celor care ar fi dispuși să le construiască.

Învăderând faptul că legea nu permite amortizarea construcțiilor într-un termen atât de scurt, chiar în condițiile în care s-ar opta pentru niște tarife foarte mari, contestatoarea susține că autoritatea contractantă ar trebui să opteze pentru încheierea unui contract de delegare a gestiunii și nu a unui acord-cadru, cu o durată minimă de 6 ani în situația în care impune investiții doar în mașini, utilaje și instalații, punând la dispoziție bazele operaționale, sau să încheie un contract de delegare a gestiunii pe un termen de minim 16 ani, în funcție de tipul de construcții pe care impune să le dețină/construiască operatorul pentru derularea contractului.

În ceea ce privește posibilitatea închirierii unor baze operaționale, petenta afirmă că, în această situație, achiziția nu mai este îndreptățită să impună structura și posibilitățile acelor baze operaționale și, în niciun caz, nu poate impune că acele baze să asigure activitatea de sortare a deșeurilor. Sortarea deșeurilor se face, conform legii, în stații de sortare autorizate, în condiții speciale. Nu poate fi închiriat pur și simplu orice spațiu care are garaje și depozite.

Prin urmare, conchide că, dacă autoritatea contractantă are cerințe atât de complexe, pentru a nu fi defavorizat nici un potențial ofertant, este necesar să prevadă o durată a contractului care să dea posibilitatea amortizării investițiilor solicitate, dar și să fie un contract, nu doar un acord-cadru.

Menționează că, la pct. 3.6 „Cerințe privind amenajarea bazei de lucru operaționale și sistemului informatic al operatorului” din caietul de sarcini, se prevede că *„Operatorul este responsabil cu amenajarea și autorizarea unei baze de lucru operaționale potrivit prevederilor legale aplicabile al cărei amplasament, indiferent de locație, trebuie să permită ajungerea pe raza, în condiții normale de trafic a utilajelor/ instalațiilor/echipamentelor/vehiculelor implicate în desfășurarea activităților specifice contractului de delegare a serviciului de salubritate, în termen de cel mult 30 de minute (cumulativ) de la data intrării și ieșirii din program. Operatorul este de asemenea obligat să amenajeze: Puncte de colectare pentru implementarea sistemului de garanție/returnare; Puncte de colectare pentru dispersia deșeurilor din construcții și demolări, voluminoase și alte tipuri de deșuri; Puncte de colectare pentru colectarea deșeurilor reciclabile și din ambalaje prin aport voluntar de la persoanele fizice și juridice; Amenajarea acestor puncte va fi cuprinsă, în mod detaliat, în cadrul ofertei tehnice și financiare, urmând a fi prezentate astfel detaliile tehnice și de execuție, proiect, locul propus de amplasare, graficul de realizare etc.”.*

Prin urmare, arată petenta, i se cere ofertantului ca, înainte de a fi încheiat un contract, să identifice un loc de amplasare, să întocmească un proiect, conținând, inclusiv, detalii tehnice și de execuție pentru fazele de lucru operaționale.

În opinia sa, cerința este discriminatorie, deoarece favorizează un operator care deja deține o bază operațională în zona sau în apropierea unității administrativ teritoriale, în condițiile în care este vorba de încheierea unui acord-cadru pentru o perioadă de 5 ani, perioadă în care nu pot fi amortizate investițiile în amenajarea unei astfel de baze.

Redând dispozițiile art. 22 din Legea nr. 51/2006, petenta susține că

în documentația de atribuire nu se regăsește un studiu de oportunitate, dar este evident că nu s-ar fi putut stabili ca gestiunea serviciului de public de salubritate să fie asigurată printr-un acord-cadru.

Concluziile studiului, susține petenta, sunt greșite, mai ales că în „Strategia de management integrat al deșeurilor la nivelul al”, adoptată prin nr. 115/10.09.2021, inclusă printre documentele de reglementare invocate în caietul de sarcini, se arată: „Având însă în vedere dificultăți survenite în executarea unui astfel de montaj contractual (de exemplu dificultăți întâmpinate de operator la eliberarea licenței în baza unor contracte care au o durată mai mică de 1 an), precum și necesitatea unei mai bune reglementări contractuale a investițiilor în infrastructura serviciului și obligațiile de serviciu public, se recomandă ca viitorul contract de delegare a gestiunii, care va fi atribuit să nu mai îmbrace forma unui acord-cadru cu contracte subsecvente, ci să fie un contract de delegare a gestiunii (sub forma unui contract de achiziții de servicii sau de concesiune, după cum va rezulta opțiunea aleasă în baza studiului de oportunitate care va fi elaborat), care să cuprindă toate clauzele contractuale obligatorii și anexele obligatorii prevăzute de art. 29 alin. 10 și 11 din Legea nr. 51/2006”.

2. SA reclamă faptul că factorul de evaluare tehnic este subiectiv și acordă comisiei de evaluare posibilitatea de a manevra discreționar o diferență de punctaj de 12 puncte.

Contestatoarea arată că, sub rezerva unor interpretări eronate, determinate de abrevierile necaracteristice utilizate în cadrul fișei de date a achiziției, poate preciza că factorul de evaluare este compus din trei subfactori, iar, la fiecare dintre aceștia, se acordă punctaje în raport de niște calificative, pe baza aprecierii comisiei de evaluare, fără a se preciza modalitatea în care comisia de evaluare va stabili, în mod concret calificativele. Comisia lucrează ca un fel de juriu, acordând calificative care corespund unor note.

Precizează că, primul subfactor de evaluare este „*Abord prop pt implemen ctr*” pe care îl traduce ca „*abordarea proprie pentru implementarea contractului*”. Se acordă calificativ FB, respectiv cinci puncte, pentru abordarea care se bazează, în mare măsură, pe o serie de metodologii metode și sau instrumente testate și recunoscute, care demonstrează o înțelegere foarte bună a contextului, respectiv a particularităților sarcinilor stabilite în caietul de sarcini în corelație cu aspectele cheie, precum ar fi cu riscurile și ipotezele identificate. Se acordă calificativ B și trei puncte dacă abordarea este parțială și un punct dacă abordarea nu are la bază metodologii/metode.

Petenta afirmă că modul în care este formulat acest subfactor de evaluare nu oferă posibilitatea de a se distinge în ce situații se poate considera că abordarea se bazează în mare măsură pe metodologii metode sau se bazează parțial pe metodologii ori metode, ori are metodologii sau metode. Aceasta conferă o libertate nelimitată de apreciere comisiei de evaluare în sensul că poate stabili, în mod discreționar, dacă o abordare se bazează în mare măsură pe metodologii sau se bazează doar parțial, diferența dintre mare măsură și parțial fiind lăsată absolut la latitudinea comisiei.

În opinia contestatoarei, o mare dificultate o implică și utilizarea termenului de abordare în sens propriu a „aborda”. Sensul figurat, conform DEX, care ar putea fi luat în considerare în acest context, este acela de studiere sau tratare a unei probleme, înțelegându-se practic că comisia de evaluare acordă calitative și note modalității în care ofertanții tratează, în cadrul propunem tehnice, modalitatea de implementare a contractului, raportat la metodologie, metode și instrumente

Afirmă că este profund îndoielnic că un astfel de factor de evaluare reflectă un avantaj real, ci mai degrabă are un caracter formal, mai ales atunci când trebuie să se distingă între „mare măsură” și „parțial”. Astfel, arată că se poate distinge între „total” și „parțial”, însă „mare măsură” înseamnă, la rândul lui, „parțial”, deci comisia va trebui să distingă de fapt între mai mult și mai puțin parțial.

..... SA precizează că subfactorul 2.2. „Res și realizările corespz activit ctr” are pentru ea un sens extrem de dificil de identificat, neștiind la ce se referă cuvântul „res”. De asemenea, deduce că se vorbește despre realizări corespunzătoare activității contractului, iar pe baza informațiilor din propunerea tehnică ar trebui să se stabilească în ce măsură acestea sunt corelate deplin, parțial sau în mod limitat cu complexitatea activității.

Arată că nu este vorba de o corelare cu prevederile caietului de sarcini, ale contractului sau ale altui document din documentația de atribuire, ci este vorba de corelare cu complexitatea activității, ceea ce ar însemna că ar fi necesar ca membrii comisiei de evaluare să stabilească dacă „res identifi” și realizările indicate sunt corelate pe deplin, parțial sau în mod limitat cu complexitatea.

Subfactorul 2.3. „Atrib mbrilor echip în implement activit ctrlui și, dacă este cazul, contrib fiecărui mbru al grupului de op ec, precum și distrib și interacț sarcinilor și responsabilit dintre ei”: „Calif fb, 5 pcte. Sunt indic parț responsabilit în exec ctr și interacț între mbrii echipei, inclusiv cele ref la mangm ctr, activit de suport și distrib și interacț sarcinilor și responsabilit între op din cadrul grupului (dacă este cazul). Calif bine, 3pcte.

Sunt indic parț responsabilit în exec ctr și interacț între mbrii echipei, inclusiv cele ref la mangm ctr, activit de suport și distrib și interacț sarcinilor și responsabilit între op ec din cadrul grupului (dacă este cazul)”.

Contestatoarea susține că, la cel de-al treilea subfactor, algoritmul de punctare pentru calificativul „FB – cinci puncte” pare să fie identic cu cel pentru calificativ B trei puncte, în timp ce, pentru „calificativ acceptabil un punct” apare aceeași diferențiere ca și la subfactorul precedent, între „parțial” și „în mod limitat”.

În opinia sa, acest factor de evaluare este „total inutil și inaplicabil”.

Susține că modul în care sunt concepuți și exprimați acești factori de evaluare intră în contradicție cu dispozițiile art. 189 din Legea nr. 98/2016, art. 9, art. 32 din H.G. nr. 395/2016.

Nu în ultimul rând, afirmă că modul de scriere și formulare al factorilor de evaluare este confuz, încât nu se poate decela sensul exact, până la nivelul de cuvânt și expresie, iar, din această cauză, nu oferă o îndrumare suficientă pentru potențialii ofertanți în elaborarea ofertelor, fiind extrem de dificil pentru aceștia să înțeleagă care sunt cerințele autorității contractante pentru care înțelege să acorde punctaje.

3. SA reclamă faptul că cerința din fișa de date a achiziției cu privire la valoarea cifrei medii de afaceri globale a ofertantului pe ultimii 3 ani, respectiv pentru perioada 2019, 2020, 2021, de a fi, cel puțin, egală cu 301.331.000 lei, este excesivă, raportat la scopul urmărit și încalcă principiul proporționalității.

Menționează că, în fișa de date a achiziției este enunțată următoarea cerință privitoare la capacitatea economică și financiară a ofertanților: *„Cifra medie de afaceri globală a ofertantului pe ultimii 3 ani (individual sau asociere de operatori economici), respectiv pentru perioada 2019, 2020 și 2021, trebuie să fie cel puțin egală cu 301.331.000 lei.*

Susținând că această cerință este excesivă raportat la scopul urmărit, contestatoarea redă dispozițiile art. 31 din H.G. nr. 395/2016.

De asemenea, făcând trimitere la art. 5 alin. (.....) Tratatul de stabilire a Comunității Europene din anul 1999 și la art. 5 din Protocolul 2 la tratat, privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității, petenta subliniază faptul că, în cadrul unei proceduri, trebuie să se țină seama de principiul proporționalității, iar cerințele trebuie, la rândul lor, să fie minimizezate și pe măsura obiectivelor ce trebuie atinse.

Arată că, în cazul de față, s-a stabilit ca nivelul minim impus al cifrei de afaceri anuale să fie la nivelul valorii estimate anuale a celui mai mare contract subsecvent.

În opinia contestatoarei, cerința este disproporționată din mai multe motive:

- în primul rând este vorba de un acord-cadru multianual, cu o valoare anuală foarte mare, fiind probabil contractul cu cea mai mare valoare anuală din domeniul salubrității localităților din România. Practic nu există firma românească care activează în domeniu cu o cifră de afaceri atât de mare. Din statisticile asociațiilor de profil și din informațiile publice postate pe pagina web a Ministerului Finanțelor rezultă evident acest lucru. SA, care este firma din România cu cea mai mare cifră de afaceri din domeniu, nu ar putea îndeplini această cerință decât asociindu-se cu o firmă, de asemenea, foarte mare.

Cerința este de-a dreptul prohibitivă pentru firmele românești. Nicio firmă din România nu poate participa singură la această licitație.

Prin urmare, această cerință are chiar un caracter discriminatoriu, deoarece exclude din start participarea firmelor românești fără asocier.

- în cazul asocierii mai trebuie avut în vedere și faptul că nu acordă licențe decât pentru persoane juridice și nu pentru asocieri fără personalitate juridică, deoarece Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 definește operatorul de servicii de utilități publice, la art. 2, alin. (1) litera g), ca fiind persoană juridică. Deci, două firme sau mai multe, care ar dori să participe în asocier, ar fi obligate să înființeze o nouă firmă care să încheie contractul, pentru ca aceasta să poată primi licența aferentă activităților respective, dacă nu se ia în calcul posibilitatea fragmentării contractului pentru ca firmele asociate să lucreze separat, doar anumite activități care pot fi licențiate de către, ceea ce ar reprezenta o soluție nefirească. Dar o soluție nefirească ar reprezenta-o și crearea unei noi persoane juridice doar pentru acest contract, iar aceasta întemeiat doar pe cerința excesivă privitoare la cifra de afaceri din documentația de atribuire.

Prin urmare, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să reducă nivelul cerinței privitoare la cifra de afaceri medie anuală până la 75% din valoarea estimată anuală.

..... SRL reclamă faptul că quantumul garanției de participare este disproporționat în raport cu nivelul de protecție pe care ar urma să îl asigure.

Redând dispozițiile art. 35 și art. 37 din H.G. nr. 395/2016, și precizând că garanția de participare este în quantum de 3.013.310,00 lei, contestatoarea apreciază că *„ar fi suficient și un nivel de un milion de lei, pentru că este îndoielnic faptul ca un ofertant ar participa la o procedură de achiziție publică doar cu scopul de a o câștiga și a pierde suma de un milion de lei prin refuzul de a încheia contractul”*.

În același sens, arată că, și în situația în care ofertantul clasat pe locul întâi își retrage oferta, sau refuză să semneze contractul, autoritatea contractantă are posibilitatea de a semna cu cel clasat pe locul următor, obținând din aceasta și un venit de un milion de lei. Obiectivul autorității este realizat, nefiind necesar ca suma să fie mai mare.

5. O altă critică petentei vizează specificații tehnice ale caietului de sarcini, care, în opinia sa, constituie obstacole nejustificate pentru participarea ofertanților la procedura de atribuire.

Redând dispozițiilor art. 155 din Legea nr. 98/2016, precizează că, pentru executarea integrală a tuturor activităților și operațiunilor cuprinse în obiectul contractului ar putea fi necesar un număr de peste 2000 de persoane, iar prezentarea unei astfel de liste, în situația în care există doar probabilitatea încheierii unui contract într-un viitor nedefinit, nu este nici necesară, nici utilă și este deosebit de oneroasă și de dificilă.

Afirmă că nu este normal să i se impună unui potențial ofertant să întreprindă activități de recrutare a mii de persoane, doar luându-se în calcul o probabilitate de încheierea unui contract. Ar fi suficient un stat de funcții sau o organigramă.

Subliniază faptul că activitatea de recrutare a persoanelor ar fi deosebit de prodigioasă și descurajantă pentru ofertanți și ar putea determina foarte mulți dintre aceștia, dacă nu chiar pe majoritatea, să renunțe la participare.

6. O altă critică a contestatoarei vizează caietul de sarcini, modelele de acord-cadru și contract, despre care susține că conțin clauze abuzive de natură să conducă la dezechilibre contractuale majore.

Subliniază faptul că legislația în domeniul achizițiilor publice și cea din domeniul serviciilor publice nu reglementează problema clauzelor abuzive din contractele încheiate între autorități contractante și operatorii de servicii publice.

Menționând că nici Codul civil nu conține prevederi precise în acest sens, petenta apreciază că, în această situație trebuie avute în vedere prevederile Codului civil, care constituie dreptul comun atât în materia achizițiilor publice, cât și în cea a serviciilor publice: art. 1 „(1) *Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului.* (2) *În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului*”.

Arată că dispoziții legale privitoare la situații asemănătoare se întâlnesc în Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, situația autorității contractante într-un contract de achiziție publică fiind, din acest punct de vedere, similară cu cea a profesioniștilor, iar operatorul serviciului are o poziție similară cu cea a consumatorului, strict din punct de vedere al poziției contractuale. Contractul de achiziție publică este în principiu un contract standardizat preformat, față de care ofertantul - potențial operator al serviciului public de salubritate, nu are posibilitatea unei negocieri, având doar posibilitatea de a contesta clauzele abuzive, de a solicita clarificări și de a trimite obiecții cu privire la ele, însă în situația în care autoritatea contractantă decide să mențină clauzele, respingând obiecțiile, ofertantul câștigător nu are nici măcar posibilitatea de a refuza semnarea contractului, fără consecințe grave pentru el, care ar însemna pierderea garanției de participare și emiterea unui document constatator negativ prin care i s-ar restricționa dreptul de a participa la alte proceduri de achiziții publice.

Apreciază că, întrucât un contract de achiziție publică este asimilat cu actul administrativ, aceasta asigură o poziție superioară autorității contractante și nu este necesară întărirea poziției prin clauze abuzive.

În sprijinul susținerilor sale invocă și redă dispozițiile art., art. 6 și art. 7 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori.

Autoarea contestației afirmă că, în virtutea prevederilor legii, clauzele abuzive trebuie să fie eliminate din documentația de atribuire sau, după caz, corectate în așa fel încât să fie înlăturat caracterul lor abuziv.

a) Redând prevederile caietului de sarcini potrivit cărora: *„Autoritatea contractantă are dreptul de a monitoriza/controla activitatea operatorului potrivit propriilor proceduri interne, care vor fi comunicate operatorului, ulterior semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate (în perioada de mobilizare) și care sunt obligatorii pentru acesta din urmă. Concluziile acestor activități vor fi luate în considerare de către autoritatea contractantă la certificarea plăților către operator și/sau regularizarea sumelor care trebuie decontate între părți.*

Autoritatea contractantă are dreptul de a realiza acțiuni de monitorizare/control planificate, inopinate sau în urma sesizărilor privind situația din teren, dispunând, după caz, aplicarea măsurilor legale care se impun, potrivit propriilor competențe. Ori de câte ori este informat asupra unei asemenea acțiuni, operatorul are obligația de a pune la dispoziția reprezentanților autorității contractante un număr de până la 3 autoturisme, împreună cu câte un reprezentant al operatorului, mandat în vederea participării la respectivele acțiuni. De asemenea, operatorul are obligația de a informa autoritatea contractantă cu privire la orice acțiuni similare desfășurate de către alte autorități competente în vederea participării reprezentanților acesteia la respectivele acțiuni în scopuri de monitorizare”,

petenta arată că, potrivit acestora, operatorul ar urma se ia cunoștință de procedurile interne de monitorizare și control, ulterior semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate.

Învederează faptul că nimeni nu poate fi obligat să accepte ca activitatea desfășurată în executarea unui contract să fie controlată pe baza unor reguli care nu îi sunt cunoscute la momentul contractării, atunci când se formează acordul de voință pentru a contracta. Astfel, arată că o parte care se obliga într-un contract, indiferent de tipul sau natura lui, are dreptul de a cunoaște, înainte de a-și exprima voința de a contracta, toate condițiile care influențează sau au legătură cu derularea contractului pentru a-si asuma obligații și costuri în deplină cunoștință de cauză.

Prin urmare, apreciază că autoritatea contractantă ar trebui să fie obligată să pună la dispoziția ofertanților aceste proceduri în cadrul documentației de atribuire, înainte de depunerea ofertelor.

b) Contestatoarea mai arată că, potrivit caietului de sarcini *„Dispozițiile autorității contractante sunt obligatorii, iar în cazul în care operatorul consideră că respectivele dispoziții sunt netemeinice și/sau*

nelegale, acesta va transmite autorității contractante argumentele de fapt și de drept necesare, în termen de 2..... de ore de la data primirii respectivelor dispoziții”.

Consideră că formularea simplă: *„dispozițiile autorității”*, fără alte detalii, extinde gama situațiilor de subordonare a operatorului față de achizitoare, în mod nelimitat, deși această subordonare trebuie să fie în mod evident și foarte clar determinată. Autoritatea contractantă trebuie să precizeze care dispoziții au caracter obligatoriu, dar și modalitatea în care ofertantul le poate contesta față de o entitate terță sau în instanță, iar, în raport de tipul de dispoziții, să se stabilească termene rezonabile de transmitere a argumentelor și de contestare.

Altfel, susține petenta, clauza rămâne una cu caracter abuziv, pentru că tinde să excludă inclusiv dreptul operatorului de a nu executa dispozițiile autorității contractante care contravin contractului, legii sau bunelor practici.

În opinia sa, faptul că i se acordă dreptul de a transmite argumente este insuficient pentru evitarea oricărei situații de dezechilibru contractual, care ar putea fi determinată de dispoziții abuzive ale reprezentanților autorității.

c) Petenta arată că, în caietul de sarcini a fost inserată și următoarea clauză: *„La sfârșitul fiecărei perioade de raportare stabilită prin contract și/sau la solicitarea expresă a autorității contractante, operatorul are obligația să informeze reprezentanții aceștia din urmă cu privire la numărul cererilor și/sau reclamațiilor privind prestarea serviciului și asupra modului de rezolvare a acestora. Operatorul nu are dreptul de a condiționa prestarea serviciului de existența unei reclamații de la utilizator și/sau de rezoluția autorității contractante în raport cu o asemenea reclamație”.*

Apreciază ca fiind normal faptul că operatorul nu are dreptul de a condiționa prestarea serviciului de existența unei reclamații, însă susține că exprimarea este *„superfluă”*, putând să dea naștere unor interpretări abuzive.

Arată că, în mod normal operatorul prestează servicii în baza prevederilor contractului, iar o reclamație ar implica o neprestare sau o prestare defectuoasă, în urma căreia serviciul ar trebui prestat din nou sau corectat. Iar în această situație, categoric, prestația trebuie să fie condiționată de existența reclamației sau rezoluției autorității.

În opinia contestatoarei, clauza ar trebui reformulată în sensul în care operatorul serviciului este obligat să dea curs reclamațiilor întemeiate ale utilizatorilor.

În acest sens, subliniază faptul că un operator nu poate fi obligat să de curs unor reclamații care nu există sau care nu sunt întemeiate, ori să presteze servicii care nu sunt prevăzute în contract și nu sunt solicitate.

Conchide că clauza, astfel cum este formulată în caietul de sarcini, este un nonsens.

d) ... SA menționează că, la pct. 12....., acordul - cadru prevede că *„în cazul în care, în urma controalelor efectuate de către organele abilitate, potrivit legii, se constata că prestatorul a încasat sume necuvenite de la achizitor, prestatorul are obligația să le restituie în termen de 10 zile de la notificarea achizitorului, inclusiv penalitățile, daunele - interese, majorările, dobânzile aferente etc”.*

Astfel, arată că, în această clauză i se impune operatorului să renunțe la dreptul său legal de a contesta orice măsură punitivă sau penalizatoare luată împotriva sa de către organisme care nu sunt în mod clar și concret definite.

Subliniază faptul că nimeni nu poate fi obligat să accepte așa ceva, mai ales într-o situație cum este cea de față, în care controlul efectuat de către un organism poate să nu vizeze activitatea sau culpa operatorului, fiind de cele mai multe ori un control asupra activității autorității contractante.

Redând dispozițiile art. 192 din Codul civil, autoarea contestației susține că această clauză ar trebui să fie eliminată pentru ca operatorul să nu fie privat de posibilitatea de a apăra drepturile și interesele legitime.

Apreciază că, și în ipoteza în care un organism de control constată încasarea de sume necuvenite, operatorul, înainte de a fi obligat să facă plăți în vederea restituirii, trebuie să aibă posibilitatea de a contesta astfel de măsuri în instanță, în situația în care le consideră abuzive sau neîntemeiate.

e) Contestatoarea menționează că în acordul-cadru, la pct. 13, sunt prevăzute *„Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”*, astfel:

„13.1. - în cazul în care, din vina sa exclusivă, promitentul prestator nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contractul subsecvent, promitentul achizitor are dreptul de a rezilia unilateral acordul-cadru, fără intervenția instanțelor de judecată și de a solicita daune interese, pentru prejudiciul cauzat”.

În opinia petentei, acordarea dreptului de a rezilia unilateral, fără intervenția instanțelor de judecată, un acord-cadru, unei părți, pentru obligații dintr-un contract subsecvent, fără a fi definite în mod concret și detaliat obligațiile care determină o astfel de reziliere, reprezintă o clauză abuzivă.

Afirmă că, nicio parte într-un contract nu poate avea un astfel de drept, pe baza propriilor aprecieri, deoarece aceasta ar determina un dezechilibru semnificativ al contractului.

În același sens, învederează faptul că operatorul dintr-un contract de prestare a serviciului public, încheiat în baza unei proceduri de achiziție publică, nu se află într-o poziție de egalitate cu autoritatea

contractantă, existând chiar o subordonare a operatorului față de achizitoare.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că clauza prin care autoritatea contractantă ar putea să rezilieze oricând unilateral contractul ar pune operatorul într-o situație de inferioritate care l-ar expune la riscuri foarte mari, întrucât contractul de delegare a gestiunii implică foarte multe investiții și niște cheltuieli inițiale, de implementare, considerabile. Posibilitatea de încetare intempestivă, determinată de o voință unilaterală și superioară a celeilalte părți din contract ar produce prejudicii considerabile, motiv pentru care este extrem de descurajantă, fiind de natură se determine pe marea majoritate a ofertanților să nu participe la o astfel de procedură. De asemenea, implică și o renunțare, prin contract, la dreptul de a se apăra în instanță față de aprecieri discreționare, abuzive și neîntemeiate ale celeilalte părți.

f) În ceea ce privește situațiile prevăzute pentru încetarea acordului-cadru, respectiv: „15.2. – Acordul-cadru poate înceta și în următoarele cazuri: b. prin rezilierea de către o parte, ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii, în mod necorespunzător, a obligațiilor asumate prin prezentul acord - cadru, de către cealaltă parte, cu notificare prealabilă de 30 zile a părții în culpă. Rezilierea intervine în mod automat, fără intervenția instanței judecătorești și fără îndeplinirea vreunei formalități prealabile, după expirarea unui termen de 30 de zile de la data notificării, pe care partea lezată o va trimite părții în culpă pentru a-i anunța rezilierea. c. prin denunțare unilaterală, fără punere în întârziere și fără intervenția instanțelor judecătorești, de către promitentul achizitor în următoarele situații: (...) B. în situația în care se înregistrează două abateri săvârșite de promitentul prestator în derularea contractelor subsecvente”, contestatoarea consideră că și acestea sunt cazuri de reziliere unilaterală pentru care subzistă aceleași rațiuni invocate la punctul precedent și ar trebui la rândul lor să fie eliminate din conținutul modelului de acord-cadru.

g) Redând clauzele de la pct. 13.5 „Pact comisoriu” din contractul subsecvent, potrivit căreia: „1) pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, prestatorul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în quantum de 25% din valoarea contractului, fără TVA. 2) În cazul în care executarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 25% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract și neexecutate, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția serviciilor neexecutate, prestatorul datorează achizitorului daune compensatorii în quantum de 10% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract. 3) În cazul în care executarea este parțială și, totodată, necorespunzătoare, prestatorul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în quantum de 20% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac

obiectul prezentului contract, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea”, petenta consideră că, prin aceste clauze i se impune operatorului să accepte un mod de calcul al unor potențiale prejudicii, prin stabilirea acestora la anumite niveluri procentuale din valoarea contractului. Astfel, prestatorului nu i se dă posibilitatea să negocieze modalitatea în care se calculează prejudiciile.

Învederează faptul că, în mod normal, determinarea cuantumului daunelor compensatorii trebuie făcută de către instanța de judecată prin stabilirea valorii pagubei supuse reparațiunii la momentul pronunțării sentinței de obligare a debitorului la plată, deoarece numai astfel poate fi înfăptuită repararea integrală a pagubei suferite de creditor.

Făcând trimitere la dispozițiile art. 1537 din Codul civil, ... SA susține că, prin introducerea acestei clauze, achizitoarea urmărește să se scutească de dovada prejudiciului cauzat de neexecutare.

Subliniază faptul că, întrucât nu există nicio prevedere legală în acest sens, autoritatea contractantă poate fi scutită de proba prejudiciului doar prin convenția părților.

Petenta afirmă că, în cazul de față legea este încălcată, deoarece scutirea de obligația probei nu se face prin convenția părților.

7. Contestatoarea reclamă faptul că, deși activitatea de sortare nu face obiectul contractului, se impune ca operatorul să dețină o stație de sortare în cadrul bazei operaționale: *„în acest sens, ofertantul va prezenta în cadrul propunerii tehnice locația propusă pentru baza de lucru operațională, care va trebui să permită organizarea într-o atare manieră încât să se asigure respectarea următoarelor cerințe: (...). c) sortarea fracției uscate colectată de la utilizatori în cel puțin 3 componente: hârtie și carton, metal și plastic, sticlă; (...); în cazul în care ofertantul: nu deține un sistem informatic de natura celui mai sus descris; utilajele/instalațiile/echipamente/vehicule nu au în dotare un sistem de monitorizare GPS; acesta va prezenta, în cadrul propunerii tehnice, un angajament ferm de implementare a acestor tipuri de tehnologii, specificând totodată durata de timp de la data semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate în care va fi disponibilă utilizarea acestora. Operatorul este de asemenea obligat să dețină o stație de sortare, să o calibreze, adapteze și/sau amenajeze în perioada de mobilizare, astfel încât să se respecte criteriul eficienței prin asigurarea unor costuri reduse care se reflectă în tarife (inclusiv luând în considerare amplasarea acesteia în proximitatea ariei de prestare), și totodată, să asigure astfel îndeplinirea indicatorilor de performanță în ceea ce privește sortarea deșeurilor colectate de pe raza*”.

Arată că, activitatea de sortare a deșeurilor municipale, deși este reglementată prin lege ca fiind o activitate specifică serviciului public de salubritate, iar în cazul intră în competența exclusivă Consiliului Local al acestei subdiviziuni a, nu este inclusă în obiectul contractului.

Susține că, în caietul de sarcini sunt inserate specificații tehnice, care obligă, în mod clar și fără echivoc, la organizarea activității de sortare a fracției uscate colectate, dar și obligă operatorul să dețină o stație de sortare.

Precizează că, potrivit legii, activitățile de sortare a deșeurilor se execută în stațiile de sortare a deșeurilor, iar activitatea trebuie să facă obiectul contractelor de delegare și nu să fie inclusă printre specificațiile tehnice, cu caracter auxiliar, sau marginal, ale caietului de sarcini. Activitatea trebuie să fie definită și reglementată clar și în mod detaliat, fiind o activitate deosebit de importantă în structura serviciului public de salubritate, esențială în realizarea ȳintelor calitative legate de reciclarea deșeurilor.

Reiterează faptul că o cerinȳă legată de construirea, sau deținerea, unei stații de sortare nu poate face obiectul și nu poate fi inclusă în niciun fel în obligaȳiile unui operator, în cadrul unui acord-cadru pe o durată de cinci ani, pentru că termenul în care se amortizează o astfel de investiție este îndelungat.

8. În opinia contestatoarei, solicitările legate de numărul de autospeciale și utilaje sunt extrem de oneroase, de natură să determine pierderi total nejustificate în executarea contractului, dar care pot fi evitate sau diminuate cu ușurinȳă.

Susține că numărul de autospeciale și utilaje solicitate în caietul de sarcini este excesiv și nu este calculat în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 111/2007 privitor la caietul de sarcini-cadru.

Arată că, deși se precizează că se vor aplica breviarile de calcul anexate acestui Ordin, în caietul de sarcini sunt stabilite alte modalități de calcul preluate dintr-o hotărâre a ..., iar, în toată documentaȳia de atribuire, nu există vreo precizare privitoare la modul în care va fi gestionată situaȳia dacă volumul de servicii, în speȳă cantităȳile de deșeuri care urmează să fie ridicate și cantităȳile de prestaȳii de salubritate stradală și deszăpezire, din diverse motive, vor fi mai mici decât cele estimate.

În acest context, arată petenta, ofertantul trebuie să își calculeze dotările pe care urmează să le asigure în conformitate cu prevederile documentaȳiei de atribuire, iar acestea sunt supuse obligaȳiei de a fi folosite exclusiv în al În tarifele prestaȳiei, ofertantul calculează amortizările dotărilor respective pe perioada de derulare a contractelor. Tarifele se determină pe baza veniturilor totale estimate, iar din aceste venituri valoarea utilajelor, pe baza căreia se stabilește și amortizarea, reprezintă un procent semnificativ. De aceea sumele de bani încasate lunar conȳin un procent aferent amortizării utilajelor. Dacă sumele încasate vor fi mai mici

datorită reducerilor de cantități, și valoarea aferenta amortizării utilajelor va fi mai mică, determinând pierderi pentru operatorul economic.

În opinia contestatoarei, este incorect să i se impună operatorului economic să suporte niște riscuri și să i se ia, în același timp, orice posibilitate de a le gestiona în mod eficient, adică să nu i se permită ca, în situația în care nu este asigurat volumul estimat de servicii din caietul de sarcini, să utilizeze dotările asigurate pentru pentru prestarea altor activități din care să își poată asigura venituri acoperitoare, în condițiile în care asigură dotări suficiente pentru prestarea serviciilor în cadrul contractului, pentru cantitățile reale, reduse față de cantitățile estimate inițial.

Afirmă că distribuirea unui risc pentru ofertant nu implică și obligarea acestuia de a nu-l gestiona eficient. Astfel, arată că ofertantul își asuma riscul unei pierderi, dar nu și obligația de a nu acționa pentru diminuarea sau acoperirea ei, fără a prejudicia achiziția.

..... SA consideră că ar trebui ca, în condițiile în care impune niște cerințe atât de oneroase și riguroase, autoritatea contractantă să fie obligată să admită ca, în situația prezentată operatorul să poată lua măsurile pe care le-a enunțat pentru evitarea sau diminuarea pierderilor.

Învederează faptul că urmează să se încheie un acord-cadru pentru o perioadă de 5 (cinci) ani și contracte subsecvente în care cantitățile de servicii nu sunt garantate. Pe de altă parte, arată că, în caietul de sarcini se precizează că, pentru deszăpezire, se iau în calcul între 10 și 30 de zile/an de prestație, iar, pentru salubritatea stradală, s-a luat în calcul o perioadă de 7 sau 10 luni/an, în funcție de natura fiecărei operațiuni.

Astfel, arată contestatoarea, în situația dată, în care nu se asigură front de lucru pentru întreaga perioadă a anului, pentru majoritatea autospeciilor și utilajelor implicate, se impune, în mod absolut nejustificat, ca acestea să fie alocate exclusiv prestației aferente acestui contract.

Prin urmare, opinează că prevederile în acest sens ar trebui să fie eliminate din documentația de atribuire.

9. SA reclamă faptul că art. 12 din caietul de sarcini prevede termene de mobilizare, obținere a autorizațiilor și prezentare a dotărilor de către ofertantul declarat câștigător al procedurii, imposibil de respectat, contradictorii și nejustificate, respectiv: „Art. 12. Perioada de mobilizare cuprinde perioada dintre data semnării și data începerii efective a serviciilor și va fi de maxim 120 de zile de la semnarea contractului”.

Afirmă că termenul de mobilizare de 120 zile este foarte scurt, în condițiile în care, în această perioadă, trebuie obținute toate aprobările și autorizările necesare prestării serviciilor.

Contestatoarea subliniază faptul că cel puțin autorizația de mediu și Licența au termene de eliberare de 90 de zile, demersurile

pentru obținere încep după semnarea contractului, iar întocmirea dosarelor de autorizare nu poate fi realizată în termen mai scurt de 30 de zile. La acestea se adaugă și toate celelalte activități specifice perioadei de mobilizare.

Datorita acestor circumstanțe, consideră ca se impune prelungirea perioadei de mobilizare de la 120 zile la 180 zile și, cel puțin, instituirea situației de excepție că perioada se poate extinde în cazul în care, din motive obiective, în termen util, nu s-au putut obține documentele necesare, până la data eliberării acelor autorizații sau licențe etc.

Enumerând acțiunile și documentele necesare pentru obținerea autorizației de mediu, în conformitate cu prevederile art. 8, art. 9, art. 10, art. 11, art. 12 și art. 13 din Ordinul nr. 1798/2007, petenta învederează faptul că numai termenul de emitere al unei autorizații este de 90 de zile lucrătoare, dar în acest termen nu este inclusă și perioada pentru obținerea documentelor necesare pentru depunerea solicitării autorizației, care este suplimentar.

Precizează că, în cazul de față, fiind vorba inclusiv despre construcții și instalații cu impact asupra mediului, termenul de obținere a acestor documente poate fi îndelungat. Pentru construirea unei stații de sortare, demersurile pot dura mai multe luni.

Prin urmare, apreciază că singurii care ar putea începe activitatea ar fi cei care deja dețin stațiile de sortare a deșeurilor sau cei care au reușit să încheie contracte cu respectivii.

Conchide că *„această documentația de atribuire și condițiile acestui caiet de sarcini întăresc, în continuare, monopolul firmei care prestează în prezent serviciul”*.

În acest mod, susține petenta, se împiedică realizarea unei competiții corecte între potențialii ofertanți, iar serviciul va rămâne indisponibilizat.

Afirmă că, dacă procedura se va desfășura în conformitate cu prevederile acestei documentații, câștigătorul cert este actualul prestator, deoarece acesta deține deja imobilele și facilitățile necesare pentru prestarea serviciilor, în condițiile anormale și nelegale stabilite prin caietul de sarcini.

În opinia sa, alți ofertanți nu au nici o șansă pentru că, în caietul de sarcini, au fost introduse așa zisele termene de mobilizare și autorizare în care este imposibil ca un ofertant, cu excepția celui menționat, să se încadreze. Deci chiar în condițiile în care un ofertant ar decide ca în termenul scurt de 5 ani (durata inițială a acordului) în care nu și-ar putea amortiza investițiile în imobilele necesare, să facă totuși aceste investiții asumându-și și toate riscurile, ar fi imposibil să își pună intențiile în practică.

Menționează că, în cadrul acestei licitații este imposibilă schimbarea operatorului, iar rezultatul ei va fi *„doar acela de a legitima pentru încă cinci ani operatorul actual”*.

Prin urmare, consideră că autoritatea contractantă încalcă principiul egalității și al nediscriminării, oferindu-se condiții mai avantajoase unor ofertanți în detrimentul celorlalți.

10. Contestatoarea mai reclamă faptul că termenul pentru depunere a ofertei este foarte scurt, raportat la volumul foarte mare de informații pe care aceasta trebuie să îl conțină, dar și la necesitatea evaluărilor care trebuie făcute în teren.

Afirmă că cerințele caietului de sarcini vizând modul de întocmire a propunerii tehnice, nu apar doar în paragraful privitor la „Modul de prezentare a ofertei”, ci sunt dispersate în întreg cuprinsul caietului de sarcini. Cerințele impun elaborarea de grafice și programe prodigioase, de planuri de management și organizare pe diverse domenii cu implicație în derularea contractului, strategii de comunicare, descrieri și comentarii foarte prodigioase, dar și metodologii, planificări de resurse, modalități de abordare, atribuții și prezentarea contribuției fiecărui membru al grupului și al echipelor pentru a răspunde solicitărilor aferente criteriilor de atribuire. Propunerea financiară presupune calculul peste 30 de tarife cu fișe de fundamentare și memorii tehnico-economice justificativ, detaliate aferente.

Petenta arată că, în cuprinsul caietului de sarcini se precizează faptul că *„Ofertanții au obligația ca, pentru întocmirea ofertei, să dispună conformarea acesteia cu vizitele în teren, urmând a prezenta, în mod detaliat specificul punctelor de colectare existente și necesare pentru amenajare și securizare. Prezentarea graficelor de colectare și programelor de colectare detaliate în cadrul ofertelor va fi efectuată în mod separat pentru categoria condominiilor de tip bloc înalt și de tip bloc cu maxim etaje, cât și pentru colectarea deșeurilor similare”*, împrejurare în care este evident că termenul acordat pentru depunerea ofertei nu corespunde prevederilor legale, intervalul de 0 de zile fiind insuficient pentru elaborarea ofertelor, luând în considerare mai ales faptul că se impune ofertanților să facă vizite în teren, acestea fiind necesare pentru colectarea informațiilor care nu sunt prezentate în caietul de sarcini.

Considerând că autoritatea contractantă trebuie să remedieze documentația de atribuire, pentru a permite ofertanților să elaboreze oferte conforme, care să conducă la încheierea de contracte corecte și la prestarea ulterioară a unor servicii de calitate, în baza acestor contracte, ... SA solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, au fost invocate dispozițiile legale menționate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 1951...../30.03....., înregistrat la CNSC cu nr.16673/31.03....., prin, care solicită respingerea, ca nefondată, a contestației formulate de SA,

cu consecința menținerii, ca fiind legale și temeinice, a actelor de evaluare contestate, și continuarea procedurii de achiziție publică, în vederea atingerii necesității a cărei acoperire a justificat demararea procedurii.

Prezentând o scurtă descriere a situației de fapt, autoritatea contractantă menționează că, în vederea asigurării îndeplinirii obligației legale de asigurare a serviciilor de salubritate pe raza administrativ teritorială a UAT, în scopul acoperirii aceste necesități, a inițiat procedura de achiziție publică, având ca obiect încheierea unui acord-cadru mixt de servicii, prin publicarea în Sistemul Electronic de Achiziții Publice a anunțului de participare CN...../10.03..... Procedura aleasă, sub imperiul prevederilor Legii nr. 98/2016, a fost procedura de licitație deschisă, care se va desfășura prin mijloace electronice, cu fază finală de licitație electronică, oferta câștigătoare urmând a fi stabilită pe baza criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, având la baza, criteriile și punctajele aferente menționate în documentele achiziției.

Nemulțumită de prevederile documentației de atribuire contestatoarea SA critică documentația de atribuire.

Răspunzând punctual criticilor contestatoarei, autoritatea contractantă arată următoarele:

i. Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căroră acordul-cadru ar fi o modalitate inadecvată pentru delegarea gestiunii serviciului public de salubritate a localităților, considerent față de care aceasta solicită: „Renunțarea la dezideratul de încheiere a unui acord cadru și înlocuirea lui cu un contract de achiziții publice, calcularea unei durate adecvate a acestuia raportat la volumul de investiții și la celelalte cerințe specifice”, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia „ca fiind nefondată și sub excepția puterii de lucru judecat”, precizând că a stabilit modalitatea specială de atribuire a contractului de achiziție publică prin încheierea unui acord-cadru pentru o durată de 5 ani justificată de următoarele:

- Prin alegerea acestei modalități de delegare, autoritatea contractantă a luat toate măsurile necesare și concrete în scopul adoptării unei decizii legale cu privire la instrumentul de atribuire, respectiv cu privire la acordul cadru.

- Decizia adoptată este fundamentată în principal pe prevederile Legii nr. 98/2016, potrivit căroră, procedura de atribuire de achiziție publică poate fi finalizată prin încheierea unui acord-cadru sau a unui contract, unde acordul-cadru este: *„acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere”*.

- Legislația în vigoare permite încheierea unui acord-cadru pentru acest tip de servicii: art. 22 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 51/2006, prevede, ca

modalitate de gestiune a serviciilor de utilități publice „*gestiunea delegată*”; conform art. 29 alin. (8) lit. b) din același act normativ, contractul de gestiune delegată poate să fie „*contract de achiziție publică de servicii*”; în continuare, alin. (9) stabilește: „*în cazul serviciilor de utilități publice, astfel cum sunt definite la art. 1 alin. (2), procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii se stabilește, după caz, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 și Legii nr. 100/2016*”. Totodată, legislația în domeniul achizițiilor publice permite derularea unui acord-cadru cu o durată mai mare de ani, atât timp cât există o justificare în acest sens, art. 115 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Perioadă aleasă, de 5 ani, peste maximul legal, a valabilității acordului-cadru poate fi depășită, ca timp de prestare a serviciului, având în vedere prevederile art. 107 alin. (.....) din HG nr. 395/2016.

Prevederile art. 32 alin. (3) din Legea nr. 51/2006 republicată, cu modificările și completările ulterioare, dispun: „*Durata contractelor de delegare a gestiunii este limitată. Pentru contractele de delegare a gestiunii a căror durată estimată este mai mare de 5 ani, aceasta se stabilește, după caz, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, și ale Legii nr. 100/2016. Frecvența și valoarea contractelor ce vor fi atribuite: contractele subsecvente se vor încheia, de regulă, anual*”.

Astfel, arată autoritatea contractantă, opțiunea recomandată de gestiune a serviciului de salubritate este gestiunea delegată prin acord-cadru pentru 5 ani, studiul de oportunitate aprobat prin prevăzând aceasta durată.

Apreciază că, întrucât operatorul economic trebuie să își amortizeze investițiile făcute, și ținând cont de prevederile Directivei UE2...../201.....C62 și de faptul că activitatea de salubritate menajeră este gestionată direct de operatorul economic, care preia inclusiv riscul de neplată, în cazul de față se justifică durata de 5 ani a acordului-cadru, peste maximul de ani, stabilit ca regulă potrivit dispozițiilor legale incidente.

Învederează faptul că prezentul acord-cadru este văzut ca un contract mixt, astfel potrivit art. 3..... alin. (.....) din Legea nr. 98/2016: „*în cazul contractelor mixte care au ca obiect, atât elemente de achiziție de produse, lucrări sau servicii, cât și de concesiuni, dispozițiile prezentei legi se aplică atribuirii contractului exclusiv în situațiile în care valoarea estimată a părții/părților din contract care reprezintă achiziție publică, calculată potrivit dispozițiilor art. 9 - 25, este egală sau depășește pragurile valorice corespunzătoare prevăzute la art. 7 alin. (1)*”.

Precizează că, în cazul de față, tipul de achiziție care constituie obiectul principal este de achiziție publică, întrucât activitatea de

salubritate menajeră pentru care operatorul economic va prelua riscul financiar și va gestiona relația cu cetățenii/instituțiile publice/agenții economici în mod direct (fiind plătit direct de către aceștia și nu de către) este mai mică din punct de vedere valoric. Se va încheia un acord-cadru de servicii, având o perioadă de valabilitate de 60 luni. Acordul-cadru se va încheia cu 1 singur operator economic, o astfel de activitate neputând face obiectul reluării competiției.

Astfel, autoritatea contractantă afirmă că a stabilit, prin documentele achiziției, faptul că acordul-cadru se încheie într-una dintre cele două modalități prevăzute de art. 115 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv cu un singur operator economic.

În opinia autorității contractante, în realitate, criticile contestatoarei legate de modalitatea specială de finalizare a procedurii de atribuire aleasă de autoritatea contractantă țin strict de oportunitatea alegerii acesteia, și nu de legalitatea acestei decizii.

Față de reținerile anterioare, autoritatea contractantă învederează faptul că CNSC are în atribuțiile sale verificarea legalității și temeiniciei actului, nu oportunitatea sau economicitatea sa.

Prin urmare, apreciază că faptul că operatorii economici nu își recuperează cheltuielile cu investițiile, în condițiile în care durata minimă de amortizare a acestora este de 6 ani, acordul-cadru fiind considerat prea scurt ca întindere în timp, reprezintă o chestiune care excede competențelor legale ale Consiliului, nicio dispoziție legală în materia achizițiilor publice sau chiar din codul civil nefiind de natură a permite obligarea unei autorități la stabilirea unei durate extinse de valabilitate a unui contract.

Pe de altă parte, susține că nu reprezintă o încălcare a legii atribuirea unui acord-cadru pe 5 ani, dispozițiile art. 115 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 stabilind că *„Durata unui acord-cadru nu poate depăși ani, cu excepția cazurilor excepționale pe care autoritatea contractantă le justifică temeinic, în special prin obiectul acordului-cadru”*.

Afirmă că, din punct de vedere al alegerii acordului-cadru ca instrument specific de atribuire a contractelor de achiziție publică, acesta reprezintă o tehnică de atribuire a procedurilor de achiziție publică, lăsată de legiuitor la dispoziția autorității contractante, în egală măsură, alegerea acordului-cadru, ca tehnică de atribuire a acordului-cadru într-o procedură de achiziție publică, trebuie să se circumscrie și să respecte în alegerea sa prevederile instituite de art. 11..... - art. 119 din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 107 din H.G. nr. 395/2016.

Subliniază faptul că, față de aceste dispoziții imperative legale, operatorul economic contestator nu aduce nicio critică, fapt ce denotă că prevederile legale invocate sunt considerate de acesta respectate.

Precizează că, deși societatea contestatoare cunoaște problematica soluționării sub puterea lucrului judecat a criticii privind folosirea instrumentului specific de atribuire a contractelor de achiziție publică, a acordului-cadru pentru acoperirea necesităților urmărite prin demararea

procedurii, aceasta ignoră acest aspect, „*deși se erijează într-o entitate profund cunoscătoare a aspectelor de drept pe care le pune în discuție, acționând ca un fel de autoritate supremă în materie*”.

În opinia organizatoarei procedurii, contestatoarea formulează critici care tind să conteste aspecte tranșate prin Decizia CNSC nr. 1.....36/C10/1163,1215,1223 din data de 1.....06.2017, a cărei plângere legată de soluția privind folosirea instrumentului specific de atribuire a contractelor de achiziție publică a fost respinsă prin Hotărârea Curții de Apel nr. 3135/2017, pronunțată în dosarul 5016/2/2017, precum și prin Decizia CNSC nr. 33/C...../2..... din data de 18.03.2020, a cărei plângere a fost respinsă prin Hotărârea Curții de Apel Cluj nr. 398/2020 din data de 12.05.2020, pronunțată în dosarul 22...../33/2020, decizii care au intrat în puterea lucrului judecat, prevăzut de art. 31 alin. (2) din Codul de procedură civilă, producându-se efectul pozitiv care prohibește un al doilea proces care să pună în discuție aspecte dezlegate, și care au consfințit pe deplin legalitatea finalizării procedurilor de atribuire prin încheierea unui acord cadru.

Prin urmare, consideră că, prin contestația de față, ... SA urmărește lipsirea de efectele puterii de lucru judecat ale unor hotărâri anterioare.

În susținere arată că Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat faptul că între excepția autorității de lucru judecat și puterea de lucru judecat există o distincție clară. Astfel, condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică) ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, impune consecvență în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. Astfel, pentru invocarea prezumției de lucru judecat nu este necesară tripla identitate de părți obiect cauză și că, indiferent de temeiurile de drept invocate prin cererea de chemare în judecată inițială, nu mai poate fi repusă în discuție o problemă de drept tranșată definitiv și irevocabil de către o altă instanță (Decizia nr. 1777 din 25 iunie 2015 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acțiune în anulare).

În opinia autorității contractante, analiza puterii de lucru judecat trebuie efectuată din perspectiva dispozițiilor art. 1200 C. civ. cu referire la art. 31 alin. (2) C. proc. civ., precizând că în acest caz Consiliul nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost o dată dezlegată chestiunea litigioasă.

Subliniază faptul că instrumentul acord-cadru reprezintă o tehnică de natură să asigure angajarea serviciilor, în mod obiectiv, neexistând niciun motiv pentru care să se considere că această modalitate, permisă de lege și anunțată, în mod transparent, în cadrul procedurii, ar putea să aducă atingere prevederilor legale și intereselor operatorilor economici privind participarea la procedură.

Prin urmare, arată autoritatea contractantă, în soluționare, Consiliul va reține că, în afara unor simple afirmații în afara realității, neadevărate, nerelevante și total nedovedite, fără a îndeplini exigența de motivare specifică demersului de contestare în fața organului administrativ jurisdicțional, susținerile petentei legate de eventuale dificultăți întâmpinate de operator la eliberarea licenței sunt total nefondate, autoritatea de reglementare acordând licențe pe baza contractelor subsecvente pe perioada și pentru activitățile ce formează obiectul acestora.

ii. Referitor la afirmația contestatoarei potrivit căreia factorul de evaluare tehnic ar fi subiectiv, prin prisma faptului că acordă comisiei de evaluare *„posibilitatea de a manevra discreționar o diferență de punctaj de 12 puncte”*, autoritatea contractantă precizează că, având în vedere complexitatea, precum și utilizarea economică, eficientă și eficace a resurselor, a propus, ca și criteriu de atribuire a prezentului acord-cadru, *„cel mai bun raport calitate-preț”*, conform prevederilor art. 187, alin. (3), lit. c) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 139 din H.G. nr. 395/2016. Stabilirea ofertei câștigătoare se va realiza prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

Învederează faptul că atribuirea contractului este realizată pe baza unor criterii obiective, care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament, cu scopul de a asigura o comparație obiectivă a valorii relative a ofertelor pentru a determina, în condiții de concurență efectivă, care dintre ofertele prezentate este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

Afirmă că, întrucât criteriul de atribuire a fost ales conform art. 187 din Legea nr. 98/2016 și în conformitate cu liniile directoare stabilite de Instrucțiunea nr. 1/2017, emisă de ANAP, critica contestatoarei potrivit căreia factorul de evaluare ar fi subiectiv, nu se susține.

Astfel, arată organizatoarea procedurii, prin alegerea factorului de evaluare preț se dorește obținerea unui preț competitiv pentru prestarea unor servicii de calitate, fiind acordată o pondere semnificativă de 85% raportată la importantă majoră în economia contractului a prețului. Utilizarea factorului de evaluare tehnic *„demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților”* urmărește ca ofertanții să arate autorității contractante că au înțeles care sunt activitățile contractelor și că au o metodologie adecvată, activitățile contractului sunt detaliate și descrierea resurselor utilizate în derularea activităților și

caracteristicile/descriderile acestora sunt pe deplin corelate (aliniat în totalitate) cu modalitatea efectivă de realizare a activităților, respectiv caracteristicile datelor de intrare sunt sincronizate și demonstrează obținerea rezultatelor la nivelul de calitate corespunzător.

Susține că ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu conduce la distorsionarea rezultatului procedurii, relevând, prin punctajul alocat, avantajul obținut.

Precizează că ponderea alocată factorului de evaluare care urmărește o planificare cât mai adecvată a activităților și a resurselor alocate implementării contractului ce urmează a fi atribuit se va stabili în corelație cu cea alocată factorului de evaluare aferent membrilor echipei, în așa fel încât prin aplicarea criteriului de atribuire să nu se ajungă la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire, luându-se în considerare faptul că probabilitatea de a obține un rezultat de calitate, respectiv valoare adăugată în urma finalizării contractului, depinde într-o proporție importantă de cunoașterea și repartitia membrilor echipei în implementarea activităților contractului și, dacă este cazul, contribuția fiecărui membru al grupului de operatori economici, precum și distribuția și interacțiunea sarcinilor și responsabilităților dintre ei.

Organizatoarea procedurii afirmă că factorii de evaluare astfel stabiliți respectă:

1 Scopul și principiile enunțate de Legea nr. 98/2016.

2. Legătura directă a fiecărui factor de evaluare este făcută raportat la natură, complexitatea și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

3. Competența fiecărui factor de evaluare de a reflecta un avantaj real și evident pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respective.

..... Stabilirea unei ponderi adecvate pentru fiecare factor de evaluare astfel încât aceasta pondere să nu conducă la distorsionarea rezultatului aplicat procedurii de atribuire de achiziție publică.

Remarcă faptul că, în modalitatea enunțată de petentă, critica este materializată la nivelul contestației printr-o simplă asumție însoțită de o înșiruire de acte normative pe care prezumtiv le-ar fi încălcat autoritatea.

Apreciază că o astfel de expresie a manifestării dreptului de a supune organului administrativ jurisdicțional controlul de legalitate nu îndeplinește exigența de motivare specifică demersului de contestare se impune a fi respinsă, deoarece petenta nu-și susține, în niciun fel, criticile, nu explică de ce ar fi prejudiciată și nici vătămarea produsă de factorii de evaluare, direcție care s-ar impune obligatoriu motivării contestației față de critica în discuție.

Afirmă că, în fapt, se lasă la latitudinea Consiliului să găsească argumente de modificare/eliminare, nici măcar contestatoarea nefiind pe

deplin decisă din acest punct de vedere, a factorilor în discuție, deși art. 2.....9 C. proc. civ. stipulează că: „*Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege,*” regulă exprimată prin adagiul „*actori incubit onus probandi*” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Referitor la modul de scriere și formulare a factorilor de evaluare, care este reclamat a fi confuz, justificat de raționalizarea caracterelor pe care le poate folosi autoritatea contractantă la secțiunea alocată factorilor, organizatoarea procedurii apreciază că o critică în acest sens ar fi oportună administratorului portalului SEAP.

În ceea ce privește critica petentei potrivit căreia „*cel de al treilea subfactor algoritmul de punctare pentru calificativ FB - cinci puncte pare să fie identic cu cel pentru calificativ b trei puncte*”, autoritatea contractantă precizează că asumarea necondiționată a greșelii comise va publica un anunț erată prin care calificatul „*Foarte bine*” de la subfactorul 2.3 va fi corectat astfel: „*2.3. Atribuțiile membrilor echipei în implementarea activităților contractului și, dacă este cazul, contribuția fiecărui membru al grupului de operatori economici, precum și distribuția și interacțiunea sarcinilor și responsabilităților dintre ei Calificativ foarte bine, Punctaj 5 puncte. Sunt indicate responsabilitățile în execuția contractului și interacțiunea între membrii echipei, inclusiv cele referitoare la managementul contractului, activitățile de suport și, dacă este cazul, distribuția și interacțiunea sarcinilor și responsabilităților între operatorii din cadrul grupului (dacă este cazul)*”.

iii. Referitor la susținerea petentei potrivit căreia cerința fișei de date a achiziției privind valoarea cifrei medii de afaceri globale a ofertantului pe ultimii 3 ani, respectiv pentru perioada 2019, 2020 și 2021, care trebuie să fie cel puțin egală cu 301.331.000 lei, ar fi excesivă, raportat la scopul urmărit și ar încălca principiul proporționalității, autoritatea contractantă precizează că impunerea cerinței referitoare la indicatorul financiar reprezintă o aplicare a legii la nivelul fișei de date, așa cum dispune art. 175 din Legea nr. 98/2016.

Susține că, la stabilirea nivelului cifrei de afaceri a avut în vedere respectarea prevederilor art. 107 din HG nr. 395/2016.

Astfel, arată că, prin solicitarea unei cifre medii de afaceri, autoritatea contractantă își ia măsuri de prevenire a unui eventual risc de neîndeplinire a contractului, raportat la contractul/contractele care trebuie îndeplinite, nu la nivelul ce poate fi sau nu îndeplinit de anumiți operatori interesați.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a se diminua cerința la un nivel de 75% din valoarea estimată anuală, achizițoarea apreciază că aceasta nu poate fi reținută de Consiliu ca întemeiată, întrucât, nivelul impus este raportat la valorile celui mai mare contract subsecvent, conform legii, iar o eventuală stabilire a acestui nivel solicitat ar putea fi apreciată discriminatorie de alți operatori care nu îndeplinesc acest nivel.

Subliniază faptul că, tocmai pentru ca la o procedură să poată participa un număr cât mai mare de operatori economici, prin art. 182 din Legea nr. 98/2016, a prevăzut posibilitatea utilizării capacităților unei/unor altei/altor entități.

Menționând că, în cuprinsul contestației, petenta a menționat că societatea, la momentul formulării criticilor, nu îndeplinește cerințele de calificare impuse de autoritate, deși, în concret are posibilitatea de a executa serviciile ce fac obiectul acordului-cadru, autoritatea contractantă arată că, deși, prin contestație, nu se specifică nivelul la care contestatoarea ar dori să se reducă cifra de afaceri, din contestație se desprinde concluzia potrivit căreia, pentru a îndeplini singură această cerință, indicatorul financiar ar trebui să fie mai mic cu 25% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent.

Susține că a modifica cerința în funcție de capacitatea unor anumiți operatori economici echivalează cu stabilirea necesității autorității contractante după posibilitatea operatorilor de a executa contractul, deși autoritatea contractantă stabilește criteriile de capacitate pentru a se asigura că selectează un operator care are atât potențial juridic, financiar, cât și tehnic și profesional. Deci, alegerea unui contractant nu se rezumă doar la aplicarea criteriilor tehnice și profesionale, respectiv cele de deținere a utilajelor și personalului.

În acest sens, face trimitere la dispozițiile prin art. 172 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, arătând că capacitatea unui operator reprezintă un cumul de cerințe (juridice, financiare, tehnice și profesionale) nu doar cele tehnice și profesionale

Pentru argumentele de mai sus, autoritatea contractantă apreciază ca neîntemeiată critica privind reducerea nivelului cifrei de afaceri.

IV. Referitor la critica contestatoarei potrivit căreia quantumul garanției de participare ar fi disproporționat în raport cu nivelul de protecție pe care ar urma să îl asigure, autoritatea contractantă precizează că garanția de participare solicitată este în quantum de 1% din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, aceasta fiind solicitată cu respectarea prevederilor art. 35 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Precizând că reținerea/restituirea garanției de participare se face cu respectarea art. 37 - 38 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă precizează că a respectat, pe deplin, prevederile legale incidente care reglementează garanția de participare.

Totodată, subliniază faptul că documentația de atribuire nu poate fi modificată sub aspectele propuse de operatorul economic, aspect reținut și în Decizia CNSC nr. 592/...../2018, potrivit căreia: „*legislația în vigoare nu prevede dreptul operatorilor economici de a impune modificarea documentației de atribuire, și, cu atât mai mult, obligația*

autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că aceasta este necorespunzător întocmită”.

Învederează faptul că opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității contractante, de care aceasta va și uza în cadrul prezentei documentații, iar nu o obligație, Consiliul neputând-o sancționa pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări anumitor cerințe ale documentației de atribuire, atunci când sunt îndeplinite prevederile legale incidente, altfel prevederile legale ar căpăta caracter desuet, iar autoritatea contractantă ar deveni lipsită de orice urmă de reper la care trebuie să se raporteze, de orice urmă de protecție, rămânând la discreția operatorilor economici care își permit alocarea de resurse uneori considerabile pentru a uza de demersul de contestare, finalizat de cele mai multe ori cu o achiziție extrem de întârziată a necesităților.

V. Referitor la critica petentei potrivit căreia caietul de sarcini ar conține specificații tehnice care constituie obstacole nejustificate față de participarea ofertanților la procedură, autoritatea contractantă arată că se critică simpla solicitare de prezentare a unei liste cu toate resursele umane și necesare în scopul executării contractului de delegare a gestiunii, contestatoarea argumentând că ar trebui să întreprindă activități de recrutare a mii de persoane, doar luându-se în calcul o probabilitate de încheiere a unui contract.

Organizatoarea procedurii precizează că nu a solicitat nominalizarea resurselor sau deținerea a acestora la momentul ofertării, ci o prezentare, o listă cu toate resursele umane și necesare în scopul executării contractului de delegare a gestiunii, a dimensionării acestor resurse, pentru ca operatorul să realizeze anvergura contractului și a efortului care trebuie alocat pentru îndeplinirea acestuia.

VI. În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia caietul de sarcini și modelele de acord-cadru și contract ar conține clauze abuzive de natură să conducă la dezechilibre contractuale majore, autoritatea contractantă, precizează că cerința caietului de sarcini potrivit căreia:

„a) Autoritatea contractantă are dreptul de a monitoriza/controla activitatea operatorului potrivit propriilor proceduri intern, care vor fi comunicate operatorului ulterior semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate (în perioada de mobilizare) și care sunt obligatorii pentru acesta din urmă. Concluziile acestor activități vor fi luate în considerare de către autoritatea contractantă la certificarea plăților către operator și/sau regularizarea sumelor care trebuie decontate între părți. Autoritatea contractantă are dreptul de a realiza acțiuni de monitorizare/control planificate, inopinate sau în urma sesizărilor privind situația din teren, dispunând, după caz, aplicarea măsurilor legale care se impun, potrivit propriilor competențe.

Ori de câte ori este informat asupra unei asemenea acțiuni, operatorul are obligația de a pune la dispoziția reprezentanților

autorității contractante un număr de până la 3 autoturisme, împreună cu câte de a desemna un reprezentant, mandat în vederea participării la respectivele acțiuni.

De asemenea, operatorul are obligația de a informa autoritatea contractantă cu privire la orice acțiuni similare desfășurate de către alte autorități competente în vederea participării reprezentanților acesteia la respectivele acțiuni în scopuri de monitorizare”,

se reformulează după cum urmează:

„a) Autoritatea contractantă are dreptul de a monitoriza/controla activitatea operatorului potrivit propriilor proceduri interne (în perioada de mobilizare) și care sunt obligatorii pentru acesta din urmă. Concluziile acestor activități vor fi luate în considerare de către autoritatea contractantă la certificarea plăților către operator și/sau regularizarea sumelor care trebuie decontate între părți. Autoritatea contractantă are dreptul de a realiza acțiuni de monitorizare/control planificate, inopinate sau în urma sesizărilor privind situația din teren, dispunând, după caz, aplicarea măsurilor legale care se impun, potrivit propriilor competențe.

Ori de câte ori este informat asupra unei asemenea acțiuni, operatorul are obligația de a desemna un reprezentant, mandat în vederea participării la respectivele acțiuni

De asemenea, operatorul are obligația de a informa autoritatea contractantă cu privire la orice acțiuni similare desfășurate de către alte autorități competente în vederea participării reprezentanților acesteia la respectivele acțiuni în scopuri de monitorizare.”

„b) Dispozițiile autorității contractante sunt obligatorii, iar în cazul în care operatorul considera că respectivele dispoziții sunt netemeinice și/sau nelegale, acesta va transmite autorității contractante argumentele de fapt și de drept necesare, în termen de 2..... de ore de la data primirii respectivelor dispoziții”.

Arătând că motivarea eliminării, pe baza invocării caracterului abuziv al acestei clauze, respectiv: „că tinde să excludă inclusiv dreptul operatorului de a nu executa dispozițiile autorității contractante care contravin contractului, legii sau bunelor practici”, se întemeiază pe prezumția potrivit căreia, cu caracter de regularitate, autoritatea contractantă ar emite intenționat dispoziții care contravin contractului, legii sau bunelor practici în domeniu, organizatoarea procedurii precizează că, în realitate, este vorba de dispoziții în executarea obligațiilor ce derivă din executarea contractele încheiate, în derularea cărora, strict cu caracter absolut neintenționat, izolat, se prevede probabilitatea emiterii unor dispoziții pe care contractantul să le aprecieze ca fiind contrare clauzelor, legii, bunelor practici, fapt ce naște în sarcina acestuia obligația de a aduce la cunoștința autorității, în termen de maxim 2..... de ore, argumentele de fapt și de drept pentru care emite o astfel de apreciere.

Susține că o astfel de clauză are strict rol de a preveni orice fel de încălcare neintenționată a contractului, normelor, bunelor practici, colaborând activ cu contractantul în acest sens.

Învederează faptul că *„clauzele contractuale, parte dintr-un contract, nu se interpretează individual prin folosirea de presupuneri absurde și cu rea credință, ci potrivit principiilor de interpretare a clauzelor contractuale cu bună credință, dându-se fiecărei clauze înțelesul care rezidă din cuprinsul întregului act, proba din acest punct de vedere fiind în sarcina celui care alege reaua credință”*.

c) În ceea ce privește clauza contractuală potrivit căreia *„La sfârșitul fiecărei perioade de raportare stabilită prin contract și/sau la solicitarea expresă a autorității contractante, operatorul are obligația să informeze reprezentanții aceștia din urmă cu privire la numărul cererilor și/sau reclamațiilor privind prestarea serviciului și asupra modului de rezolvare a acestora”*, autoritatea contractantă precizează că, pentru motivele arătate anterior, întrucât suportul motivării privește reaua-credință, devin incidente apărările de mai sus privind principiile de interpretare a clauzelor contractuale și sarcina probei care aparține celui care alege reaua credință.

d) În ceea ce privește critica contestatoarei privind formularea din modelul de acord-cadru potrivit căreia *„12..... în cazul în care, în urma controalelor efectuate de către organele abilitate, potrivit legii, se constată că prestatorul a încasat sume necuvenite de la achizitor, prestatorul are obligația să le restituie în termen de 10 zile de la notificarea achizitorului, inclusiv penalitățile, daunele - interese, majorările, dobânzile aferente etc”*, autoritatea contractantă apreciază ca fiind corectă formularea din modelul de acord-cadru, deoarece obiectul clauzei îl reprezintă încasarea de sume necuvenite de la persoana juridică achizitoare, caz în care, indiferent de faptul că eroarea este a achizitorului sau este în culpa prestatorului, aceste sume necuvenite trebuie restituite, iar autoritatea contractantă este îndreptățită să stabilească clauze contractuale care să îi permită recuperarea oricăror sume rezultate din nerespectarea prevederilor contractului de către prestator, indicând totodată aceste obligații interpretate raportate la art. 10 *„Obligațiile promitentului achizitor”*, art. 11 *„Recepție și verificări”*, art. 13 *„Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor”*.

Prin urmare, apreciază că, în acest caz nu poate fi reținută, ca fondată, susținerea contestatoarei, potrivit căreia, prin aceste prevederi, partea e obligată la restituirea unei sume la simpla constatare a unei presupuse nelegalități, fără a i se acorda dreptul la apărare.

Subliniază faptul că, la art. 18 din modelul de contract subsecvent, este reglementat modul de soluționare a litigiilor, partea nemulțumită de rezultatul tratativelor de rezolvare pe cale amiabilă a acestuia se poate adresa instanței judecătorești din România, prin urmare, contestatoarei nu îi este îngăduit dreptul la apărare.

Precizează că liberul acces la justiție reprezintă facultatea oricărei persoane de a introduce, după libera sa apreciere, o acțiune în justiție,

implicând obligația corelativă a statului ca, prin instanța competentă, să soluționeze această acțiune, dreptul fiind inalienabil, orice clauză contrară fiind nulă.

e) Referitor la clauzele din modelul de acord-cadru potrivit cărora:

„13. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor:

13.1. În cazul în care, din vina sa exclusivă, promitentul prestator nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contractul subsecvent, promitentul achizitor are dreptul de a rezilia unilateral acordul-cadru, fără intervenția instanțelor de judecată și de a solicita daune-interese, pentru prejudiciul cauzat.

f) 15. Încetarea acordului-cadru:

15.2. Acordul-cadru poate înceta și în următoarele cazuri:

b. prin rezilierea de către o parte, ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligațiilor asumate prin prezentul acord - cadru, de către cealaltă parte, cu notificare prealabilă de 30 zile a părții în culpă. Rezilierea intervine în mod automat, fără intervenția instanței judecătorești și fără îndeplinirea vreunei formalități prealabile, după expirarea unui termen de 30 de zile de la data notificării pe care partea lezată o va trimite părții în culpă pentru a-i anunța rezilierea.

c. prin denunțare unilaterală, fără punere în întârziere și fără intervenția instanțelor judecătorești, de către promitentul achizitor în următoarele situații:

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

autoritatea contractantă precizează că prevederile contractuale, astfel cum sunt menționate în modelele de acord-cadru, contract subsecvent, atașate documentației de atribuire, reprezintă pact comisoriu de gradul IV, cel mai energic pact comisoriu expres, respectiv o clauză contractuală în care părțile prevăd ca, în cazul neexecutării obligațiilor, contractul se desființează de plin drept, fără punerea în întârziere a debitorului și fără intervenția instanțelor de judecată.

Menționează că, având în vedere obligațiile legale, instituite în sarcina sa, de asigurare a continuității serviciului de salubritate, autoritatea contractantă trebuie să aibă la îndemână un instrument care să îi permită ca, în măsura în care un operator nu își execută obligațiile, să acționeze cu maximă urgență.

Apreciază că, în stabilirea acestei concluzii, Consiliul trebuie să aibă în vedere interesul public.

Subliniază faptul că, în condițiile în care autoritatea publică trebuie să obțină o reziliere judecătorească, și abia după aceea să demareze procedura de atribuire, autoritatea contractantă ar fi în imposibilitate să respecte prevederi legale imperative stabilite în sarcina sa.

Mai mult, arată că existența unui pact comisoriu nu este interzisă de lege, fiind utilizată atât în dreptul public, cât și în dreptul privat.

Autoritatea contractantă precizează că interesul său este acela ca prestatorul să respecte întocmai obligațiile asumate, iar, în cazul nerespectării acestora, să nu fie pusă în situația de a fi în imposibilitatea de a salubritiza și deszăpezi în limitele sale teritoriale, natura serviciilor ce fac obiectul contractului fiind cu repetabilitate zilnică și cu intervenție imediată.

Precizează că înțelege să mențină aceasta clauză, având în vedere importanța prestării corecte și la timp a serviciilor de salubritizare, componentă importantă a mediului de viață al cetățenilor.

Consideră că, în derulare contractului și prestarea serviciilor trebuie să se prevadă clauze sancționatorii pentru nerespectarea corectă și la timp a prestării serviciilor de salubritizare, proporțional cu importanța serviciilor de utilitate publică în cauză:

„e) - Contract subsecvent

13.5 Pact comisoriu:

1) pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, prestatorul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 25% din valoarea contractului, fără TVA.

2) în cazul în care executarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 25% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract și neexecutate, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția serviciilor neexecutate, prestatorul datorează achizitorului daune compensatorii în cuantum de 10% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract.

3) în cazul în care executarea este parțială și, totodată, necorespunzătoare, prestatorul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea."

VII. Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia, deși activitatea de sortare a nu face obiectul contractului, se impune ca operatorul să dețină o stație de sortare în cadrul bazei operaționale, achizitoarea precizează că se vor efectua remedieri adaptări ale documentației legat de activitatea de sortare, printr-o clarificare din oficiu, la nivelul căreia se va clarifica faptul că activitatea de sortare va fi cuprinsă cu tarif de sortare la nivelul ofertei, tarif ce va fi stabilit de autoritatea contractantă și comunicat prin remedierea documentației.

VIII. În ceea ce privește critica petentei potrivit căreia solicitările legate de numărul de autospeciale și utilaje ar fi extrem de oneroase, de natură să determine pierderi total nejustificate în executarea contractului, dar care pot fi evitate sau diminuate cu ușurință,

autoritatea contractantă precizează că, având în vedere complexitatea și importanța serviciilor necesar a fi prestate, precum și necesitatea asigurării unor programe de prestare a serviciilor în mod continuu, fără întreruperi, cu utilaje și autospeciale calibrate, ca și număr, la volumul sau cantitățile estimate, precum și la suprafețele de prestare programate, se impune solicitarea unui număr suficient de autospeciale și utilaje, care să permită îndeplinirea tuturor indicatorilor de performanță stabiliți prin documentația de atribuire.

IX. Referitor la critica contestatoarei potrivit căreia articolului 12 din caietul de sarcini prevede termene de mobilizare, obținere a autorizațiilor și prezentarea dotărilor de către ofertantul declarat câștigător al procedurii imposibil de respectat, contradictorii și nejustificate, autoritatea contractantă identifică următoarele termene care impactează perioada de mobilizare:

- art. 35 din Hotărâre nr. 7.....5 din 11 iulie 2007, pentru aprobarea Regulamentului privind acordarea licențelor în domeniul serviciilor comunitare de utilități publice: *„A.N.R.S.C. decide asupra acordării/respingerii licenței în termen de 60 de zile de la înregistrarea documentației la sediul A.N.R.S.C. sau în termen de 30 de zile de la transmiterea completărilor solicitate conform art. 25”.*

- art. 10 din Ordinul nr. 1798 din 19 noiembrie 2007 pentru aprobarea Procedurii de emitere a autorizației de mediu: *„(1) Termenul de eliberare a autorizației de mediu este de maximum 90 de zile lucrătoare de la data depunerii documentației complete”.*

Organizatoarea procedurii precizează că, având în vedere necesitatea de asigurare a serviciilor de salubritate într-un mod continuu, fără întreruperi, menține perioada de mobilizare la 120 de zile calendaristice, perioadă suficientă pentru operatori în vederea organizării și mobilizării pentru prestarea serviciilor aferente.

X. În ceea ce privește critica petentei vizând termenul prea scurt pentru depunerea ofertei, raportat la volumul foarte mare de informații pe care aceasta trebuie să îl conțină, dar și la necesitatea evaluărilor care trebuie făcute în teren, autoritatea contractantă afirmă că termenul presupus foarte scurt, invocat prin motivare, fără a fi arătate reperatele care justifică o astfel de apreciere, respectă toate prevederile legale aferente tipului de procedură.

Precizând că, în cuprinsul contestației SA a solicitat suspendarea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă apreciază că, în aceste împrejurări, devine neîntemeiată solicitarea de prelungire a datei limită de depunere a ofertei, o procedură eventual suspendată neputând fi prelungită.

Învederează faptul că, la nivelul procedurii de atribuire, va opera anumite modificări/completări ale acesteia, care vor fi aduse, în mod transparent, la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați, sens

în care, dacă va fi necesar, va opera prelungirea datei limită, potrivit prevederilor art. 153 din Legea nr. 98/2016 și art. 55 din H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 16993/01.0....., ... SA a transmis cererea de intervenție accesorie, formulată în sprijinul contestației

1. Intervenienta menționează că este un potențial ofertant la procedura de atribuire în cauză și are calitatea de contestatoare în dosarul CNSC nr./...../....., în care a solicitat, în principal, ... de atribuire, iar, în subsidiar, anularea acesteia.

În consecință, arată că justifică un interes propriu în susținerea, pe calea intervenției accesorii, a unor contestații care vizează remedierea documentației de atribuire.

Precizează că, în cuprinsul cererii de intervenție, se va referi la acele aspecte din contestația SA pe care înțelege să le susțină și la care nu s-a referit deja în propria contestație. Intervenienta menționează că, în ceea ce privește aspectele comune celor două contestații, le va susține în contestația proprie.

2. Reclamă faptul că caietul de sarcini conține specificații tehnice care constituie obstacole nejustificate față de participarea ofertanților la procedură

Arătând că contestația se referă la solicitarea de la pag. 7 din caietul de sarcini de a prezenta, în cadrul pro punerii tehnice, o listă cu toate resursele umane și necesare în scopul executării contractului de delegare a gestiunii, autoarea cererii de intervenție apreciază că, în măsura în care se referă la prezentarea unei liste nominale, iar nu la un stat de funcții sau organigramă, cerința este cu siguranță abuzivă și menită să avantajeze prestatorul actual al serviciului, care este singurul care dispune, înainte de încheierea contractului, de resursele umane necesare deja angajate.

Învederează Consiliului că, la pag. 59 din caietul de sarcini se menționează că, pe durata perioadei de mobilizare (adică după încheierea contractului), operatorul are obligația de a angaja 90% din personalul de execuție *„în măsura în care acesta nu este disponibil la data semnării contractului de delegare”*, deci, potrivit caietului de sarcini, angajarea personalului va avea loc după încheierea contractului, acesta fiind rolul perioadei de mobilizare.

În opinia sa, prevederea este cât se poate de firească, de vreme ce nu se poate pretinde fiecărui ofertant să încheie contracte de muncă cu sute și chiar mii de angajați, înainte de atribuirea contractului, adică fără să cunoască dacă va presta sau nu serviciile.

Susține că este cu totul disproporționat să se pretindă ofertantului să încheie convenții sau ante-contracte cu un număr atât de mare de persoane pentru a putea prezenta lista acestora autorității contractante, iar o astfel de cerință cu totul atipică nu este susținută de nicio prevedere legală.

Afirmând că singurul care poate produce o astfel de listă, la momentul ofertării, este operatorul actual al serviciului, care are deja angajat personalul necesar pentru salubritatea pe raza, intervenienta apreciază că un astfel de demers ar fi cu siguranță nelegal și din perspectiva Regulamentului General de Protecție a Datelor (RGPD), deoarece prelucrarea datelor personale de către ofertant și autoritatea contractantă ar fi excesivă, în sensul art. 5 alin. (1) lit. b) și c) din RGPD.

Învederând faptul că, potrivit legii, prelucrarea datelor personale trebuie limitată la nivelul absolut necesar atingerii scopurilor autorității contractante, iar prezenta procedură poate fi derulată fără această listă care nu servește niciunei necesități a autorității, intervenienta susține că solicitarea unei asemenea liste este absolut imposibil de justificat din perspectiva RGPD.

3. Intervenienta reclamă faptul că, atât caietul de sarcini, cât și modelele de acord-cadru, conțin clauze abuzive de natură să conducă la dezechilibre contractuale majore

a) Procedurile interne de monitorizare și control al activității serviciului:

Autoarea cererii de intervenție precizează că susține solicitarea de obligare a autorității contractante să pună la dispoziția ofertanților procedurile interne pentru monitorizarea și controlarea activității serviciului, întrucât nu există nicio justificare pentru care procedurile în cauză să nu fie puse la dispoziția ofertanților, aceștia fiind obligați prin caietul de sarcini să își asume obligația de a respecta un set de norme al căror conținut nu îl cunosc.

Dimpotrivă, arată că, ofertanții au dreptul de a fi informați, în mod complet, cu privire la caracteristicile și modul de executare al contractului care urmează a fi încheiat, astfel încât să poată lua decizia de a participa cu ofertă în deplină cunoștință de cauză, iar oferta să poată fi întocmită în mod corespunzător.

Consideră că nepunerea la dispoziția ofertanților a procedurilor respective încalcă prevederile art. 15..... din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

b) Obligatorietatea dispozițiilor autorității contractante:

În opinia intervenientei, prevederea potrivit căreia dispozițiile autorității contractante sunt întotdeauna obligatorii, fără a se specifica despre ce dispoziții ar putea fi vorba, în legătură cu care aspecte ale contractului pot fi acestea emise, care ar putea fi cerințele concrete ale autorității etc., nu este legală.

Susține că această posibilitate discreționară a autorității contractante de a modifica executarea contractului, de a conduce activitatea operatorului prin „dispoziții”, nu are nicio bază juridică în legislația achizițiilor publice și poate conduce la încălcarea regulilor legale privind modificarea contractelor de achiziție publică, de vreme ce nu există nicio limitare a posibilelor „dispoziții”.

Totodată, apreciază că sunt încălcate principiile proporționalității (art. 2 lit. e) din Legea nr. 98/2016) și al echilibrului contractual (art. 29 alin. 11 lit. s) din Legea nr. 51/2006, art. 20 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2006), de vreme ce, prin această prevedere, achizitoarea dobândește o putere discreționară asupra activității operatorului care nu îi este recunoscută de nicio prevedere legală.

d) Restituirea sumelor stabilite în urma controalelor:

Intervenienta menționează că art. 12..... din acordul-cadru prevede următoarele: „12..... În cazul în care, în urma controalelor efectuate de către organele abilitate, potrivit legii, se constată că Prestatorul a încasat sume necuvenite de la achizitor, prestatorul are obligația să le restituie în termen de 10 zile de la notificarea achizitorului, inclusiv penalitățile, daunele - interese, majorările, dobânzile aferente etc”.

Autoarea cererii de intervenție solicită Consiliului ca, pe lângă observațiile corecte din contestația SA, să observe că nicăieri nu este menționat faptul că respectivele controale ar avea loc asupra operatorului.

Susține că, în cazul în care ar fi fost avute în vedere controalele asupra operatorului, clauza ar fi fost superfluă de vreme ce operatorul are oricum obligația de a respecta obligațiile ce îi sunt impuse de autoritățile competente.

În realitate, arată intervenienta, clauza vizează, cel mai probabil, situațiile în care au loc controale asupra autorității contractante (de exemplu, controale din partea Curții de conturi) iar în urma acestor controale se concluzionează că anumite plăți ale autorității către operator nu ar fi fost justificate. Într-o astfel de situație, este vorba de un *res inter alios acta*, un act la care operatorul nu a fost parte și urmare a căruia nu îi pot fi impuse obligații fără a i se da posibilitatea să își expună punctul de vedere și argumentele și să se apere, în cazul în care consideră că plățile pe care autoritatea le-a efectuat către operator sunt justificate.

Conchide că obligația pe care încearcă să o impună autoritatea contractantă tinde la o încălcare a dreptului operatorului la un proces echitabil, de vreme ce i se impune să efectueze o plată în absența unei obligații legale sau a unui titlu executoriu, în baza unui control la care cel mai probabil nici nu a participat și la care nu a avut posibilitatea să își exprime poziția și apărările.

Afirmă că, în orice caz, indiferent dacă este vorba de controale asupra operatorului sau asupra autorității contractante, operatorului trebuie să i se recunoască dreptul de acces la justiție și dreptul la un

proces echitabil, ceea ce implică în mod necesar posibilitatea de a se adresa justiției pentru a contesta legalitatea oricărei obligații de plată impuse de orice autoritate. În cazul în care operatorul este obligat să facă plata înainte de a putea cere verificarea pe cale judiciară a legalității obligației impuse, nu se poate vorbi despre un acces la justiție real și efectiv (în sensul CEDO).

e) Rezilierea pentru neîndeplinirea obligațiilor:

Intervenienta menționează că acest motiv de contestație al SA se referă la art. 13.1 din acordul-cadru. Această prevedere este suplimentară față de prevederile referitoare la încetarea unilaterală a contractului, a căror eliminare sau modificare a solicitat-o SC SA în secțiunea 6 din contestație, iar eliminarea/modificarea sa se impune pentru motivele pe care le-a arătat în contestație.

Învederează Consiliului faptul că operatorul investește zeci de milioane de lei în perioada de mobilizare, având așteptarea legitimă să recupereze aceste costuri pe durata contractului. Astfel, apreciază că posibilitatea rezilierii contractului pentru orice neexecutare este disproporționată, distruge echilibrul contractual și creează premisele abuzului din partea autorității contractante.

Intervenienta solicită Consiliului să aibă în vedere aceleași argumente și pentru motivul de la lit. f) din contestația R SA, referitor la art. 15.2 din acordul-cadru.

Subliniază că, tocmai din cauză că, în cadrul procedurilor de achiziție publică, nu există o posibilitate reală de negociere a clauzelor contractuale, este cu atât mai important rolul CNSC de a analiza clauzele contestate din perspectiva principiilor proporționalității și echilibrului contractual, pentru a asigura că aceste principii sunt implementate în mod efectiv în contractele de achiziție și nu rămân simple enunțuri sterile. Consiliul este singurul filtru de legalitate a prevederilor contractuale, chiar dacă, în general, contestațiile privesc procedura de atribuire în sens strict (condiții de calificare și selecție, caiet de sarcini etc), implementarea se va face în baza clauzelor contractuale, iar un serviciu public de o asemenea complexitate și importanță socială nu poate avea succes fără o bază contractuală corect echilibrată. Solicită Consiliului să aibă în vedere aceasta în privința tuturor motivelor de contestație care se referă la clauzele acordului-cadru sau ale contractelor subsecvente.

g) Clauzele penale:

Intervenienta menționează că SA contestă clauzele penale de la art. 13.5 din modelul de contract subsecvent (denumite impropriu de autoritatea contractantă „pact comisoriu”), prin care, în caz de neexecutare a obligațiilor și în funcție de situația concretă, operatorul

poate plăti daune compensatorii de până la 25% din valoarea contractului, indiferent de valoarea obligației neexecutate sau de consecințele neexecutării.

Susține că aceste valori sunt cu totul disproporționate și excesive față de principiile enunțate deja al proporționalității și echilibrului contractual.

Menționează că, având în vedere o valoare a unui contract subsecvent de aproximativ 300 milioane lei, rezultă că, în caz de „*executare parțială și necorespunzătoare*” (pct. 3 de la art. 13.5) operatorul urmează să plătească 60 milioane lei, cu titlu de daune compensatorii, deși valoarea obligației neexecutate se poate să fie incomparabil mai mică.

Subliniind faptul că scopul daunelor compensatorii este de a compensa co-contractantul pentru prejudiciul suferit, autoarea cererii de intervenție apreciază că acest mecanism contractual nu poate conduce la o îmbogățire nejustificată a autorității contractante, prin impunerea asupra operatorului a unei clauze penale vădit disproporționate față de valoarea prejudiciului suferit. O astfel de clauză este lovită de nulitate pentru cauză imorală.

Afirmă că, de vreme ce, în contextul unei achiziții publice, nu poate exista o negociere între părți, pentru a determina în avans cuantumul prejudiciului viitor, singura soluție legală este cea propusă de SA, respectiv eliminarea clauzei penale cu consecința corectă și rezonabilă că, în funcție de cazul concret de neexecutare și de consecințele acestuia, autoritatea urmează să determine (prin înțelegere cu operatorul sau apelând la instanța de judecată) valoarea daunelor compensatorii ce urmează a fi imputate operatorului.

..... Intervenienta susține că termenul de depunere a ofertelor este foarte scurt raportat la volumul foarte mare de informații pe care aceasta trebuie să îl conțină dar și la necesitatea evaluărilor care trebuie făcute în teren.

Menționează că termenul de depunere a ofertelor este de 0 de zile, însă acesta este total insuficient în raport, atât de remedierile fundamentale ale documentației, care trebuie efectuate, cât și față de cerințele autorității contractante cu privire la informațiile ce trebuie incluse în oferte.

Arată că, în primul rând, în cazul în care CNSC va respinge cererea sa de anulare a procedurii, numeroasele remedieri ale unor aspecte fundamentale ale procedurii și viitorului contract vor conduce practic la o nouă documentație de atribuire cu totul diferită de cea inițială. Față de aceasta, ofertanții au nevoie de un timp suficient de lung pentru elaborarea ofertelor, care să curgă de la data publicării documentației remediate.

În opinia sa, din perspectiva întocmirii ofertelor, perioada de suspendare a procedurii de atribuire nu reprezintă o perioadă utilă, deoarece elaborarea ofertelor nu poate progresa cât timp există incertitudini semnificative cu privire la aspecte esențiale ale procedurii de

atribuire și cât timp lipsesc o serie de informații absolut necesare pentru ofertare.

În al doilea rând, arată că această perioadă de timp (care trebuie calculată de la data publicării documentației remediate) trebuie să fie suficient de lungă pentru a permite ofertanților să răspundă cerințelor autorității contractante, astfel cum a indicat și SA în contestație: „grafice și programe prodigioase, planuri de management și organizare pe diverse domenii cu implicație în derularea contractului, strategii de comunicare, descrieri și comentarii foarte prodigioase, dar și metodologii, planificări de resurse, modalități de abordare, atribuții și prezentarea contribuției fiecărui membru al grupului și al echipelor pentru a răspunde solicitărilor aferente criteriilor de atribuire”.

În ceea ce privește argumentul SA cu privire la necesitatea vizitelor în teren, intervenienta precizează că, în contestația sa a solicitat ca autoritatea contractantă să fie cea care pune la dispoziție lista punctelor de colectare, în loc să le ceară ofertanților să străbată pentru a identifica aceste puncte. În acest sens, art. 11 din caietul de sarcini cadru, aprobat prin Ordinul nr. 111/2007 prevede obligația autorității de a include în documentația de atribuire o listă a punctelor de colectare și a dotării acestora.

Cu toate acestea, susține că, în cazul în care CNSC va respinge acest motiv de contestație al său, este cu atât mai necesar să admită cererea SA cu privire la stabilirea unei durate mai lungi pentru depunerea ofertelor, astfel încât vizitarea „amplasamentului” (în fapt întregul, stradă cu stradă) să poată fi realizată și să rămână timp suficient și pentru elaborarea ofertelor.

În vederea înțelegerii mai bine a efortului ce trebuie depus și a timpului ce trebuie alocat pentru întocmirea ofertelor, intervenienta prezintă, spre exemplificare, graficele de colectare ce trebuie întocmite de ofertanți ca parte a propunerii tehnice:

- În urmă cu 5 ani, în erau aproximativ 1.500 de puncte de colectare, după cum rezultă din anexele nr. 21 și 9.1 la documentația de atribuire a procedurii anterioare (anunț de participare 173989/22.03.2017).

- Indiferent de modul în care ofertanții iau cunoștință de lista acestor puncte de colectare (de la autoritate sau vizitând), graficele de colectare trebuie să includă traseele tuturor mașinilor de colectare pe la fiecare din aceste puncte de colectare.

- Pentru fiecare punct de colectare trebuie luate în considerare două sau mai multe mașini de colectare, în funcție de numărul fracțiilor colectate separat.

- Pentru fiecare traseu de colectare trebuie calculat timpul de deplasare pe traseu, timpul de încărcare la fiecare punct, timpul de deplasare la locația unde vor fi predate deșeurile etc.

- Practic, doar pentru singurul subiect al graficelor de colectare, este vorba de un volum extrem de mare de calcule și de informații ce trebuie prezentate în oferta tehnică, sub riscul excluderii sau al depunțării dacă aceste calcule sunt greșite. La aceasta se adaugă toate celelalte cerințe ale autorității contractante pe care le menționează și SA.

În opinia intervenientei, deși organizată sub forma atribuirii unui acord-cadru, prezenta procedură reprezintă în esență o concesiune, un proiect de mare amploare în care ofertele vor avea o complexitate deosebită, iar, pentru asigurarea unei concurențe reale, este normal ca participanții să dispună de un timp suficient, proporțional cu cerințele privind conținutul ofertei.

Susține că lipsa unei perioade suficiente nu va face decât să avantajeze ofertanții care dispun de informații privind organizarea prezentă a serviciului, împiedicând alți ofertanți să depună oferte conforme sau competitive.

Prin adresa nr. 1319/08.0....., înregistrată la CNSAC CU nr. 18553/08.0....., ... SA a răspuns punctului de vedere al autorității contractante, în care arată că acordul-cadru este o modalitate inadecvată pentru delegarea gestiunii serviciului public de salubritate a localităților, în condițiile documentației și prezentei spețe.

Menționând că, în punctul de vedere cu privire la contestația sa, autoritatea contractantă combate susținerile sale referitoare la caracterul inadecvat al acordului-cadru pentru delegarea gestiunii serviciului public de salubritate a localităților, prin invocarea puterii de lucru judecat, petenta învederează faptul că societatea sa nu a invocat ilegalitatea acordului-cadru ca instrument specific de atribuire a contractelor de achiziție publică, utilizabil chiar și în situația contractelor de delegare de gestiune, astfel cum interpretează autoritatea contractantă.

Precizează că este vorba de inadecvarea și nelegalitatea acestuia, ca modalitate în sensul legii speciale care reglementează domeniul serviciului public de salubritate a localităților și nu de nelegalitate a acordului-cadru ca instrument. Există putere de lucru judecat cu privire la legalitate, în sensul că s-a stabilit de către instanțe competente că Legea nr. 51/2006 privind serviciile de utilități publice nu exclude posibilitatea autorităților administrației publice locale de a delega gestiunea acestor servicii prin intermediul unui acord-cadru.

Afirmă că, prin invocarea caracterului inadecvat, a înțeles să arăte că, deși nu există o interdicție și în principiu acordul-cadru poate fi utilizat în domeniul serviciului public de salubritate, totuși există și situații în care, din cauza unor condiții speciale, utilizarea acordului-cadru determină încălcarea unor prevederi din legi speciale și nu din domeniul achizițiilor publice. Astfel, a reclamat că, în speța de față, sunt încălcate prevederile cuprinse în Legea serviciului de salubritate a localităților nr.

101/2006 și Norma metodologică de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților din 09.07.2007- Parte integrantă din Ordinul nr. 109/2007.

Contestatoarea reiterează, în întregime susținerile din cuprinsul contestației potrivit cărora:

- În domeniul salubrității, investițiile făcute de operator se recuperează integral pe durata contractului de delegare a gestiunii;

- Durata de cinci ani a acordului-cadru este nejustificată;

- Autoritatea contractantă ar trebui să opteze pentru încheierea unui contract de delegare a gestiunii și nu a unui acord-cadru cu o durată minimă de 6 ani, în situația în care impune investiții doar în mașini, utilaje și instalații, punând la dispoziție bazele operaționale sau să încheie un contract de delegare a gestiunii pe un termen de minim 16 ani, în funcție de tipul de construcții pe care impune să le dețină/construiască operatorul economic prin derularea contractului;

- Cerința autorității contractante potrivit căreia, înainte de a fi încheiat un contract, ofertantul trebuie să identifice un loc de amplasare, să întocmească un proiect, conținând inclusiv detalii tehnice și de execuție pentru fazele de lucru operaționale este discriminatorie, deoarece favorizează un operator care deja deține o bază operațională în zona sau în apropierea unității administrativ-teritoriale, în condițiile în care este vorba de încheierea unui acord-cadru pentru o perioadă de 5 ani, perioadă în care nu pot fi amortizate investițiile în amenajarea unei astfel de baze.

Contestatoarea mai arată că, în cuprinsul contestației a remarcat și inconsecvența autorității contractante față de propria strategie adoptată prin hotărâre a Consiliului Local, fapt total inexplicabil în opinia sa.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante potrivit căreia SA critică oportunitatea alegerii făcute de aceasta pe baza unor calcule economice proprii legate de recuperarea investițiilor, petenta precizează că contestația sa se leagă, într-adevăr, de problema recuperării investițiilor, dar nu pe baza unor calcule economice, ci pe baza unor prevederi legale foarte concrete și foarte clare, cuprinse în legi speciale (ale serviciului public de salubritate a localităților), care în sistemul nostru de drept, ca și în toate celelalte sisteme de tip romanic, se aplică cu prioritate față de legile generale și ordinare (cum sunt cele din domeniul achizițiilor publice).

Arată că, nu numai că a indicat articolele de lege pe care își întemeiază susținerile, dar chiar le-a citat în textul contestației și în punctul de vedere, indicând în mod foarte clar textele și pasajele pe care își bazează susținerile.

Subliniază faptul că legea impune ca investițiile să fie recuperate pe durata derulării contractului, iar acordul-cadru nu este în măsură să asigure respectarea legii în speța de față.

Cu privire la aspectele tranșate prin decizii anterioare ale CNSC și ale Curților de Apel, autoarea contestației învederează faptul că acestea stabilesc doar că legea nu interzice utilizarea acordului-cadru în domeniul serviciilor publice, iar puterea de lucru judecat vizează doar aceste aspecte. Susține că nu există nicio decizie a vreunei instanțe prin care să se stabilească faptul că operatorul economic nu ar trebui să își recupereze integral investițiile pe parcursul derulării contractului și nici nu ar putea exista o astfel de decizie, deoarece ar intra în contradicție flagrantă cu prevederile foarte clare ale legii, iar instanța care s-ar pronunța în acest sens ar intra deja în sfera de dispoziție a unei alte puteri a statului.

..... SA reiterează faptul că factorul de evaluare tehnic este subiectiv și acordă comisiei de evaluare posibilitatea de a manevra discreționar o diferență de punctaj de 12 puncte.

În opinia sa, este suficientă o analiză sumară a Formularului de propunere tehnică pentru a observa că acesta nu oferă o modalitate de structurare a informației în cadrul ofertelor, care să conducă la posibilitatea comparării acestora din perspectiva factorilor de evaluare și punctarea lor în consecință. Afirmă că, pur și simplu nu se poate stabili nicio legătură între Formularul de propunere tehnică și factorii de evaluare, iar problema acordării punctajelor pe baza comparării propunerilor tehnice nici nu poate fi adusă în discuție.

Menționează că, în legătură cu cerința din fișa de date a achiziției privitoare la valoarea cifrei medii de afaceri globale a ofertantului pe ultimii 3 ani, autoritatea arată că nu a încălcat prevederile legii și s-a încadrat în limitele impuse de aceasta, însă SA nu a susținut că nu s-ar fi încadrat în limitele legii, ci că a încălcat principiul proporționalității.

În acest sens, arată că, prin lege să stabilesc niște limite maxime calculabile, dar care aplicate în mod arbitrar pot conduce la valori foarte mari, cu caracter prohibitiv. Scopul legii este să asigure o participare cât mai largă și condiții cât mai echitabile cu privire la achizițiile publice și în spiritul ei este instituit principiul proporționalității, care este, de altfel, generalizat în legislația europeană, în sensul că în toate situațiile și spetele trebuie să se impună cerințe până la nivelul la care acestea asigură realizarea obiectivelor, însă fără a depăși ceea ce este necesar.

Precizează că, în cazul de față, legea prevede că nivelul cifrei de afaceri se poate calcula printr-un algoritm de proporționalitate, dar atunci când valoarea la care se ajunge este atât de mare încât nici un operator economic din țara în care se desfășoară procedura nu ar putea participa singur și ar fi necesare asocieri de 3-..... operatori doar pentru îndeplinirea acestei condiții, se ajunge la o cerință excesivă, iar autoritatea face de fapt un abuz de drept.

Învvederează faptul că proiectul care face obiectul procedurii de achiziție publică este serviciul public de salubritate al unui sector al Activitatea se bazează pe prestații executate zilnic, în

mod planificat de muncitori necalificați (în majoritate) și de muncitori calificați - cea mai mare parte dintre muncitori calificați fiind conducători auto. Proiectul nu este o lucrare de artă, una științifică, ori una inginerească de proporții colosale, care să oblige că activitatea să fie executată de un concern de firme complex. Dacă ar fi așa, având în vedere faptul că este vorba de activități diferite ale serviciului public de salubritate pentru care legea permite delegarea separată, s-ar pune problema: care este motivul neîmpărțirii contractului pe loturi, pentru că în baza legilor care reglementează serviciul public de salubritate acesta poate fi executat doar de un operator licențiat, iar licențele se eliberează pentru activități din cadrul serviciului, în cazul de față existând posibilitatea divizării serviciului în patru activități, iar licențele se pot da pentru una, două sau pentru toate activitățile. Întrucât nu este posibil să se elibereze licență pentru aceeași activitate, dar pentru două persoane juridice diferite, ofertanții asociați nu vor putea pune în comun resursele pentru a presta aceeași activitate și va trebui ca fiecare să își asume prestarea uneia, sau mai multor activități, dintre cele patru, integral.

Prin urmare, conchide petenta, este vorba de necesitatea și eficiența executării prestației de către un singur operator economic, iar în cazul acesta ar fi necesar ca să se impună cerințe de calificare care să permită participare la procedură a mai multor operatori economici.

Alte critici ale petentei, reluate din cuprinsul contestației vizează următoarele:

- Cuantumul garanției de participare este disproporționat în raport cu nivelul de protecție pe care ar urma să îl asigure, motivația fiind similară cu cea privitoare la cifra de afaceri. Nu este necesar un nivel atât de ridicat al garanției, iar acest nivel are efect opus, îngreunând și descurajând participarea operatorilor economici la procedură.

- Caietul de sarcini conține specificații tehnice care constituie obstacole nejustificate față de participarea ofertanților la procedură. Deși autoritatea contractantă nu recunoaște, în mod explicit, caracterul de obstacole nejustificate al cerințelor legate de resursele umane, în punctul său de vedere, aceasta oferă o interpretare care este de natură să înlăture acest caracter, însă este necesar ca această interpretare să fie întărită și prin textul deciziei CNSC, pentru a nu rămâne nu simplu punct de vedere și a fi transformat în clauză a documentației de atribuire.

- caietul de sarcini și modelele de acord-cadru și contract conțin clauze abuzive de natură să conducă la dezechilibre contractuale majore. Deși autoritatea tinde să recunoască, în mod implicit, caracterul abuziv al clauzelor la care am făcut referire, încearcă să le mențină, cu ușoare modificări de formă, invocând o serie de motive nesustenabile. Prezumția de bună credință nu poate, sub nici o formă, să înlăture dreptul la apărare. Prezumția de bună credință are un caracter relativ, în timp ce dreptul la apărare are un caracter absolut.

- Deși activitatea de sortare nu face obiectul contractului, se impune ca operatorul economic să dețină o stație de sortare în cadrul bazei operaționale.

Precizând că, referitor la activitatea de sortare, autoritatea afirmă că se vor efectua remedieri, contestatoarea apreciază că formularea este foarte neclară, pentru că nu se precizează dacă activitatea de sortare va fi considerată ca una făcând sau nu parte din obiectul contractului, iar, în condițiile în care va fi cuprinsă cu tarif de sortare la nivelul ofertei, nu se precizează dacă acesta va fi un tarif separat sau va fi un tarif care va fi luat în calcul la stabilirea tarifului pentru colectarea și transportul deșeurilor municipale.

În aceste condiții, afirmă că nu poate decât să își mențină cerințele din contestație până la momentul la care îi va fi foarte clar în ce constă remedierea.

- Termenul pentru depunere a ofertei este foarte scurt, raportat la volumul foarte mare de informații pe care aceasta trebuie să îl conțină, dar și la necesitatea evaluărilor care trebuie făcute în teren

Contestatoarea precizează că își menține opinia potrivit căreia autoritatea trebuie să remedieze documentația de atribuire pentru a permite ofertanților să elaboreze oferte conforme, care să conducă la încheierea de contracte corecte și la prestarea ulterioară a unor servicii de calitate, în baza acestor contracte.

Raportat la cele expuse, petenta afirmă că își menține solicitările adresate anterior Consiliului în cuprinsul contestației, respectiv:

- Renunțarea la dezideratul de încheiere a unui acord-cadru și înlocuirea lui cu un contract de achiziții publice, calculare unei durate adecvate a acestuia raportat la volumul de investiții și la celelalte cerințe specifice;

- Formularea clară și adecvată a cerințelor legate de factorul de evaluare tehnic, cu stabilirea unor modalități cuantificabile de calculare a punctajelor și eliminarea oricăror ambiguități;

- Reducerea nivelului valorii cifrei medii de afaceri generale solicitate la criteriul de calificare privitor la capacitatea economică și financiară a ofertantului până la nivelul de 225.000.000 lei;

- Reducerea quantumului garanției de participare până la nivelul de maxim 1.000.000 de lei;

- Eliminarea din caietul de sarcini a cerinței de prezentare, în cadrul propunerii tehnice, a unei liste cu toate resursele umane necesare în scopul executării contractului de delegare a gestiunii;

- Punerea la dispoziție ofertanților a procedurilor interne pentru monitorizarea și controlarea activității serviciului public de salubritate;

- Eliminarea din Caietul de sarcini a clauzei conform căreia dispozițiile autorității contractante sunt obligatorii în mod necondiționat și nu pot fi contestate;

- Reglementarea adecvată a regimului reclamațiilor privitoare la prestarea a serviciului;

- Eliminarea clauzei din modelul de acord-cadru prin care prestatorul este obligat să renunțe la dreptul de a contesta orice măsură punitivă și de penalizare impusa de organisme abilitate și este obligat să facă plăți fără niciun fel de protest;
- Eliminarea tuturor clauzelor care conferă autorității contractante dreptul de a rezilia unilateral contractul, cu excepția situațiilor prevăzute în mod expres de lege;
- Eliminarea pactelor comisorii din cadrul contractului;
- Includerea activității de sortare în obiectul contractului, cu toate consecințele care decurg, privitoare la durata acestuia sau excluderea prevederilor caietului de sarcini, care obligă operatorul să sorteze deșeurilor și să dețină o stație de sortare;
- Stabilirea unui mod de calcul al autospeciălor și utilajelor alocate pentru executarea contractului și eliminarea cerințelor privind exclusivitatea folosirii lor în cadrul acestui contract;
- Extinderea duratei perioadei de mobilizare la 180 de zile;
- Extinderea termenului acordat pentru depunerea ofertei până la o perioadă de 90 de zile.

Prin contestația la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1.....822/22.03....., formulată de SA împotriva procedurii de atribuire, respectiv a documentației de atribuire, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită cele redată în partea introductivă.

1. de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea privind de atribuire, contestatoarea evidențiază două motive distincte.

Primul motiv se referă la faptul că, având în vedere modul concret de organizare a prezentei proceduri, alegerea acordului-cadru ca tehnică de achiziție este nelegală.

Susține că, față de prevederile specifice ale documentației de atribuire, aplicarea unui acord-cadru conduce la consecințe nelegale.

În opinia sa, fiind vorba despre însăși procedura de atribuire aleasă de autoritatea contractantă, această cauză de nelegalitate nu poate fi depășită prin remediere, fiind necesară

Al doilea motiv de anulare a procedurii se referă la efectul conjugat al neregulilor extrem de grave care afectează documentația de atribuire și care fac absolut imposibilă întocmirea unei oferte conforme sau în condiții de egalitate cu alți ofertanți.

Afirmând că *„este foarte probabil ca documentația de atribuire să fie redactată cu scopul de a avantaja un anumit ofertant”*, petenta apreciază că înlăturarea neregulilor pe care le semnalează în cuprinsul contestației nu poate fi făcută decât printr-o rescriere a documentației de atribuire, ceea ce presupune cu necesitate anularea celei existente.

În opinia sa, „remediarea” celei existente nu este o soluție deoarece, din cauza gravității și amplitudinii neregulilor, încercarea de modificare punctuală va conduce la noi contradicții care vor face dificilă sau imposibilă ofertarea conformă și comparabilă.

Precizează că, deși consideră că aceste nereguli nu pot fi remediate în mod real și complet, pentru situația în care Consiliul va decide să respingă cererea de anulare, le-a prezentat în Secțiunea 2 și următoarele în mod separat, sub forma unor motive de remediere. Subliniază însă că solicită CNSC să le aibă în vedere, în primul rând, în mod cumulat, drept cauză de anulare a procedurii, care trebuie refăcută pe baze legale și corecte.

1.1. Contestatoarea prezintă prevederi ale caietului de sarcini pe care le consideră relevante, și anume:

- Procedura de atribuire aleasă este acordul-cadru potrivit Legii nr. 98/2016.

- Contractul are ca obiect următoarele componente ale serviciului public de salubritate: colectarea separată și transportul separat al deșeurilor municipale pentru toate categoriile de utilizatori; colectarea și transportul deșeurilor provenite din locuințe generate din activități de reabilitare a acestora (numite și deșuri din construcții și demolări); salubritatea stradală: măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice; curățarea și transportul zăpezii; colectarea cadavrelor animale de pe domeniul public.

- Autoritatea contractantă a decis să delege toate aceste activități printr-o singură procedură, deși nu există nicio legătură între dotările, know-how-ul și situația economică și financiară a operatorului necesare pentru a efectua fiecare din aceste activități.

În ceea ce privește finanțarea contractului, petenta subliniază faptul că, în privința primelor două activități de mai sus (colectarea și transportul deșeurilor municipale și a celor din construcții și demolări), operatorul urmează să încheie contracte de prestări servicii direct cu utilizatorii serviciului care vor achita direct tarifele stabilite, similar unei concesiuni. Aceste activități sunt cele mai însemnate cantitativ și financiar, reprezentând peste 70% din valoarea contractului.

Precizează că numai ultimele trei activități (salubritatea stradală, dezapezirea, colectarea cadavrelor de animale) urmează să fie decontate direct de achizitoare.

În ceea ce privește cantitățile minime și maxime estimate de autoritatea contractantă, contestatoarea menționează că acestea sunt prezentate în anexele I - III la caietul de sarcini.

Învederând faptul că, în toate anexele, pentru toate tipurile de deșuri și pentru toate tipurile de activități de salubritate, raportul între estimarea maximă și cea minimă este de 6:1, afirmă că, pe lângă diferența uriașă pe care o creează între cantitățile minime și maxime, alegerea aceluiași raport indiferent de tipurile de deșuri și de activitățile de salubritate este în mod evident pur artificială și arbitrară și nu se bazează pe nicio informație concretă, specifică.

Precizează că, suplimentar, caietul de sarcini prevede că estimările pentru deșeurile menajere și similare pot varia cu 20% - 30% (pag. 22, 2..... din caietul de sarcini), ceea ce conduce la o variație maxim posibilă a cantităților de 11 ori.

Mai arată că raportul de 6:1 se menține și în privința salubrității stradale (anexa I la caietul de sarcini), deși numărul de metri pătrați de carosabil, trotuare, rigole etc. din care trebuie salubrit este cu siguranță bine cunoscut autorității contractante și în niciun caz nu poate varia astfel cum este prezentat în anexa respectivă. Totodată, susține că și cantitatea de deșuri menajere și similare este cunoscută autorității, atâta timp cât aceste informații sunt raportate lunar de operatorul actual, fiind totodată cunoscut faptul că aceste cantități nu variază semnificativ de la un an la altul, fiind dependente de numărul de utilizatori (persoane, agenți economici și instituții publice).

Un alt aspect învedereat de petentă este faptul că, potrivit caietului de sarcini, ofertele trebuie întocmite luând în considerare cantitățile maxime prevăzute în caietul de sarcini. Altfel, pentru a oferta în mod conform operatorul trebuie să asigure, încă de la începutul contractului, un număr de utilaje și personalul de salubritare suficient pentru gestionarea cantităților maxime. În schimb, în cazul în care cantitățile reale se dovedesc a fi mai mici decât cele maxime estimate, operatorul nu este protejat în niciun fel.

Astfel, menționează că, la pag. 62 și următoarele din caietul de sarcini se găsește o matrice a riscurilor (care este în sine nelegală, ținând cont că autoritatea contractantă a ales procedura achiziției publice, care nu implică transferul riscurilor către operator). Afirmă că la punctul 18 de la pag. 69 intitulat „*Fluctuația cantităților de deșuri menajere*”, cu explicația „*cantitatea de deșuri menajere care trebuie colectate este semnificativ mai mică decât cea previzionată în contract*” se atribuie acest risc 100% în sarcina operatorului, ceea ce înseamnă că, potrivit acestei prevederi, operatorul nu ar trebui să fie îndreptățit la o modificare a tarifelor în cazul unor cantități de deșuri mai mici decât cele maxime prezentate în caietul de sarcini și raportat la care trebuie întocmite ofertele.

Contestatoarea mai precizează și că în ultimii patru ani serviciul de salubritare în a fost prestat tot în baza unui acord-cadru, cu diferența importantă că, potrivit caietului de sarcini anterior, integralitatea serviciilor urma să fie achitată de autoritatea contractantă (nu direct de către utilizatori).

Precizează că, în susținere, atașează contestației decizia CNSC nr. 1.....36/C10/2017 și Decizia civilă nr. 3135/2017, pronunțată de Curtea de apel în legătură cu procedura de delegare anterioară.

Învederează faptul că, prin aceste decizii, a fost respinsă o critică referitoare la folosirea acordului-cadru ca instrument de atribuire a

contractului, însă subliniază faptul că instanța și CNSC au analizat un număr limitat de argumente adus de contestator, iar prevederile documentației de atribuire erau diferite de cele din prezent în privința unor aspecte determinante, care diferențiază în mod substanțial cele două proceduri.

1.2. Limitele utilizării acordului-cadru ca tehnică de atribuire a contractului.

SC SA afirmă că autoritățile contractante nu dispun de o marjă de apreciere discreționară cu privire la folosirea acordului-cadru, întrucât limitele acestui instrument și condițiile în care poate fi folosit sunt date de principiile generale ale achizițiilor publice, precum și de prevederi specifice ale legii care nu pot fi încălcate drept consecință a utilizării acordului-cadru.

Astfel, apreciază că sunt aplicabile, în primul rând, principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, printre care nediscriminarea, tratamentul egal, transparența și proporționalitatea.

În al doilea rând, arată că, pentru aplicarea directă a acestor principii, art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența.

Așadar, arată contestatoarea, legiuitorul a anticipat posibilitatea ca acordul-cadru să fie folosit în mod abuziv sau impropriu și a interzis o astfel de utilizare.

Subliniază faptul că situațiile enumerate la art. 107 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 au caracter exemplificativ, nu limitativ și afirmă că, dacă enumerarea ar fi fost limitativă, alineatul 2 ar fi fost suficient, nemaifiind necesară introducerea primului alineat. Prin urmare, apreciază că CNSC trebuie să analizeze orice posibilă încălcare a art. 107 alin. (1), chiar și în împrejurări care nu se încadrează în situațiile exemplificate de alin. 2.

În al treilea rând, precizează că există obligații ale autorității contractante în legătură cu documentația de atribuire care sunt esențiale pentru respectarea principiilor menționate și care nu pot fi încălcate prin simpla decizie de a folosi un acord-cadru. O astfel de utilizare a acordului-cadru ar fi abuzivă sau improprie în sensul de mai sus.

Făcând trimitere la Notificarea ANAP privind utilizarea acordului-cadru, contestatoarea arată că, pe de o parte, ANAP observă că acordul-cadru reprezintă *„o modalitate specifică de atribuire, de care se poate uza numai în situații specifice”*, cu alte cuvinte o excepție de la regula licitației deschise. Arată că, potrivit ANAP, *„situațiile specifice”* ce ar putea justifica folosirea acordului-cadru sunt acelea în care autoritatea contractantă nu poate stabili cu exactitate cantitatea necesară încheierii unui contract. Potrivit ANAP, *„condiția esențială fiind ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia”*.

SC SA reclamă faptul că, în cazul prezentei licitații, autoritatea contractantă folosește în mod cu totul impropriu, dacă nu chiar abuziv, posibilitatea dată de acordul-cadru de a nu estima cât mai precis posibil cantitățile de deșeuri, deși astfel de estimări rezonabil de precise sunt posibile, cu consecința imposibilității ofertării în condiții de egalitate și a încălcării mai multor prevederi din legislația achizițiilor publice (cele menționate mai sus) și din legislația salubrității.

Totodată, arată că ANAP menționează că acordul-cadru „*nu este pretabil pentru toate tipurile de achiziții*” și că nu este oportună folosirea acestuia, ca exemplu, printre altele, pentru categoriile de servicii raportate la suprafețe fixe, precum serviciile de curățenie. ANAP adaugă „*Dacă acordul-cadru este aplicat fără ca acesta să fie necesar, dezavantajele au tendința de a fi mai mari decât avantajele și implicit acțiunea autorității contractante nu mai este una eficientă*”.

Pentru a anticipa o eventuală apărare a autorității contractante în acest sens, contestatoarea învederează faptul că ANAP menționează în mod clar că „*lipsa sursei de finanțare nu reprezintă o justificare «per se» pentru aplicarea acestei modalități speciale de atribuire a contractului*” și că „*utilizarea acordului-cadru nu trebuie să fie raportată la lipsa/inexistența aprobării bugetare, respectiv a sursei de finanțare, invocând ideea conform căreia doar contractul subsecvent reprezintă angajamentul legal, deoarece conduce către o denaturare a pieței de profil angajând astfel operatorii economici în acțiunea de concentrare a resurselor în satisfacerea nevoilor AC/EC fără asigurarea posibilității de recuperare a acestora și a unui profit rezonabil*”.

Petenta susține că documentația de atribuire creează riscuri majore cu privire la posibilitatea de recuperare a costurilor și de obținere a unui profit, deși recuperarea costurilor și existența profitului reprezintă obligații legale în materia serviciului de salubritate.

În sprijinul susținerii sale face trimitere la nr. 115/10.09.2021 prin care s-a aprobat „Strategia de management integrat al deșeurilor la nivelul al”, hotărâre menționată în preambulul caietului de sarcini.

Menționează că, la pag. 81 și următoarele, ... S..... nr. 115/2021 include „*Analiza cadrului contractual existent*”, iar, la pag. 82, se arată că, deși în procedura de contestație a documentației de atribuire pentru contractul de delegare anterior Consiliul și Curtea de Apel au respins motivul de contestație cu privire la folosirea acordului-cadru, „Strategia de management al deșeurilor” nu recomandă folosirea acestui instrument. Motivul se desprinde din observațiile de la pag. 82 și cele de la pag. 9..... din S..... nr. 115/2021 și este acela că nu a eliberat operatorului licența de operare în baza contractelor subsecvente. Operatorul a avut licență de operare numai în

primele 3 luni de contract (adică probabil doar pe durata perioadei de mobilizare), ulterior licența nemaifiind prelungită de

În opinia sa, această observație din „Strategia de management” este foarte gravă, deoarece creează riscul ca viitorul operator să nu poată obține licența și să fie astfel obligat să opereze serviciul în condiții de nelegalitate, fără a avea nicio culpă.

În același sens, petenta face trimitere la prevederile legale în materia salubrității, arătând că principiul esențial este cel al recuperării costurilor prin tarife și este reflectat la toate nivelurile legislative, și anume: art. 13 alin. (1) lit. d) Legea nr. 51/2006a serviciilor comunitare de utilități publice, art. 25 din Legea nr. 101/2006, art. 15 din Ordinul nr. 109/2007, art. 1

Rezumând toate aceste dispoziții legale mai sus invocate, petenta concluzionează:

- Autoritatea contractantă are obligația de a concepe procedura de atribuire în așa mod încât să asigure viabilitatea contractului de delegare, în sensul recuperării costurilor prin intermediul tarifelor.
- Autoritatea contractantă are obligația de a prezenta, în caietul de sarcini, informații clare pentru cantitățile și volumele ce trebuie colectate. Acestea pot fi determinate direct sau, în orice caz, cu ajutorul breviarelor de calcul prevăzute de lege.
- În cazul în care, în operarea serviciului, cantitățile reale diferă cu mai mult de 5% de cele avute în vedere la stabilirea tarifelor, operatorul are dreptul la modificarea tarifelor.

1..... Utilizarea acordului-cadru în prezenta procedură este nelegală

În opinia petentei, analiza tuturor aspectelor prezentate mai sus conduce cu necesitate la concluzia nelegalității prezentei proceduri.

Astfel, cu privire la serviciul de colectare și transport al deșeurilor, care din punct de vedere valoric este cea mai importantă componentă a prezentei proceduri, contestatoarea precizează că a arătat că autoritatea contractantă dispune cu certitudine de informații precise cu privire la cantitățile de deșeuri colectate în mod real de operatorul actual al serviciului. Chiar dacă s-ar presupune prin absurd că aceste informații nu ar exista, Ordinul nr. 111/2007 prevede formula de calcul prin care aceste cantități trebuie determinate.

Cu privire la serviciul de salubritate stradală, contestatoarea susține că autoritatea contractantă cunoaște, cu siguranță suprafețele, ce trebuie întreținute (altfel nu ar putea efectua plățile către operatorul actual pentru salubritatea acestora).

Arată că, în pofida celor arătate, autoritatea contractantă folosește instrumentul acordului-cadru „*în mod absolut impropriu și posibil chiar abuziv (adică încercând cu bună-știință avantajarea unui ofertant), pentru a se prevala de particularitatea acestui instrument de a «estima» cantități minime și maxime arbitrare și pentru a evita să pună la dispoziția ofertanților informații clare și precise pentru ca aceștia să*

poată înțelege cât mai clar condițiile contractului pentru care urmează să oferteze”.

În opinia sa, această utilizare a acordului-cadru, pe de o parte, încalcă flagrant prevederile legale menționate anterior. Pe de altă parte, folosirea acestui instrument nu aduce niciunul din avantajele care ar legitima folosirea sa. Sunt încălcate prevederile Ordinului nr. 111/2007 care prevăd obligația autorităților contractante de a introduce, în caietele de sarcini, date precise cu privire la cantitățile de deșeuri ce urmează a fi colectate și la suprafețele ce trebuie salubrizate.

De asemenea, contestatoarea reclamă faptul că sunt încălcate prevederile art. 15..... din Legea 98/2016 și principiul transparenței, deoarece autoritatea contractantă nu pune la dispoziția ofertanților informații complete, corecte și precise despre viitorul contract, deși deține cu certitudine astfel de informații.

În acest context, subliniază faptul că, în ultimii ani au fost derulate numeroase proceduri de atribuire a contractelor de salubritate pentru sisteme de management integrat al deșeurilor, proceduri care au fost supuse inclusiv verificării de către CNSC a legalității documentației de atribuire, iar Consiliul cunoaște, cu siguranță, faptul că, în toate aceste proceduri, autoritățile contractante au „reușit” să pună la dispoziția ofertanților informații cu privire la cantitățile de deșeuri ce fac obiectul contractului, fără a fi nevoite să recurgă la artificii precum acorduri-cadru cu diferențe de 6-11 ori între estimările minime și cele maxime.

Totodată, contestatoarea susține că sunt încălcate prevederile art. 107 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și principiul tratamentului egal deoarece folosirea acordului-cadru pentru a prezenta cantități minime și maxime arbitrare conduce la imposibilitatea de ofertare în condiții de egalitate, fiind evident faptul că operatorul actual al serviciului cunoaște foarte bine cantitățile reale de deșeuri colectate și suprafețele reale salubrite, astfel încât va fi în poziția de a întocmi o ofertă conformă și optimizată din punct de vedere financiar și tehnic, pe când alți ofertanți, care - din cauza folosirii improprie a acordului-cadru - nu dispun de aceleași informații, nu vor putea să concureze în mod real și efectiv cu operatorul actual, care este astfel avantajat în mod injust și nelegal.

În opinia petentei sunt încălcate și prevederile Legii nr. 51/2006, Legii nr. 101/2006 și ale Ordinului nr. 109/2007 privind principiul recuperării costurilor prin tarifele de operare, deoarece discrepanța uriașă între cantitățile maxime (față de care trebuie ofertat) și cele minime, conjugată cu prevederea nelegală care atribuie operatorului riscul unor cantități mai mici decât cele maxime în proporție de 100%, vor face imposibilă recuperarea costurilor de operare. Subliniază că această situație se datorează exclusiv mecanismului defectuos și nelegal implementat prin documentația de atribuire.

În acest context, solicită Consiliului să analizeze decizia Curții de Apel nr. 3135/2017 privind contestația la documentația de atribuire din procedura anterioară.

De asemenea, petenta susține că autoritatea contractantă a nesocotit recomandarea din „Strategia de management al deșeurilor în ” (..... S..... 115/2021), în sensul de a evita acordul-cadru, creându-se riscul ca viitorul operator să nu fie licențiat de, astfel cum s-a întâmplat cu operatorul actual.

Totodată, afirmă că este nesocotită recomandarea din Notificarea ANAP cu privire la utilizarea acordului-cadru în sensul de a evita acest instrument în cazul serviciilor de curățenie care se raportează la suprafețe fixe (adică pentru salubritatea stradală, în cazul de față).

Nu în ultimul rând, învederează faptul că autoritatea contractantă a modificat soluția de plată a operatorului prin comparație cu procedura anterioară, în sensul că, pentru serviciile de colectare și transport al deșeurilor (care reprezintă activitatea cu valoarea cea mai mare din contract), operatorul nu mai este plătit de autoritatea contractantă, ci direct de beneficiarii serviciului, în baza contractelor de salubritate încheiate direct cu aceștia.

Afirmă că, în aceste condiții, pentru activitatea de colectare și transport al deșeurilor este imposibil de înțeles cum anume va „comanda” autoritatea contractantă anumite cantități prin contractele subsecvente. Cantitățile vor fi cele preluate direct de la utilizatori, care vor și plăti pentru serviciul prestat, fără nicio implicare din partea autorității contractante.

Susține că utilizarea acordului-cadru într-o atare situație este în mod evident absolut improprie.

Prin urmare, apreciază că folosirea acordului-cadru încalcă prevederile legale menționate, nu are nicio legătură cu modul în care va funcționa contractul (pentru activitatea de colectare) și, pentru celelalte activități, nu prezintă niciun avantaj care să explice alegerea acestui instrument de atribuire a contractului, iar singura soluție pentru a asigura respectarea transparenței, a egalității de tratament și a celorlalte prevederi legale citate este de a anula procedura de atribuire, urmând ca autoritatea contractantă să o reia, corelând în mod corect și legal tipul de procedură aleasă cu prevederile legale aplicabile și cu modul în care urmează să fie executat contractul de delegare de gestiune.

21. Cerința abuzivă și nelegală referitoare la deținerea unei stații de sortare.

Contestatoarea precizează că, la pagina 1..... din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a stipulat că „Operatorul este de asemenea obligat să dețină o stație de sortare, să o calibreze, adapteze și/sau amenajeze în perioada de mobilizare, astfel încât să respecte criteriul eficienței prin asigurarea unor costuri reduse care să se reflecte în tarife (inclusiv luând în considerare amplasarea acestuia în proximitatea ariei de prestare), și totodată, să asigure astfel îndeplinirea

indicatorilor de performanță în ceea ce privește sortarea deșeurilor colectate de pe raza ”.

Reclamă faptul că această cerință este abuzivă și menită să avantajeze, în mod necuvenit, operatorii care dețin stații de sortare.

Precizează că operatorul actual (.....) deține o stație de sortare, aspect care, alături de cele menționate mai sus cu privire la cunoașterea cantităților de deșeuri, este de natură să îi confere un avantaj necuvenit și nelegal.

În subsidiar față de solicitarea de anulare a procedurii, solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă să elimine, din documentația de atribuire, cerința referitoare la asigurarea unei stații de sortare.

În acest sens, învederează, pe de o parte, faptul că obiectul contractului, astfel cum este indicat în secțiunea II.2..... din fișa de date și în paragraful de mai sus, nu include sortarea deșeurilor. Sortarea reprezintă o activitate a serviciului de salubritate distinctă de cele care fac obiectul contractului, după cum rezultă din enumerarea de la art. 2 alin. (3) din Legea nr. 101/2006.

Prin urmare, apreciază că cerința deținerii unei stații de sortare nu are legătură cu obiectul contractului.

Petenta precizează că acest aspect a fost remarcat și de ANAP care, în avizul conform condiționat nr. 561/01.03..... cu privire la prezenta procedură, a notat *„Raportat la activitățile contractului prezentate la secțiunea II.2..... din fișa de date, vă rugăm să justificați necesitatea cerinței «stație de sortare»”* (pag. din avizul ANAP).

Susținând că nu cunoaște motivul pentru care autoritatea contractantă a ales să ignore solicitarea ANAP, contestatoarea apreciază că, în realitate, neputând să justifice această cerință ce contravine obiectului contractului, pentru a respecta indicațiile ANAP, aceasta ar fi trebuit să o elimine, fapt ce nu s-a întâmplat.

Subliniază că, potrivit legii, în cazul delegării de gestiune, autoritatea contractantă este cea care are obligația să pună la dispoziția operatorilor infrastructura necesară tratării deșeurilor. Acest principiu este prevăzut cu claritate la art. 2..... și art. 29 din Legea nr. 51/2006.

În același sens, arată că, faptul că o stație de sortare, ca de altfel toată infrastructura necesară pentru prestarea serviciului, intră în conținutul noțiunii de *„sistem de utilități publice”* poate fi verificat la art. din Legea nr. 101/2006, care enumeră părțile componente ale sistemului public de salubritate, printre care menționează și stațiile de sortare a deșeurilor.

Prin urmare, apreciază că prevederea criticată din caietul de sarcini încalcă dispozițiile legale citate.

Mai mult însă, susține că autoritatea contractantă încalcă cu bună-știință propria „Strategie de management al deșeurilor”, aprobată prin S..... nr. 115/2021 și care include următoarele prevederi:

- La pag. 15-16 și 2-.....3: Consiliile locale ale au competență exclusivă pentru activitatea de sortare a deșeurilor (aceste prevederi reflectă dispozițiile Legii nr. 51/2006);

- La pag. 8 se prevede că, în exercitarea competențelor de mai sus, ... al are responsabilitatea de a identifica sistemele corespunzătoare pentru sortarea deșeurilor prin încheierea de contracte de delegare a gestiunii cu operatorul selectat pentru stația de sortare;

- La pag. 68 se precizează că prestarea activităților de salubritate, adică inclusiv sortarea, nu se poate realiza conform legii decât în baza unui contract de delegare a gestiunii.

- La pag. 92, într-o analiză a caietului de sarcini anterior (cel din 2017), se menționează că și acesta includea cerința sortării și se subliniază că aceasta „excede sferei activităților în sarcina operatorului, deoarece activitatea de sortare nu i-a fost delegată prin acordul-cadru” din 2017.

Contestatoarea apreciază că situația este identică și în cazul de față, după cum a remarcat și ANAP.

- La pag. 95 se recunoaște, cu privire la situația existentă în prezent, că „pentru a putea presta o activitate componentă a serviciului de salubritate gestiunea acesteia trebuie să fie delegată prin contract operatorului de autoritatea publică, iar activitatea respectivă să fie în mod obligatoriu expres cuprinsă în obiectul contractului. În cazul de față niciun document contractual dintre SA și nu prevede în obiectul său activitatea de operare a vreunei stații de sortare, nici caietul de sarcini atașat acestor contracte nu reglementează activitatea de sortare”.

Prin urmare, conchide petenta, autoritatea contractantă este perfect conștientă de faptul că activitatea de sortare a deșeurilor trebuie să facă în mod expres obiectul unui contract de delegare a gestiunii. Totodată, aceasta este conștientă că includerea, în caietul de sarcini, a obligației deținerii unei stații de sortare este nelegală atât timp cât obligația identificării sistemelor respective și a delegării gestiunii aparține, în mod exclusiv, autorității.

În opinia sa, autoritatea contractantă urmărește restrângerea concurenței și favorizarea unuia dintre operatorii economici care dețin stație de sortare, dar care nu beneficiază de un contract de delegare a gestiunii.

Menționează că lista acestor operatori se găsește la pag. 26 din nr. 115/2021 și se observă că unul dintre aceștia este chiar operatorul actual al serviciului, operator care, după cum a arătat în secțiunea precedentă, dispune de informații precise privind cantitățile de deșeuri generate și suprafețele pe care le salubrită, informații pe care

Însă autoritatea contractantă nu le-a pus la dispoziția tuturor ofertanților, sub pretextul folosirii acordului-cadru ca instrument de achiziție.

Apreciază ca fiind evident faptul că autoritatea contractantă a construit, în deplină cunoștință de cauză, o procedură de atribuire care încalcă principiul tratamentului egal și libera concurență și în care ofertarea în condiții de egalitate este imposibilă.

3. Obligația de a indica instalațiile de tratare unde trebuie transportate deșeurile și tarifele aplicabile.

Contestatoarea menționează că, la pag. 55 din caietul de sarcini se regăsește secțiunea 5.2 „Relațiile cu terții operatori economici aflate în sarcina operatorului serviciului de salubritate”, iar prevederile acesteia solicită ofertanților să prezinte informații cu privire la operatorii instalațiilor de tratare a deșeurilor (tratare mecano-biologică, depozitare, sortare etc.), însoțite de licențele acestora și de declarații de disponibilitate.

Susține că, prin aceste solicitări, autoritatea contractantă practic „externalizează” către ofertanți identificarea celorlalte instalații de tratare a deșeurilor și negocierea relației contractuale și a tarifelor cu aceștia.

Considerând că o astfel de cerință este complet nelegală, petenta solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine secțiunea 5.2 din caietul de sarcini și, în schimb, să indice instalațiile de tratare unde trebuie transportate deșeurile colectate și tarifele acestora aplicabile, aprobate potrivit Ordinului nr. 109/2007, care trebuie avute în vedere de toți ofertanții în vederea întocmirii de oferte comparabile.

Reiterând faptul că autoritățile publice locale dețin competențe exclusive cu privire la infrastructura de tratare a deșeurilor, iar operarea acesteia nu se poate face decât în temeiul unui contract de delegare de gestiune: art. 8, art. 2..... alin. 2 și 29 alin. (1) din Legea nr. 51/2006, iar la nivelul legislației locale mențiunile din S..... nr. 115/2021, contestatoarea afirmă că, acest contract de delegare, în măsura în care nu este atribuit direct către un serviciu din cadrul autorității publice locale, trebuie să fie atribuit în baza Legii nr. 98/2016 sau a Legii nr. 100/2016, după cum se prevede cât se poate de clar în Legea nr. 51/2006.

În același sens face trimitere la dispozițiile art. 1..... din Ordinul 82/2015 privind aprobarea Regulamentului-cadru de salubritate a localităților (care este obligatoriu a fi respectat de regulamentele de salubritate ale unităților administrativ-teritoriale), art. 20, art. 21, art. 22 și art. 23 din Ordinul nr. 111/2007 privind caietul-sarcini cadru al serviciului de salubritate.

Totodată, arată că, pentru fiecare contract de delegare a gestiunii unei activități de salubritate, autoritatea contractantă respectivă trebuie

să aprobe un tarif calculat în conformitate cu Ordinul nr. 109/2007. Acest tarif unic, aprobat potrivit procedurii legale pentru instalația de tratare căreia i s-a delegat gestiunea activității de salubritate respectivă, este cel care trebuie avut în vedere de toți ofertanții, iar nu un tarif negociat de fiecare ofertant în parte pe baze complet netransparente, sau și mai grav, utilizarea unei stații proprii pentru care nu există un tarif aprobat legal și prin intermediul căruia operatorul poate încerca să „deconteze” către autoritatea contractantă costuri pe care aceasta nu le poate verifica, activitatea nefăcând obiectul unui contract de delegare și pentru care nici măcar nu este solicitat un tarif în cadrul prezentei proceduri.

Subliniază faptul că aceste prevederi legale sunt reflectate în mod corespunzător în „Strategia de management al deșeurilor pentru”, aprobată prin S..... 115/2021, act administrativ normativ cu forță juridică superioară documentației de atribuire:

- La pag. 26 este menționat art. 1..... din Ordinul nr. 82/2015;

- La pag. 95 se arată că *„Trebuie precizat că tarifele aplicate pentru activități componente ale serviciului de salubritate sunt tarife reglementate și nu sunt lăsate de lege la libera negociere dintre părți”;*

- La pag. 97-98 se arată că, care altfel ar fi fost competent pentru delegarea activității de depozitare a deșeurilor, a adoptat Hotărârea nr. 3.....2/13.08.2020 prin care împuternicește consiliile locale ale sectoarelor să decidă și cu privire la activitatea de depozitare pentru o perioadă de trei ani.

Toate aceste prevederi, de la lege la ordinele și la Hotărârea nr. 115/2021 a Consiliului Local al, sunt cât de poate de categorice și clare în a stabili că este obligația autorității contractante să identifice (în urma unei proceduri de atribuire prevăzute de lege) instalațiile de tratare a deșeurilor, să le delege activitățile de salubritate și să stabilească tarifele aplicabile.

Contestatoarea susține că prevederile caietului de sarcini pe care le critică încalcă toate aceste dispoziții. Drept consecință, operatorii instalațiilor de tratare sunt introduși în sistemul de salubritate în mod ilegal, în condiții total netransparente, nu în urma unei proceduri de atribuire ci *„în baza aranjamentelor încheiate cu ofertantul câștigător”*.

În plus, arată petenta, de vreme ce unii din acești operatori ai instalațiilor de tratare pot presta și activitatea de colectare și transport al deșeurilor, aceștia vor fi în mod evident avantajați în mod nelegal față de ceilalți ofertanți.

..... Criteriul nelegal de evaluare privind notarea propunerii tehnice.

Autoarea contestației menționează că fișa de date include, la secțiunea II.2.5 criteriul de evaluare *„Propunerea tehnică - demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a*

activităților" cu o pondere de 15% în punctajul total. Descrierea acestui factor de evaluare este *„Factorul tehnic - Se va puncta demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților"*. Se acordă calificative pentru 3 sub-factori de evaluare, care sunt prezentați la pag. din fișa de date.

În opinia sa, aceste prevederi sunt complet generice, goale de orice conținut specific, neregăsindu-se în cuprinsul lor nicio informație clară despre cerințele autorității și despre modul în care vor fi acordate calificativele. Nu există nicio modalitate de verificare a modului în care comisia a punctat diferitele oferte.

Astfel, arată petenta, în cazul unei contestații, controlul jurisdicțional al CNSC va fi imposibil de efectuat, tocmai din cauza lipsei oricărui reper concret cu privire la aplicarea factorului de evaluare.

Afirmă că ambiguitatea modalității de evaluare este dublată de ambiguitate obiectului evaluării (propunerea tehnică). Documentația de atribuire include numeroase solicitări vagi, generice, fără nicio indicație despre obiectivele sau solicitările concrete ale autorității și care să permită ofertanților să înțeleagă modul în care va fi punctată oferta.

Cu titlu de exemplu, arată că, la finalul punctului IV.....1 din fișa de date, se găsește solicitarea ca propunerea tehnică să cuprindă *„un plan de implementare a principiilor economiei circulare"*, cerință despre care susține că este vagă, ambiguă și nu este dezvoltată nicăieri în caietul de sarcini, astfel încât este imposibil pentru ofertant să înțeleagă care sunt cerințele și așteptările concrete ale autorității de la acest plan și cum anume trebuie redactat pentru a obține o evaluare favorabilă.

Afirmă că factorul de evaluare criticat *„este ușor manipulabil de autoritatea contractantă și nu face decât să creeze o marjă de apreciere discreționară a acesteia, în același timp în care verificarea jurisdicțională a modului în care va fi aplicat devine de facto imposibilă"*.

Invocând încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 189 din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată, iar factorii de evaluare pe care-i utilizează trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare, contestatoarea solicită eliminarea acestui factor de evaluare.

5. Neimplementarea instrumentului *„plătește pentru cât arunci"* - la nivel tehnic și la nivelul tarifelor.

5.1. Prevederile legale

SC SA subliniază faptul că dispozițiile art. 17 alin. (5) din O.U.G. nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor prevede obligația implementării colectării separate a deșeurilor reciclabile (hârtie și carton, metal, plastic, sticlă) și a instrumentului „plătește pentru cât arunci”, care presupune plata diferențiată de către utilizatorii serviciului, în funcție de cantitățile de deșeuri produse, astfel încât aceștia să fie motivați să reducă generarea deșeurilor și să colecteze separat deșeurile reciclabile. Aceste obligații trebuiau îndeplinite cel mai târziu la data de 30 iunie 2019, potrivit art. 17 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 211/2011, pe care O.U.G. nr. 92/2021 a înlocuit-o, fiind indiscutabil că obligația exista la data publicării documentației de atribuire.

Contestatoarea precizează că toate cele patru metode de implementare a „plătește pentru cât arunci” presupun stabilirea unui tarif în funcție de greutate sau volum, de tipul lei/tonă sau lei/metru cub, aceasta fiind singura cale prin care utilizatorii să plătească proporțional cu cantitățile de deșeuri generate. Cele două tarife pot fi calculate unul din celălalt cu ajutorul unei formule care ține cont de densitatea deșeurilor. De exemplu, în cazul implementării prin volum, utilizatorii primesc recipiente de colectare de volume diferite, în funcție de opțiunea acestora, și plătesc un tarif de tip lei/metru cub raportat la volumul recipientului respectiv. În cazul implementării prin frecvența de colectare, utilizatorii primesc recipiente similare, dar care se ridică la intervale diferite în funcție de opțiunea/ comportamentul utilizatorilor, cu plata tarifului corespunzător la fiecare ridicare.

Prin urmare, arată contestatoarea, legea stabilește, în mod explicit, în sarcina autorității contractante două obligații: să decidă care este elementul relevant și să introducă instrumentul respectiv; să stabilească tarifele distincte pentru utilizatorii serviciului.

5.2. Prevederile hotărârilor Consiliului Local

Petenta învederează faptul că obligațiile de mai sus sunt recunoscute în „Strategia de contractare a”, aprobată prin S..... nr. 115/2021. La pag. 178 din strategie, la pct. 1.1 din tabel, se precizează că (și nu operatorul de salubritate) este cea responsabilă cu introducerea instrumentului „plătește pentru cât arunci”, iar Preambulul caietului de sarcini face trimitere și la S..... nr. 137/1.....10.2021 privind implementarea instrumentului „plătește pentru cât arunci”.

În opinia contestatoarei, prevederile acestei hotărâri sunt generice, sunt preluate elementele prevăzute de lege dar fără ca autoritatea contractantă să fi decis ceva concret cu privire la elementul prin care se va realiza implementarea sau tarifele aplicabile.

Totodată, arată că preambulul caietului de sarcini menționează S..... nr. 108/31.08.2021 privind aprobarea tarifelor individuale pentru colectarea deșeurilor, prevăzute în acordul-cadru 362/0.....12.2018. Prin 108/2021 s-a aprobat modificarea tarifelor operatorului actual de salubritate

(.....) pe care acesta le percepe în baza acordului-cadru încheiat în 2018 cu autoritatea contractantă.

Contestatoarea menționează că, potrivit prevederilor acestei ultime hotărâri, în prezent, instrumentul „*plătește pentru cât arunci*” ar fi fost implementat prin metoda combinată volum și frecvență, întrucât facturile către clienți sunt emise în baza unor tarife exprimate în lei/pubela colectată, diferențiat în funcție de volumul pubelei/recipientului (60l, 120l, 2.....0l, 1.100l), prin numărarea pubelelor colectate de la un utilizator, acestea fiind dotate cu etichete RFID. Subliniază, însă, că nr. 108/2021 este un act administrativ individual, adresat operatorului actual de salubritate, în legătură cu executarea contractului încheiat cu autoritatea contractantă.

Prin urmare, apreciază că această hotărâre nu poate fi aplicată direct, ca atare, în prezenta procedură.

Susține că, în schimb, niciunul din actele administrative normative (..... nr. 137/2021, ... nr. 115/2021) nu prevede nimic concret în legătură cu acest instrument.

5.3. Prevederile documentației de atribuire sunt incomplete și nelegale.

Autoarea contestației reclamă faptul că, în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă evită, cu bună știință, să prezinte modalitatea în care trebuie să fie implementat instrumentul economic „*plătește pentru cât arunci*”, cu toate că, după cum s-a văzut, în prezent are deja implementat acest sistem în acordul-cadru actual, care urmează să înceteze.

Susține că, în contradictoriu cu prevederile legale imperative menționate mai sus, nu este prezentată în nici un fel vreo modalitate de implementare pe care autoritatea contractantă ar fi stabilit-o în legătură cu prezentul contract.

Astfel, arată că prima menționare a instrumentului este abia la pag. 58 din caietul de sarcini, în cadrul subcapitolului 5..... „Facturarea și decontarea serviciilor”, unde se menționează că facturarea se va face lunar „*cu respectarea principiului economic plătește pentru cât arunci, urmând ca tarifele de prestare să fie evidențiate cu respectarea acestor principii*”. De asemenea, la pag. 61 din caietul de sarcini se prevede că ofertanții trebuie să includă în ofertă „*Informații privind implementarea sistemului PAYT - Plătește pentru cât arunci*”.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu descrie detaliile modului în care solicită implementarea acestui sistem, astfel încât ofertanții să cunoască modul în care să își întocmească ofertele (care ar fi valoarea investițiilor necesare și care sunt costurile de operare aferente), context în care nici autoritatea nu va putea compara ofertele care, în mod inevitabil, vor conține modalități diferite de implementare, arătând viziunea fiecărui ofertant în parte.

Învederează faptul că această modalitate de informare incompletă a ofertanților este interzisă de prevederile art. 15..... din Legea nr. 98/2016, precum și de principiile transparenței și al tratamentului egal. Ofertanții nu vor putea depune oferte comparabile și nu vor putea concura în condiții de egalitate procedurală cu operatorul actual, care cunoaște modul în care instrumentul este implementat în cadrul contractului actual.

Mai mult, arată petenta, cu privire la tarifele prin care va fi implementat instrumentul, art. 5.9 din acordul-cadru prevede că acestea vor fi stabilite „ținând cont de tarifele ofertate în cadrul procedurii de achiziție publică în baza căreia a fost atribuit prezentul acord-cadru, cu includerea contribuției pentru economia circulară prevăzută în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005 privind Fondul pentru mediu, aprobată cu modificări și completări, acestea urmând a fi supuse aprobării Consiliului Local ulterior finalizării procedurii de licitație”.

Precizează că documentația de atribuire nu include nicio prevedere specifică, nicio regulă sau formulă despre cum vor fi transformate tarifele ofertate în licitație în tarifele la utilizatori și, de altfel, nici nu ar putea să includă astfel de informații de vreme ce nici măcar nu se cunoaște care este elementul prin care se va face implementarea. Abia după finalizarea prezentei proceduri se va cunoaște metoda și formula de calcul prin care tarifele licitate în lei/tonă vor fi convertite în vederea aplicării instrumentului economic în tarife exprimate în lei/metru cub sau lei/pubelă etc.

Astfel, menționează că, din perspectiva modalității de organizare a licitației și a competiției între participanți, se observă că tarifele aplicabile utilizatorilor și prin care se implementează instrumentul în discuție nu trebuie, potrivit documentației de atribuire, să fie calculate și prezentate în cadrul licitației, astfel încât să fie introduse în formula de calcul a punctajului, ci urmează a fi stabilite în viitor, după semnarea contractului.

În opinia petentei, este absurd și nelegal ca singurele tarife prevăzute de lege să nu fie prezentate în oferte și introduse în calculul punctajelor.

Afirmă că factorul de evaluare referitor la prețul ofertei va ține cont de alte tarife decât cele care vor fi aplicate efectiv în executarea contractului, ceea ce încalcă prevederile art. 188 din Legea 98/2016 potrivit cu care factorii de evaluare trebuie să aibă legătură directă cu obiectul contractului.

Conchide că, în mod legal și logic, documentația de atribuire ar trebui să identifice clar elementul prin care se va face implementarea lui „*plătește pentru cât arunci*”, să prezinte toate cerințele autorității contractante legate de introducerea acestui instrument (de ex. tipuri de pubele, cipuri RFID după caz etc.) și să solicite ofertanților prezentarea tarifelor de tip „*plătește pentru cât arunci*”, iar aceste tarife să fie introduse în formula de calcul pentru criteriul de atribuire. Din contră, tocmai aceste tarife nu sunt solicitate prin documentația de atribuire, ci

se prevede expres că ele vor fi stabilite de operator ulterior atribuirii contractului.

În opinia contestatoarei, un motiv de nelegalitate suplimentar este faptul că, la art. 6, alin. 6.3 punctul (3) din acordul-cadru, se prevede că, la prețurile serviciilor stabilite prin ofertă, se poate adăuga contravaloarea taxei de depozitare instituită prin O.U.G. nr. 196/2005, plătită de către operatorul de salubritate administratorilor de depozite, precum și că, la cererea operatorului, la prețul contractului se va adăuga, separat, contravaloarea taxei de depozitare la prețurile serviciilor cuprinse în propunerea financiară. Precizează că denumirea legală corectă actuală este „*contribuția pentru economia circulară*”, nu „*taxa de depozitare*”.

Apreciază că o astfel de prevedere este nelegală din cel puțin două puncte de vedere, întrucât, pe de o parte, permite modificarea tarifelor de operare cu contravaloarea contribuției pentru economia circulară, fără să fie indicat clar modul de calcul în care acest cost suplimentar va fi introdus în tarif, încălcându-se prevederile art. 15..... din Legea nr. 98/2016, iar, pe de altă parte, se permite adăugarea unor sume suplimentare la valoarea contractului prevăzută în fișa de date a licitației, încălcându-se prevederile legale referitoare la determinarea valorii contractului și care ar fi trebuit să țină cont de această „*posibilitate*”.

Prin urmare, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la următoarele:

- Să precizeze clar, complet și precis care este elementul sau combinația de elemente prin care va fi implementat instrumentul „*plătește pentru cât arunci*” și să prezinte toate cerințele legate de implementarea acestuia;
- Să stabilească prezentarea de către ofertanți, prin ofertă, a tarifelor corespunzătoare acestui instrument, iar tarifele să fie introduse în formula de calcul a factorului de evaluare a ofertelor;
- Să precizeze, în mod clar, complet și precis, dacă contribuția pentru economia circulară va fi inclusă sau nu în tarife și să arate modul (formula de calcul) corespunzătoare;
- Să modifice acordul-cadru și contractul subsecvent în sensul preluării acestor tarife și a precizării modului de aplicare a acestora;
- Să elimine toate prevederile din forma actuală a documentației de atribuire și a contractelor potrivit cu care tarifele „*plătește pentru cât arunci*” vor fi aprobate ulterior prin hotărâri ale consiliului local. Eliminarea este necesară de vreme ce instrumentul va fi introdus în mod clar și transparent în chiar procedura de achiziție.

6. Posibilitatea abuzivă de reziliere și denunțare unilaterală a contractului de delegare.

SC SA solicită Consiliului să dispună eliminarea din acordul-cadru și din contractul subsecvent, respectiv modificarea, a următoarelor clauze:

- Art. 16.1 lit. d) din contractul subsecvent (posibilitatea de încetare a contractului prin denunțare);
- Partea introductivă de la art. 16.2 din contractul subsecvent: *„Achizitorul are dreptul de a denunța unilateral contractul, oricând pe perioada derulării acestuia, cu o notificare prealabilă de 15 zile, fără nicio compensație. În acest caz, prestatorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului”*;
- Art. 15.2.c).B din acordul-cadru potrivit căruia autoritatea contractantă are dreptul de a denunța contractul, fără punere în întârziere, *„în situația în care se înregistrează două abateri săvârșite de promitentul prestator în derularea contractelor subsecvente”* (noțiunea de abatere nu este definită nicăieri);
- Art. 15.3 teza finală din acordul-cadru potrivit căruia neplata de către autoritatea contractantă, timp de 30 de zile a serviciilor atrage rezilierea contractului, fără alte formalități.

Totodată, contestatoarea solicită modificarea următoarelor prevederi, în sensul de a se menționa că sancțiunea operează numai în cazul unor încălcări grave sau repetate a obligațiilor: art. 15.2 lit. b) din acordul-cadru; art. 13.1 din contractul subsecvent; art. 16.1 lit. c) din contractul subsecvent; art. 16.3 lit. b) din contractul subsecvent.

În opinia sa, dreptul absolut și discreționar al autorității contractante de a înceta contractul oricând și pentru orice motiv, inclusiv pentru neconformități minore (ori chiar nemotivat, în absența oricărei culpe, în cazul art. 16.1 lit. d) și art. 16.2 din contractul subsecvent sau al art. 15.3 teza finală din acordul-cadru), încalcă principiul proporționalității prevăzut de Legea nr. 98/2016, precum și principiul echilibrului contractual prevăzut de art. 20 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 101/2006.

Menționează că, în cazul de față, operatorul își asumă obligația de a achiziționa toate mijloacele de colectare și transport al deșeurilor încă de la începutul contractului, fiind vorba de o investiție de peste 10 milioane de euro care urmează a fi amortizată pe parcursul celor 5 ani contractuali. De asemenea, personalul necesar este angajat tot de la începutul contractului. În contrapartidă, operatorul are dreptul la stabilitatea contractului, astfel încât costurile suportate să poată fi recuperate după cum prevede legea.

În schimb, arată că posibilitatea discreționară a autorității de a înceta contractul pentru absolut orice neconformitate care poate apărea timp de cinci ani distruge acest echilibru și obligă operatorul să își asume un risc injust și totodată nelegal, de vreme ce nu există nicio prevedere legală care să permită autorității contractante o astfel de posibilitate.

Conchide că prevederile citate încalcă principiile proporționalității și echilibrului contractual menționate mai sus, deoarece creează, pentru

operator, riscul major al nerecuperării investițiilor, fără a aduce o protecție suplimentară autorității contractante, motiv pentru care se impune eliminarea sau modificarea acestora, după caz, astfel cum a arătat.

7. Transferul nelegal de riscuri asupra operatorului.

SC SA solicită Consiliului să dispună eliminarea în întregime a matricei de riscuri, adică a tuturor riscurilor prezentate de la pag. 62 și până la pagina 7..... (inclusiv) a caietului de sarcini, întrucât acestea nu pot fi asociate unei proceduri derulate în baza Legii nr. 98/2016, ci doar unei proceduri derulate în baza Legii nr. 100/2016.

Precizează că, în sensul art. 3..... alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, „*achiziția mixtă*” nu înseamnă crearea unui hibrid între cele două legi, ci aplicarea regimului juridic unitar al Legii nr. 98/2016 unor elemente care altfel s-ar fi încadrat în câmpul de aplicare al Legii nr. 100/2016.

Învederează faptul că Legea nr. 98/2016 nu prevede posibilitatea transferului asupra contractantului a riscului operării serviciului în mod similar unei concesiuni.

Contestatoarea afirmă că această matrice de riscuri este, în proporție semnificativă, o înșiruire de riscuri ce nu au nici o legătură cu obiectul prezentei proceduri, cum ar fi, cu titlu de exemplu, riscurile 7, 8, 9 și 10 (pag. 63 și 6.....), unde se vorbește de epurarea apelor uzate și evacuarea efluenților, activități care nu au nici o legătură cu colectarea deșeurilor menajere și similare sau cu serviciile de salubritate stradală.

În al doilea rând, în subsidiar, în cazul în care Consiliul nu va decide în sensul eliminării tuturor acestor prevederi (întreaga înșiruire de riscuri), fără a insista asupra acelor multe riscuri fără nici o aplicabilitate în ceea ce privește obiectul contractului, petenta solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cel puțin a riscurilor următoare:

- Riscul 12 și Riscul 20, întrucât fac referire la platforme digitalizate de colectare separată, platforme a căror prezență (sau necesar de investiții sau investiții din partea autorității contractante) nu este prevăzută în cadrul caietului de sarcini;
- Riscul 13, întrucât are legătură cu proiectarea și executarea unei stații de sortare, care nu este în obiectul achiziției publice;
- Riscul 18 de la pag. 68 și Riscul 18 de la pag. 69, care prin formularea lor, încalcă prevederile Ordinului nr. 109/2007 cu privire la cazurile și modalitatea de modificare a tarifelor, prin aceea că:
- Riscul 18 de la pag. 68 (cantități mai mari decât cele previzionate) stabilește un prag neclar față de care operează modificarea tarifului la solicitarea operatorului și o obligație nelegală pentru acesta înainte de atingerea pragului („*în primă fază operatorul își suplimentează*

capacitatea de colectare” și, apoi, „ulterior, tariful poate fi modificat la solicitarea acestuia”).

În mod corect și legal, Ordinul 109/2007 prevede la art. 15 în mod clar și precis că modificarea tarifelor poate fi cerută atunci când intervin variații mai mari de 5% pe o perioadă de minim 3 luni.

- Riscul 18 de la pag. 69 (cantități mai mici decât cele previzionate) prevede că în cazul scăderii cantităților de deșeuri menajere care trebuie colectate (la o cantitate semnificativ mai mică decât cea previzionată în contract) reducerea de venituri pe care o suportă operatorul ar fi riscul acestuia. Acest „risc” încalcă prevederile Ordinului nr. 109/2007 și ale Legilor nr. 51/2006 și Legii nr. 101/2006, care prevăd principiul recuperării costurilor de operare prin intermediul tarifelor.

Petenta solicită ca în locul celor două Riscuri 18 (de la pag. 68 și 69) să fie introdus un singur risc care să prevadă stricta aplicare, la solicitarea operatorului, a Ordinului nr. 109/2007 al prin care operatorul are dreptul de a solicita modificarea tarifelor dacă se va constata o variație nefavorabilă (creștere sau scădere cu cel puțin 5% a cantităților de deșeuri deopotrivă în cazul deșeurilor menajere și similare cât și a deșeurilor rezultate din activitățile de salubritate stradală pe o perioadă de 3 luni consecutiv).

- Riscurile 21, 22, 23, 2....., 28, deoarece sunt legate de operarea unei stații de sortare, care nu se află printre activitățile delegate prin prezenta procedură. Prin menținerea acestora se facilitează modificarea nelegală a tarifelor de colectare în baza modificării costurilor sau a condițiilor de operare ale unei stații de sortare ce nu este cuprinsă în obiectul delegării și pentru care nu sunt stabilite în mod transparent tarife în cadrul prezentei proceduri.

8. Lipsa informațiilor esențiale, absolut necesare pentru întocmirea ofertei.

1. Din cuprinsul documentației de atribuire lipsesc orice informații concrete referitoare la infrastructura de colectare (locația punctelor de colectare, dotarea acestora etc.) necesare întocmirii ofertei, fiind indicat ofertanților să parcurgă în întregime și să își colecteze singuri aceste informații (pag. 21 ultimele două paragrafe din caietul de sarcini).

În opinia petentei, această cerință a caietului de sarcini este total nelegală (încalcă dispozițiile art. 15..... din Legea nr. 98/2016) și totodată imposibil de îndeplinit în timpul scurt avut la dispoziție pentru întocmirea ofertei.

Astfel, arată că autoritatea contractantă trebuia să solicite informațiile de la operatorul actual și să le pună în mod clar, complet și transparent la dispoziția tuturor ofertanților.

2. Autoritatea contractantă nu prezintă anumite cerințele minimale legate de modul de organizare a serviciului solicitat, făcând astfel imposibilă întocmirea unei oferte conforme și comparabile în vederea unei evaluări corecte. Astfel, precizează că organizarea sistemului de colectare nu este deloc clară, din parcurgerea documentației nefiind deloc clar dacă:

- Se solicită colectarea pe 2/3 sau 5 fracții separate de deșeuri? De exemplu, la pag. 16 din caietul de sarcini se prevede că se va face colectarea pe „*cel puțin două fracții: umedă și uscată și 5 fluxuri prin intermediul unor recipiente separați*”, prevedere ce nu are niciun sens clar.

- Se solicită sau nu containere stradale sau pubele din poartă în poartă pentru anumite fracții de deșeuri?

- Care sunt exact frecvențele de colectare solicitate? Mai mult, se solicită ca determinarea zilei de colectare să fie făcută după discuții cu locatarii (din asociații de locatari?)

3. Nu se furnizează densitățile pe fiecare fracție de deșeu în parte, condiție esențială în vederea dimensionării volumului recipientelor la nivelul unui punct de colectare (și per total).

..... Nu se pun la dispoziție adresele, tipurile de deșeuri colectate, recipientele și cantitățile de deșeuri aferente pentru agenții economici și instituțiile publice, după cum nu se pun la dispoziție nici adresele punctelor de colectare și numărul de persoane arondate fiecărui punct de colectare în cazul persoanelor fizice, iar, fără aceste informații nu se pot crea traseele și programele detaliate pe care autoritatea contractantă le solicită în mod obligatoriu a fi prezentate în cadrul ofertei.

Subliniază faptul că toate aceste informații sunt obligatorii a fi prezentate de către achizitoare potrivit prevederile Ordinelor nr. 111/2007 și nr. 82/2015, precum și prevederilor art. 15..... din Legea nr. 98/2016.

Reiterând faptul că aceste informații sunt cunoscute de către operatorul actual al serviciului, autoarea contestației apreciază că nu există premisele pentru ofertare din poziții de egalitate și cu respectarea concurenței.

5. Lipsesc suprafețele pe tip de stradă și zonă pentru serviciile de salubritate stradală și lipsește zonarea (care străzi sunt considerate centrale etc.), informații fără de care nu se pot întocmi calculele operaționale și financiare pentru serviciile de salubritate stradală.

6. Se mai menționează că sunt și containere îngropate sau semiîngropate care ar urma să fie puse la dispoziția operatorului, fără a se preciza numărul și volumul aferent, locația și destinația acestora, date despre modul de operare al acestora, astfel încât să înțelegem cum pot fi integrate în cadrul serviciului.

7. Nu sunt specificate investițiile în pubele/containere care sunt solicitate operatorului, fapt ce va duce la estimări neconcludente și necomparabile din partea ofertanților, fiind avantajat doar operatorul actual care deține aceste date esențiale.

Precizează că autoritatea contractantă dispune de aceste informații, cu titlu de exemplu amintind:

- Obligatorietatea menținerii de către autoritatea contractantă, împreună cu operatorul actual a evidenței utilizatorilor cu și fără contract (art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2006).

- Faptul că autoritatea contractantă a prezentat aceste informații în cadrul procedurii de achiziție a acestor servicii, derulată în anul 2017 (de exemplu: în Anexa 9.1 era prezentată lista punctelor de colectare din, pe parcursul a nu mai puțin de 26 de pagini, prin specificarea adresei exacte a punctului de colectare și a tipului de dotare a respectivului punct, în Anexa 9.2 era prezentată lista locații clopoți în, iar în Anexa 21 Statistica număr de persoane - imobile, în care sunt prezentate numărul de persoane rezidente și adresele lor de colectare a deșeurilor pentru un număr de 16.....20 de gospodării individuale și asociații de proprietari, în format excel, astfel încât ofertanții să le poată prelucra cu ușurință, etc).

Susținând că toate aceste informații lipsesc din prezenta procedură de atribuire, petenta apreciază că omisiunea acestora este inexplicabilă în condițiile în care se presupune că autoritatea contractantă nu urmărește avantajarea nelegală a operatorului actual, care dispune de date actualizate.

Prin urmare, solicită obligarea autorității contractante să pună la dispoziția ofertanților toate informațiile menționate mai sus.

9. Prevederi abuzive ale documentației de atribuire.

Susținând că, pe parcursul documentației a întâlnit mai multe cerințe abuzive ale autorității contractante ale căror efect este limitarea competiției, creșterea nejustificată a nivelului/costului investițiilor și (în consecință) a tarifelor plătite de autoritate și de utilizatorii serviciilor, contestatoarea solicităm eliminarea acestora, și anume:

- Solicitarea ca toate mașinile să aibă minim norma de poluare Euro 5 (pag. 20 din caietul de sarcini).

Petenta precizează că această normă de poluare este obligatorie pentru orice mașină nouă cu începere din 2009-2011, ceea ce înseamnă că autoritatea limitează operarea unor mașini mai vechi de 10 ani. În piață se regăsesc încă un număr însemnat de mașini Euro în stare foarte bună de funcționare.

Învederând Consiliului faptul că, pe de o parte, avizul conform condiționat ANAP cere ca autoritatea să efectueze un studiu de piață prin care să justifice că nu limitează competiția prin stabilirea la un nivel înalt a normei de poluare, iar, pe de altă parte în „Strategia de management al deșeurilor în ” (..... S..... 115/2021), act cu forță juridică superioară documentației de atribuire, chiar autoritatea a fixat ca prag minim Euro, contestatoarea solicită ca norma minimă de poluare să fie stabilită ca fiind Euro, pentru a evita stabilirea unei prevederi ce limitează competiția și crește nejustificat costurile de operare.

Subliniază faptul că, întrucât în piața de second hand nu sunt disponibile decât un număr limitat de mașini Euro 5, stabilirea unei astfel de prevederi fie avantajează un operator care îndeplinește deja această

condiție, fie practic obligă ofertanții să achiziționeze mașini Euro 6, ceea ce reprezintă un obstacol investițional serios ce limitează dramatic competiția.

- Garanția de participare (3 milioane lei) și cea de bună execuție (10% din contract subsecvent) sunt disproporționate.

În opinia contestatoarei, o garanție de participare de aproximativ 3 milioane de lei este nejustificată, având în vedere cuantumul în sine foarte mare al acestei sume și faptul că autoritatea nu justifică, în nici un fel, de ce ar fi necesar ca o sumă atât de mare (la maximum prevăzut de lege) să fie imobilizată de un ofertant pe o durată ce de regulă depășește în practică un an.

Afirmând că suma de 1 milion lei este mai mult decât suficientă pentru scopul pe care legea îl atribuie acestei garanții, petenta solicită reducerea acesteia la această valoare.

Precizând că garanția de bună execuție este stabilită la valoarea maximă prevăzută de lege (10% din valoarea contractului subsecvent), putând deci ajunge la o sumă de aproximativ 30 milioane lei, susține că, indiferent de valoare, aceasta este nejustificată în condițiile în care, de fapt, depășește valoarea profitului operatorului care de obicei se situează sub 10%.

În analiza acestui motiv de contestație, petenta solicită Consiliului să aibă în vedere și faptul că prezentul contract este calificat drept contract mixt, în sensul art. 3..... alin. (.....) din Legea 98/2016, astfel încât cea mai mare parte din valoarea contractului nu este dată de plățile făcute de către autoritatea contractantă către operator, ci de veniturile obținute de acesta din colectarea și transportul deșeurilor direct de la utilizatorii serviciului, similar unei concesiuni. Menționează că, pentru concesiuni, Legea nr. 100/2016 nu prevede limita de 10% a garanției de bună execuție, iar jurisprudența a Consiliului este de a reduce valoarea procentuală a garanției în aceste cazuri.

Prin urmare, conchide că limitarea garanției de bună execuție la 2% din valoarea unui contract subsecvent (maxim 6 mil lei, raportat la valoarea maximă a unui contract subsecvent) este o sumă mai mult decât suficientă pentru acoperirea riscurilor minime pe care le are autoritatea, în condițiile în care operatorul este cel care investește 10 milioane de euro pentru demararea unui asemenea contract, iar autoritatea contractantă poate solicita continuarea prestării serviciilor pentru 90 zile în cazul în care reziliază contractul, timp suficient pentru achiziționarea altor servicii de pe piață.

- Înființarea unor puncte de colectare (pag. 17 din caietul de sarcini).

Autoarea contestației menționează că, în conformitate cu art. 60 alin. 1.A lit. h) din O.U.G. nr. 92/2021, înființarea punctelor de colectare este în sarcina autorităților publice locale, însă, în prezenta procedură,

achizitoarea pune această obligație în sarcina operatorului, care trebuie să identifice, pe parcursul pregătirii ofertei, un număr de 15 locații și să propună autorității un concept de implementare. De asemenea, operatorul trebuie să plătească pentru deșeurile reciclabile preluate, la un preț aprobat anual de autoritatea contractantă (pag. 18 din caietul de sarcini).

..... SA solicită, fie anularea acestei cerințe, fie completarea documentației cu cerințe complete și precise din partea autorității contractante (inclusiv cu indicarea locațiilor unde trebuie înființate punctele de colectare și a suprafețelor acestora, locații pe care autoritatea să se oblige să le pună la dispoziție).

De asemenea, solicită eliminarea prevederii nelegale privind plata pentru deșeurile reciclabile, având în vedere faptul că art. 60 alin. 1.A lit. h) din O.U.G nr. 92/2021 prevede că toate deșeurile vor fi aduse de către utilizatori la aceste puncte de colectare prin aport propriu și gratuit.

- Prezentarea unor trasee/programe de colectare detaliate (pag. 21 din caietul de sarcini).

Petenta solicită eliminarea de la pag. 21 din caietul de sarcini a cerinței privind prezentarea unor trasee/programe de colectare detaliate (inclusiv pe tipuri de blocuri etc.), despre care susține că este abuzivă, întrucât, pe de o parte, nu sunt puse la dispoziția ofertanților informațiile necesare întocmirii acestora, iar pe de altă parte, nu este posibilă întocmirea unor trasee/programe de colectare atât de detaliate, în timpul scurt pus la dispoziție pentru întocmirea ofertelor.

În opinia sa, o astfel de informație nu este utilă autorității contractante în vederea evaluării ofertelor, aceasta având la dispoziție breviarele prevăzute expres în Ordinul nr. 111/2007 al pentru verificarea dimensionării corecte a utilajelor puse la dispoziție de ofertant.

Conchide că, în realitate, cerința a fost impusă în vederea limitării competiției și, totodată, a avantajării actualului operator, care dispune deja de aceste informații încă dinaintea lansării licitației.

Învederează faptul că, de regulă, în cadrul oricărui contract de salubritate, aceste trasee/programe detaliate se pregătesc în perioada de mobilizare fiind solicitate a fi prezentate autorității cu 1..... zile înainte de intrarea în operare.

- Solicitarea de a include planuri detaliate de management, marketing și comunicare și un plan de dezvoltare informațională a proiectului, cât și un „*plan de implementare a principiilor economiei circulare*”.

Contestatoarea susține că acestea sunt cerințe extrem de vagi, care pot duce oricând la descalificarea ofertanților, autoritatea contractantă putând să susțină, oricând, că informația pusă la dispoziție nu ar fi completă.

Prin urmare, solicită eliminarea acestor cerințe sau înlocuirea acestora cu cerințe clare, care să poată fi interpretate și introduse în mod clar și precis în ofertă și care, în același timp, să poată fi întocmite

(din punct de vedere al volumului, informațiilor disponibile și complexității) în perioada alocată întocmirii ofertelor.

- Obligatorietatea ca baza de lucru să se situeze la 30 minute de , în condiții normale de trafic (pag. 12 din caietul de sarcini).

Petenta apreciază că această solicitare este abuzivă și ilegală (restrânge în mod arbitrar competiția la cei care dispun deja de o asemenea bază de lucru), încălcând dreptul operatorilor de a se organiza și fiind totodată dificil de evaluat prin formularea evazivă a acesteia („condiții normale de trafic”). Afirmă că, atâta timp cât operatorul respectă programul de colectare, este irelevant unde se află situată baza de lucru a acestuia, la 30 sau la 0 de minute, în condiții normale sau deosebite de trafic.

Prin urmare, solicită Consiliului eliminarea acestei cerințe.

10. Termenul de răspuns la clarificări.

Contestatoarea precizează că, la pct. II.1..... din fișa de date, autoritatea contractantă a stabilit un termen foarte scurt înainte de data limită de depunere a ofertelor pentru un răspuns consolidat la solicitările de clarificări, respectiv: *„Numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limita de depunere a ofertelor: 18 zile. Clarificările solicitate după acest termen nu vor mai fi luate în considerare”*.

Consideră că alegerea acestui mod de răspuns nu este potrivită cu dimensiunea și complexitatea prezentei proceduri de atribuire, reflectate de altfel de volumul documentației puse la dispoziție, complexitatea și volumul calculelor ce trebuie efectuate în vederea întocmirii ofertei și problemele ridicate prin motivele de contestație de mai sus.

În opinia sa, este absolut necesar ca autoritatea contractantă să modifice modalitatea de răspuns la solicitările de clarificări prin furnizarea a două runde de răspunsuri, potrivit art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu mai mult de 18 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor.

Prin urmare, solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante să gestioneze răspunsurile la solicitările de clarificare în maniera propusă mai sus.

De asemenea, invocând prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită Consiliului accesul la documentele dosarului cauzei, ulterior depunerii punctului de vedere de către autoritatea contractantă.

În drept, au fost invocate prevederile menționate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 19513/30.03....., înregistrat la CNSC cu nr. 16658/30.03....., ... a solicitat Consiliului să pronunțe o decizie prin care să dispună respingerea, ca nefondată, a

conestației formulată de SA, cu consecința menținerii, ca fiind legale și temeinice a actelor de evaluare contestate și continuarea procedurii de achiziție publică, în vederea atingerii necesității a cărei acoperire a justificat demararea procedurii.

Autoritatea contractantă răspunde punctual criticilor contestatoarei, astfel:

I: Solicitând respingerea, „ca fiind nefondată și sub excepția puterii lucrului judecat”, a criticii petentei potrivit căreia „(...)”, având în vedere modul concret de organizare a prezentei proceduri, alegerea acordului-cadru ca tehnică de achiziție este nelegală. Avem în vedere că, față de prevederile specifice ale documentației de atribuire, aplicarea unui acord-cadru conduce la consecințe nelegale”, ... susține că petenta critică, ca fiind nelegală, aspecte soluționate definitiv, prin decizii ale CNSC și ale Curților de Apel, prin care s-a stabilit caracterul legal al dreptului de opțiune aparținând autorității contractante de a alege acordul-cadru, ca tehnică de achiziție pentru acoperirea prezentei necesități, parte din decizii, presupus a fi cunoscute și SRL, din moment ce le invocă în cuprinsul demersului de contestare.

În consecință, apreciază că societatea contestatoare „se instituie ca o instanță superioară Consiliului și Curții de Apel, care au dezlegat sub puterea lucrului judecat, aspectul criticat nelegal, iar prezenta contestație se constituie ca o veritabilă cale extraordinară de atac, de retractare, a celor dezlegate la nivelul deciziilor/hotărârilor anterioare, pe motiv că instanțele de la acel moment nu au cunoscut în amănunt legea, demersurile cu care au fost investite acele instanțe, analizând un număr limitat de argumente, iar prevederile documentației de atribuire erau diferite de cele din prezent în privința unor aspecte determinante, care diferențiază în mod substanțial cele două proceduri.

Afirmând că petenta a omis să învedereze aspectele diferite substanțial și ce aspecte diferențiază procedura actuală de cele la nivelul cărora Consiliul și instanța de judecată au stabilit ca fiind legală folosirea acordului-cadru ca tehnică specială de achiziție, prin raportare la aspectul criticat, achizitoarea solicită Consiliului să înlăture această „simplă alegație”.

De asemenea, precizând că a stabilit modalitatea specială de atribuire a contractului de achiziție publică prin încheierea unui acord-cadru pentru o durată de 5 ani, autoritatea contractantă reia argumentele prezentate în acest sens la lit. i) din punctul de vedere nr. 1951...../30.03....., înregistrat la CNSC cu nr.16673/31.03....., privind contestația formulată de SA.

Precizează că, în cazul de față, tipul de achiziție care constituie obiectul principal este de achiziție publică, întrucât activitatea de salubritate menajeră pentru care operatorul economic va prelua riscul financiar și va gestiona relația cu cetățenii/instituțiile publice/agenții economici în mod direct (fiind plătit direct de către aceștia și nu de către) este mai mică din punct de vedere valoric. Se

va încheia un acord-cadru de servicii, având o perioadă de valabilitate de 60 luni. Acordul-cadru se va încheia cu un singur operator economic, o astfel de activitatea neputând face obiectul reluării competiției.

Astfel, autoritatea contractantă afirmă că a stabilit, prin documentele achiziției, faptul că acordul-cadru se încheie într-una dintre cele două modalități prevăzute de art. 115 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv cu un singur operator economic.

În opinia autorității contractante, în realitate, criticile contestatoarei legate de modalitatea specială de finalizare a procedurii de atribuire aleasă de autoritatea contractantă țin strict de oportunitatea alegerii acesteia, și nu de legalitatea acestei decizii.

Față de reținerile anterioare, autoritatea contractantă învederează faptul că CNSC are în atribuțiile sale verificarea legalității și temeiniciei actului, nu oportunitatea sau economicitatea sa.

Prin urmare, apreciază că faptul că operatorii economici nu își recuperează cheltuielile cu investițiile, în condițiile în care durata minimă de amortizare a acestora este de 6 ani, acordul-cadru fiind considerat prea scurt ca întindere în timp, reprezintă o chestiune care excede competențelor legale ale Consiliului, nicio dispoziție legală în materia achizițiilor publice sau chiar din codul civil nefiind de natură a permite obligarea unei autorități la stabilirea unei durate extinse de valabilitate a unui contract.

Pe de altă parte, susține că nu reprezintă o încălcare a legii atribuirea unui acord-cadru pe 5 ani, dispozițiile art. 115 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 stabilind că „*Durata unui acord-cadru nu poate depăși ani, cu excepția cazurilor excepționale pe care autoritatea contractantă le justifică temeinic, în special prin obiectul acordului-cadru*”.

Afirmă că, din punct de vedere al alegerii acordului-cadru ca instrument specific de atribuire a contractelor de achiziție publică, acesta reprezintă o tehnică de atribuire a procedurilor de achiziție publică, lăsată de legiuitor la dispoziția autorității contractante, în egală măsură, alegerea acordului-cadru, ca tehnică de atribuire a acordului-cadru într-o procedură de achiziție publică, trebuie să se circumscrie și să respecte în alegerea sa prevederile instituite de art. 11..... - art. 119 din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 107 din H.G. nr. 395/2016.

Subliniază faptul că, față de aceste dispoziții imperative legale, operatorul economic contestator nu aduce nicio critică, fapt ce denotă că prevederile legale invocate sunt considerate de acesta respectate.

În opinia organizatoarei procedurii, contestatoarea formulează critici care tind să conteste aspecte tranșate prin Decizia CNSC nr. 1.....36/C10/1163,1215,1223 din data de 1.....06.2017, a cărei plângere legată de soluția privind folosirea instrumentului specific de atribuire a contractelor de achiziție publică a fost respinsă prin

Hotărârea Curții de Apel nr. 3135/2017, pronunțată în dosarul 5016/2/2017, precum și prin Decizia CNSC nr. 33/C...../2..... din data de 18.03.2020, a cărei plângere a fost respinsă prin Hotărârea Curții de Apel Cluj nr. 398/2020 din data de 12.05.2020, pronunțată în dosarul 22...../33/2020, decizii care au intrat în puterea lucrului judecat, prevăzut de art. 31 alin. (2) din Codul de procedură civilă, producându-se efectul pozitiv care prohibește un al doilea proces care să pună în discuție aspecte dezlegate, și care au consfințit pe deplin legalitatea finalizării procedurilor de atribuire prin încheierea unui acord cadru.

Prin urmare, consideră că, prin contestația de față, SC SRL urmărește lipsirea de efectele puterii de lucru judecat ale unor hotărâri anterioare, formularea unor critici diferite față de contestația anterioară neavând nicio relevanță în condițiile în care se aduce în discuție aceeași critică cu cea pusă în discuție și anterior, scopul final urmărit fiind același

În susținere arată că Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat faptul că între excepția autorității de lucru judecat și puterea de lucru judecat există o distincție clară. Astfel, condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică) ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, impune consecvență în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. Astfel, pentru invocarea prezumției de lucru judecat nu este necesară tripla identitate de părți obiect cauză și că, indiferent de temeiurile de drept invocate prin cererea de chemare în judecată inițială, nu mai poate fi repusă în discuție o problemă de drept tranșată definitiv și irevocabil de către o altă instanță (Decizia nr. 1777 din 25 iunie 2015 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect acțiune în anulare).

În opinia autorității contractante, analiza puterii de lucru judecat trebuie efectuată din perspectiva dispozițiilor art. 1200 C. civ. cu referire la art. 31 alin. (2) C. proc. civ., precizând că în acest caz Consiliul nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost o dată dezlegată chestiunea litigioasă.

Prin urmare, arată autoritatea contractantă, în soluționare, Consiliul va reține că, în afara unor simple afirmații în afara realității, neadevărate, nerelevante și total nedovedite, fără a îndeplini exigența de motivare specifică demersului de contestare în față organului administrativ jurisdicțional, susținerile petentei legate de eventuale dificultăți întâmpinate de operator la eliberarea licenței sunt total nefondate, autoritatea de reglementare acordând licențe pe baza contractelor subsecvente pe perioada și pentru activitățile ce formează obiectul acestora.

Afirmă că, pentru a putea fi luate în calcul alegațiile contestatoarei și a putea fi depășit caracterul de pură speculație, s-ar impune să fie prezentată o adresă din partea autorității de reglementare prin care să se specifice că nu se emit licențe pe baza contractelor subsecvente încheiate în derularea acordurilor-cadru, probă pe care contestatoarea nu numai că nu o deține, dar nici nu o poate obține.

Pentru considerentele mai sus arătate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că nu-și poate întemeia deciziile pe simple alegații ale unor operatori economici.

II. În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia cerința referitoare la deținerea unor stații de sortare ar fi abuzivă și nelegală, achizitoarea precizează că, în vederea respectării criteriului eficienței prin asigurarea unor costuri reduse, care se reflectă în tarife, inclusiv luând în considerare amplasarea acestora în proximitatea ariei de prestare) și, totodată, pentru asigurarea îndeplinirii indicatorilor de performanță în ceea ce privește sortarea deșeurilor colectate de pe raza, în caietul de sarcini, a solicitat operatorilor economici să facă dovada deținerii unei astfel de instalații, pentru a preveni luarea în considerare, la fundamentarea tarifelor, a unor costuri mari pentru asigurarea activității de sortare, care să se reflecte ulterior în tarifele individuale aferente populației și persoanelor juridice.

De asemenea, operatorul economic va depune toate diligențele necesare în vederea: transportării deșeurilor menajere colectate în amestec la o instalație de tratare autorizată în vederea stabilizării din punct de vedere biologic a deșeurilor înainte de eliminare, în conformitate cu prevederile legale în vigoare; transportării deșeurilor menajere reciclabile colectate separat la o stație de sortare autorizată conform prevederilor legale, în vederea reciclării.

iii. În ceea ce privește obligația de a indica instalațiile de tratare unde trebuie transportate deșeurile și tarifele aplicabile, autoritatea contractantă arată că, în vederea respectării criteriului eficienței prin asigurarea unor costuri reduse, care se reflectă în tarife, a solicitat ca amplasarea instalațiilor de tratare, unde trebuie transportate deșeurile, să se regăsească în proximitatea ariei de prestare, astfel încât să asigure astfel îndeplinirea indicatorilor de performanță în ceea ce privește sortarea deșeurilor colectate de pe raza

iv. Referitor la susținerile contestatoarei privind nelegalitatea criteriului de evaluare privind notarea propunerii tehnice, organizatoarea procedurii precizează că, având în vedere complexitatea, precum și utilizarea economică, eficientă și eficace a resurselor, a propus ca și criteriu de atribuire a prezentului acord-cadru „*cel mai bun raport calitate-preț*”, conform prevederilor art. 187, al. (3), lit. c) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 139 din H.G. nr. 395/2016. Stabilirea ofertei câștigătoare se va realiza prin aplicarea unui sistem de factori de

evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

Mai arată că a stabilit criteriul de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 187 din Legea nr. 98/2016 și în conformitate cu liniile directoare stabilite de Instrucțiunea nr. 1/2017, emisă de ANAP.

De asemenea, precizând că, prin alegerea unui factor de evaluare preț, dorește obținerea unui preț competitiv pentru prestarea unor servicii de calitate, autoritatea contractantă reia argumentele prezentate în acest sens la lit. ii) din punctul de vedere nr. 1951...../30.03....., înregistrat la CNSC cu nr.16673/31.03....., privind contestația formulată de SA.

Remarcă faptul că, în modalitatea enunțată de contestatoare, critica este materializată la nivelul contestației printr-o simplă asumție, însoțită de o înșiruire de acte normative pe care prezumtiv le-ar fi încălcat autoritatea.

V. În ceea ce privește critica petentei vizând neimplementarea instrumentului „plătește pentru cât arunci” la nivel tehnic și la nivelul tarifelor, organizatoarea procedurii precizează că a avut în vedere respectarea principiului „*poluatorul plătește*” și a instrumentului „*plătește pentru cât arunci*”, iar modul de colectare și tarifele individuale stabilite, reflecta aplicarea acestora.

În ceea ce privește decontarea contravalorii serviciilor de salubritate pentru colectarea deșeurilor municipale de la utilizatorii persoane fizice și juridice, menționează că aceasta va fi suportată și decontată direct de către toți utilizatorii serviciului de salubritate, persoane fizice și juridice.

Autoritatea contractantă învederează faptul că, în prezent, practică decontarea contravalorii serviciilor de salubritate pentru colectarea deșeurilor municipale de la utilizatorii persoane fizice și juridice pe bază de tarife individuale aprobate (Anexa nr. 1 la nr. 17..... din data de 21.12.2020).

vi. Referitor la critica petentei privind posibilitatea abuzivă de reziliere și denunțare unilaterală a contractului de delegare:

Art. 16.1 lit. d din contractul subsecvent (posibilitatea de încetare a contractului prin denunțare);

Partea introductivă de la art. 16.2 din contractul subsecvent: „*Achizitorul are dreptul de a denunța unilateral contractul oricând pe perioada derulării acestuia, cu o notificare prealabilă de 15 zile, fără nicio compensație. În acest caz, prestatorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului*”

Art. 15.2.c).B din acordul-cadru: „*Autoritatea contractantă are dreptul de a denunța contractul fără punere în întârziere «în situația în care se înregistrează două abateri săvârșite de promitentul prestator în derularea contractelor subsecvente» (noțiunea de abatere nu este definită nicăieri),*”

precum și solicitarea acesteia de modificarea următoarelor prevederi, în sensul de a se menționa că sancțiunea operează numai în cazul unor încălcări grave sau repetate a obligațiilor: art 15.2 lit. b) din acordul-cadru; art. 13,1 din contractul subsecvent; art. 16.1 lit. c) din contractul subsecvent; art. 16.3 lit. b) din contractul subsecvent, achizitoarea precizează că prevederile contractuale, astfel cum sunt menționate de autoritatea contractantă în modelele de acord-cadru, contract subsecvent, atașate documentației de atribuire, reprezintă cazuri de încetare a contractului.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, având în vedere obligațiile legale instituite în sarcina autorității contractante de asigurare a continuității serviciului de salubritate, trebuie să aibă la îndemână un instrument care să îi permită ca, în măsura în care un operator nu își execută obligațiile, să acționeze cu maximă urgență.

Apreciază că, în stabilirea acestei concluzii, Consiliul trebuie să aibă în vedere interesul public, întrucât, în condițiile în care autoritatea publică trebuie să obțină o reziliere judecătorească, și abia după aceea să demareze procedura de atribuire, aceasta ar fi în imposibilitatea de a respecta prevederi legale imperative stabilite în sarcina sa.

Mai mult, susține că existența unui pact comisoriu de ultim grad nu este interzisă de lege, fiind utilizată atât în dreptul public, cât și în dreptul privat.

Învederează faptul că contractul de achiziții publice este un tip de contract guvernat de prevederi legale specifice, prin transpunerea unui pachet de directive europene în legislația națională, iar caracteristicile sale generale sunt enunțate de reglementarea națională - Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, ce a transpus Directiva 201...../2...../UE. Relația cu autoritatea contractanta nu este limitată la o simplă relație comercială, bazată pe profit: cum consideră contestatoarea, autoritatea contractantă având responsabilitate publică de care trebuie să se achite inclusiv prin clauzele contractuale.

Referitor la temerile petentei privind aplicarea abuzivă a clauzelor contractuale de natură să conducă la încetarea contractului pentru aspecte de mică însemnătate, sub formă de presupunere de rea-credință, achizitoarea apreciază că sunt nefondate, din acest punct de vedere contractantul fiind sub protecția art. 1551 din Cod civil: „Creditorul nu are dreptul la rezoluțiune atunci când neexecutarea este de mică însemnătate”, pentru care nu trebuie să existe vreo prevedere expresă.

În ceea ce privește art. 15.3 teza finală din acordul-cadru potrivit căruia „neplata de către autoritatea contractantă timp de 30 de zile a serviciilor atrage rezilierea contractului fără alte formalități”, în legătură cu care petenta afirmă că este complet neverosimil ca, pe lângă faptul că nu este plătit, operatorului să îi fie încetat și contractul, deși nu se află în

culpă, autoritatea contractantă precizează că va proceda la modificarea clauzei art. 15.3 din acordul-cadru, din:

„15.3. - Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de 30 zile de la expirarea perioadei convenite, prestatorul poate sista prestarea serviciilor. Imediat ce achizitorul onorează facturile, prestatorul va relua prestarea serviciilor în cel mai scurt timp posibil. Prestarea serviciilor se poate sista pe o perioadă ce nu poate depăși 30 de zile. Dacă achizitorul nu plătește în această perioadă sumele datorate, contractul este reziliat fără îndeplinirea altor formalități”,

în „15.3. - Dacă achizitorul nu onorează facturile în termen de 30 zile de la expirarea perioadei convenite, prestatorul poate sista prestarea serviciilor. Imediat ce achizitorul onorează facturile, prestatorul va relua prestarea serviciilor în cel mai scurt timp posibil. Prestarea serviciilor se poate sista pe o perioadă ce nu poate depăși 30 de zile”,

cu mențiunea că, dacă din motive independente de voința autorității contractante, aceasta se află în imposibilitate de a efectua plăți pentru o perioadă mai mare de 30 de zile, operatorul economic este obligat să continue contractul.

vii. În ceea ce privește critica petentei vizând transferul nelegal de riscuri asupra operatorului, autoritatea contractantă precizează că respectă legislația specifică și nu transfera alte riscuri, decât cele aferente prestării serviciilor care, conform legislației, sunt în sarcina operatorului.

viii. Referitor la susținerea contestației privind lipsa informațiilor esențiale, absolut necesare pentru întocmirea ofertei, autoritatea contractantă precizează că a postat o documentație complexă, unde se regăsesc date și informații care conferă posibilitatea întocmirii ofertelor și, în condițiile solicitării de clarificări, vine în sprijinul ofertanților și furnizează răspunsuri, astfel încât să se poată întocmi în mod optim oferte.

Menționează că, în prezent, în cadrul procedurii, se află în perioada în care toți operatori economici interesați pot formula și transmite solicitări de clarificări asupra documentației de atribuire.

ix. Referitor la prevederile documentației de atribuire considerate abuzive de către societatea contestatoare, respectiv:

- Solicitarea ca toate mașinile să aibă minim norma de poluare Euro 5 (pag. 20 din caietul de sarcini).

Autoritatea contractantă consideră această solicitare ca fiind una nepărtinitoare, având în vedere aspectele legale privind poluarea mediului înconjurător și regimul de circulație al autoturismelor și autovehiculelor.

Învederează faptul că, în activitățile specifice ce se doresc a fi prestate conform documentației de atribuire, se vor utiliza autospeciale pe raza administrativ teritorială a, care trebuie să fie într-o stare tehnică bună de funcționare și care să nu contravină

normelor legale în vigoare care, la momentul actual, se raportează deja la o normă de poluare EURO 6.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu consideră abuzivă solicitarea privind norma de poluare sub pragul actual impus.

- Garanția de participare (3 milioane lei) și cea de bună execuție (10% din contract subsecvent) sunt disproporționate.

Organizatoarea procedurii precizează că garanția de participare solicitată este în cuantum de 1 % din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, aceasta fiind solicitată cu respectarea prevederilor art. 35 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

Subliniază faptul că reținerea/restituirea garanției de participare se face de autoritatea contractantă cu respectarea art. 37-38 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă susține că a respectat pe deplin prevederile legale incidente care reglementează garanția de participare.

Apreciază că documentația de atribuire nu poate fi modificată sub aspectele propuse de operatorul economic, aspect reținut și în Decizia CNSC nr. 592/...../2018, potrivit căreia: *„legislația în vigoare nu prevede dreptul operatorilor economici de a impune modificarea documentației de atribuire, și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că aceasta este necorespunzător întocmită”*.

Arată că opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității contractante, de care aceasta va și uza în cadrul prezentei documentații, iar nu o obligație, Consiliul neputând-o sancționa pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări anumitor cerințe ale documentației de atribuire, atunci când sunt îndeplinite prevederile legale incidente.

În opinia sa, cuantumul stabilit pentru garanția de participare este în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

În ceea ce privește celelalte critici formulate de contestatoare, împotriva documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată următoarele:

- Înființarea unor puncte de colectare, a se vedea prevederile caietului de sarcini, respectiv pag. 17 din caietul de sarcini.

- Prezentarea unor trasee/programe de colectare detaliate, a se vedea prevederile caietului de sarcini, respectiv pag. 21 din caietul de sarcini.

- Obligatoritatea ca baza de lucru să se situeze la 30 minute de, în condiții normale de trafic, a se vedea prevederile caietului de sarcini, respectiv pag. 12 din caietul de sarcini.

x. Termenul de răspuns la clarificări.

Autoritatea contractantă consideră că alegerea acestui mod de răspuns nu este potrivită cu dimensiunea și complexitatea procedurii de atribuire, reflectate, de altfel, de volumul documentației pusă la dispoziție, complexitatea și volumul calculelor ce trebuie efectuate în vederea întocmirii ofertei și problemele ridicate prin motivele de contestație de mai sus.

Subliniază faptul că modalitatea și termenul de răspuns la clarificările adresate de autoritatea contractantă, așa cum a fost prevăzut în prezenta procedură, respectă întocmai prevederile legale incidente, din acest punct de vedere, nici măcar contestatoarea nefiind capabilă să identifice abateri.

Autoritatea contractantă mai arată că, deciziile privind organizarea procedurii, în raport de posibilitățile legale, îi aparțin, în exclusivitate, operatorii economici nefiind chemați să-si spună părerea în legătură cu aceste aspecte.

Redând dispozițiile art. 160 alin. (2) și ale art. 161 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, achizitoarea conchide că, față de reținerile anterioare, Consiliul, are în atribuțiile sale verificarea legalității și temeiniciei actului, nu oportunitatea sa.

Învederează faptul că documentația de atribuire nu poate fi modificată sub aspectele propuse de operatorul economic, legislația în vigoare neprevăzând dreptul operatorilor economici de a impune modificarea documentației de atribuire, și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că aceasta este necorespunzător întocmită.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC cu nr. 17993/06.0....., ... SA a transmis concluzii scrise prin care solicită respingerea apărărilor autorității contractante și admiterea contestației sale.

Respingând susținerile autorității contractante potrivit cărora ar contesta documentația de atribuire „*cu rea-credință*”, petenta precizează că, în calitate de operator de salubritate este interesată să participe și să câștige proceduri de atribuire a unor astfel de servicii, iar, pentru a câștiga contractele de delegare, este în interesul său, dar totodată și în interesul general (public, al utilizatorilor, al altor operatori și al autorităților contractante) ca procedurile de atribuire să se desfășoare în mod legal, transparent și competitiv.

În acest context, arată SA, contestația formulată față de documentația de atribuire servește acestui scop general.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia „*ea este cea care urmărește interesul public și obținerea unor tarife cât mai mici pentru serviciile de salubritate*”, contestatoarea menționează

că, pentru a verifica această afirmație, atașează un tabel în care a comparat tarifele preconizate de autoritatea contractantă pentru salubritatea stradală cu tarifele medii pentru servicii similare aferente altor contracte din țară pentru care a găsit informații publice, inclusiv tarifele din din prezent. A calculat apoi valoarea unui contract subsecvent din prezenta procedură în ipoteza în care s-ar folosi tarifele preconizate de autoritatea contractantă și tariful mediu al celorlalte contracte identificate.

Rezultatul este că, potrivit propriei documentații de atribuire, autoritatea contractantă preconizează ca, pentru un contract subsecvent, să plătească cu aproape 50% mai mult decât dacă ar aplica o medie a tarifelor aflate în prezent în vigoare în alte contracte pentru aceleași servicii (inclusiv tarifele din prezent din).

Prin urmare, petenta apreciază că nu obținerea unor tarife cât mai mici a stat la baza elaborării acestei documentații de atribuire.

Subliniind faptul că, în mai multe cazuri, autoritatea contractantă încearcă să prezinte prevederile criticate de SA, ca reprezentând aspecte de oportunitate, nu de legalitate, care aspecte astfel ar scăpa controlului CNSC, autoarea contestației solicită Consiliului să respingă aceste argumente, de altfel nemotivate.

Susține că toate criticile din contestația sa de legalitate și vizează încălcarea, fie a unor prevederi legale concrete, fie a principiilor generale ale achizițiilor publice sau serviciilor publice. Toate motivele de contestație intră în câmpul de aplicare al controlului de legalitate pe care Consiliul este împuternicit de lege să îl efectueze.

Răspunzând punctual apărărilor autorității contractante, petenta arată următoarele:

1. Utilizarea improprie a acordului-cadru. Excepția puterii lucrului judecat.

Menționând că autoritatea contractantă invocă puterea de lucru judecat a deciziilor CNSC și Curții de Apel în legătură cu procedura anterioară, în temeiul art. 31 alin. (2) C. proc. civ., contestatoarea susține că argumentul acesteia este greșit din punct de vedere tehnico-juridic, întrucât puterea de lucru judecat se referă la faptul că partea (autoritatea contractantă) poate să ridice chiar și față de alte persoane (.....) judecata făcută de Consiliu și instanță, în legătură cu procedura de atribuire anterioară, în măsura în care s-ar ridica orice aspecte privitoare la aceasta.

Subliniază faptul că, în prezenta contestație nu este repusă în discuție procedura anterioară.

Astfel, arată că puterea lucrului judecat (art. 31. alin. 2) funcționează atunci când părțile sunt diferite, dar există identitate de obiect și de cauză. Identitatea de obiect și de cauză este esențială pentru că obiectul și cauza dau limitele a ceea ce a judecat instanța

anterior. În cazul de față, obiectul contestației nu mai este același (procedura din 2017), ci un obiect nou (procedura din), astfel încât mecanismul puterii de lucru judecat nu se aplică astfel cum pretinde autoritatea contractantă.

Precizează că, în contestație, a arătat, cât se poate de clar, că argumentele sale se referă nu la utilizarea generică, de principiu a acordului-cadru, ca instrument pentru atribuirea unui contract de delegare de gestiune a serviciului de salubritate, ci la modul concret în care autoritatea contractantă a înțeles să aplice acest instrument în prezenta procedură. A mai arătat că acordul-cadru nu poate fi folosit în mod discreționar, ci există anumite limite impuse de legislația achizițiilor publice și a serviciilor publice care trebuie să fie respectate.

Conchide că, întrucât toate aspectele invocate de SA sunt proprii prezentei proceduri, nu le poate fi opusă o pretinsă putere de lucru judecat a unor hotărâri referitoare la o procedură distinctă, cu caracteristici distincte.

2. Cerința abuzivă referitoare la stația de sortare. Obligația de a indica instalațiile de tratare și tarifele acestora.

Petenta susține că autoritatea contractantă evită să răspundă la argumentele sale concrete referitoare la încălcarea legii, a avizului ANAP și a propriei Strategii de management al deșeurilor (..... nr. 115/2021). Singurul „argument” adus este că autoritatea ar urmări reducerea costurilor.

În ceea ce privește precizarea autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere formulat la contestația SA, potrivit căreia urmează să comunice tariful de sortare care trebuie avut în vedere de ofertanți, contestatoarea apreciază că aceasta nu este o remediere, este o agravare a nelegalității procedurii.

Susține că singurul mod în care se poate asigura un tarif de sortare redus este ca serviciul de sortare să fie delegat potrivit legii printr-o procedură competitivă și transparentă, în care tariful să fie fundamentat potrivit Ordinului nr. 109/2007, neexistând nicio altă cale legală. Urmare a desemnării instalației de sortare, a operatorului și a tarifului potrivit Legii nr. 51/2006 și respectiv a Legii nr. 98/2016 sau nr. 100/2016, aceste elemente trebuie indicate participanților din prezenta licitație pentru a fi avute în vedere.

Contestatoarea apreciază că faptul că autoritatea contractantă menține obligația ca fiecare ofertant să dispună de propria instalație de sortare, deși sortarea nu face obiectul contractului așa cum a remarcat și ANAP, și totodată susține că va indica tariful ce trebuie avut în vedere de toți ofertanții, reprezintă „o contradicție fățișă și o nelegalitate flagrantă”.

Conchide că autoritatea contractantă intenționează introducerea activității de sortare în sistem, fără o procedură legală, transparentă și competitivă.

Față de cele prezentate, petenta precizează că își menține, în întregime, criticile din contestație, la care autoritatea contractantă nu a prezentat niciun contraargument.

3. În ceea ce privește criteriul nelegal de evaluare privind notarea propunerii tehnice, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere atât argumentele sale, cât și cele ale SRL.

Reclamă faptul că, nici cu ocazia răspunsului la contestații, autoritatea contractantă nu aduce nicio claritate cu privire la modul în care se va aplica factorul de evaluare, următorul paragraf din punctul de vedere fiind reprezentativ pentru tot răspunsul autorității la acest motiv de contestație: *„Utilizare a factorului de evaluare tehnic «demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților» urmărește ca ofertanții să arate autorității contractante că au înțeles care sunt activitățile contractelor și că au o metodologie adecvată, activitățile contractului sunt detaliate, și descrierea resurselor utilizate în derularea activităților și caracteristicile/descrrierile acestora sunt pe deplin corelate (aliniat în totalitate) cu modalitatea efectivă de realizare a activităților, respectiv caracteristicile datelor de intrare sunt sincronizate și demonstrează obținerea rezultatelor la nivelul de calitate corespunzător”.*

Reiterând susținerile din cuprinsul contestației în acest sens, petenta afirmă că în cazul în care acest factor de evaluare este menținut, autoritatea contractantă va putea puncta ofertele în mod discreționar, fără posibilitatea unui control de legalitate din partea Consiliului în cazul unei contestații ulterioare, de vreme ce Consiliul nu va avea acel reper obiectiv, obligatoriu potrivit art. 189 din Legea 98/2016, la care să se raporteze.

Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia ar fi stabilit acest factor de evaluare potrivit Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017, petenta învederează Consiliului că Instrucțiunea nr. 1/2017 se referă exclusiv la criteriile de calificare și selecție legate de personalul de conducere al ofertantului și la cerințele referitoare la personalul propus în cadrul ofertei pentru realizarea obiectului contractului. Instrucțiunea nu se referă la factorul de evaluare pentru atribuirea unui contract mixt de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate.

Mai arată că Instrucțiunea ANAP stabilește un cadru de referință generic care în mod necesar trebuie particularizat în funcție de specificul fiecărei proceduri. Particularizarea se referă tocmai la identificarea și prezentarea prevederilor concrete la care se referă

Reclamă faptul că autoritatea contractantă *„a copiat pur și simplu o parte din Instrucțiune, fără niciun simț critic, fără să înțeleagă limitele acesteia și modul în care trebuie utilizată și ignorând faptul că aceeași Instrucțiune prevede obligația de a detalia cerințele cu privire la*

conținutul propunerilor tehnice astfel încât procesul de evaluare să fie unul obiectiv și auditabil”.

..... În ceea ce privește critica sa referitoare la neimplementarea instrumentului „*plătește pentru cât arunci*”, la nivel tehnic și la nivelul tarifelor, petenta susține că, nici de această dată, autoritatea contractantă nu a răspuns criticilor sale.

Învederează faptul că, potrivit caietului de sarcini, tarifele „*plătește pentru cât arunci*” vor fi aprobat de Consiliul Local, abia ulterior semnării contractului, ceea ce este cu totul nelegal.

Solicită Consiliului să aibă în vedere totalitatea argumentelor pe care le-a adus în cuprinsul contestației și „*să oblige autoritatea contractantă potrivit solicitării de la paragraful 1.....3 din contestație*”.

5. Posibilitatea abuzivă de reziliere și denunțare unilaterală a contractului de delegare.

În opinia contestatoarei, răspunsul autorității contractante la contestația sa și la cea depusă de SA urmărește să sensibilizeze CNSC cu privire la interesul public.

Arată că autoritatea susține că respectivele clauze, în forma în care au fost propuse, sunt absolut necesare pentru ocrotirea interesului public și încearcă să creioneze o imagine potrivit căreia ar rămâne neputincioasă în măsura în care clauzele criticate ar fi eliminate.

Autoarea contestației consideră că, în realitate, autoritatea contractantă „*răspunde*” unui argument care nu a fost ridicat de societatea sa, întrucât niciodată nu a susținut că interesul public ar trebui neglijat și că autoritatea contractantă nu ar trebui să poată rezilia contractul în nicio situație.

Precizează că ceea ce a solicitat a fost ca aceste clauze să fie modificate din perspectiva principiilor proporționalității și echilibrului contractual, care de asemenea sunt de ordine și interes public.

În opinia sa, prevederile art. 1551 Codul civil, pe care le invocă autoritatea contractantă nu reprezintă un remediu adecvat în cazul unei rezilieri netemeinice, deoarece soluționarea unui litigiu în instanță ar dura o perioadă îndelungată, posibil chiar ani de zile (dacă ar fi administrate expertize cu privire la operarea serviciului), timp în care operatorul nu ar mai presta serviciul urmare a rezilierii, ar pierde toate investițiile efectuate și sursele respective de venit. Admiterea ulterioară a unei acțiuni împotriva autorității nu ar mai putea repara această pagubă.

Susține că, prin modificarea modelelor de contracte, astfel cum a solicitat, se asigură respectarea principiilor proporționalității și echilibrului contractual și se previn litigiile care ar putea fi generate de actualele clauze care nu conțin nicio condiționare exactă.

6. Transferul nelegal de riscuri asupra operatorului.

Criticând afirmația autorității contractante potrivit căreia „*nu transferă alte riscuri, decât cele aferente prestării serviciilor care, conform legislației, sunt în sarcina operatorului*”, petenta susține că

aceasta este greșită, deoarece procedura de față se derulează, potrivit deciziei autorității contractante, sub imperiul Legii nr. 98/2016, nu al Legii nr. 100/2016.

Afirmă că „*riscurile aferente prestării serviciilor*”, care sunt incluse în matricea riscurilor, sunt, în realitate, specifice unei concesiuni, iar, conform Legii nr. 98/2016, aceste riscuri nu pot fi asumate de operatorul care acționează ca un prestator de servicii, nu ca un concesionar.

Reiterează faptul că „*achiziția mixtă*” nu înseamnă crearea unui hibrid între cele două legi, ci aplicarea regimului juridic unitar al Legii nr. 98/2016 întregii achiziții.

7. Referitor la criticile sale privind lipsa informațiilor esențiale, absolut necesare pentru întocmirea ofertei, autoarea contestației apreciază că autoritatea contractantă nu a răspuns niciunei critici concrete, respectiv nu a pretins și nu a indicat unde anume în documentația de atribuire ar fi incluse informațiile în cauză, singura concluzie fiind că autoritatea recunoaște această lipsă a informațiilor, dar refuză să le pună la dispoziție.

Subliniază faptul că informațiile respective sunt cunoscute operatorului actual, care urmează astfel să ofere pe baze mai competitive decât ceilalți participanți, cu încălcarea principiului egalității de tratament.

Mai mult, afirmă că însăși achizitoarea a pus astfel de informații la dispoziția ofertanților cu prilejul procedurii anterioare, fiind de neînțeles (în măsura în care se prezumă buna-credință a autorității) de ce nu actualizează aceste informații și nu le include în prezenta procedură.

Astfel, cu privire la solicitarea de punere la dispoziție a adreselor punctelor de colectare, menționează că, în urmă cu 5 ani, în, erau aproximativ 15.000 de puncte de colectare, iar lista acestora a fost inclusă în anexele nr. 21 și 9.1 la documentația de atribuire a procedurii anterioare (anunț de participare 173989/22.03.2017). Susține că a depus aceste documente odată cu intervenția la contestația SA și solicită CNSC să le aibă în vedere și pentru prezenta contestație.

Menționează că, în licitația actuală, autoritatea contractantă nu mai include această informație, pe care în mod evident o deține, în schimb pretinde ofertanților să străbată singuri pentru a identifica aceste locații.

În opinia sa, „*soluția*” găsită de autoritate este nelegală, deoarece autoritatea este cea care are obligația, potrivit legii, să pună la dispoziția ofertanților informațiile respective potrivit Ordinului nr. 111/2007 și nr. 82/2015, precum și prevederilor art. 15..... din Legea nr. 98/2016.

8. Prevederi abuzive ale documentației de atribuire.

Contestatoarea precizează că își menține argumentele din cuprinsul contestației cu privire la toate aspectele invocate și arată că, la majoritate dintre acestea, autoritatea contractantă fie nu a formulat niciun răspuns, fie a evitat să răspundă clar.

Cu privire la norma de poluare Euro 5, reiterează faptul că această cerință încalcă Strategia de management al deșeurilor în (..... S..... 115/2021), act cu forță juridică superioară documentației de atribuire și prin care este fixat ca prag minim Euro

Arătând că, în privința garanției de participare și a celei de bună execuție, achizitoarea pretinde că acestea ar fi legale deoarece se încadrează în prevederile legale, contestatoarea subliniază faptul că aceste garanții trebuie stabilite într-un quantum proporțional și justificat, simpla plasare la nivelul maxim prevăzut de lege nefiind suficientă pentru a asigura legalitatea sumelor cerute, atât timp cât este încălcat principiul proporționalității.

9. Contestatoarea precizează că își menține solicitarea ca autoritatea contractantă să modifice modalitatea de răspuns la solicitările de clarificări, având în vedere faptul că procedura de atribuire trebuie adaptată la complexitatea contractului.

Învederează faptul că, atunci când legea prevede variante alternative (una sau două runde de clarificări), autoritatea contractantă nu dispune de o marjă de apreciere nelimitată ci, în măsura în care este necesar, având în vedere caracteristicile și complexitatea procedurii, Consiliul poate dispune, în acord cu principiul proporționalității, ca demersurile de clarificare să fie efectuate în două runde distincte.

Prin contestația nr. 289...../21.03....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1516...../23.03....., formulată de SRL împotriva documentației de atribuire, elaborată de aceeași autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect „Delegarea de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza al”, s-au solicitat Consiliului cele redată în parte introductivă.

Petenta susține că anunțul de participare și documentația de atribuire conțin o serie de prevederi contrare dispozițiilor legale aplicabile, motiv pentru care se impune luarea de măsuri de remediere (eliminarea/modificarea unor cerințe/specificații din documentația de atribuire), astfel:

1. Criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*” conține un factor de evaluare stabilit cu nerespectarea prevederilor legale aplicabile.

Contestatoarea reclamă faptul că, la modul de calcul al punctajului aferent acestui factor, sunt folosite foarte multe prescurtări ale cuvintelor care fac greu de înțeles textul și lasă loc la interpretări.

2. Nu este respectat cadrul legal pentru realizarea achiziției de servicii.

Susține că, din interpretarea cerințelor din caietul de sarcini, rezultă că este în sarcina operatorului să identifice instalațiile de eliminare/ tratare/sortare și să încheie contracte individuale cu operatorul/operatorii acestor instalații, fapt ce contravine: pe de o parte dispozițiilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, unde se menționează că, pentru achiziția de servicii/produse/lucrări, autoritățile contractante sunt obligate să respecte cadrul legal reglement de aceasta lege, iar, pe de altă parte dispozițiilor Legii nr. 101/2006 privind salubritatea localităților, unde se menționează că serviciul public de salubritate face parte din sfera serviciilor publice de utilitate, și se desfășoară sub controlul, conducerea sau coordonarea autorităților administrației publice locale.

Apreciază că autoritatea contractantă ar fi putut include în prezenta procedură și următoarele activități, în întregime sau în parte: operarea/ administrarea stațiilor de transfer pentru deșeurile municipale și deșeurile similare; sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare în stațiile de sortare; organizarea tratării mecano-biologice a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare; administrarea depozitelor de deșeuri și/sau a instalațiilor de eliminare a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare, atribuirea contractului putând fi realizată prin împărțirea pe loturi separate.

În opinia sa, autoritatea contractantă nu a avut în vedere respectarea cadrului legal pentru o parte componentă a serviciului de salubritate, respectiv serviciile de eliminare/tratare/sortare, astfel încât se impune privind documentația de atribuire sau obligarea autorității contractante la de atribuire.

Față de cele mai sus expuse, solicită Consiliului admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale la care s-a făcut referire în cadrul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 19511/30.03....., înregistrat la Consiliu sub nr. 16660/30.03....., ... a solicitat a solicitat Consiliului să pronunțe o decizie prin care să dispună respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de SRL, cu consecința menținerii, ca fiind legale și temeinice a actelor de evaluare contestate și continuarea procedurii de achiziție publică, în vederea atingerii necesității a cărei acoperire a justificat demararea procedurii.

Prin adresa nr. 3238/31.03....., înregistrată la CNSC cu nr. 16818/31.03....., SC SRL a comunicat Consiliului următoarele: „renunțăm la soluționarea contestației nr.

289...../ 21.03.23022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1516...../23.03....., formulată împotriva documentației de atribuire a contractului de «Delegare de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza al», anunț de participare (CN/10.03.....), publicată de autoritatea contractantă („.....”).

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestația depusă de SA:

....., a organizat licitația deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de servicii având ca obiect „Delegarea de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza al”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare CN...../10.03..... Valoarea estimată a acordului-cadru este de 1.506.657.....5,70 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC SA a înaintat Consiliului contestația ce face obiectul dosarului nr. de pe rolul Consiliului (consemnând cauciunea în valoare de 220.000,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. 2079.....2080/1 din 23.03....., emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, înregistrată la CNSC cu nr. 155.....9/25.03.....), solicitând Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire în sensul celor 15 critici expres indicate în contestație.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că SC SA a formulat o cerere de intervenție în sprijinul contestației depusă de SC SA, pe care o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 6..... Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de potențial ofertant în procedura de atribuire, dovedește un interes legitim propriu în pricina ce vizează remedierea documentației de atribuire.

Verificând documentația de atribuire prin prisma celor reclamate de către SC SA, Consiliul reține că o primă solicitare vizează renunțarea achizitoarei la dezideratul de încheiere a unui acord-cadru și înlocuirea lui cu un contract de achiziții publice, și calcularea unei durate adecvate a acestuia, raportat la volumul de investiții și la celelalte cerințe specifice.

Cu privire la această critică, Consiliul constată că ea vizează etapa de planificare a achiziției, stabilirea tipului procedurii de atribuire ce urmează a fi desfășurată și a modalității de contractare revenind exclusiv autorității contractante.

Drept urmare, potrivit competenței sale materiale, stabilită expres prin dispoziția art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 („Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de

atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 [alin. \(2\)](#).”), Consiliul urmează a se pronunța exclusiv asupra respectării legalității actelor autorității contractante emise după publicarea anunțului de organizare a procedurii, nu și asupra actelor autorității în pregătirea acesteia, cum este și decizia de alegere a tipului de procedură utilizat și a modalității de contractare.

Astfel, Consiliul reține că, potrivit art. 1 alin. (2) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, *„În înțelesul prezentei legi, serviciile comunitare de utilități publice, denumite în continuare servicii de utilități publice, sunt definite ca totalitatea activităților reglementate prin prezenta lege și prin legi speciale, care asigură satisfacerea nevoilor esențiale de utilitate și interes public general cu caracter social ale colectivităților locale, cu privire la: e) salubritatea localităților.”* De asemenea, dispoziția art. 29 din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, stabilește că:

„(8) Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi:

a) contract de concesiune de servicii;

b) contract de achiziție publică de servicii.

(9) În cazul serviciilor de utilități publice, astfel cum sunt definite la art. 1 [alin. \(2\)](#), procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii se stabilește, după caz, în baza prevederilor Legii [nr. 98/2016](#), Legii [nr. 99/2016](#) și Legii [nr. 100/2016](#).”

Din dispozițiile coroborate citate ale Legii nr. 51/2006, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul de a decide alegerea procedurii pentru încheierea achiziției publice în baza prevederilor Legii [nr. 98/2016](#), lege ce reglementează, ca opțiune de contractare, și încheierea unui acord-cadru.

Drept urmare, Consiliul stabilește că derularea unei proceduri pentru încheierea unui acord-cadru, având obiectul supus discuției, nu încalcă prevederile legii serviciilor comunitare de utilități publice și nici legea privind achizițiile publice, neexistând niciun motiv pentru invalidarea acestei opțiuni a autorității, pe motiv de nelegalitate.

Așadar, atât timp cât alegerea încheierii unui acord-cadru, în baza Legii nr. 98/2016, este realizată cu respectarea dispozițiilor legale, autoritatea contractantă putând opta să organizeze procedura în maniera în care a făcut-o, Consiliul nu este în măsură să dispună anularea respectivei proceduri pe motive de oportunitate, aspect ce incumbă exclusiv competenței și responsabilității autorității achizitoare. De altfel, constată Consiliul, contestatoarea nu avansează ideea nelegalității procedurii organizată de achizitoare, întreaga sa argumentare vizând chestiunea oportunității care, așa cum s-a menționat, nu este în verificarea Consiliului.

În susținerea raționamentului Consiliului este chiar textul art. 8 din HG nr. 395/2016, care stabilește următoarele:

„(1) Atribuirea unui contract de achiziții publică/acord-cadru este rezultatul unui proces ce se derulează în mai multe etape.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a se documenta și de a parcurge pentru fiecare proces de achiziție publică trei etape distincte:

a) etapa de planificare/pregătire;

b) etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului/acordului-cadru;

c) etapa postatribuire contract/acord-cadru, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului/acordului-cadru.”

Văzând distincția făcută de legiuitor între etapele procesului ce vizează atribuirea unui contract de achiziție publică/acord-cadru, se observă că etapa de planificare este distinctă de cea de organizare și desfășurare a procedurii, cea din urmă intrând, potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sfera de competență materială a Consiliului pentru verificarea legalității ei.

Date fiind aspectele de fapt și de drept evocate, Consiliul conchide că solicitarea contestatoarei, de invalidare a modalității de atribuire aleasă de autoritatea contractantă, respectiv încheierea unui acord-cadru, nu este întemeiată.

În același sens a stabilit și Curtea de Apel Cluj, prin decizia sa nr. 398 din 12.05.2020, între considerentele sale expunând următoarele:

«In ceea ce privește materia specială dedusă judecății, curtea reține ca dispozițiile art. 26 alin 2 din Legea nr 101/2016 stipulează că, cu respectarea principiului disponibilității. Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat. Or, după cum se observă, legiuitorul nu a înțeles ca în această materie specială să reglementeze o derogare de la prevederile dreptului comun.

Or, reținând aceste dispoziții legale și considerații junsprudențiale, curtea constată că s-a apreciat în mod corect de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor că în etapa de planificare a achiziției stabilirea tipului procedurii de atribuire ce urmează a fi desfășurată revine exclusiv autorității contractante, atribuțiile Consiliului vizând exclusiv etapa de organizare a procedurii de la momentul publicării în SEAP a anunțului până la momentul atribuirii contractului.

Ca atare, dacă alegerea unei proceduri de atribuire a unui acord-cadru în baza Legii nr. 98/2016 este realizată cu respectarea dispozițiilor legale, Consiliul nu este în măsură să dispună anularea respectivei proceduri pentru argumente de oportunitate vizând alegerea unei anumite proceduri, câtă vreme această alegere intră în libertatea de apreciere a autorității contractante.

In acest sens, dispozițiile art 29 alin. 8 din Legea nr 51/2006 stipulează ca un contract de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi contract de concesiune de servicii sau contract de achiziție publică, astfel că se constată că, în temeiul acestui text legal, autoritatea contractantă are dreptul de a alege tipul contractului,

urmare a analizei tuturor elementelor pe care le implică delegarea gestiunii serviciilor în cauză, legea specială permițând așadar autorității să aleagă între contract de concesiune sau contract de achiziție publică, inclusiv acord-cadru, astfel că în mod corect s-a apreciat că nu este niciun motiv pentru a invalida această opțiune a autorității pentru motive de oportunitate.

[...]

De altfel, după cum a arătat și Consiliul în mod temeinic, documentația de atribuire conține cantități minime și maxime, care sunt cuantificabile, astfel că operatorii au toate elementele necesare pentru a-și stabili tarifele, în documentație neputându-se remarca erori sau abateri de la prevederile Ordinului nr 109/2007, iar tariful mediu, care este de altfel unic pentru fiecare activitate, este o prevedere favorabilă operatorilor economici interesați.

Mai mult, în mod corect s-a concluzionat în decizia atacată că, deși argumentele expuse de petentă ai putea să pară pertinente din punct de vedere economic în ceea ce privește propria situație acest aspect nu prezintă relevanță în prezenta cauză, întrucât analiza pe care atât Consiliul, cât și instanța sunt chemate să o realizeze vizează aspecte de nelegalitate privitoare la derularea procedurii de atribuire, iar nu situația specială în care se află unul dintre operatorii economici ofertanți și măsura în care acesta ar putea fi avantajat din punct de vedere economic prin derularea unui anumit tip de procedură.

Ca atare, constatând că în mod corect a apreciat Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în sensul că decizia sa nu poate suplini dreptul autorității de a-și planifica și organiza procedura, în condițiile în care prevederile documentației de atribuire criticate nu încalcă dispoziții legale imperative, ci au fost luate în îndeplinirea atribuțiilor legale, în limitele marjei de apreciere lăsate la dispoziția autorității contractante de legislația specifică, [...].»

În aceeași direcție a apreciat și Căută de Apel în decizia sa nr. 3135 din 27.07.2017.

O altă solicitare a contestatoarei vizează formularea clară și adecvată a cerințelor legate de factorul de evaluare tehnic, cu stabilirea unor modalități cuantificabile de calculare a punctajelor și eliminarea oricăror ambiguități.

Verificând, Consiliul reține mențiunile fișei de date a achiziției privind aplicarea factorului de evaluare tehnic, utilizat în cadrul criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”:

«Factorul tehnic - Se va puncta demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților – punctaj maxim factor 15.

Algoritm de calcul:

1. Pt fact de eval "Demo unei metodologii adecvate de implementare a ctr, precum și o planif adecvată a res umane și a activitr" a fost stabilit un nr de 3 subfct care vor fi utilizați de com de eval ca pcte de reper în aprecierea factului

2. Fiecare subfact va fi apreciat în fctie de calif "fb/bine/acceptabil". Com de eval va acorda calif luând în consid liniile directe prez mai jos

3. Fiecărui calif îi corespunde o notă. Nota pt calif "foarte bine"-5, nota pt calif "bine"-3, nota pt calif "acceptabil"-1

..... Pctajul teh total al of teh se calcul prin însumarea pctjelor teh obț în urma aplic fiecărui subfact de eval Pctajul aferent unui subfact de eval va fi obț prin acordarea notei corespz calif obț de of respectivă la eval acelui subfact

5. Pctajul tehnic total max ce poate fi acordat unei prop teh este de 15pcte Subfact:

2.1. Abord prop pt implemen ctr

Linii directe: se va analiza info furniz în Form de prop teh Calif fb, 5pcte

Abord prop se bazează în mare măsură pe o serie de metodologii, metode și/sau instrum testate și recunoscute și care demo o fb înțelegere a contextului, respectiv a particulari sarcin stab în CS, în corelație cu aspectele-cheie, precum și cu riscurile și ipotezele identif Calif bine, 3pcte

Abord prop se bazează parțial pe metodologii, metode și/sau instrum testate, recunoscute și care demo înțelegerea contextului, respectiv a particularit sarcin stab în CS, în corelație cu aspectele-cheie, precum și cu riscurile și ipotezele identif Calif acceptabil, 1pct

Abord prop nu are la bază metodologii, metode și/sau instrum testate, recunoscute și arată o înțelegere limitată a contextului, respectiv a particularit sarcin stab în CS

2.2. Res și realizările corespz activit ctr

Linii directe: se va analiza info furnizată în Form de prop teh Calif fb, 5pcte

Res identif și realizările indicate sunt corel deplin/în mare măsură cu complexit activit Calif bine, 3pcte

Res identif și realizările indicate sunt parțial corel cu complexit activit Calif acceptabil, 1pct

Res identif sau realizările indicate sunt corel într-un mod limitat cu complexit activit

2.3. Atrib mbrilor echip în implement activit ctrlui și, dacă este cazul, contrib fiecărui mbru al grupului de op ec, precum și distrib și interacț sarcinilor și responsabilit dintre ei

Calif fb, 5pcte

Sunt indic parț responsabilit în exec ctr și interacț între mbrii echipei, inclusiv cele ref la mangm ctr, activit de suport și distrib și interacț sarcinilor și responsabilit între op din cadrul grupului (dacă este cazul) Calif bine, 3pcte

Sunt indic parţ responsabilit în exec ctr şi interacţ între mbrii echipei, inclusiv cele ref la mangm ctr, activit de suport şi distrib şi interacţ sarcinilor şi responsabilit între op ec din cadrul grului (dacă este cazul) Calif acceptabil,1pct

Sunt indic în mod lim responsabilit în exec ctr şi interacţ între mbrii echipei, inclusiv cele ref la mangm ctr, activit de suport şi distrib şi interacţ sarcinilor şi responsabilit între op ec din cadrul grului.»

Văzând modalitatea stabilită de achiziitoare pentru acordarea punctajului corespunzător factorului tehnic de evaluare, Consiliul constată că aceasta conţine elemente subiective, nedefinite, vagi, care, cel mai probabil, vor conduce, pe de o parte, la acordarea subiectivă a punctajului, iar pe de altă parte, la imposibilitatea verificării modalităţii de apreciere a comisiei de evaluare în stabilirea unui punctaj sau al altuia, respectiv a caracterului echitabil al evaluării ofertelor.

Utilizarea unor sintagme precum „metodologii adecvate”, „planificare adecvată”, „se bazează în mare măsură”, „o foarte buna înţelegere a contextului”, „se bazează parţial”, „înţelegerea contextului”, „înţelegere limitată”, „corelată deplin/în mare măsură”, „parţial corelată”, „corelată într-un mod limitat”, „indică parţial”, „indică în mod limitat” conduc Consiliul către concluzia unei evaluări subiective şi superficiale a ofertelor, fără identificarea acelor elemente concrete care să determine acordarea unui punctaj anume şi care se constituie în avantaje ale unei oferte faţă de alta/altele.

Utilizarea sintagmelor amintite imprimă un puternic caracter subiectiv aprecierii asupra conţinutului ofertelor, atât al întregii comisii de evaluare, dar şi al membrilor acesteia, între ei. În atari condiţii, evaluarea ofertelor şi stabilirea clasamentului lor este supusă nivelului de înţelegere şi aprofundării specifice ale fiecărui membru al comisiei de evaluare, fără posibilitatea anticipării numărului de puncte ce poate fi obţinut şi, în consecinţă, a modalităţii de îmbunătăţire a ofertei, astfel încât să sporească şansele de câştigare a competiţiei.

Cu privire la acest aspect supus soluţionării, Consiliului reţine incidenţa următoarelor prevederi legale:

- art. 189 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

(2) În sensul [alin. \(1\)](#), factorii de evaluare utilizaţi de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurenţă reală între operatorii economici şi să fie însoţiţi de prevederi care să permită verificarea efectivă a informaţiilor furnizate de către ofertanţi, în scopul aplicării factorilor de evaluare.

(3) Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informaţiilor şi dovezilor furnizate de ofertanţi.”

- art. 32 din HG nr. 395/2016:

„(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la [alin. \(1\)](#) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.

(8) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.”

Raportând modul descris de achizițoare, pentru aplicarea factorului tehnic de evaluare, la exigențele legiuitorului, în ceea ce privește evaluarea ofertelor, Consiliul reține că acestea din urmă nu sunt îndeplinite. Așa cum se menționa mai înainte, algoritmul de calcul indicat de autoritatea contractantă conduce la o libertate de apreciere nelimitată din partea comisiei de evaluare, nu permite verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare, nu reflectă metodologia de punctare a avantajelor reale care vor rezulta din propunerile tehnice și este formal, astfel încât punctarea ofertelor nu poate fi urmărită în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că se impune în sarcina achizitoarei obligația de remediere a modalității de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare tehnic, astfel încât aceasta să respecte dispozițiile legale citate și considerentele Consiliului.

Prin contestația sa, SC SA cere și reducerea nivelului valorii cifrei medii de afaceri generale, solicitate la criteriul de calificare privitor la capacitatea economică și financiară a ofertantului, până la nivelul de 225.000.000 lei.

Verificând temeinicia solicitării, Consiliul observă că, prin fișa de date achiziției, punctul III.1.2) Capacitatea economică și financiară, autoritatea a cerut îndeplinirea următoarei cerințe de calificare:

„Ofertantul trebuie să demonstreze ca media cifrei de afaceri generala aferenta anilor 2019, 2020 și 2021 a fost de minim 301.331.000,00 lei.”

Față de cerința de calificare criticată, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale:

- 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.

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a impune ca cerință minimă de calificare, în raport cu situația economică și financiară a ofertanților/candidaților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului.”

- art. 175 din Legea nr. 98/2016:

„(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent;

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2) [lit. a\)](#), cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici poate depăși limita prevăzută la alin. (2) [lit. a\)](#) în cazuri temeinic justificate, precum cele legate de existența unor riscuri speciale aferente naturii lucrărilor, serviciilor sau produselor care fac obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(.....) În cazul prevăzut la [alin. \(3\)](#), autoritatea contractantă indică în documentele achiziției principalele motive care justifică o astfel de cerință.”

- art. 107 din HG nr. 395/2016:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă:

f) are obligația de a impune criterii minime de calificare care să se raporteze cel mult la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează a fi atribuit pe durata acordului-cadru sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp.”

Potrivit informației regăsite în anunțul de participare, punctul II.1.....), valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent este de 301.331.....89,1..... lei. Rezultă, așadar, că valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri generală aferentă anilor 2019, 2020 și 2021, cerută de autoritatea contractantă, este aproximativ egală cu valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, de unde rezultă

îndeplinirea condiției legale de la art. 175 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și de la art. 107 alin. (2) lit. f) din HG nr. 395/2016.

Însă, observă Consiliul, contestatoarea își justifică solicitarea prin invocarea principiului proporționalității stabilirii acestei valori a indicatorului economic, susținând, în esență, că niciun operator economic de pe piața de profil din România nu îndeplinește singur această cerință, ceea ce conduce la obligativitatea asocierii pentru prezentarea unei oferte.

Față de aceste argumente ale contestatoarei, alături de legalitatea nivelului cerinței de calificare, stabilit de achizitoare, Consiliul mai reține și prevederile legale ce definesc nevoia de impunere a unor cerințe de calificare a operatorilor economici în procedura de atribuire:

- art. 175 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.”

- art. 29 din HG nr. 395/2016:

„(1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

Așadar, când legiuitorul a prevăzut posibilitatea achizitoarei de a impune cerințe de calificare, a avut în vedere asigurarea acesteia asupra potențialului pe care participantul la procedura îl deține și care îl face apt pentru îndeplinirea contractului specific supus achiziției și pentru rezolvarea oricăror incidente ce pot apărea pe parcursul prestației sale pentru achizitoare. În mod evident, legea a stabilit că potențialul trebuie să fie atât tehnic, cât și financiar și organizatoric, și că trebuie să reflecte posibilitatea concretă a operatorului economic de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea lui.

În consecință, este important pentru achizitoare să aibă nu numai dovada faptului că participantul la procedura deține potențial în a executa tipul de prestație care este așteptată din partea sa, ci și pe cea că acest potențial îl face compatibil pe operatorul economic cu nivelul de complexitate a contractului ce îi va fi atribuit și cu dificultățile ce pot apărea în derularea acestuia.

În atari condiții, Consiliul va respinge alegația contestatoarei potrivit căreia un operator economic care deține o cifră medie de afaceri pe ultimii 3 ani la nivelul a 75% din valoarea estimată anuală este apt să

facă față exigențelor achiziției prezente. De vreme ce chiar legiuitorul a reglementat că, în cazul încheierii unui acord-cadru, un nivel minim al cifrei de afaceri anuale se raportează la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, este depășit a susține că raționamentul legal este disproporționat. Alături de aceasta, nici contestatoarea nu face dovada afirmației sale, că operatorul economic cu un nivel mai scăzut al indicatorului economic amintit are potențialul tehnic, financiar și organizatoric de a susține întreaga achiziție prezentă, cu toate particularitățile sale.

În consecință, Consiliul nu identifică motive de fapt și de drept pentru care să dispună modificarea cerinței de calificare criticată.

SC SA cere și reducerea cuantumului garanției de participare până la nivelul de maxim 1.000.000 de lei.

În a stabili temeinicia acestei solicitări, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.1.6.a) „Garanție de participare”, autoritatea contractantă a impus ca *„Ofertantul va constitui garanția de participare în cuantum de 3.013.310,00 lei.”*

Potrivit dispozițiilor art. 35 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, *„Anunțul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare: a) valoarea, ce nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent.”*

Și de această dată, Consiliul observă legalitatea cuantumului stabilit de achizitoare pentru garanția de participare, situație în care nu identifică motive pentru care să reducă această valoare legală.

În achiziția publică, regula o reprezintă situația în care necesitatea sau oportunitatea unor anumite cerințe ale documentației de atribuite este stabilită de fiecare autoritate contractantă în parte.

Singura limitare a acestui drept al autorității contractante este determinată de introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

În consecință, pentru a cenzura condițiile achiziției, așa cum solicită petenta în prezenta cauză, este necesară stabilirea existenței, prin ele, a unor condiții restrictive, nejustificate și nelegale ce pot împiedica o concurență efectivă între operatorii economici.

Prin urmare, contestatoarea, în susținerea demersului său la Consiliu, are obligația de a proba caracterul nelegal al cerințelor criticate, prin prezentarea unor mijloace de probă pertinente și concludente, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 2.....9 din Codul de procedură civilă, potrivit cărora *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

În consecință, în evaluarea temeiniciei cererii adresate Consiliului, acesta va avea în vedere faptul că ele trebuie justificate și probate obiectiv, cu dovada fermă a caracterului nelegal ori restrictiv, simpla pretindere a necesității modificării valorii garanției de participare nefiind suficientă pentru a conchide asupra nelegalității cerinței atacate.

În plus, Consiliul constată că nu se regăsesc în legislația achizițiilor publice prevederi care să oblige autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire după cum solicită fiecare operator economic care apreciază că este necesară intervenția asupra regulilor achiziției.

Or, în condițiile în care valoarea garanției de participare respectă quantumul stabilit de lege, iar societatea contestatoare nu justifică în mod temeinic necesitatea modificării acestei condiții a achiziției, Consiliul va menține solicitarea autorității contractante în ceea ce privește valoarea garanției de participare, cererea SC SA fiind nefondată.

Prin aceeași contestație, SC SA solicită eliminarea din caietul de sarcini a cerinței de prezentare, în cadrul propunerii tehnice, a unei liste cu toate resursele umane necesare, în scopul executării contractului de delegare a gestiunii. În punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă arată că „Este mai mult decât evident faptul că nu a fost solicitată nominalizarea resurselor sau deținerea acestora la momentul ofertării, ci o prezentare, o listă cu toate resursele umane și necesare în scopul executării contractului de delegare a gestiunii, a dimensionării acestor resurse, pentru ca operatorul să realizeze anvergura contractului și a efortului care trebuie alocat pentru îndeplinirea acestuia.” Din apărarea achizitoarei, Consiliul reține scopul didactic al cerinței criticate, dar și imprecizia exprimării ei, reieșind din apărarea expusă că, în fapt, autoritatea nu dorește să îi fie prezentată o listă a resurselor umane, cu eventuala nominalizare a personalului și dovada deținerii la momentul ofertării, ci doar o listă a tipurilor de personal care vor fi implicate în derularea activității și dimensionarea acestora.

Date fiind cele expuse, Consiliul reține achiesarea autorității la cele criticate de contestatoare, context în care urmează ca specificația caietului de sarcini să fie modificată în sensul celor expuse.

SC SA solicită punerea la dispoziția ofertanților a procedurilor interne pentru monitorizarea și controlarea activității serviciului public de salubritate, în contextul în care, potrivit caietului de sarcini, autoritatea contractantă are dreptul de a monitoriza/controla activitatea operatorului potrivit propriilor proceduri interne care vor fi comunicate operatorului ulterior semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate (în perioada de mobilizare) și care sunt obligatorii pentru acesta din urmă.

În punctul său de vedere la contestație, autoritatea contractantă arată că cerință se reformulează prin eliminarea părții „care vor fi comunicate operatorului ulterior semnării contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate”.

Consiliul constată că, prin modificarea adusă documentației de atribuire, nu se lămurește aspectul cunoașterii de către operatori a

conținutului procedurilor interne pentru monitorizarea și controlarea activității serviciului public de salubritate.

Raportând prevederea caietului de sarcini la necesitatea respectării principiului transparenței și la cea a cunoașterii întinderii tuturor obligațiilor la care participantul la procedură este ținut prin prezentarea unei oferte și eventuala semnare a acordului-cadru, Consiliul stabilește că este necesar ca autoritatea contractantă să pună la dispoziția operatorilor economici toate informațiile necesare pentru luarea deciziei de implicare în prezenta procedură, inclusiv procedurile interne pentru monitorizarea și controlarea activității serviciului public de salubritate. Drept urmare, acestea vor fi publicate, spre a fi cunoscute operatorilor economici încă de la momentul elaborării ofertelor.

O altă solicitare din contestație vizează eliminarea din caietul de sarcini a clauzei conform căreia dispozițiile autorității contractante sunt obligatorii în mod necondiționat și nu pot fi contestate.

În verificare, Consiliul reține că, potrivit caietului de sarcini, „b) *Dispozițiile autorității contractante sunt obligatorii, iar în cazul în care operatorul considera că respectivele dispoziții sunt netemeinice și/sau nelegale, acesta va transmite autorității contractante argumentele de fapt și de drept necesare, în termen de 2..... de ore de la data primirii respectivelor dispoziții*”.

În punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă menționează că, în realitate, este vorba de dispoziții în executarea obligațiilor ce derivă din executarea contractelor încheiate, în derularea cărora, strict cu caracter absolut neintenționat, izolat, se prevede probabilitatea emiterii unor dispoziții pe care contractantul să le aprecieze ca fiind contrare clauzelor, legii, bunelor practici, fapt ce naște în sarcina acestuia obligația de a aduce la cunoștința autorității, în termen de maxim 2..... de ore, argumentele de fapt și de drept pentru care emite o astfel de apreciere.

Însă, ceea ce nu reglementează autoritatea contractantă este finalitatea pe care o are demersul operatorului de a transmite achizitoarei argumentele de fapt și de drept necesare, în termen de 2..... de ore de la data primirii respectivelor dispoziții obligatorii. Or, pentru păstrarea echilibrului contractual, alături de caracterul obligatoriu al dispozițiilor achizitoarei în executarea obligațiilor ce derivă din executarea contractelor încheiate, este necesar a fi reglementat și dreptul operatorului de a răsturna această obligativitate, atunci când situația se impune.

Drept urmare, Consiliul stabilește în sarcina achizitoarei modificarea cerinței atât în sensul menționării faptului ca privește dispoziții ale autorității contractante în executarea obligațiilor ce derivă din executarea contractelor încheiate, cât și în sensul posibilității operatorului de a ataca respectivele dispoziții, atunci când e necesar.

Prin contestația sa, SC SA cere reglementarea adecvată a regimului reclamațiilor privitoare la prestarea serviciului, apreciind ca aceasta clauza ar trebui reformulata în sensul în care operatorul serviciului este obligat sa dea curs reclamațiilor întemeiate ale utilizatorilor, nu și celor care nu există sau care nu sunt întemeiate, ori să presteze servicii care nu sunt prevăzute în contract și nu sunt solicitate.

Consiliul constată că, în documentația de atribuire se regăsește următoarea clauză: *„La sfârșitul fiecărei perioade de raportare stabilită prin contract și/sau la solicitarea expresă a autorității contractante, operatorul are obligația să informeze reprezentanții aceștia din urmă cu privire la numărul cererilor și/sau reclamațiilor privind prestarea serviciului și asupra modului de rezolvare a acestora. Operatorul nu are dreptul de a conditiona prestarea serviciului de existența unei reclamații de la utilizator și/sau de rezoluția autorității contractante în raport cu o asemenea reclamație.”*

Consiliul constată că cele reclamate de contestatoare nu sunt congruente raționamentului achizitoarei din teza finală a clauzei criticate, potrivit căreia operatorul trebuie să presteze serviciul chiar dacă există vreo reclamație cu privire la activitatea sa, și nu așa cum înțelege contestatoarea, că operatorul ar fi obligat să dea curs oricărui tip de reclamație ce au putea fi formulată.

Drept urmare, Consiliul respinge această solicitare.

SC SA reclamă și eliminarea clauzei din modelul de acord-cadru prin care prestatorul este obligat să renunțe la dreptul de a contesta orice măsură punitivă și de penalizare impusă de organisme abilitate și este obligat să facă plăți fără niciun fel de protest, renunțând astfel la dreptul său legal de a contesta orice măsură punitivă sau penalizatoare luată împotriva sa de organisme care nu sunt în mod clar și concret definite.

Consiliul observă că textul clauzei este următorul:

„12..... în cazul în care, în urma controalelor efectuate de către organele abilitate, potrivit legii, se constată că Prestatorul a încasat sume necuvenite de la Achizitor, Prestatorul are obligația să le restituie în termen de 10 zile de la notificarea Achizitorului, inclusiv penalitățile, daunele - interese, majorările, dobânzile aferente etc”.

În punctul de vedere la contestație, achizitoarea arată că nu poate fi reținută, ca fondată, susținerea contestatoarei, potrivit căreia, prin aceste prevederi, partea e obligată la restituirea unei sume la simpla constatare a unei presupuse nelegalități, fără a i se acorda dreptul la apărare. Astfel, arată că, la art. 18 din modelul de contract subsecvent, este reglementat modul de soluționare a litigiilor, partea nemulțumită de rezultatul tratativelor de rezolvare pe cale amiabilă a acestuia se poate adresa instanței judecătorești din România, prin urmare, contestatoarei nu îi este îngăduit dreptul la apărare. Mai precizează autoritatea că liberul acces la justiție reprezintă facultatea oricărei persoane de a introduce, după libera sa apreciere, o acțiune în justiție, implicând obligația

corelativă a statului ca, prin instanța competentă, să soluționeze această acțiune, dreptul fiind inalienabil, orice clauză contrară fiind nulă.

Având în vedere mențiunile achizitoarei, Consiliul constată că este necesar ca această clauză să fie completată cu prevederea expresă a posibilității operatorului de a ataca actele care îi stabilesc în sarcină obligația de plată, precum și cu eventuala reglementare a caracterului suspensiv al înaintării unei astfel de acțiuni.

Contestatoarea cere și eliminarea tuturor clauzelor care conferă autorității contractante dreptul de a rezilia unilateral contractul, cu excepția situațiilor prevăzute în mod expres de lege, precum și eliminarea pactelor comisorii din cadrul contractului.

Consiliul notează că, între clauzele modelului de acord-cadru, se regăsesc și următoarele:

„13. Sanțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor:

13.1. În cazul în care, din vina sa exclusivă, promitentul prestator nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contractul subsecvent, promitentul achizitor are dreptul de a rezilia unilateral acordul-cadru, fără intervenția instanțelor de judecată și de a solicita daune-interese, pentru prejudiciul cauzat.”

„15. Încetarea acordului-cadru:

15.2. Acordul-cadru poate înceta și în următoarele cazuri:

b. prin rezilierea de către o parte, ca urmare a neîndeplinirii sau îndeplinirii în mod necorespunzător a obligațiilor asumate prin prezentul acord - cadru, de către cealaltă parte, cu notificare prealabilă de 30 zile a părții în culpă. Rezilierea intervine în mod automat, fără intervenția instanței judecătorești și fără îndeplinirea vreunei formalități prealabile, după expirarea unui termen de 30 de zile de la data notificării pe care partea lezată o va trimite părții în culpă pentru a-i anunța rezilierea.

c. prin denunțare unilaterală, fără punere în întârziere și fără intervenția instanțelor judecătorești, de către promitentul achizitor în următoarele situații:

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

De asemenea, în modelul de contract subsecvent, se regăsesc următoarele clauze:

„13.5 Pact comisoriu:

1) pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, prestatorul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în quantum de 25% din valoarea contractului, fără TVA.

2) în cazul în care executarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 25% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract și neexecutate, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la

data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția serviciilor neexecutate, prestatorul datorează achizitorului daune compensatorii în cuantum de 10% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract.

3) în cazul în care executarea este parțială și, totodată, necorespunzătoare, prestatorul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20% din valoarea, fără TVA, aferentă serviciilor ce fac obiectul prezentului contract, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea.”

Consiliul va respinge pretențiile contestatoarei de eliminare a clauzelor citate, în contextul în care acestea reprezintă instrumentul necesar autorității contractante pentru obținerea îndeplinirii corespunzătoare și la termen a obligațiilor operatorului de salubritate, obiectul achiziției fiind deziderat de interes public și fiind în sarcina achizitoarei să utilizeze toate mijloacele legale ce îi sunt la dispoziție pentru îndeplinirea obligațiilor ce îi revin ca autoritate publică.

Prin contestația sa, SC SA cere includerea activității de sortare în obiectul contractului, cu toate consecințele care decurg, privitoare la durata acestuia sau excluderea prevederilor caietului de sarcini, care obligă operatorul să sorteze deșeurilor și să dețină o stație de sortare.

În punctul său de vedere la contestație, achizitoarea menționează că *„Se vor efectua remedieri adaptari ale documentatiei legat de activitatea de sortare printr-o clarificare din oficiu la nivelul careia se va clarifica faptul ca activitatea de sortare va fi cuprinsa cu tarif de sortare la nivelul ofertei, tarif ce va fi stabilit de autoritatea contractanta și comunicat prin remedierea documentatiei.”*

Văzând achiesarea autorității contractante la această critică, Consiliul reține în sarcina ei obligația de a remedia documentația de atribuire în sensul includerii activității de sortare în obiectul contractului, cu reglementarea detaliată și explicită a tuturor condițiilor ce vizează această activitate, inclusiv tarifarea ei în cadrul ofertelor.

SC SA cere și stabilirea unui mod de calcul al autospeciălor și utilajelor alocate pentru executarea contractului și eliminarea cerințelor privind exclusivitatea folosirii lor în cadrul acestui contract.

În justificarea criticii sale, contestatoarea se limitează la a afirma faptul că numărul de autospeciale și utilaje cerute prin caietul de sarcini este excesiv și nu este calculat în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 111/2007, fără a indica, însă, care ar fi numărul just de echipamente pe care achizitoarea ar fi trebuit să îl prevadă în documentația de atribuire.

Însă, în ceea ce privește condiția caietului de sarcini (punctul „Specificatiile tehnice aferente serviciului de salubritate) ca *„Toate utilajele/intalațiile/echipamentele/vehiculele*

prezentate în cadrul propunerii tehnice vor fi utilizate în mod exclusiv pentru prestarea serviciului pe aria teritorială administrativă a, făcând excepție numai acelea necesare pentru transportul deșeurilor periculoase din deșeurile menajere și cele utilizate pentru transportul deșeurilor voluminoase. Condiția de exclusivitate nu se aplică în cazul în care autoritatea contractantă și-a exprimat acceptul prealabil, în scris, asupra renunțării la acest drept prin corelare cu propriile necesități, obiective și constrângeri.”, contestatoarea arată că este o ingerință nepermisă în gestionarea, de către operatorul economic, a propriilor sale resurse și a modalității de afectare a acestora, prin condiția autorității, ofertantul trebuind să își asume imposibilitatea de a dispune de propriile resurse neutilizate în cadrul prestației pentru autoritatea contractantă, dacă aceasta nu își da acceptul scris în acest sens.

În punctul său de vedere la contestație, autoritatea contractantă nu formulează nici un fel de apărări față de această din urmă chestiune criticată.

În consecință, Consiliul constată caracterul abuziv al condiționării de exclusivitate a utilizării utilajelor/intalațiilor/echipamentelor/vehiculelor prezentate în cadrul propunerii tehnice, urmând ca paragraful citat din caietul de sarcini să fie modificat în sensul în care, prin oferta prezentată, operatorul economic să se oblige la a asigura programe de prestare a serviciilor în mod continuu, fără întreruperi, cu utilaje și autospeciale suficiente și calibrate la volumul și/sau cantitățile estimate, precum și la suprafețele de prestare programate.

Consiliul stabilește că posibilitatea operatorului economic de a dispune de resursele sale, neutilizate în folosul autorității contractante, reprezintă un drept al său ce nu trebuie și nu poate fi cenzurat de voința achizitoarei, cu atât mai mult cu cât, în caietul de sarcini, nu a fost detaliată nici modalitatea concretă, cu indicarea documentelor și a timpului de răspuns, prin care autoritatea contractantă își exprima eventualul accept prealabil, în scris, asupra renunțării la condiția de exclusivitate în utilizarea dotărilor operatorului economic pentru prestarea serviciului pe aria teritorială administrativă a

SC SA solicită și extinderea duratei perioadei de mobilizare la 180 de zile, considerând insuficient termenul de 120 de zile calendaristice stabilit de autoritatea contractantă.

În apărare, achizitoarea menționează că acest termen este suficient în condițiile în care decide asupra acordării/respingerii licenței în termen de 60 de zile de la înregistrarea documentației la sediul său, iar termenul de eliberare a autorizației de mediu este de maximum 90 de zile lucrătoare de la data depunerii documentației complete.

Analizând, Consiliul constată ca singur termenul maxim în care poate fi eliberată autorizația de mediu (90 de zile lucrătoare) reprezintă 126 zile calendaristice, mai mult decât perioada de mobilizare impusă de achiziție, perioada în care, alături de eliberarea autorizației de mediu, este necesară și acordarea licenței de către asupra căreia autoritatea decide în termen de 60 de zile.

Drept urmare, Consiliul stabilește ca întemeiată cererea din contestație, autoritatea contractantă urmând a stabili o perioadă de mobilizare de 180 de zile.

În ceea ce privește extinderea termenului acordat pentru depunerea ofertei până la o perioadă de 90 de zile, Consiliul are în vedere ca procedura este suspendată prin încheierea sa nr. din 23.03....., situația în care, la primirea deciziei Consiliului, autoritatea va avea în vedere stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor, în acord cu art. 152 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC SA.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul va admite cererea de intervenție depusă de SC SA.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestația depusă de SC SA:

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC SA a înaintat Consiliului contestația ce face obiectul dosarului nr. de pe rolul Consiliului (consemnând cauțiunea în valoare de 220.000,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. 2079.....2775/1 din 23.03....., emisă de CEC BANK – Sucursala, înregistrată la CNSC cu nr. 15551/25.03.....), solicitând următoarele:

1. În principal, ... de atribuire.
2. În subsidiar, obligarea autorității contractante la remedierea neregulilor semnalate în contestație, cu consecința modificării corespunzătoare a documentației de atribuire, atât în punctele specific contestate, cât și în orice alte aspecte necesare pentru corelarea întregii documentații cu decizia CNSC.
3. Prelungirea cu o durată de cel puțin 35 de zile a termenului limită de depunere a ofertei.

Verificând susținerile contestatoarei, Consiliul constată că o primă apreciere constă în utilizarea nelegală a acordului-cadru în această procedură de atribuire, chestiune analizată și tranșată de Consiliu cu

oazia soluționării contestației depusă de SC SA, pentru aceleași considerente apreciind ca nefondată susținerea SC SA.

Și cea de a doua critică, referitoare la caracterul abuziv și nelegal al cerinței vizând deținerea unei stații de sortare a fost tranșată de Consiliu în examinarea contestației înaintată de SC SA, ocazie în care Consiliul constata achiesarea autorității contractante, ce urmează a remedia documentația de atribuire în sensul includerii activității de sortare în obiectul contractului, cu reglementarea detaliată și explicită a tuturor condițiilor ce vizează această activitate, inclusiv tarifarea ei în cadrul ofertelor.

SC SA reclamă și nelegalitatea cerinței achizitoarei ca în ofertă să fie indicate instalațiile de tratare unde trebuie transportate deșeurile și tarifele aplicabile. În motivare, contestatoarea susține, în esență, că stabilirea infrastructurii de tratare a deșeurilor trebuie să facă obiectul unui contract separat de delegare, în prezenta procedură autoritatea trebuind să indice în mod clar instalațiile de tratare la care deșeurile trebuie transportate, precum și să aprobe un tarif calculat în conformitate cu Ordinul nr. 109/2007.

În punctul de vedere la contestație, autoritatea se limitează la a menționa că, în vederea respectării criteriului eficienței prin asigurarea unor costuri reduse care se reflectă în tarife, solicită ca amplasarea instalațiilor de tratare unde trebuie transportate deșeurile trebuie să se regăsească în proximitatea ariei de prestare, astfel încât să se asigure îndeplinirea indicatorilor de performanță în ceea ce privește sortarea deșeurilor colectate de pe raza

Constatând că autoritatea contractantă nu face nicio referire la cele susținute de contestatoare și nu aduce nici un argument în sprijinul cerinței criticate, Consiliul stabilește că este necesară modificarea documentației de atribuire astfel încât să fie respectate atât prevederile legale evocate de contestatoare la paginile 13 și 1..... din contestație, cât și dispozițiile citate în aceeași secțiune a contestației din hotărâri ale administrației locale.

Prin contestația sa, SC SA critică și utilizarea factorului tehnic de evaluare, solicitând eliminarea lui, cerere pe care Consiliul nu o va admite, în condițiile în care, aplicarea criteriului de atribuire ales impune și evaluarea tehnică a ofertei, alături de cea financiară.

Însă, ceea ce este de admis, din susținerile contestatoarei, sunt criticile privind modul în care autoritatea contractantă a înțeles să stabilească modul de acordare a punctajelor corespunzătoare, critici întemeiate pentru considerentele expuse de Consiliu în analiza susținerii similare a contestatoarei SC SA. Drept urmare, Consiliul reiterează în sarcina achizitoarei obligația de remediere a modalității de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare tehnic, astfel încât aceasta să respecte dispozițiile legale.

În ceea ce privește implementarea instrumentului „plătește pentru cât arunci” atât la nivel tehnic, cât și la nivel financiar, Consiliul constată că, raportat la criticile contestatoarei și solicitările exprese ale acesteia, de modificare a documentației de atribuire, autoritatea contractantă, în punctul său de vedere la contestație, s-a limitat la a preciza că a avut în vedere respectarea principiului poluatorul plătește și a instrumentului „plătește pentru cât arunci”, modul de colectare și tarifele individuale stabilite reflectând aplicarea acestora.

Neidentificând din partea autorității contractante justificări clare și trimiteri aplicate la prevederile documentației de atribuire, care să facă posibilă concluzia legalității, din acest punct de vedere a documentației de atribuire, Consiliul conchide asupra necesității ca toate solicitările de la acest punct ale contestatoarei să fie admise, urmând ca autoritatea contractantă să modifice documentația de atribuire în sensul celor cinci modificări solicitate de SC SA la pagina 19 din contestație.

În ceea ce privește critica SC SA vizând posibilitatea contractuală de reziliere și denunțare unilaterală de către achizitoare, Consiliul o va respinge pentru considerentele evocate în analiza criticii similare din contestația primă.

SC SA reclamă și transferul nelegal de riscuri asupra operatorului, solicitând eliminarea în întregime a matricei de riscuri, deoarece acestea nu pot fi asociate unei proceduri de achiziție publică, de vreme ce sunt proprii uneia de concesiuni.

Subsidiar, contestatoarea cere eliminarea unor anumite riscuri din matricea cuprinsă în caietul de sarcini:

- riscurile 7, 8, 9 și 10, deoarece nu au legătură cu obiectul achiziției. Verificând, Consiliul constată că aceste patru riscuri vizează epurarea apelor uzate și evacuarea efluentului, noțiuni care se regăsesc în caietul de sarcini doar în matricea de riscuri. Nici autoritatea contractantă nu formulează apărări cu privire la această chestiune, context în care Consiliul va decide eliminarea acestor patru riscuri;

- riscurile 12 și 20, deoarece fac referire la platforme digitalizate de colectare separată, platforme a căror prezență nu este prevăzută în caietul de sarcini. Nici nu privire la această critică achizitoarea nu aduce justificări în păstrarea celor două riscuri. Consiliul dispune eliminarea lor;

- riscul 13, deoarece are legătură cu proiectarea și executarea unei stații de sortare care nu este în obiectul achiziției. Așa cum se menționa anterior, autoritatea contractantă va remedia documentația de atribuire în sensul includerii activității de sortare în obiectul contractului, cu reglementarea detaliată și explicită a tuturor condițiilor ce vizează această activitate, inclusiv tarifarea ei în cadrul ofertelor. Drept urmare, riscul 13 are legătură cu obiectul modificat al achiziției și va fi păstrat;

- riscul 18 de la pagina 68 și riscul 18 la de pagina 69 din caietul de sarcini. Contestatoarea cere înlocuirea acestora cu un singur risc, indicat în contestație la pagina 21, care, în opinia sa, reprezintă stricta aplicare a Ordinului nr. 109/2007 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru

activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților. Văzând că prin cererea sa contestatoare solicită, în fapt, exclusiv respectarea unor norme obligatorii, în contextul în care autoritatea contractantă nu justifică legalitatea celor două riscuri contestate, Consiliul admite solicitarea petentei, urmând ca autoritatea contractantă să înlocuiască cele două riscuri cu unul singur, în sensul indicat de SC SA la pagina 21 din contestație;

- riscurile 21, 22, 23, 2..... și 28, deoarece sunt legate de operarea unei stații de sortare. În privința acestora, Consiliul reține cele indicate în analiza riscului 13, concluzia fiind că aceste cinci riscuri au legătură cu obiectul modificat al achiziției și vor fi păstrate.

Prin contestația sa, SC SA reclamă lipsa unor informații esențiale, absolut necesare pentru întocmirea ofertei, redând pe larg, în cuprinsul punctului 8. al contestației, aceste informații.

În punctul său de vedere la contestație, autoritatea contractantă menționează că a postat o documentație complexă, unde se regăsesc date și informații care conferă posibilitatea întocmirii ofertelor și, în condițiile solicitării de clarificări, vine în sprijinul ofertanților și furnizează răspunsuri, astfel încât să se poată întocmi în mod optim oferte. De asemenea, achizitoarea arată că, în prezent, în cadrul procedurii, se află în perioada în care toți operatori economici interesați pot formula și transmite solicitări de clarificări asupra documentației de atribuire.

Așadar, în lipsa unor apărări concrete ale achizitoarei, care să combată punctual susținerile contestatoarei, dar în prezența unei disponibilități a acesteia de a răspunde solicitărilor pe care potențialii participanți la procedura de atribuire le-ar putea înainta pentru clarificarea documentației de atribuire, Consiliul stabilește că cea chemată să elaboreze și să publice o documentație de atribuire completă este autoritatea contractantă, independent de vigilența celor interesați de participarea la procedură și de diligentele acestora în a obține, pe calea clarificării documentației, informațiile necesare prezentării unei oferte care să răspundă nevoii de achiziție a autorității contractante.

În acest context, Consiliul reține că, potrivit art. 15..... din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”*

Astfel, pentru a da eficiență acestei prevederi legale, Consiliul stabilește în sarcina autorității contractante obligația de a adăuga și de a clarifica în documentația de atribuire toate informațiile arătate de SC SA la punctul 8. al contestației.

Prin contestația în analiză este criticată și cerința achizitoarei ca mașinile să aibă minim norma de poluare Euro 5.

Față de această chestiune, Consiliul observa că ANAP a dispus autorității contractante, ca măsură de remediere, să prezinte în cadrul strategiei informații care să demonstreze că în cadrul studiilor de piață efectuate pentru întocmirea achiziției, există pe piața de profil suficienți operatori economici care îndeplinesc cerința de a deține mașini cu norma de poluare minim Euro 6. Însă, în strategia de contractare, revizuită conform aviz condiționat, depusă la dosar de autoritate, nu se regăsesc mențiuni cu privire la justificarea normei de poluare minimă impusă.

Nici în punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă nu prezintă vreo informație de genul celei considerată relevantă de ANAP, context în care Consiliul va admite critica din contestație și va dispune achizitoarei modificarea nivelului minim al normei de poluare pentru mașinile cuprinse în oferte, la Euro

SC SA apreciază și disproporția garanției de participare și a celei de bună execuție.

În ceea ce privește garanția de participare, Consiliul s-a pronunțat asupra legalității ei în examinarea contestației depusă de SC SA și pentru aceleași considerente va respinge critica prezentă.

În ceea ce privește garanția de bună execuție, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.1.6.b) *Garantie de buna executie, autoritatea contractantă a impus cuantumul acesteia de „10% din valoarea fara TVA a contractului subsecvent”.*

Potrivit art. 39 alin. (.....) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă stabilește valoarea garanției de bună execuție prin raportare la complexitatea contractului de achiziție publică/contractului subsecvent care urmează a fi executat, care însă nu trebuie să depășească 10% din prețul contractului, fără TVA.”*

Văzând că valoarea stabilită de achizitoare pentru garanția de bună execuție respectă cuantumul legal, Consiliul, reținând considerentele sale evocate în analiza criticii SC SA privind garanția de participare, va respinge ca nefondat această critică.

În ceea ce privește cererea SC SA de eliminare a solicitării achizitoarei privind obligația ofertantei de înființare a unor puncte de colectare, sau de modificare a acestei cerințe, Consiliul constată că, la pagina 17 din caietul de sarcini, este reținută, în sarcina operatorului de salubritate, obligația de a dota și echipa un număr de puncte fixe de colectare, aceste puncte de colectare fiind amplasate pe domeniul public. Or, în contextul acestor prevederi ale caietului de sarcini, este evident că solicitarea de înființare a unor puncte de colectare trebuie păstrată, însă ceea ce trebuie adăugat de către autoritate sunt informații certe privind locațiile și suprafețele lor, unde aceste puncte vor fi înființate, precum și punerea suprafețelor respective la dispoziția operatorului de către achizitoare. Modificarea se impune și prin prisma prevederilor art. 60 alin. (1) punctul A. lit. h) din OUG nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor, potrivit carora *„(1) Autoritățile administrației publice locale, inclusiv a au următoarele obligații:*

alin. (2) A. la nivel de comune, orașe și municipii, inclusiv la nivelul: h) asigură spațiile necesare pentru colectarea separată a deșeurilor, ținând cont de reglementările urbanistice și de cele emise de Ministerul Sănătății, dotarea acestora cu containere specifice fiecărui tip de deșeu și dezvoltă în mod corespunzător centrele înființate potrivit prevederilor art. 10 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 5/2015, cu modificările și completările ulterioare, pentru a oferi populației posibilitatea de a se debarasa, fără plată, de deșeuri de hârtie și carton, sticlă, metal, materiale plastice, lemn, textile, ambalaje, deșeuri de echipamente electrice și electronice, deșeuri de baterii și acumulatori și deșeuri voluminoase, inclusiv saltele și mobilă.”

O altă solicitare vizează eliminarea prevederii din caietul de sarcini, pagina 18, privind plata de către operator a deșeurilor reciclabile. Consiliul constată că în caietul de sarcini, achizitoarea a menționat că „Deseurile vor fi preluate în mod gratuit sau prin achitarea contravalorii acestora de către operator generatorilor. Pretul de achiziție este stabilit anual conform cerințelor pietii fiind comunicat Primăriei de către operator în vederea ratificării.” Observând lipsa de coerență a informațiilor privind preluarea deșeurilor reciclabile, Consiliul stabilește că este necesară modificarea cerinței, fie în sensul gratuității preluării deșeurilor reciclabile, fie prin achitarea contravalorii lor de către operator generatorilor. Consiliul nu va reține trimiterea contestatoarei la prevederea art. 60 alin. (1) punctul A. lit. h) din OUG nr. 92/2021, deoarece aceasta face referire la interdicția stabilirii unui cost pe care generatorii ar putea să îl plătească pentru a se debarasa de deșeuri reciclabile, pe când clauza criticată din caietul de sarcini se referă la plata către generatori a contravalorii deșeurilor predate.

Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de eliminare din caietul de sarcini a prevederii de inserare în ofertă a unor grafice și programe de colectare, întrucât, contrar opiniei petentei, este menționat în caietul de sarcini că aceste grafice și programe vor putea fi prezentate ca urmare a vizitelor în teren. Însă, ceea ce îi revine autorității contractante, este asigurarea unui timp suficient pentru elaborarea unor oferte care să conțină inclusiv aceste tipuri de informații.

Prin contestația sa, SC SA solicită fie eliminarea cerinței achizitoarei ca oferta să cuprindă „planuri detaliate de management, marketing și comunicare cat și un plan de dezvoltare informațională a proiectului cat și un plan de implementare a principiilor economiei circulare” (cerință regăsită în fișa de date a achiziției, punctul IV.....1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”), fie înlocuirea cu informații clare și precise, care sa poată fi interpretate și introduse în ofertă. Consiliul stabilește oportună varianta propusă de

contestatoare în sensul completării cerinței cu date certe și precise, care să permită o informare a ofertanților completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, așa cum reclamă prevederea de la art. 15..... din Legea nr. 98/2016.

Criticată este și cerința autorității care instituie în sarcina ofertanților obligativitatea ca baza de lucru să se situeze la 30 minute de, în condiții normale de trafic, contestatoarea cerând eliminarea ei.

Verificând, Consiliul constată că în caietul de sarcini, punctul 3.6. „Cerințe privind amenajarea bazei de lucru operaționale și sistemul informatic al operatorului”, autoritatea contractantă a inserat următoarea cerință: *„Operatorul este responsabil cu amenajarea și autorizarea unei baze de lucru operaționale potrivit prevederilor legale aplicabile al cărei amplasament, indiferent de locație, trebuie să permită ajungerea pe raza în condiții normale de trafic a utilajelor /instalațiilor/ echipamentelor/vehiculelor implicate în desfășurarea activităților specifice contractului de delegare a serviciului de salubritate în termen de cel mult 30 de minute (cumulativ) de la data intrării și ieșirii din program.”*

În punctul său de vedere la contestație, achizitoarea nu combate critica și nici nu argumentează necesitatea cerinței citată mai înainte. Or, în contextul în care, în cauză, nu se face proba utilității cerinței atacate și nici nu se demonstrează că numai un operator economic cu o bază de lucru operațională situată astfel încât să permită ajungerea pe raza, în condiții normale de trafic, în termen de cel mult 30 de minute (cumulativ) de la data intrării și ieșirii din program, poate îndeplini dezideratul achiziției, Consiliul stabilește că se impune eliminarea acestei cerințe, ea fiind de natură să aducă un avantaj nepermis și nejustificat acelor operatori economici care au o bază de lucru la distanța corespunzătoare. Mai mult, soluția se impune și în contextul utilizării sintagmei „condiții normale de trafic”, noțiune vagă și care nu poate fi previzionată la nivelul

SC SA solicită și modificarea regulilor achiziției privind clarificarea documentației de atribuire, regăsite în fișa de date a achiziției, punctul II.1..... „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”, astfel:

„Numarul de zile pana la care se pot solicita clarificari inainte de data limita de depunere a ofertelor: 18 zile. Clarificarile solicitate dupa acest termen nu vor mai fi luate în considerare.

Autoritatea contractanta va raspunde în mod clar și complet tuturor solicitarilor de clarificare/informatii suplimentare, în cea de-a 11-a zi înainte de termenul limita stabilit pentru depunerea ofertelor.”

Or, contestatoarea apreciază necesară stabilirea a două runde de răspunsuri la clarificări vizând documentația de atribuire, potrivit art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere că cerința criticată nu este afectată de nelegalitate, nici din perspectiva termenelor stabilite și nici prin opțiunea unui singur termen-limită de răspuns, Consiliul nu va dispune modificarea ei în sensul indicat prin contestație, nefiind probată necesitatea adoptării soluției cerute de SC SA. Însă, și de această dată, Consiliul reiterează obligația autorității contractante, stabilită la art. 152 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, de a asigura ofertanților, prin acțiunile și condițiile sale, un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor sau solicitărilor de participare și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției.

Raportat la criticile aduse și la aspectele admise de către Consiliu, acesta stabilește că nu se identifică în speță motive de fapt și de drept care să facă necesară luarea măsurii extreme de anulare a întregii proceduri de achiziție publică, cerere astfel respinsă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă ca nefondat capătul principal de cerere, din contestația depusă de SC SA, vizând de atribuire.

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită capetele de cerere subsidiare din contestația depusă de SC SA.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să modifice documentația de atribuire în sensul aspectelor analizate și admise de Consiliu din contestațiile depuse de SC SA și de SC SA, să facă publice remedierile aduse prin publicarea lor în SEAP și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor care să asigure operatorilor economici interesați beneficierea de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale documentației de atribuire și cu exigențele achiziției.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestația depusă de SC SRL:

Împotriva documentației de atribuire, SC SRL a înaintat Consiliului contestația ce face obiectul dosarului

nr. / de pe rolul Consiliului, solicitând admiterea contestației și dispunerea următoarelor:

- în principal, obligarea autorității contractante la privind documentația de atribuire, în sensul eliminării/modificării cerințelor/specificațiilor detaliate prin contestație și la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu o perioadă de timp corespunzătoare, care să permită întocmirea și depunerea ofertelor, raportat la măsurile de remediere dispuse;

- în subsidiar, obligarea autorității contractante la de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Prin adresa nr. 3238/31.03....., înregistrată la CNSC cu nr. 16818/31.03....., SC SRL a comunicat Consiliului următoarele: „... renunțăm la soluționarea contestației nr. 289...../21.03....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1516...../23.03....., formulată împotriva documentației de atribuire a contractului de «Delegare de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza al», anunț de participare (CN/10.03.....), publicat de autoritatea contractantă”

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (8) 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, potrivit cărora „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul ia act de renunțarea la contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

În baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca neîntemeiată cererea SC SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu

Admite capetele de cerere subsidiare din contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor

evocate în motivare, să modifice documentația de atribuire în sensul aspectelor analizate și admise de Consiliu din contestațiile depuse de SC SA și de SC SA, să facă publice remedierile aduse prin publicarea lor în SEAP și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor care să asigure operatorilor economici interesați beneficierea de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale documentației de atribuire și cu exigențele achiziției.

Respinge ca nefondat capătul principal de cerere, din contestația depusă de SC SA, vizând de atribuire.

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție depusă de SC SA.

Ia act de renunțarea la contestația formulată de SC M. SRL în contradictoriu cu

Respinge ca neîntemeiată cererea SC M. SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.