

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. /, înaintată de SC SA, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin și convențional prin av., cu sediul pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în, formulată împotriva documentației de atribuire întocmite de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....” cu anunț de concesiune nr. /, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și, pe cale de consecință:

- în principal, eliminarea cerințelor prevăzute la art. 25 alin. (3), alin. (4), alin. (5), alin. (7), alin. (8), alin. (9) și alin. (10) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini, precum și cerințele prevăzute la art. 6, art. 10 alin. (13), art. 11 pct. 5 și 5¹ și la art. 16 alin. (10) și alin. (11) din Contract și oricare cerințe ce fac trimitere la aspectele prevăzute în cadrul acestor articole;

- obligarea autorității contractante la decalarea termenelor de depunere și de deschidere a ofertelor cu un număr corespunzător de zile în conformitate cu prevederile art. 71 și urm. din OUG nr. 34/2006, astfel încât operatorii economici să aibă posibilitatea de a-și întocmi oferta, ținând cont de termenele legale (conform art. 75 din OUG nr. 34/2006);

- în subsidiar, în situația în care soluționarea prezentei contestații se va realiza după data de 07.06..... (termenul limită de depunere a ofertelor), iar procedura nu a fost suspendată, anularea procedurii de atribuire, având în vedere prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) coroborate cu cele ale art. 209 alin. (4) lit. b) din OUG nr. 34/2006, întrucât viciile

contestate au afectat procedura de atribuire și modul în care operatorii economici și-au întocmit ofertele;

- acordarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă vizând inadmisibilitatea contestației pentru lipsa constituirii garanției de bună conduită.

Admite capetele de cerere principale din contestația depusă de SC SA.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 11 zile de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire în sensul celor arătate în motivare, să aducă modificările efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire și să stabilească o nouă data de depunere a ofertelor, cu respectarea art. 71 din OUG nr. 34/2006.

Respinge ca nefondat capătul subsidiar de cerere vizând anularea procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC SA a sumei de 2.000 lei reprezentând cheltuieli ocazionate de soluționarea prezentei cauze.

Dispune continuarea procedurii, cu respectarea celor decise.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr./....., SC SA atacă prevederile documentației de atribuire elaborate de, în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, referitoare la (i) obligația delegatului de a realiza toate investițiile prevăzute la art. 9 din caietul de sarcini și în oferta depusă, în doar termenul de 30 de zile de la semnarea contractului de către ambele părți, la (ii) constituirea garanției pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje în sumă de 1.000.000 lei/lot, reprezentând garanția pentru realizarea obligațiilor

prevăzute la art. 25 alin. (3) și alin. (4) din caietul de sarcini, la (iii) sancțiunea reținerii garanției susmenționate sau a rezilierii contractului pentru neîndeplinirea obligației susmenționate, precum și la (iv) toate formulările care cuprind trimiteri la respectivele articole sau situații criticate, considerându-le abuzive și nejustificate.

Pe de o parte, contestatoarea apreciază că termenul de 30 de zile impus pentru realizarea tuturor investițiilor aferente unui contract complex, ce urmează a se derula pe o perioadă de 8 ani, și având o valoare deloc de neglijat, respectiv de 158.198.076,08 lei, este mult prea redus și nu poate acoperi, în mod obiectiv, perioada de mobilizare, angajare, achiziționare a utilajelor și reînnoirea parcului de mașini și utilaje specifice prestării serviciului, ori de câte ori este necesar și alte investiții care sunt impuse în documentația de atribuire și a căror implementare nu se poate realiza într-o perioadă de 30 de zile calendaristice (20 de zile lucrătoare) și chiar mai puțin, având în vedere și posibilitatea ca această mobilizare să se realizeze în perioada concediilor sau a sărbătorilor.

Mai mult, pe lângă această obligație de realizare a investițiilor, pentru care a impus un termen nerealist de scurt raportat la multitudinea de investiții, precum și a activităților ce trebuie realizate pentru îndeplinirea acestui obiectiv, autoritatea contractantă a prevăzut și constituirea unei garanții suplimentare față de legislația achizițiilor publice, în cuantum de 1.000.000 lei, garanție care condiționează nejustificat atât încheierea contractului cât și derularea acestuia.

Contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă nu explică în niciun fel legătura de cauzalitate dintre constituirea acestei garanții și scopul pentru care se constituie, respectiv nu se înțelege ce legătură are această garanție cu respectarea termenului de 30 de zile, cu atât mai mult cu cât Contractul oricum prevede penalități de întârziere pentru neplata în termen a redevenței la art. 16 alin. (5) din Contract (eventual așa ar fi putut să procedeze și în cazul nerespectării contractului).

De asemenea, contestatoarea consideră nejustificat de severă sancțiunea rezilierii contractului dacă în termen de 60 de zile nu se realizează investițiile necesare pentru derularea unui contract pentru 8 ani de zile.

Dacă perioada de contractare ar fi fost una redusă, atunci termenul de 30, respectiv de 60 de zile, s-ar fi justificat, însă, luând în considerare complexitatea contractului și necesarul mare de angajați și utilaje pentru derularea contractului, cu atât mai mult cu cât art. 9 din caietul de sarcini impune reînnoirea utilajelor oricând este necesar, este evident că un termen atât de redus nu este proporțional cu riscurile și implicațiile financiare la care este supus operatorul economic.

Aceste cerințe, susține contestatoarea, restricționează concurența, fiind contrare dispozițiilor art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 și determină încălcarea principiului tratamentului egal și al proporționalității, întrucât, pe de o parte, se impune o obligație care favorizează operatorii economici care își desfășoară activitatea în

(obligația de realizare a investițiilor referitoare la personal/utilaje în termen de 30 de zile), iar pe de altă parte, se impune constituirea unei garanții care nu este justificată nici în fapt și nici în drept.

Or, obligația de realizare a investițiilor, precum și de dovedire a existenței și operativității dotărilor minime impuse prin fișa de date a achizițiilor, în termen de cel mult 30 de zile de la momentul încheierii contractului, nu își are nicio justificare cu atât mai mult cu cât, oricum, din cele 30 de zile calendaristice, se ajunge la un număr de 20 de zile lucrătoare.

Pe de altă parte, aceste obligații se raportează la dotările minime impuse în fișa de date a achizițiilor publice, mai exact la secțiunea III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, fiind vorba despre minim 39 de utilaje, pe care un ofertat, care nu le deține în felul solicitat de către autoritatea contractantă, trebuie să le achiziționeze de la terțe persoane și să realizeze, în acest sens, o investiție costisitoare într-un timp foarte scurt.

De asemenea, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă solicită ca, în cele 30 de zile calendaristice, respectiv aproximativ 20 de zile lucrătoare, ofertantul declarat câștigător să facă angajările de rigoare pentru 150 de persoane (conform secțiunii III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*).

Așadar, în ceea ce privește obligația de realizare a investițiilor în cel mult 30 de zile, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a impus un termen mult prea mic, care este disproporționat cu utilajele și personalul solicitat în documentația de atribuire, precum și cu complexitatea, durata și valoarea contractului, astfel încât se impune eliminarea acestui termen din documentația de atribuire.

În ceea ce privește constituirea garanției pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, contestatoarea apreciază că aceasta este o cerință care îngreunează dreptul operatorului economic de a participa la procedura de atribuire, printr-un obstacol ce nu-și are aplicabilitatea într-un contract de concesiune, care transferă majoritatea riscurilor în sarcina operatorilor economici.

Mai mult, impunerea acestei garanții nu este justificată de niciun act normativ și nici nu există vreo logică în ceea ce privește legătura de cauzalitate între realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje și eventuala nerespectare a termenului de 30 de zile impus pentru realizarea unor astfel de investiții, precum și sancțiunea reținerii acestei garanții dacă nu se respectă acest termen.

Or, legislația în domeniul achizițiilor publice nu permite autorității contractante impunerea unor obstacole nejustificate în participarea la procedură (art. 35 alin. (5) din OUG nr. 34/2006).

Pe de altă parte, nu se justifică nici sancțiunile impuse de către autoritatea contractantă, acestea fiind mult prea drastice în comparație cu efectele pe care o eventuală întârziere le-ar putea avea asupra derulării contractului.

Astfel, dacă ofertantul întârzie 61 de zile, contractul se reziliază, iar garanția constituită este reținută, cu toate că autoritatea contractantă nu justifică concret proporționalitatea dintre prejudiciul suferit pentru nerespectarea termenului și efectele pe care încetarea unui contract le are asupra locuitorilor.

Este evident că cel mai important este derularea contractului și respectarea interesului general, astfel încât simpla întârzierea a realizării unor investiții cu 1-30 de zile peste termenul de 30 de zile impus nu atrage, în niciun caz, o sancțiune de asemenea natură încât să se rețină o garanție de 1.000.000 lei, precum și rezilierea contractului.

Așadar, în opinia contestatoarei, pe lângă faptul că impunerea constituirii unei garanții în afara prevederilor legale reprezintă o cerință restrictivă și o clauză abuzivă, care nu poate fi pusă în executare, nici sancțiunile impuse prin nerespectarea obligației de constituire a garanției, precum și cea de nerespectare a termenului de 30 de zile de realizare a investițiilor nu se justifică, ci restricționează concurența și sunt disproporționate față de eventualul prejudiciu suferit, sau efectele pe care încetarea unui astfel de contract le are asupra locuitorilor (cu atât mai mult cu cât interesul general este cel de a continua contractul chiar și în situația unei eventuale întârzieri).

Mai mult, sancțiunea potrivit căreia „Neconstituirea acestei garanții va fi considerată refuz de încheiere a contractului” este abuzivă și încalcă dispozițiile prevederile art. 204 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 potrivit căroră „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, pe baza propunerilor tehnice și financiare cuprinse în respectiva ofertă”.

Or, autoritatea contractantă nu poate limita încheierea contractului la alte aspecte care nu sunt prevăzute de legislație, astfel încât aceasta, potrivit articolului susmenționat, este obligată să încheie contractul dacă operatorul economic respectă cerințele impuse, indiferent dacă acesta constituie sau nu documentația de atribuire.

Din acest motiv, arată contestatoarea, este clar că această garanție nu face altceva decât să impună obstacole suplimentare, care îngreșesc participarea operatorilor economici la procedura de atribuire

În ceea ce privește solicitarea, în subsidiar, de a se anula procedura de atribuire (în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. c) coroborate cu cele ale art. 209 alin. (4) lit. b) din OUG nr. 34/2006), contestatoarea consideră că, în momentul în care procedura de atribuire a continuat, întrucât fie nu s-a admis cererea de suspendare, fie autoritatea contractantă nu a suspendat, din oficiu, procedura de atribuire, iar termenul de depunere a ofertelor a depășit momentul soluționării prezentei proceduri, se impune anularea acestei proceduri de atribuire, încălcarea principiului transparenței, al proporționalității și al concurenței, precum și al tratamentului egal fiind fundamentale în domeniul achizițiilor publice, întrucât ofertanții au fost nevoiți să aibă în vedere cerințe/clauze ce îngreșesc accesul la procedura de atribuire.

În considerarea celor ce preced, contestatoarea solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 178533/....., înregistrată la CNSC sub nr. 13321/03.05....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, pe cale de excepție, pentru neconstituirea garanției de bună conduită în temeiul dispozițiilor art. 2711 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006 și ca nefondată.

Pe de o parte, autoritatea contractantă arată că autoarea contestației a depus garanția de bună conduită în cuantum de 111.942,5 lei, constituită prin OP la data de

Or, suma pentru care trebuia constituită garanția de bună conduită este de: 110795 lei/lot 1 și 110795 lei/lot 2.

În condițiile în care, apreciază autoritatea contractantă, contestația vizează prevederi ale caietului de sarcini și ale modelului de contract, valabile pentru ambele loturi, cuantumul garanției de bună conduită nu respectă prevederile art. 271¹ alin. (3) lit. c) din OUG nr. 34/2006, respectiv valoarea de 25.000 euro/lot, având în vedere că procedura pe loturi este privită ca o procedură separată pentru fiecare lot în parte.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că întreaga motivare a contestatoarei are la bază reținerea unor texte din OUG nr. 34/2006, privind caietul de sarcini și garanțiile necesare.

Or, conform legislației speciale, aplicabile în speță, procedura se desfășoară având la bază doar principiile statuate în OUG nr. 34/2006, iar pe fond, conform Legii nr. 51/2006 și Legii nr. 101/2006, privind utilitățile publice și salubritatea localităților.

Mai mult, fiind vorba de o concesiune de servicii, în speță nu sunt aplicabile prevederile HG nr. 925/2006, ci cele ale HG nr. 71/2007, privind contractele de concesiune.

În consecință, caietul de sarcini întocmit pentru această procedură conține cele deja reținute în Ordinul ANRSC nr. 111/2007 privind aprobarea caietului de sarcini-cadru al serviciului de salubritate a localităților, deoarece specialul derogă de la general, iar în acest caz, acest caiet de sarcini trebuie preluat pentru atribuirea contractului de concesiune, motiv pentru care motivarea în drept a contestației excede cadrul legal aplicabil.

De altfel, fiind vorba de o concesiune, se încheie, în temeiul legii speciale, contract de delegare gestiune, pentru care există obligații suplimentare pentru concesionar față de un executant/prestator în cazul contractului de achiziție publică.

În concluzie, arată autoritatea contractantă, argumentarea reținută de contestatoare nu este aplicabilă.

Or, solicitarea din cap. 9 al caietului de sarcini vizează dotarea cu: coșuri de gunoi, containere de gunoi, dotarea utilajelor/echipamentelor folosite pentru salubritate cu GPS, „reînnoirea parcului auto (...) ori de câte ori este necesar”.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 25 din Ordinul ANRSC nr. 111/2007, potrivit cărora operatorul economic are

obligația de a asigura „a) continuitatea activității, indiferent de anotimp și condițiile meteo, cu respectarea prevederilor contractuale, (...) i) reînnoirea parcului auto, în vederea creșterii eficienței în exploatarea acestuia, încadrării în normele naționale privind emisiile poluante și asigurării unui serviciu de calitate, (...) k) asigurarea, pe toată durata de executare a serviciului, de personal calificat și în număr suficient”.

Prin urmare, precizează autoritatea contractantă, toate solicitările cuprinse în caietul de sarcini la care se face referire în contestație sunt conforme cu legea aplicabilă procedurii.

Termenul solicitat de 30 de zile de la semnarea contractului poate fi respectat, dovadă fiind că același termen a fost oferat anterior, la procedurile anterioare de toți operatorii ofertanți, printre care a fost participant și SA. Totodată, acest termen este extrem de important raportat la faptul că actualele contracte expiră în mai 2017 și este imperativ necesară asigurarea continuității activității conform prevederilor legale în materie. În plus, dotarea cu coșuri de gunoi și containere sau GPS nu reprezintă un impediment la executare, acestea nu sunt echipamente complicate a căror asamblare/realizare să dureze un termen mai mare decât cel acordat de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește reînnoirea parcului auto, autoritatea contractantă arată că aceasta este o obligație solicitată conform legii și trebuie făcută conform unui plan (plan de investiții), ori de câte ori este necesar, așa cum s-a reținut și prin caietul de sarcini, nu în termenul de 30 de zile, conform reținerii eronate a contestatoarei. Mai mult, conform aceleiași legislații speciale aplicabile, cheltuielile cu reînnoirea parcului auto se regăsesc în costul serviciilor prestate, conform Ordinului ANRSC nr. 109/2007, respectiv în prețurile cu care se prezintă la licitație, cheltuielile cu aceste investiții urmând a fi amortizate pe parcursul prestării contractului de gestiune.

Utilajele și echipamentele necesar a fi dobândite în una din modalitățile reținute în fișa de date (închiriere, administrare, folosință, proprietate, etc.) sunt cele prevăzute ca și cerință minimă de calificare prin fișa de date și a căror existență este imperios necesară pentru a se îndeplini condiția legală privind asigurarea continuității activității. Aceste cerințe minime de calificare au fost avizate pentru legalitate de către ANAP, iar cine nu prezintă modalitatea de îndeplinire a cerinței este un ofertat inacceptabil, nu are nicio șansă la încheierea contractului.

Față de aceste considerente, autoritatea contractantă apreciază că, în fapt, ceea ce se contesta la acest moment sunt cerințele minime de calificare și nu o prevedere a caietului de sarcini sau a contractului. Dar, aceste cerințe au fost cerute și anterior și, ca urmare a numeroaselor contestații, au fost păstrate ca fiind legale, fiind depuse oferte admisibile din acest punct de vedere.

Totodată, dotările minimale pentru realizarea serviciului trebuie să fie prezentate ca disponibile pentru concedent la 30 de zile ulterior semnării contractului. Într-adevăr, este posibil ca o parte din utilajele minime să facă parte din programul operatorului de reînnoire a parcului auto (cele care le are în proprietate), dar o parte pot fi închiriate, luate în

folosință sau alte forme de administrare. Astfel, ofertantul poate prezenta la licitație utilajul respectiv ca fiind închiriat pentru o perioadă de 6 luni (de exemplu) – până la sosirea celui în proprietate – urmând ca, în costul serviciului la care este necesară utilizarea acelui utilaj, să fie cuprins amortismentul echipamentului, iar în programul de reînnoire parc auto să fie cuprins utilaj nou după 6 luni (de exemplu) de la semnarea contractului.

În privința personalului minim solicitat, legea arată că, operatorul concesionar trebuie să îndeplinească condiția stabilită la art. 25 lit. k) din Ordinul ANRSC nr. 11/2007, respectiv „asigurarea, pe toată durata de executare a serviciului, de personal calificat și în număr suficient”. Prin fișa de date a achiziției s-a permis prezentarea doar a unui angajament de angajare pentru a se face dovada personalului minim. Totodată, legea prevede asigurarea necesității continuității activității. Din cele expuse, cumulativ, rezultă că, la data începerii prestării serviciului, concesionarul trebuie să aibă personalul minim pentru prestarea unui astfel de serviciu, mai ales că, fiind vorba de o concesiune, riscurile contractuale cad în sarcina lui.

De altfel, menționează autoritatea contractantă, la eliberarea licenței ANRSC de funcționare/operare se solicită îndeplinirea de condiții tehnice, ce se referă, inclusiv, la personal și utilaje, iar acestea se raportează la numărul de locuitori pentru care se cere eliberarea licenței.

Privitor la garanția în cuantum de 1.000.000 lei, solicitată pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, autoritatea contractantă susține că cerința are la bază prevederile art. 29 alin. (14) lit. g) din Legea nr. 51/2006, ale art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2006, ale art. 16 alin. (1) lit. j) din HG nr. 71/2007, art. 40 alin. (1) lit. o) din HG nr. 717/2008 și ale modelului de contract aprobat prin HCL nr. 449/16.12.2015.

Prin urmare, legile speciale prevăd posibilitatea și necesitatea solicitării unei garanții – care este intitulată *garanție* sau *garanție de bună execuție*, după caz – cu scopul „garanțării de către concesionar a realizării investiției”. În concluzie, prin aceasta cerință cuprinsă în modelul de contract, autoritatea contractantă a pus în aplicare prevederile legale cu scopul garanțării realizării investițiilor – în acest caz fiind vorba de investițiile referitoare la cerințele minime, fără de care acest contract nu se poate desfășura.

Astfel, deși este intitulată *garanție*, aceasta este asimilată unei garanții de bună execuție, cu consecințele ce decurg din constituirea ei și derularea contractului.

Față de toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită Consiliului ca, la soluționarea contestației, să aibă în vedere și legislația specială aplicabilă în speță – actele normative mai sus indicate – cu mențiunea că este vorba de un contract de delegare gestiune și nu concesiune în sensul simplu al cuvântului.

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 15579/20.05....., SC SA a transmis Consiliului concluzii scrise,

prin care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la condițiile restrictive impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

În plus, în ceea ce privește criticile referitoare la garanția de bună conduită, formulate de autoritatea contractantă, SC SA precizează că a contestat documentația de atribuire (caietul de sarcini și modelul de contract) aferentă anunțului de concesiune nr. din, aceasta fiind aceeași indiferent de lot.

În ceea ce privește criticile autorității contractante potrivit cărora nu ar fi incidente dispozițiile OUG nr. 34/2006, contestația le consideră nejustificate.

În acest sens, contestația apreciază că autoritatea contractantă face abstracție de dispozițiile art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2006 conform căreia „procedura de atribuire și regimul juridic al contractelor de delegare a gestiunii serviciului de salubritate a localităților sunt cele stabilite de autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, conform prevederilor Legii nr. 51/2006, republicată, și ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare”.

Drept urmare, Legea nr. 101/2006 este norma specială, raportată la OUG nr. 34/2006. Pe de o parte, OUG nr. 34/2006 se aplică în cazul procedurilor de atribuire a contractelor de salubritate, iar pe de altă parte HG nr. 71/2007 sunt normele de aplicare ale OUG nr. 34/2006 referitoare la contractele de concesiune, dar acest fapt nu înlătură aplicabilitatea dispozițiilor OUG nr. 34/2006.

În opinia contestației, autoritatea contractantă susține eronat faptul că „conform legislației speciale, aplicabile în speță, procedura se desfășoară având la baza doar principiile statuate în OUG nr. 34/2006, iar pe fond, conform Legii nr. 51/2006 și a Legii nr. 101/2006”, întrucât dispozițiile art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2006 nu fac o astfel de distincție.

Totodată, susține contestația, invocarea dispozițiilor HG nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 confirmă faptul că, în procedura de atribuire, sunt aplicabile normele din Ordonanță.

De altfel, contestația precizează că nu a invocat, în cadrul contestației, încălcarea dispozițiilor HG nr. 925/2006, pentru că autoritatea contractantă să fie îndreptățită să facă o astfel de distincție între cele două acte normative.

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 15 din HG nr. 71/2007, „în elaborarea caietului de sarcini, autoritatea contractantă trebuie să respecte prevederile art. 35 - 39 din ordonanța de urgență”.

În ceea ce privește criticile autorității contractante referitoare la argumentarea aferentă investițiilor, a perioadei de realizare a acestora cât și a sancțiunilor impuse pentru neîndeplinirea acestora și a termenului impus sunt nejustificate.

Contestatoarea arată că nu a criticat solicitarea de realizare a investițiilor impuse, ci termenul de 30 de zile impus atât pentru investițiile cuprinse la art. 9 din caietul de sarcini, investiții care nu cuprind doar achiziționarea celor 39 de utilaje, dar și angajarea efectivă a 150 de persoane.

Invocarea dispozițiilor art. 25 din Ordinul ANRSC 111/2007 nu justifică decât solicitarea investițiilor realizate (respectiv de ce autoritatea contractantă are nevoie de 150 de persoane și minim 39 de utilaje pentru a se executa contractul), dar aceste dispoziții nu reprezintă temei legal pentru un termen atât de redus, de 30 de zile calendaristice (aproximativ 20 de zile lucrătoare).

În considerarea celor ce preced, SC SA solicită admiterea contestației, constatarea veridicității aspectelor criticate și, pe cale de consecință, deciderea în sensul petitului contestației.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de concesiune având ca obiect „.....”, cod CPV 32330000-5 Aparatură audio și video de înregistrare și de redare (Rev.2),, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesiune nr. din, la care a atașat documentația de atribuire.

Împotriva documentației de atribuire, SC SA a înaintat Consiliului contestația de față (însoțită de garanția de bună conduită în valoare de 111.842,5 lei), solicitând admiterea contestației și, pe cale de consecință:

- în principal, eliminarea cerințelor prevăzute la art. 25 alin. (3), alin. (4), alin. (5) alin. (7), alin. (8), alin. (9) și alin. (10) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini, precum și cerințele prevăzute la art. 6, art. 10 alin. (13), art. 11 pct. 5 și 5¹ și la art. 16 alin. (10) și alin. (11) din Contract și oricare cerințe ce fac trimitere la aspectele prevăzute în cadrul acestor articole;

- obligarea autorității contractante la decalarea termenelor de depunere și de deschidere a ofertelor cu un număr corespunzător de zile în conformitate cu prevederile art. 71 și urm. din OUG nr. 34/2006, astfel încât operatorii economici să aibă posibilitatea de a-și întocmi oferta, ținând cont de termenele legale (conform art. 75 din OUG nr. 34/2006);

- în subsidiar, în situația în care soluționarea prezentei contestații se va realiza după data de 07.06..... (termenul limită de depunere a ofertelor), iar procedura nu a fost suspendată, anularea procedurii de atribuire, având în vedere prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) coroborate cu cele ale art. 209 alin. (4) lit. b) din OUG nr. 34/2006, întrucât viciile

contestate au afectat procedura de atribuire și modul în care operatorii economici și-au întocmit ofertele;

- acordarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Având în vedere faptul că procedura de atribuire se afla în derulare, respectiv în perioada de întocmire a candidaturilor, iar eventualele modificări ale condițiilor de derulare a acesteia care s-ar impune conform celor propuse de contestatoare, nu ar putea să conducă la imposibilitatea participării contestatoarei cu ofertă, având în vedere că termenul limită pentru depunerea candidaturilor este 07.06..... (conform anunțului de concesiune nr./.....), Consiliul a respins cererea de suspendare a procedurii, ca nefondată (Decizia nr. 114 S/...../..... din).

Potrivit prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul cercetează, cu întâietate, excepția invocată în speță de către autoritatea contractantă și care vizează inadmisibilitatea contestației pentru neconstituirea garanției de bună conduită. În motivarea excepției, autoritatea contractantă arată că, dat fiind faptul că procedura este organizată pe două loturi, fiind „privită o procedură separată pentru fiecare lot în parte”, iar contestatoarea nu indică lotul atacat, concluzionându-se că actul de investiție privește ambele loturi, garanția de bună conduită trebuia să fie constituită pentru fiecare lot în parte.

Față de aceste pretenții ale autorității contractante, Consiliul reține că procedura în cauză este o procedură unică (pentru care a fost publicat un singur anunț în SEAP și pentru care a fost elaborată o singură documentație de atribuire) având un obiect care se atribuie pe loturi, că documentul atacat prin contestație este unul unic, respectiv documentația de atribuire din care fac parte caietul de sarcini și modelul de contract, și că prevederile criticate din acest act al autorității contractante sunt prevederi general valabile, fără a fi caracteristice unui anumit lot sau fiecăruia din cele două.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că faptul de a constitui garanția de bună conduită prin raportare la valoarea estimată totală a contractului de concesiune, indicată de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, punctul II.2.1) „Cantitatea totală sau domeniul”, nu se constituie într-o încălcare a dispozițiilor care reglementează instituția acestei garanții. Dimpotrivă, instituirea unei astfel de obligații ar fi contrară principiului proporționalității.

Astfel, Consiliul respinge excepția invocată de autoritatea contractantă și va examina cauza pe fondul său.

Consiliul reține că una dintre critici vizează obligația, impusă de către autoritatea contractantă, de constituire a unei garanții pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, prevăzută la art. 25 alin. (5), (7), (8), (9) și (10) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini, precum și la art. 6, art. 10 alin. (13), art. 16 alin. (10) și (11) din contract.

Din susținerile autorității contractante rezultă că această garanție este una de bună execuție, însă din prevederile caietului de sarcini și din clauzele contractuale stabilite de autoritate rezultă contrariul.

Astfel, garanția de bună execuție are ca scop asigurarea entității achizitoare de îndeplinirea întregului obiect al contractului la nivelul cantitativ, calitativ stabilit prin documentația de atribuire și urmărit de autoritate, precum și în perioada convenită a contractului. Rezultă că garanția de bună execuție este valabilă pentru întreaga durată de derulare a contractului și poate face obiectul pretențiilor autorității achizitoare, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului, în limita prejudiciului creat, în cazul în care contractantul nu își îndeplinește obligațiile pe care și le-a asumat prin contract.

Or, în contradicție cu aceste caracteristici ale garanției de bună execuție, garanția solicitată de autoritatea contractantă este cerută doar pentru asigurarea conduitei contractantului legată de realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, conform art. 25 alin. (3) și (4) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini și este executată, parțial, în cazul în care contractantul îndeplinește această obligație în termen de 30 zile de la expirarea celor 30 stabilite pentru realizarea și operabilitatea investițiilor și dotărilor minime cu personal și utilaje, și total, dacă nici în aceste 30 de zile suplimentare obligația nu este respectată. Rezultă din această regulă că garanția instituită de autoritatea contractantă nu are ca scop asigurarea sa asupra îndeplinirii integrale, de către contractant, a obiectului contractului, așa cum este cazul garanției de bună execuție.

Mai mult, executarea garanției pentru neîndeplinirea obligației contractantului de a realiza investițiile și dotările minime cu personal și utilaje se suprapune sancțiunii lipșirii de efecte a contractului, caz în care există o dublă sancționare a contractantului pentru o faptă unică, ceea ce încalcă principiul proporționalității, consacrat la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

Potrivit art. 25 alin. (5) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini, neconstituirea acestei garanții (cea criticată prin contestație) în termenul precizat mai sus (la data semnării contractului de delegare), va fi considerată refuz de încheiere a contractului din partea delegatului.

Or, potrivit punctului III.1.1.a) „Garanție de participare” din fișa de date a achiziției, scrisoarea de garantare emisă în condițiile legii trebuie să prevadă faptul că plata se va face condiționat/necon condiționat, în situația în care oferta sa fiind stabilită câștigătoare, ofertantul refuză să semneze contractul în perioada de valabilitate a ofertei.

Coroborând cele două prevederi, Consiliul stabilește că, în cazul neconstituirii garanției criticate, autoritatea contractantă, prin prisma interpretării sale asupra acestei neconstituiri, ar fi în situația de a executa garanția de participare, deși contractantul nu își manifestă expres intenția de a nu semna contractul în cauză.

Din economia textelor din OUG nr. 34/2006, aplicabile integral procedurii de atribuire a contractului în cauza, și din HG nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța de urgență a

Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, nu rezultă posibilitatea legală a autorității contractante de a institui obligația unui alt tip de garanție decât cele de participare și/sau bună execuție.

Totodată, potrivit art. 44 alin. (1) și (2) din Procedura cadru privind organizarea, derularea și atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice din 02.07.2008, aprobată prin HG nr. 717/2008, delegatarul poate solicita delegatului ca în termen de cel mult 90 de zile de la data semnării contractului de delegare să depună, cu titlu de garanție, o sumă fixă reprezentând o cotă-parte în procent de 5-10% din suma obligației de plată datorate de către delegat pentru primul an de exploatare, valabilă pe toată durata contractului, din această sumă fiind reținute, dacă este cazul, sumele exigibile datorate de către delegat delegatarului.

Deși autoritatea contractantă invocă această prevedere în apărarea sa, este lesne de observat ca garanția supusă cenzurii Consiliului nu este una de natura celei descrise de legiuitor la art. 44 alin. (1) și (2) din procedura cadru aprobată prin HG nr. 717/2008.

Date fiind toate argumentele invocate, Consiliul reține caracterul nelegal al garanției în valoare de 1.000.000 lei/lot, așa cum aceasta este prevăzută și reglementată la art. 25 alin. (5), (7), (8), (9) și (10) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini, precum și la art. 6, art. 10 alin. (13), art. 16 alin. (10) și (11) din contract.

În aceste condiții, urmează ca autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire în sensul eliminării prevederilor referitoare la această garanție, urmând ca remedierea să fie incidentă oricăror mențiuni din documentația de atribuire, altele decât cele evocate în contestație și care au legătură cu garanția examinată.

A doua critică adusă de SC SA documentației de atribuire elaborate de se referă la termenul de 30 de zile, apreciat insuficient de contestatoare, pentru îndeplinirea obligațiilor menționate la art. 25 alin. (3) și (4) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini.

Analizând prevederile art. 9 din caietul de sarcini, referitoare la investițiile ce trebuie realizate de ofertant în termen de 30 de zile, precum și cerințele de calificare vizând dotările minime de personal și utilaje, Consiliul stabilește că acest termen este unul insuficient pentru asigurarea celor minim 30 de conducători auto și a celor minim 110 muncitori, pentru care autoritatea contractantă a acceptat ca suficientă, pentru a se considera împlinită cerința de calificare, doar prezentarea unui angajament de angajare în termen de 30 de zile de la data semnării contractului. Aprecierea Consiliului pornește de la premisa că unele sau toate persoanele care vor fi angajate de către ofertantul în prezenta procedură ar putea fi nevoite să parcurgă procedura legală de încetare a unui contract de muncă anterior, procedură care, în cazul demisiei, presupune un termen de preaviz de maxim 20 de zile lucrătoare acordat de salariat angajatorului, conform art. 81 alin. (4) din Codul Muncii.

Or, în atari condiții, termenul de 30 de zile calendaristice, impus de autoritatea contractantă, reprezentând ≈ 20 de zile lucrătoare, este insuficient pentru angajarea legală a forței de muncă, salarizată și anterior.

Drept urmare, autoritatea contractantă va majora la 45 de zile termenul indicat art. 25 alin. (3) și (4) din Capitolul V *Dispoziții Finale* din cadrul caietului de sarcini, urmând ca modificarea să opereze asupra tuturor specificațiilor documentației de atribuire care fac referire la aceste termen sau care au legătură cu acesta.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită capetele de cerere principale din contestația depusă de SC SA.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanță, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 11 zile de la primirea deciziei Consiliului, să modifice documentația de atribuire în sensul celor arătate în motivarea de mai sus, să aducă modificările efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire și să stabilească o nouă data de depunere a ofertelor, cu respectarea art. 71 din OUG nr. 34/2006.

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență, Consiliul va respinge ca nefondat capătul subsidiar de cerere vizând anularea procedurii de atribuire.

În baza art. 278 alin. (8) din ordonanța de urgență, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la plata către SC SA a sumei de 2.000 lei, reprezentând parte din contravaloarea onorariului Cabinet de avocat în valoare de 8.062,92 lei (conform factura fiscală seria B CT nr. 283 din și conform ordin de plată nr. 1040 din 18.05.....), proporțional cu complexitatea cauzei, prin aplicarea dispozițiilor coroborate ale art. 297 din OUG nr. 34/2006 și art. 451 alin. (2) din Codul de Procedura Civilă.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii, cu respectarea celor decise.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) și art. 281 din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

.....