



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Pe rolul CNSC au fost înregistrate sub nr. 11250/30.03.2017 și nr. 13474/12.04.2017, contestațiile înaintate de SC ... SRL și SC ... SRL, împotriva răspunsurilor la notificarea prealabilă transmise cu adresele nr. 4906/24.03.2017 și nr. 5552/05.04.2017, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului „...”, coduri CPV: ..., inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Prin contestația nr. 82/29.03.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 11250/30.03.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., adresa de corespondență: ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată prin ... – Director general, formulată împotriva răspunsului la notificarea prealabilă transmis cu adresa nr. 4906/24.03.2017, emisă de ..., s-a solicitat Consiliului:

- admiterea contestației și anularea răspunsului nr. 4906/24.03.2017 la Notificarea prealabilă nr. 68/22.03.2017;

- obligarea autorității contractante de a lua măsurile de remediere necesare, așa cum au fost solicitate în cuprinsul Notificării prelabile nr. 68/22.03.2017 și suplimentate prin prezenta contestație.

Prin contestația nr. 208/10.04.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 13474/12.04.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin ... – Director general, formulată împotriva răspunsului la notificarea prealabilă nr. 5552/05.04.2017, emisă de ..., s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016;

- luarea măsurilor de remediere în sensul înlocuirii criteriului de atribuire „Prețul cel mai scăzut”, cu criteriul „Cel mai bun raport calitate-preț” sau „Cel mai bun raport calitate-cost”, a prelungirii valabilității Certificatului de urbanism nr. 94/19.06.2015;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

Prin Încheierea nr. 173/C8/921,1138 din 13.04.2017, Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, solicitarea SC ... SRL de suspendare a procedurii de atribuire.

Din verificarea informațiilor conținute de SEAP, Consiliu constată că autoritatea contractantă a postat adresa nr. 6.618/20.04.2017, în care a menționat următoarele: „Autoritatea contractantă a decis revenirea din suspendare, prin Notificarea 6515/19.04.2017, și a prelungit termenul limită de depunere a ofertelor, până la data de 02.05.2017(...)”.

Pentru soluționarea 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, pentru a se pronunța o soluție unitară.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SC ... SRL și SC ... SRL atacă răspunsurile la notificările prealabilăe transmise cu adresele nr. 4906/ 24.03.201 și nr. 5552/05.04.2017, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

După ce citează obiectul contractului, contestatoarea precizează că documentația de atribuire, la cap. II. 1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, cuprinde următoarea clauză suspensivă:

„(...) În cazul în care indiferent de motive contractul de finanțare cu MFE AM POIM nu se va semna, AC își rezervă dreptul de a ANULA procedura de achiziție după primirea notificării din partea MFE AM POIM cu privire la neacordarea finanțării, încheierea contractului de achiziție publică devenind imposibilă.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că AC și/sau MFE AM POIM nu pot fi considerați răspunzători pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire indiferent de natura acestuia și indiferent dacă AC și/sau MFE AM POIM au fost notificați asupra existenței unui asemenea prejudiciu.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere

în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă."

Cu privire la acest aspect, menționează că, prin Notificarea prealabilă, a solicitat:

- *„eliminarea integrală din Fișa de Date a textului citat;*
- *înscrierea clară a faptului că procedura va fi finalizată în cazul în care nu vor putea fi invocate condițiile de anulare menționate în lege;*
- *înscrierea clară a posibilității ca finanțarea contractului supus procedurii să nu poată fi accesată, fapt care nu poate conduce la anularea procedurii ci, eventual la alte acțiuni ulterioare finalizării procedurii."*

La care autoritatea contractantă a răspuns astfel:

„Contractul de finanțare Programul Operațional Infrastructura Mare nr. 25/09.02.2017, înregistrat la ... sub nr. 30/15.02.2017 al cărui beneficiar este ... cu titlu de proiect ... a fost încheiat astfel că, potrivit legii, clauza suspensivă din cadrul Fișei de date nu mai produce efecte și nu mai necesită măsuri de remediere", dar nu a publicat un anunț de tip erată.

Contestatoarea apreciază că, în conformitate cu obligațiile ce-i revin, prevăzute la art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu atât mai mult cu cât clauza suspensivă reclamată nu mai avea obiect încă de la data publicării Anunțului de participare (15.03.2017), contractul de finanțare la care clauza suspensivă face referire fiind semnat în data de 09.02.2017.

Cu referire la prevederile cuprinse în cap. IV.2.1) *Criterii de atribuire*, susține că autoritatea contractantă a decis în mod nelegal utilizarea criteriului „Prețul cel mai scăzut".

Față de prevederile legale aplicabile unei proceduri ce vizează un contract complex de proiectare + execuție lucrări, contestatoarea a solicitat eliminarea acestui criteriu de atribuire și înlocuirea sa cu unul din criteriile: „Cel mai bun raport calitate-preț" sau „Cel mai bun raport calitate-cost".

Răspunsul autorității contractante a fost: *„Având în vedere faptul că, obiectul contractului este de ...", nu sunt incidente în prezenta cauză prevederile art 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016. Autoritatea contractantă nu va utiliza costul cel mai scăzut/prețul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul: a) anumitor categorii de contracte de achiziție publică/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale și care presupun activități cu nivel de complexitate ridicat".*

În concluzie, autoritatea contractantă nu va adopta măsuri de remediere, în sensul modificării criteriului de atribuire „Prețul cel mai scăzut."

După ce prezintă activitățile principale ale contractului ce urmează a fi atribuit, care includ și furnizarea de echipamente tehnologice ce trebuie să îndeplinească unele criterii, care, în opinia sa, sunt tratate de art. 187 din Legea nr. 98/2016, SC ... SRL amintește că noua legislație privind

achizițiile publice interzice utilizarea factorului de evaluare prețul cel mai scăzut/costul cel mai scăzut în cazul contractelor de achiziție publică/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii, *care au ca obiect servicii intelectuale* și care presupun activități cu nivel de complexitate ridicat, conform art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/ 2016.

Invocând prevederile art. 132 din aceeași lege, precum și art. 32 alin. (6) din HG nr. 395/2016, contestatoarea apreciază că se pot distinge în mod clar care sunt activitățile considerate „*prestații intelectuale*”, proiectarea de flux tehnologic și de lucrări fiind una dintre acestea.

Astfel, chiar în lipsa unei Instrucțiuni/Ordin ANAP care să includă și alte tipuri de activități ce sunt considerate prestații intelectuale, legislația existentă oferă deja, cel puțin pentru această procedură, detalii suficiente și fără echivoc.

De asemenea, consideră că se aplică și caracterul de „complexitate ridicată” a proiectului, întrucât procedura vizează atât proiectarea tehnică a lucrărilor, cât și proiectarea tehnologică de flux a unor instalații complexe, integrarea funcțională și constructivă a acestora în cadrul lucrărilor, cât și activitatea de furnizare, instalare și testare a instalațiilor respective. Suplimentar, SC ... SRL consideră că prezentei proceduri i se poate aplica chiar art. 187 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa, prin aplicarea criteriului de atribuire „*Prețul cel mai scăzut*”, autoritatea contractantă a încălcat art. 2 alin. (1) din Legea 98/2016, eficiența economică și socială negăsindu-și aplicabilitate în condițiile atribuirii unui contract de asemenea complexitate și importanță socială și de mediu, dacă nu se iau în considerare elemente precum calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile funcționale, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului etc.

Cu referire la prevederile cuprinse în cap. III.2.2) Capacitatea economică și financiară a Fișei de date, autoritatea contractantă a solicitat „*Cerința 2: Disponibilități bănești, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit pentru minim 3 luni de derulare a contractului, conform graficului de execuție, în valoare de 2.819.424 lei.*”

Având în vedere prevederile Notificării ANAP din 07.12.2016 cu privire la Fișa de date a achiziției, contestatoarea a solicitat modificarea acestui nivel minim necesar pentru evaluarea respectării cerinței privind capacitatea economică și financiară și înlocuirea sa cu un alt nivel care să fie calculat cu luarea în considerare a prevederilor legale și a celorlate componente ale documentației de atribuire, respectiv cu Formularul 7A - Anexa la Formularul de ofertă, în ceea ce privește nivelul avansului ce se va oferi la solicitarea Antreprenorului, respectiv de 10% din valoarea contractului.

Răspunsul autorității contractante a fost următorul:

„*Formula de calcul potrivit căreia a fost stabilit nivelul de cash-flow este următoarea: Durata contractului: 18 luni (nu cuprinde Perioada de Notificare a Defectelor)*

24.166.493,21 : 18 luni = 1.342.582,96 lei

$$1.342.582,96 \times 3 \text{ luni} = 4.027.748,87 \text{ lei}$$

Se scade avansul acordat în prima tranșă de 5% (conform Formular 7A - Anexa la Formularul de ofertă "Prima tranșă maxim 5% din valoarea acceptată a contractului.")

$$24.166.493,21 \times 5\% = 1.208.324,66, \text{ rezultă un cash-flow în valoare de: } 4.027.748,87 - 1.208.324,66 = 2.819.424,21 \text{ lei}$$

Având în vedere calculul de mai sus, autoritatea contractantă menține valoarea cash-flow-ului de: 2.819.424 lei".

Contestatoarea amintește că Notificarea ANAP din 07.12.2016 prevede că, în condițiile în care se solicită demonstrarea unui nivel minim de cash-flow, formula după care se calculează este: (valoarea estimată a contractului/perioada de derulare) x perioada solicitată de autoritatea contractantă, iar atunci când există prevăzut că se oferă avans, nivelul minim impus pentru cash-flow trebuie diminuat corespunzător sau eliminat.

În cazul de față, arată că autoritatea contractantă a calculat valoarea de cash-flow conform Notificării ANAP (ce are caracter de legislație terțiară), dar nu a luat în considerare decât prima tranșă a avansului, fără luarea în considerație a faptului că tranșele de avans, conform documentației de atribuire (Formularul 7A - Anexa la Formularul de ofertă) se eliberează la cererea Antreprenorului, după ce acesta face dovada cheltuirii primei tranșe.

Astfel, în opinia sa, consideră că atât timp cât Antreprenorului nu i se impune un interval minim de timp după care acesta poate solicita cea de a doua tranșă a avansului, ci doar i se cere să demonstreze cheltuirea primei tranșe, stabilirea unui nivel minim impus pentru cash-flow calculat prin luarea în considerație doar a unei tranșe de avans, este nelegală, depășind limitele clare impuse de ANAP.

Prin urmare, susține că, în mod nejustificat și nelegal, autoritatea contractantă a stabilit prin Fișa de date un nivel minim al disponibilităților bănești de o valoare mult mai mare decât cea maximă prevăzută de lege, motiv pentru care cere modificarea acestuia în sensul prevăzut de lege.

Cu referire la prevederile cuprinse în cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, menționează că autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„Ofertantul trebuie să fi executat în cadrul a maxim 3 contracte:

- proiectarea unor lucrări similare, în valoare cumulată de minim 845.827,30 lei.*

- execuția unor lucrări similare, în valoare cumulată de minim 22.865.959,44 lei.*

Se va prezenta:

- o listă a serviciilor de proiectare realizate în cursul unei perioade ce acoperă cel mult ultimii 3 ani, din care să rezulte că a proiectat lucrări în domeniul reciclării și tratării deșeurilor sau infrastructura similară din punct de vedere al complexității și/sau utilității.*

- o listă a lucrărilor executate în cursul unei perioade ce acoperă cel mult ultimii 5 ani, din care să rezulte că a executat lucrări în domeniul*

reciclării și tratării deșeurilor sau infrastructură similară din punct de vedere al complexității și/sau utilității.”

Referitor la acest aspect, contestatoarea precizează că a solicitat modificarea respectivelor informații și/sau niveluri minime necesare pentru evaluarea respectării cerinței privind capacitatea tehnică și profesională și înlocuirea lor cu alte informații/niveluri care să aibe directă legătură cu obiectul contractului (proiectare și execuție stație de sortare și stație de tratare mecano-biologică). Răspunsul autorității contractante fiind următorul:

„Întrucât, cerința face referire la proiectarea și executarea infrastructurii necesare activității de reciclare și tratare a deșeurilor și nu la activitățile specifice serviciului public de salubritate prevăzut în Legea nr. 101/2006 și Legea nr. 211/2011, autoritatea contractantă menține astfel cerințele conform Fișei de date cuprinse în Documentația de Atribuire fără nici o remediere.”

După ce reproduce prevederile art. 2 și art. 59 din Legea nr. 101/2006 privind serviciul de salubritate a localităților, unele prevederi ale Anexei 1 din OUG nr. 68/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 211/2011 privind regimul deșeurilor, precum și dispozițiile art. 1, art. 2, art. 4 din Regulamentul-cadru al ... al serviciului de salubritate a localităților, contestatoarea arată că sortarea face parte din categoria activităților de colectare a deșeurilor, iar reciclarea și tratarea mecano-biologică fac parte, amândouă, din categoria activităților de tratare.

De altfel, susține că inclusiv Acordul de mediu nr. 28/06.07.2011, care este parte integrantă a documentației de atribuire, în ceea ce privește rezultatele activității desfășurate în stația de sortare, prevede că: *„după selectare, deșeurile sunt transportate pe categorii la presă de balotare cu lagăre unde se realizează baloturile de materii reciclabile în vederea expedierii la reciclatori”*, astfel că, în opinia sa, investițiile ce urmează a fi efectuate nu se încadrează în categoria investițiilor în reciclare.

Pe cale de consecință, susține că cerința de calificare, citită cu referire la legea aplicabilă, nu impune ofertanților experiență similară cu privire la Stația de Sortare, ci doar în domeniul tratării și anume doar cu privire la Stația de Tratare Mecano-Biologică. De asemenea, cerința menționează domeniul „reciclării”, care nu reprezintă obiect al serviciului public de salubritate ce intră în competența administrației publice, conform Legii 101/2006 și Regulamentului-cadru ...

Față de cele de mai sus, consideră că această cerință nu are nicio legătură cu obiectul contractului, dar mai mult, permite, fără vreo justificare, calificarea unor potențiali ofertanți care nu au experiență relevantă în raport cu obiectul contractului. În opinia sa, prin răspunsul oferit, autoritatea contractantă susține implicit că va efectua investiții publice pentru realizarea unor obiective de investiții, care nu intră în competența acesteia, respectiv în instalații de reciclare.

În concluzie, apreciază că prin cerința criticată, autoritatea contractantă încalcă principiul proporționalității statuat prin art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Cu referire la prevederile cuprinse în cap. III.2.3. b) *Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului*, precizează că autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„Cerința nr. 1: Pentru activitatea principală ce face obiectul contractului ofertanții vor face dovada implementării sistemului de management al calității conform SR EN ISO 9001 prin prezentarea unor certificate valabile emise de organisme de certificare acreditate sau alte probe/dovezi care confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității.

Pentru activitatea principală de execuție din cadrul lucrărilor cuprinse în obiectul contractului ofertanții vor face dovada implementării sistemului de management al mediului conform SR ISO 14001, prin prezentarea unor certificate valabile emise de organisme de certificare acreditate sau alte probe/dovezi care confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al managementului mediului.”

Cu privire la acest aspect, contestatoarea susține că a cerut modificarea respectivelor informații și/sau niveluri minime necesare pentru evaluarea respectării cerinței privind standardele de asigurare a calității și de protecție a mediului și înlocuirea lor cu alte informații/niveluri care să aibe directă legătură cu obiectul contractului - proiectare și execuție lucrări - și introducerea unora clare referitoare la activitatea/activitățile principale. Răspunsul autorității contractante fiind următorul:

„Potrivit dispozițiilor prevăzute de Legea 98/2016 privind achizițiile publice, cerințele au fost redactate întocmai cu acestea, și cu raportare la activitățile principale: pentru ISO 9001 – proiectare + execuție lucrări; pentru ISO 14001 - execuție lucrări. În concluzie nu se adoptă măsuri de remediere.”

În condițiile în care acest contract are două activități principale, respectiv proiectare și execuție lucrări, SC ... SRL consideră că modificarea solicitată trebuie să cuprindă obligativitatea ca ofertanții, în condițiile legii, să facă dovada implementării sistemului de management al mediului conform SR ISO 14001 pentru fiecare activitate principală în parte și nu doar pentru una dintre acestea, în condițiile în care Acordul de mediu impune condiții pentru realizarea proiectelor obiectivelor de investiții.

De altfel, arată că Notificarea ANAP nr. 527/2016 este clară în acest sens: *„Formularea cerinței (mai ales în situația în care obiectul contractului este unul complex, cuprinzând două sau mai multe activități distincte) să fie clară și să asigure posibilitatea îndeplinirii prin raportare la domeniul în care se încadrează activitatea/ activitățile principală(e) ce fac obiectul contractului (...)”*, așa cum este clar prevăzut și la art. 172-179 din Legea nr. 98/2016.

SC ... SRL consideră că, prin răspunsul autorității contractante, au fost introduse și modificări la cerința cu privire la implementarea sistemului de management al calității ISO 9001 pentru activitatea de proiectare și pentru activitatea de execuție - solicitare care nu era explicit formulată în Anunțul de participare publicat, iar această modificare trebuia făcută prin publicarea unui anunț de tip erată, în conformitate cu obligațiile ce-i revin prevăzute la art. 55 alin. (1) din HG 3nr. 95/2016, împreună cu prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, așa cum este prevăzut la art. 55 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 5342/03.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 12945/10.04.2017, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, în notificarea prealabilă, SC ... SRL nu a menționat niciun motiv de netemeinicie și nelegalitate a întocmirii documentației de atribuire, ci doar aprecieri subiective rezultate din modul de interpretare a textelor de lege, cuprinse în legislația actuală.

Astfel,

1. Cu referire la prevederile cuprinse în cap. II.1.5. *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*, autoritatea contractantă precizează:

- Contractul de finanțare Programul Operațional Infrastructură Mare nr. 25/09.02.2017, înregistrat la ... sub nr. 30/15.02.2017, al cărui beneficiar este UAT Județul Brăila cu titlu de proiect „...” a fost încheiat, astfel că, potrivit legii, clauza suspensivă din cadrul Fișei de date nu mai produce efecte și nu mai necesită măsuri de remediere;

- privitor la observației contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă „nu a publicat un anunț de tip erată”, ... consideră că nu s-a impus în prezenta cauză o astfel de măsură, deoarece un astfel de anunț ar fi condus la confuzie și implicit la modificarea documentației de atribuire, modificare ce nu este posibilă în această etapă;

- în urma evaluării de către ANAP conform art. 23 din HG nr. 395/2016, a realizat toate remediile ce au fost necesare.

2. Cu referire la prevederile cuprinse în cap. IV.2.1 Criterii de atribuire – *„Prețul cel mai scăzut”*, autoritatea contractantă consideră că, având în vedere obiectul contractului de ...”, în prezenta cauză, nu sunt incidente dispozițiile art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/ 2016 la care face trimitere contestatoarea. De asemenea, arată că:

- serviciile de proiectare nu presupun activități cu nivel de complexitate ridicat, în sensul prevăzut de art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016;

- caracteristicile tehnice ale lucrării au fost detaliate în cuprinsul Caietului de sarcini și trebuie respectate de către ofertanți;

- criteriul de atribuire a contractului propus, este *prețul cel mai scăzut*, deoarece s-a avut în vedere utilizarea economică, eficientă și

eficace a resurselor financiare și încadrarea în limitele bugetului aprobat, respectiv contractului de finanțare din fonduri europene.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că nu va adopta măsuri de remediere, în sensul modificării criteriului de atribuire „Prețul cel mai scăzut”.

3. Cu referire la prevederile cuprinse în cap. III.2.2.) *Capacitatea economică și financiară*, autoritatea contractantă arată că formula de calcul, potrivit căreia a fost stabilit nivelul de cash-flow, a fost următoarea:

„Durata contractului: 18 luni (nu cuprinde Perioada de notificare a defectelor):

24.166.493,21:18 luni=1.342.582,96 lei

1.342.582,96x3 luni=4.027.748,87 lei

Se scade avansul acordat în prima tranșă de 5% (conform Formular 7A – Anexă la Formularul de ofertă "Prima tranșă maxim 5% din valoarea acceptată a contractului.")

24.166.493,21x5%=1.208.324,66 lei, rezultând un cash-flow în valoare de: 4.027.748,87-1.208.324,66=2.819.424,21 lei.

Având în vedere calculul anterior, autoritatea contractantă menține valoarea cash-flow-ului de: 2.819.424 lei.”

Totodată, având în vedere clauzele contractuale, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

„a) clauza 14.6. Emiterea certificatelor de plată interimare - „Nicio sumă nu va fi confirmată sau plătită până când Beneficiarul nu a primit și aprobat Garanția de bună execuție. Apoi, în termen de 28 de zile după primirea Situației de lucrări și a documentelor justificative inginerul va emite către Beneficiar, Certificatul interimar de plată în care vor fi incluse suma de plată stabilită în mod echitabil de către inginer și detaliile justificative aferente”;

b) clauza 14.7. Plățile - prevede - „Beneficiarul va notifica Antreprenorului acceptarea Certificatului de plată în termen de 28 de zile de la primirea acestuia de la inginer. În termen de 7 zile de la data notificării acceptării Certificatului de plată de către Beneficiar, Antreprenorul trebuie să emită către Beneficiar o factură în valoarea specificată în Certificatul de plată corespunzător. Factura furnizată de către Antreprenor va fi emisă și completată în conformitate cu legislația română în vigoare. Beneficiarul va plăti Antreprenorului: a) avans în termen de 28 de zile de la primirea documentelor potrivit sub-clauzei 14.2 (Plata în avans); b) valoarea specificată în fiecare factură corespunzătoare fiecărui Certificat interimar de plată, în termen de 28 de zile de la data primirii facturii de către Beneficiar”.

Datorita faptului ca perioada de efectuare a plăților este de 28 zile după primirea Situației de lucrări și a documentelor justificative de către inginer, la care se adaugă un termen de 63 zile de la emiterea Certificatului de plată de către inginer, este necesar ca Antreprenorul să aibă disponibilități bănești, resurse reale negrevate de datorii sau linii de

credit pentru minim 3 luni de derulare a contractului, conform graficului de execuție, în valoare de 2.819.424 lei.

c) Conform Condițiilor speciale de contract 14.2. Plata în avans: „Fiecare plată în avans va fi rambursată prin deduceri din Certificatele de plată până la sfârșitul anului respectiv. Plata în avans va fi rambursată prin deduceri procentuale din Certificatele de plată, în cuantumul indicat în Anexa la Formularul de ofertă. Pentru avansurile primite, Antreprenorul este obligat ca la încheierea fiecărui an bugetar să întocmească un deviz justificativ al cheltuielilor efectuate, prin care să confirme gradul de utilizare a avansului corespunzător destinațiilor stabilite prin contract.” Conform Formular nr 7A, Anexa la Formularul de ofertă:

Procentul de restituire a plății în avans	14.2	15 % din valoarea fiecărui Certificat intermediar de plată, până la rambursarea integrală a avansului.
---	------	--

4. Cu referire la prevederile cuprinse în cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, întrucât, cerința face referire la proiectarea și executarea infrastructurii necesare activității de reciclare și tratare a deșeurilor și nu la activitățile specifice serviciului public de salubritate prevăzut în Legea nr. 101/2016 și Legea nr. 211/2011, autoritatea contractantă precizează că menține cerințele conform Fișei de date cuprinse în documentația de atribuire, fără nicio remediere.

Chiar dacă legea prevede că ... sunt deținător legal al deșeurilor, ... susține că va concesiona serviciile prevăzute de Legea nr. 211/2011, pe care le invocă contestatoare.

Autoritatea contractantă menționează că ... face doar investiția, în sensul de a construi stația, fără implicații în privința serviciilor realizate ulterior construcției, aceste servicii fiind realizate de un operator economic.

Este evident că cerințele privind experiența similară - stabilite având în vedere complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat - au legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul acestora, solicitat prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se limitează numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

Autoritatea contractantă susține că a stabilit cerințele privind Capacitatea tehnică și/sau profesională în conformitate cu prevederile art. 178 și 179 din Legea nr. 98/2016.

5. Cu referire la prevederile cuprinse în cap. III.2.3. b) *Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului*, autoritatea contractantă arată că, potrivit dispozițiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016, cerințele au fost redactate întocmai cu acestea și cu raportare la activitățile principale: pentru ISO 9001 - proiectare + execuție lucrări; pentru ISO 14001- execuție lucrări.

În acest sens, arată că a respectat prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016 și ale Notificării ANAP nr. 256/2016 privind Fișa de date a achiziției - versiunea Decembrie 2016.

Având în vedere cele precizate, menționează că nu a adoptat măsuri de remediere.

Prin contestația nr. 208/10.04.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 13474/12.04.2017, SC ... SRL critică răspunsul la notificarea prealabilă nr. 5552/05.04.2017, emis de ..., solicitând cele prezentate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, în răspunsul la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a apreciat că, criteriul de atribuire ales, „prețul cel mai scăzut”, a fost adoptat cu luarea în considerare a utilizării economice, eficiente și eficace a resurselor financiare, cu încadrarea în limitele bugetului aprobat, respectiv a contractului de finanțare din fonduri europene, aceasta din urmă precizând că se vor respecta cerințele Caietului de sarcini în care se menționează la capitolul 11.2 principalele echipamente ale stației MBT (...).

De asemenea, precizează că autoritatea contractantă a clarificat că a întocmit Documentația de atribuire pe baza Studiului de Fezabilitate al proiectului Sistem de Management Integrat al Deșeurilor în județul Brăila. În baza acestui Studiu de fezabilitate a fost întocmită Cererea de finanțare a proiectului din Fonduri europene. Urmare aprobării Cererii de finanțare a proiectului Sistem de management Integrat al Deșeurilor, ... beneficiază de finanțare din Fonduri europene, în baza Contractului de finanțare.

Având în vedere cele prezentate, în opinia contestatoarei, aceste documente nu pot fi modificate, implementarea proiectului trebuie făcută conform Cererii de finanțare, cu respectarea indicatorilor tehnico-economici aprobați, în caz contrar autorității contractante i se pot aplica corecții.

Contestatoarea apreciază că, dat fiind obiectul contractului, criteriul de atribuire „Prețul cel mai scăzut” nu este ales corespunzător. În acest sens, indică prevederile art. 13 din Anexa 3 - Secțiunea 2 din Ordinul MMP - ANRMAP nr. 2266/2012, cum că, în cazul contractelor de achiziție de lucrări publice pentru *"proiectare și execuție stații de transfer/sortare/compostare/tratare mecano-biologică a deșeurilor"*, era precizat criteriul de atribuire "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic".

Totodată, **subliniază că autoritatea contractantă îndeamnă la respectarea Caietului de sarcini, potrivit căruia, „Antreprenorul va trebui să pregătească documentațiile în vederea obținerii tuturor avizelor și autorizațiilor solicitate prin Certificatul de urbanism”, însă Certificatul de urbanism nr. 95/19.05.2015 nu mai este valabil.**

Contestatoarea apreciază că, procedura de atribuire nu poate continua în aceste condiții și din cauza obligațiilor care îi revin titularului

certificatului de urbanism, fiind invocate Directive europene care sunt supuse caducității.

De asemenea, arată că primul Certificat care a suportat prelungiri, datează din 2013, fapt care atestă, împreună cu Caietul de sarcini, care este întocmit tot în anul 2013, vechimea documentelor care stau la baza actualei proceduri.

Prin adresa nr. 6057/13.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 14399/19.04.2017, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată, prezentând o serie de argumente în acest sens.

Concluzionând, autoritatea contractantă consideră că a întocmit documentația de atribuire în conformitate cu prevederile legale, și că nu se impune luarea măsurilor de remediere (și, cu atât mai puțin nu se impune anularea prezentei proceduri de atribuire).

Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor a pus în discuția ... și SC ... SRL (prin adresele nr. 14763/921, 1138/C8/20.04.2017, respectiv nr. 14761/921, 1138/C8/20.04.2017) excepția privind tardivitatea notificării prealabile, termen de răspuns: cel târziu vineri, 21.04.2017, ora 14.00.

Prin adresa nr. 6625/21.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 14929/21.04.2017, ... a răspuns solicitării, precizând: *„achiesăm cu privire la excepția tardivității notificării prealabile a SC ... SRL”*.

Prin adresa nr. 225/21.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 15044/21.04.2017, SC ... a răspuns solicitării Consiliului, susținând că *„notificarea prealabilă a fost depusă în data de 31.03.2017, în sistemul electronic SEAP, ca urmare a scrisorii de clarificări nr. 4998/24.03.2015 publicată incomplet și revizuită în data de 28.03.2017, iar Notificarea prealabilă atenționa cu privire la conținutul scrisorii de clarificări și solicita luarea măsurilor de remediere.”*

În concluzie, contestatoarea apreciază că sunt întrunite dispozițiile legale prevăzute de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

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

În vederea atribuirii contractului „...”, coduri CPV: ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind de 24.166.493,12 lei, fără TVA.

Din analiza contestațiilor, Consiliul reține că observațiile autoarelor acestora vizează conținutul documentației de atribuire, fiind nemulțumite de răspunsul autorității contractante la notificările prealabile comunicate.

În ceea ce privește contestația înaintată de SC ... SRL, Consiliul are în vedere faptul că aceasta a luat cunoștință de cerințele documentației de atribuire, încă de la data de 15.03.2017, data publicării documentației de atribuire în SEAP, conform anunțului de participare nr. 173822.

Analizând cu prioritate excepția inadmisibilității contestației, în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, Consiliul o va admite.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, potrivit căruia, în cazul în care notificarea privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță 15.03.2017, rezultând, așadar, că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentația de atribuire la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Astfel, din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), art. (3) și (10) din Legea nr. 101/2016, rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia, reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatoarea fiind ținută ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite emitentului, în termen de 10 de zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a actului contestat.

De asemenea, Consiliul are în vedere că, potrivit art. 6 alin. (3) din același act normativ, *„În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”*.

Prin urmare, raportat la criticile contestatoarei SC ... SRL ce vizează în mod direct documentația de atribuire care a fost publicată în SEAP la data de 15.03.2017, precum și la termenul de notificare de 10 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul la care societatea contestatoare putea notifica autoritatea contractantă, în vederea remedierii aspectelor considerate nelegale ce priveau documentația de atribuire, se împlinea la data de 27.03.2017. Astfel fiind, formularea Notificării prealabile la data de 31.03.2017/03.04.2017 este un demers tardiv al SC ... SRL.

În soluționarea acestei excepții, Consiliul ține seama și de faptul că prin adresa nr. 14761/921, 1138/C8/20.04.2017 a cerut contestatoarei să prezinte un punct de vedere asupra acestei excepții.

Prin adresa nr. 225/21.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 15044/21.04.2017, SC ... a răspuns solicitării Consiliului, susținând că *„notificarea prealabilă a fost depusă în data de 31.03.2017, în sistemul electronic SEAP, ca urmare a scrisorii de clarificări nr. 4998/24.03.2015 publicată incomplet și revizuită în data de 28.03.2017, iar Notificarea*

prealabilă atenționa cu privire la conținutul scrisorii de clarificări și solicita luarea măsurilor de remediere.”

Prin urmare, ținând seama că observațiile contestatoarei sunt îndreptate împotriva documentației de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 15.03.2017, potrivit anunțului de participare nr. 173822, în conformitate cu prevederile legale anterior citate, o notificare prealabilă împotriva documentației de atribuire putea fi înaintată cel mai târziu la data de 27.03.2017. Or, față de cele prezentate anterior, este evident că formularea notificării prelabile la data de 31.03.2017/03.04.2017 este un demers tardiv.

Pentru a stabili astfel, Consiliul ține seama și de faptul că potrivit Legii nr. 101/2016, notificarea prealabilă reprezintă „cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia” [art. 3 alin. (1) lit. e)], se formulează în scris și trebuie să conțină cel puțin neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Astfel fiind, răspunsul negativ al autorității contractante la notificarea unui alt operator economic (cerere de lămuriri/explicații/modificări) nu poate naște exercițiul dreptului de a formula o nouă notificare în termen legal.

Această situație nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării sau a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice cerere privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare/atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare/contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a le notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea modificarea documentației. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări/completări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior lipsuri ale documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul autorității contractante din data de 24.03.2017 și 28.03.2017.

Toate cele precizate anterior, au format convingerea Consiliului că autoarea contestației nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, omițând să transmită notificarea împotriva documentației de atribuire, în cadrul termenului legal de 10 zile acordat de legiuitor, ceea ce atrage sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă.

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 807 din 2 august 2016, *„Consiliul este obligat să verifice dacă notificarea prealabilă a fost realizată în termenul legal. Tardivitatea notificării atrage inadmisibilitatea contestației.*

Cu privire la capătul de cerere vizând anularea deciziei Consiliului, Curtea consideră că acesta este nefondat.

Sub un prim aspect, Curtea consideră că termenele reglementate de art. 6 alin. (1) sunt termene imperative legale. Totodată, Curtea reține că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancțiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede și art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei și în acord cu decizia Consiliului, Curtea consideră că norma juridică ce reglementează termenele anterior precizate (ca întreaga reglementare privind notificarea prealabilă cuprinsă în art. 6 și 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică și nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susținerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesității de a încuraja dialogul prealabil între autoritățile contractante și operatorii economici, însă petenta ignoră, în acest context, scopul Legii nr. 101/2016. Astfel, conform art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, scopul acestei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanță este evident că procedura notificării prealabile depășește simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reține apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În acest sens, din analiza dispozițiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancțiunea este respingerea contestației (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată și din oficiu), este evident că Consiliul este obligat să verifice legalitatea sesizării sale, respectiv să verifice dacă procedura notificării prealabile a fost realizată în acord cu normele legale imperative care o reglementează.

De altfel, conform art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficiență juridică acestei proceduri, fiind dificil de acceptat, în contextul Legii nr. 101/2016, că procedura notificării prealabile ar putea fi realizată oricând de către un participant la procedură și în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorității contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanța de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a

neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reține nici apărarea petentei care critică soluția dată de Consiliu și sub aspectul încălcării principiului „non reformatio in peius” întrucât, invocând din oficiu excepția tardivității, acesteia i s-a îngreunat situația în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în fața Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicțională de primă instanță și nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reține nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deși notificarea prealabilă a fost tardiv depusă, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat acest aspect, cauza de nulitate a fost acoperită, ceea ce duce la salvarea actului de procedură realizat cu încălcarea legii. În acest sens, Curtea constată că, sub un prim aspect, raționamentul petentei se raportează la dispozițiile art. 193 alin. (1) și (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prelabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) și nu la dispozițiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătat mai sus, procedura notificării prelabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată și din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispozițiilor art. 177 C. proc. civ. această apărare a petentei nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 177, ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancțiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de față, nulitatea procedurii notificării prelabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulități nu dispăruse la momentul soluționării de către Consiliu a contestației.

Față de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată.”

Or, astfel cum s-a precizat anterior, documentația de atribuire a fost cunoscută de contestatoare încă de la data de 15.03.2017, când a fost publicată în SEAP, aceasta fiind data la care trebuia să se raporteze în demersurile sale ce vizau eventuala restabilire a legalității documentației de atribuire.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul constată că autoarea contestației nu a respectat procedura de notificare prealabilă în termenul prevăzut de Legea nr. 101/2016, situație în care devine aplicabilă sancțiunea prevăzută la art. 6 alin. (1) teza inițială din actul normativ menționat, contestația de față urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei în ceea ce privește contestația în cauză.

Referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, Consiliul va analiza fiecare critică, raportat la legislația în vigoare, din domeniul achizițiilor publice și la Contractul de finanțare Programul Operațional Infrastructură

Mare nr. 25/09.02.2017, înregistrat la ... sub nr. 30/15.02.2017, cu titlul de proiect „...”.

Astfel, în ceea ce privește observația contestatoarei asupra următorului text ce constituie clauza suspensivă din fișa de date, de la cap. II.1.5) – *Descrierea succintă a contractului sau achiziției/achizițiilor*, respectiv: „(...) In cazul in care indiferent de motive contractul de finantare cu MFE AM POIM nu se va semna AC isi rezerva dreptul de a ANULA procedura de achizitie dupa primirea notificarii din partea MFE AM POIM cu privire la neacordarea finantarii, incheierea contractului de achizitie publica devenind imposibila. Ofertantii din cadrul acestei proceduri inteleg ca AC si/sau MFE AM POIM nu pot fi considerati raspunzatori pentru vreun prejudiciu in cazul anularii procedurii de atribuire indiferent de natura acestuia si indiferent daca AC si/sau MFE AM POIM au fost notificati asupra existentei unui asemenea prejudiciu. Ofertantii din cadrul acestei proceduri accepta utilizarea conditiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumandu-si intreaga raspundere in raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi in situatia descrisa”, în sensul publicării unei erate, Consiliul o admite ca fiind întemeiată.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere, pe de o parte, chiar explicația autorității contractante, potrivit căreia: „Contractul de finanțare Programul Operațional Infrastructură Mare nr. 25/09.02.2017, înregistrat la ... sub nr. 30/15.02.2017 al cărui beneficiar este ..., cu titlul de proiect ...” a fost încheiat, astfel că, potrivit legii, clauza suspensivă din cadrul Fișei de date nu mai produce efecte și nu mai necesită măsuri de remediere”, iar pe de altă parte, dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, care impun autorității contractante să elaboreze „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”.

Față de cele expuse, raportat la prevederile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/20, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă va publica un anunț de tip erată în acest sens. Necesitatea unui astfel de demers este impusă și de principiul transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, pe care autoritatea contractantă este obligată să-l respecte, astfel încât informațiile să parvină operatorilor economici interesați, în mod clar și fără ambiguități.

În aceste condiții, Consiliul nu reține ca fiind întemeiată afirmația autorității contractante, potrivit căreia nu s-a impus măsura publicării unui asemenea anunț, pe motiv că respectivul anunț „ar fi condus la confuzie”, deoarece chiar această mențiune a constituit unul din elementele criticate de SC ... SRL în Notificarea sa nr. 68/ 22.03.2017, în opinia acesteia din urmă, fiind „nelegală și conduce la percepția că Autoritatea își încalcă principiul asumării cât și la percepția zădărniciiei elaborării unei oferte în cadrul procedurii”.

Pe de altă parte, solicitarea contestatoarei de eliminare a criteriului de atribuire „Prețul cel mai scăzut”, stabilit de autoritatea contractantă, și de înlocuire a lui cu unul din criteriile „Cel mai bun raport calitate-preț” sau „Cel mai bun raport calitate-cost”, Consiliul o respinge ca neîntemeiată, întrucât, în cazul de față, nu sunt incidente dispozițiile art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016, care prevăd: *„Autoritatea contractantă nu va utiliza costul cel mai scăzut/prețul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul: a) anumitor categorii de contracte de achiziție publică/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale și care presupun activități cu nivel de complexitate ridicat”*.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere atât obiectul contractului de achiziție publică în cauză, respectiv proiectare și execuție de lucrări, deci nu este vorba doar de servicii intelectuale, cât și ponderea serviciilor de proiectare, care printr-un calcul, raportat la cerința de calificare aferentă valorii experienței similare (proiectare 845.827,30 lei; execuție – 22.865.959,44 lei), rezultă că ponderea serviciilor de proiectare, care fac parte din categoria serviciilor intelectuale, este de aprox. 5%, iar cea a lucrărilor de aproximativ 95%. Prin urmare, este evident că, în acest caz, nu se poate face vorbire de incidența normei legale de mai sus și de o complexitate ridicată a acestor servicii intelectuale.

Privitor la invocarea, de către contestatoare, a art. 132 din Legea nr. 98/2016 și citare doar a unei părți din acesta, Consiliul ține seama de faptul că acesta prevede, la alin. (1), următoarele: *„Licitația electronică nu poate fi utilizată pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii și de lucrări care au incluse în obiectul acestora prestații intelectuale, cum ar fi proiectarea lucrărilor, întrucât acestea nu pot fi clasificate prin metode de evaluare automată”*, aspecte care nu au legătură cu critica formulată, de altfel, autoritatea contractantă a respectat această normă legală, întrucât, în fișa de date, la cap. IV.2.2) – *Se va organiza o licitație electronică*, se consemnează: „Nu”.

O altă critică a contestatoarei vizează Cerința 2 de la cap. III.2.2) – *Capacitatea economică și financiară*, din fișa de date, respectiv: *„Disponibilitati banesti, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit pentru minim 3 luni de derulare a contractului, conform graficului de executie, in valoare de 2.819.424 lei”*.

Privitor la acest aspect, Consiliul are în vedere formula de calcul care se regăsește în modelul fișei de date, emis de Agenția Națională de Achiziții Publice, de la cap. *Bonitate/acces la resurse*, respectiv: *„Nivelul minim impus pentru cash-flow să fie corelat cu necesitățile financiare ale candidatului/ofertantului pentru demararea implementării contractului, până la realizarea primelor plăți. Stabilirea cerinței să fie corelată cu condițiile de execuție a contractului și graficul de plăți, luând în considerare posibilitatea AC de acordare a unui avans, situație în care nivelul minim impus pentru cash-flow va fi diminuat corespunzător, sau după caz, cerința va fi eliminată. Formula după care se va calcula cash-flow-ul: (valoare estimata a contractului /perioada de derulare a*

contractului - fără a se lua în calcul perioada de garanție) × perioada solicitată de a.c. (în cazul acordului-cadru cash-flow-ul se va raporta la valoarea și durata de realizare a celui mai mare contract subsecvent) (..)".

Prin urmare, în cazul față, calculul este următorul: 24.166.493,21 lei (valoarea estimată) : 18 luni (durata contractului) = 1.342.582,86 lei x 3 luni = 4.027.748,87 lei. După care, raportat la Formularul 7A, poziția - *Limita sumei reținută*, subclauza 14,3 - „5% din Valoarea totală de Contract Acceptată”, prin aplicarea procentului de mai sus la valoarea estimată, rezultă calculul: 24.166.493,21 lei x 5% = 1.208.324,66 lei, valoare care se scade din suma de 4.027.748,87 lei, rezultând valoarea finală a cash-flow-ul de 2.819.424 lei.

Față de cele prezentate anterior, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a stabilit în mod corect valoarea de mai sus, astfel că respinge ca neîntemeiată solicitarea contestatoarei de *modificare a acestui nivel minim necesar*. Mai mult, Consiliul constată că autoarea contestației nu prezintă calcule proprii, astfel încât să precizeze o valoare agreată care să susțină simpla afirmație, conform căreia autoritatea contractantă a stabilit, în mod nelegal, un minim al disponibilităților bănești solicitate ofertanților.

În ceea ce privește observația contestatoarei asupra următoarelor mențiuni din fișa de date, de la cap. III.2.3) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, aferentă cerinței referitoare la experiența similară, respectiv: „(...)Se va prezenta:

- o lista a serviciilor de proiectare realizate în cursul unei perioade ce acopera cel mult ultimii 3 ani, din care sa rezulte ca a proiectat lucrari in domeniul reciclarii si tratarii deseurilor sau infrastructura similara din punct de vedere al complexitatii si/sau utilitatii;

- o lista a lucrarilor executate în cursul unei perioade ce acopera cel mult ultimii 5 ani, din care sa rezulte ca a executat lucrari in domeniul reciclarii si tratarii deseurilor sau infrastructura similara din punct de vedere al complexitatii si/sau utilitatii (...)",

în sensul că formularea „lucrari in domeniul reciclarii si tratarii deseurilor sau infrastructura similara din punct de vedere al complexitatii si/sau utilitatii” ar permite calificarea unor potențiali ofertanți care nu au experiență în raport cu obiectul contractului, Consiliul nu o reține ca fiind întemeiată.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul ține seama, pe de o parte, de dispozițiile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stipulează: „Criteriile de calificare 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”, astfel că, prin stabilirea cerinței, ce vizează demonstrarea experienței similare, autoritatea contractantă urmărește demonstrarea, de către participanți, a capacității acestora de

a executa servicii/lucrări similare și nu identice, respectiv de a duce la bun sfârșit contractul achiziției publice în cauză și nu îngrădirea participării lor.

O ultimă critică a contestatoarei se referă la prevederile din fișa de date, cuprinse în cap. III.2.3) – *Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului*, în opinia acesteia, fiind vorba de două activități: *proiectare și execuție*, se impune obligativitatea ofertanților de a face dovada implementării sistemului de management al mediului, conform SR ISO 14001, pentru fiecare activitate în parte și nu doar pentru una din acestea.

Analizând fișa de date pe acest aspect, Consiliul constată că, la capitolul de mai sus, se regăsesc următoarele cerințe:

- „ Cerinta nr. 1 - *Pentru activitatea principala ce face obiectul contractului ofertantii vor face dovada implementarii sistemului de management al calitatii conform SR EN ISO 9001 (...)*;

- Cerinta nr. 2 - *Pentru activitatea principala de executie din cadrul lucrarilor cuprinse in obiectul contractului ofertantii vor face dovada implementarii sistemului de management al mediului conform SR ISO 14001(...).*”.

Având în vedere că standardul ISO 14001 este specific implementării sistemului de management al mediului, Consiliul respinge ca neîntemeiată solicitarea de mai sus a contestatoarei, pe acest aspect, deoarece, apreciază că autoritatea contractantă, pe baza principiului asumării răspunderii, stabilit de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, a stabilit, în mod corect, prezentarea acestui document doar pentru activitatea de execuție a lucrărilor, considerând că implementarea standardului în discuție, pentru serviciile de proiectare, nu este relevantă.

De altfel, normele legale din domeniul achizițiilor publice nu impun autorității contractante tipurile de standarde pe care trebuie să le solicite în documentația de atribuire, obligativitatea acesteia din urmă fiind aceea de a respecta, printre altele, dispozițiile art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016, conform cărora: „ *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.*”

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- admite solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la eliminarea clauzei de la cap. II.1.5) din fișa de date, respectiv: „(...) *In cazul in care indiferent de motive contractul de*

finantare cu MFE AM POIM nu se va semna AC isi rezerva dreptul de a ANULA procedura de achizitie dupa primirea notificarii din partea MFE AM POIM cu privire la neacordarea finantarii, incheierea contractului de achizitie publica devenind imposibila. Ofertantii din cadrul acestei proceduri inteleg ca AC si/sau MFE AM POIM nu pot fi considerati raspunzatori pentru vreun prejudiciu in cazul anularii procedurii de atribuire indiferent de natura acestuia si indiferent daca AC si/sau MFE AM POIM au fost notificati asupra existentei unui asemenea prejudiciu. Ofertantii din cadrul acestei proceduri accepta utilizarea conditiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumandu-si intreaga raspundere in raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi in situatia descrisa", și la publicarea anunțului de tip erată pe acest aspect, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii;

- respinge ca nefondate celelalte critici.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite, în parte, contestația înaintată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- admite solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la eliminarea clauzei de la cap. II.1.5) din fișa de date, respectiv: „(...) *In cazul in care indiferent de motive contractul de finantare cu MFE AM POIM nu se va semna AC isi rezerva dreptul de a ANULA procedura de achizitie dupa primirea notificarii din partea MFE AM POIM cu privire la neacordarea finantarii, incheierea contractului de achizitie publica devenind imposibila. Ofertantii din cadrul acestei proceduri inteleg ca AC si/sau MFE AM POIM nu pot fi considerati raspunzatori pentru vreun prejudiciu in cazul anularii procedurii de atribuire indiferent de natura acestuia si indiferent daca AC si/sau MFE AM POIM au fost notificati asupra existentei unui asemenea prejudiciu. Ofertantii din cadrul acestei proceduri accepta utilizarea conditiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumandu-si intreaga raspundere in raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi in situatia descrisa", și la publicarea anunțului de tip erată pe acest aspect, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii;*

- respinge ca nefondate celelalte critici.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 5(cinci) exemplare, conține (douăzecișidouă) pagini.