CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ……, reprezentată legal de domnul …… - director general și convențional de Societatea Civilă de Avocați „…….", cu sediul în ……., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii „.....", cod CPV 60112000-6, cu data-limită revizuită de depunere a ofertelor 20.12....., organizată de Municipiul ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, precum și suspendarea ei până la soluționarea contestației. Prin încheierea nr. ……../...../...../ 15.11....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze

contestația de față, prin care operatorul economic SC ..... SA reclamă unele prevederi ale documentației de atribuire aferentă procedurii de licitație deschisă menționată în partea introductivă, învederând în motivare că respectiva ..... nu face referire la Hotărârea Consiliului Local ..... nr. …../....., deși aceasta este ultimul act aprobat de Consiliul Local ..... legat de procedura de atribuire. Documentația postată în SEAP nu conține modificările operate prin hotărârile consiliului local nr. …../..... și ……./.....

I. Experiența similară, astfel cum este solicitată în fișa de date („prin servicii de natura similară se va înțelege servicii de transport"), anulează prevederile art. 30 alin. (3) din Legea nr. 51/2006, fiind lipsită de raționament și punând în pericol regularitatea, continuitatea, calitatea și siguranța circulației în transportul public local de persoane. Totodată, se creează un avantaj operatorilor necompetitivi și un risc în efectuarea acestui serviciu public, întrucât serviciile de transport pot însemna transport pe cale ferată, aerian, naval și transport rutier călători sau de marfă. Transportul rutier poate însemna transport de pasageri sau de marfă. Transportul rutier de persoane poate fi: transport rutier național, internațional, contra cost, în cont propriu, prin servicii regulate, prin servicii regulate speciale sau prin servicii ocazionale.

În condițiile în care acest serviciu comunitar de utilitate publică și interes economic social trebuie efectuat în condiții de regularitate, continuitate, calitate și siguranță a circulației, menținerea solicitării privind dovedirea experienței similare prin „servicii de transport" pare a fi lipsită de raționament juridic și în contradicție cu dispozițiile legale.

Din punct de vedere al CPV, serviciile de transport rutier de pasageri pot fi:

- CPV 60130000-8 - Servicii de transport rutier specializat de pasageri (pentru școli, turism, în general pentru clientele restrânse);
- CPV 60140000-1 - transport de pasageri ocazional (adică fără program);
- CPV 60170000-8 - închiriere de vehicule de transport de persoane cu șofer;
- CPV 60171000- 7 - închiriere de autoturisme particulare cu șofer;
- CPV 60172000-4 - închiriere de autobuze și de autocare cu șofer;
- CPV 60112000-6 - servicii de transport rutier public.

În cazul serviciilor publice de transport există o legislație cu caracter special:

- Regulamentul (CE) nr. 1370/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 octombrie 2007 privind serviciile publice de

transport feroviar și rutier de calatori și de abrogare a Regulamentelor (CEE) nr. 1191/69 și nr. 1107/70 ale Consiliului;

- Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice;
- Legea nr. 92/2007 a serviciilor de transport public local.

Este necesară o experiență similară specializată, care să asigure siguranța călătorilor, a calității serviciului, context în care experiența doar în servicii de transport, astfel cum a fost solicitată de autoritatea contractantă, este nelegală, neconformă, în totală contradicție cu principiile materiei și dispozițiile legale.

Chiar dacă, în conformitate cu Ordonanța Guvernului nr. 27/ 2011 privind transporturile rutiere, condițiile de acces la profesie (licența comunitară de transport) sunt identice, nu se poate vorbi de aceeași specializare-activitate. Licența comunitară dă dreptul de exercitare a activității profesionale, în speță activitatea de transport, și nu poate fi confundată cu experiența similară specializată.

Contestatoarea solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la eliminarea expresiei „prin servicii de natură similară se va înțelege servicii de transport” și revenirea asupra modului de definire a condiției experienței similare, întrucât forma actuală permite accesul la procedura de achiziție chiar și a operatorilor care nu efectuează tipul de transport licitat. Definiția experienței similare trebuie să fie: „Prin servicii de natură similară se va înțelege servicii de transport public de persoane, așa cum sunt definite în Legea nr. 51/2006, art. 1 alin. (2) lit. h) și alin. (3).”

2. Referitor la nelegalitatea prevederii din ..... cu privire la asocierea de operatori, contestatoarea arată că permiterea acestei forme de asociere fără deținerea licenței de transport și a copiilor conforme este discriminatorie față de operatorii existenți. Solicitarea încalcă cerințele de participare, creând un avantaj competitiv asocierilor care nu dețin licență de transport. Această formă de organizare (asocierea), fără deținerea licenței de transport și a copiilor conforme, încalcă prevederile legale și principiile care guvernează legea achizițiilor publice.

Prin modalitatea în care este formulată prevederea relativă la asocierile de operatori economici este eludat art. 35 alin. (1) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016, fiind imposibil de demonstrat de către aceștia posibilitatea concretă în care vor îndeplini contractul, în condițiile în care va fi derulat de către o entitate juridică ce va exista la un moment dat și în privința căreia nu se știe în ce măsură va îndeplini criteriile de calificare din documentația de atribuire.

Prevederea referitoare la asocierea de operatori încalcă art. 30 alin. (4) din Legea nr. 51/2006 privind serviciile comunitare de utilități publice, în sensul în care operatorii nou-înființați trebuie să îndeplinească aceleași condiții cu cei existenți. Legiuitorul se referă

la „operatori nou-înființați”, deci la operatori care există la momentul înregistrării ofertei, nu la cei care se vor înființa, cum în mod greșit permite și interpretează autoritatea contractantă.

În speță, decizia administrativă este licența comunitară de transport, licență pe care operatorul nou trebuie să o dețină la momentul depunerii ofertei. Însă, autoritatea permite, prin modul în care a fundamentat fișa de date, secțiunea „asocierea de operatori”, participarea la licitație și a unui operator care nu deține o astfel de licență, ceea ce încalcă principiile tratamentului egal și proporționalității.

La data participării la procedura competitivă, întreprinderea trebuie să dețină dreptul de exercitare a ocupației de operator de transport, drept pe care nu îl poate deține o asociere.

Lejeritatea acceptării la procedura competitivă a asocierilor fără licență comunitară și copii conforme poate pune în pericol însăși autoritatea contractantă (în sensul riscului neconformității și neregularității serviciului, a lipsei de capacitate de organizare și de management ale unei astfel de rețele de transport, atât din punctul de vedere financiar, cât și profesional.

Dacă după declararea câștigătoare a procedurii a asocierii, aceasta nu poate să obțină licența comunitară și copiile conforme?

Asocierea nu poate fi acceptată pentru prestarea unui serviciu de interes economic general, în speță transport public local.

Condiția ar trebui reformulată după cum urmează: „Asocierea poate fi admisă la procedura de atribuire în aceleași condiții ca societățile existente.” sau eliminarea condiției.

Un alt motiv de nelegalitate constă în faptul că nu se respectă legislația specială.

Modul de calcul al cheltuielilor de exploatare (CE), din formula de calcul a compensației, nu respectă normele aplicabile compensației. Prin standardizarea costului mediu unitar pe km în stabilirea compensației la momentul T0 nu se mai pot recupera costurile de exploatare plus profitul, cum prevede legea. Operatorului nu i se asigură acoperirea efectului financiar net.

Care este rolul costului mediu unitar în calculul compensației dacă, la un moment dat, devine nul și încalcă prevederile legale incidente? Se ajunge fie la supracompensare, fie la subcompensare, ambele interzise. Nici supracompensarea și nici subcompensarea nu garantează asigurarea efectului financiar net. Se aduce atingere și principiului echilibrului contractual.

Esența unui contract de servicii publice este ca riscurile să fie partajate între autoritate și operator.

În concluzie, reclamanta solicită modificarea modului de calcul al cheltuielilor de exploatare din formula calculului compensației prevăzută la art. 10.1 din modelul de contract, după cum urmează:

„CE=reprezintă cheltuieli de exploatare eligibile aferente obligațiilor de serviciu public calculate conform anexei 1 la Ordinul ANRSC nr. 272/2007 pentru aprobarea Normelor cadru privind stabilirea, ajustarea și modificarea tarifelor pentru serviciile de transport public local de persoane, a prevederilor prezentului contract, a condițiilor de mediu impuse si a principiilor de calcul a cheltuieilor indirecte clin anexa 6.9. CE este calculat cu includerea amortizarii lunare a investițiilor operatorului si a cheltuielilor financiare lunare aferente investițiilor (dobânzi si alte cheltuieli financiare aferente rambursații creditelor de investitii). Amortizarea investiților realizate de operator din fonduri provenite de la bugetele locale sau bugetul statului nu este eligibila."

O altă clauză nelegală este aceea de la art. 10.6 din modelul de contract, care reglementează doar supracompensarea, nu și subcompensarea, obligație prevăzută de lege, de natură să asigure echilibrul contractual.

Prin urmare, pentru intrarea în legalitate, art. 10.6 trebuie reformulat: *„În vederea evitării efectului financiar negativ, cat si a supracompensarii, in termen de 30 de zile de la aprobarea situatiilor financiare anuale, operatorul va întocmi decontul anual pentru calculul compensației anuale, potrivit Anexei 6.8.2. din contract Compensația anuala reprezintă cea mai mica valoare dintre:*

- valoarea totala anuala a compensației calculate potrivit rapoartelor lunare de constatare aprobate pentru anul respectiv;

și

- valoarea totala anuala a compensației, calculată potrivit art. 10.1, in care CE se va inlocui și va reprezenta valoarea cheltuielilor efective suportate de Operator pentru prestarea Obligației de serviciu public efectiv, pe categoriile de costuri prevăzute in Anexa 1 din Ordinul ANRSC 272/2007, a condițiilor prevăzute in contractul cadru, a condițiilor de mediu si a principiilor enuntate in Anexa 6.9, conform situatiilor financiare anuale auditate."

Este creată confuzie între costul mediu unitar și anexa nr. 1.

Stabilirea costului mediu unitar pe km din art. 10.1 este diferită de stabilirea costului mediu unitar pe km din anexa 1 (Fișa de fundamentare), la formularul de oferta.

Este necesară uniformizarea termenilor și expresiilor.

Anexa nr. 6.6.2 la contractul de delegare a gestiunii - Modalitatea de stabilire, modificare sau ajustare a tarifelor de călătorie este nelegală, întrucât nu respectă Ordinul nr. 272/2007, anexa nr. 1, care transpune modul de calcul al tarifelor. Un tarif nu

poate fi modificat sau indexat printr-un act normativ și stabilit în baza unei presupuse ipoteze.

Chiar dacă acest contract a fost preluat de pe siteul „MDARP-INFOREGIO”, acesta este un model concept și nu are rolul unui act normativ (nu primează față de Ordinul nr. 272/2007).

Prin urmare, trebuie anulată și refăcută această anexă.

Cât privește aplicarea TVA la compensație, documentația de atribuire încalcă Codul fiscal.

Art. 10.1 din contract detaliază modul de calcul al compensației, iar anexele 6.8.1 - Raport Lunar de Constatare și 6.8.2. - Raport Anual de Constatare reprezintă premisa încălcării Codului fiscal, prin neîncadrarea compensației în baza de impozitare a TVA. Sunt anexate concluziile unei expertize extrajudiciare. În consecință, autoritatea trebuie să prevadă: „TVA la compensație se va aplica conform prevederilor Codului fiscal.”

În situația în care societatea va fi obligată la plata TVA la compensație, iar autoritatea ar refuza acceptarea introducerii compensației în baza de impozitare a TVA, atunci societății i s-ar crea un efect economic negativ.

Nelegală este și necorelarea termenilor utilizați (cost mediu unitar/cost unitar) și a numerotării/denumirii anexelor, ceea ce creează confuzie. Anexa 6.13 se referă la metodologia de monitorizare și evaluare a programului de transport și tratează un subiect diferit de modul de stabilire a numărului de kilometri parcurși de vehiculele afectate îndeplinirii contractului. Nici anexa 6.8.2 nu este corelată cu anexa 10.

Sunt necesare uniformizarea termenilor utilizați în ....., precum și corelarea numărului, denumirilor și conținutului anexelor la ..... și la contract. Aceste aspecte sunt prezentate și în expertiza extrajudiciară anexată.

Totodată, este contestată și valoarea estimată a contractului. Pe de o parte, autoritatea o estimează la o valoare de operare de aproximativ 2 ani (2017) pe baza veniturilor operatorului din acel an, în condițiile unor obligații de serviciu public care existau la acea dată (km plus restul obligațiilor). Pe de altă parte, autoritatea impune ofertanților fundamentarea valorii contractului în baza altor obligații, cu respectarea anexei nr. 1 la formularul de ofertă.

Există riscul major ca prețul ofertat să nu se încadreze în valoarea estimată.

Estimarea este nerealistă (nu a fost fundamentată pe baza obligațiilor din noua ....., doar că s-a multiplicat numărul de kilometri) și naște premisa ca autoritatea să nu plătească o compensație corespunzătoare. Riscă reducerea numărului de oferte.

Autoritatea avea obligația de a fundamenta valoarea contractului pe baza cerințelor din documentația de atribuire, ținând seama și de prevederile legale și cele contractuale, inclusiv de ajustare a costurilor.

Prin actuala estimare, autoritatea anulează prevederile legale care asigură recuperarea cheltuielilor de exploatare, profitul, asigurarea echilibrului financiar, a echilibrului contractual și realizarea efectului financiar net.

Cât privește dispozițiile din anexa nr. 6, art. 6.2.1, nu sunt menționate condițiile minime legate de prezentarea „dovezii organizării operaționale a dispeceratului și a dotărilor speciale de urmărire și coordonare în trafic a mijloacelor de transport, de intervenție și de depanare”, ceea ce poate însemna lipsă de transparență și avantaj competitiv.

Situația este valabilă și pentru prezentarea „dovezii punerii în funcțiune a sistemului de taxare inteligentă”.

În punctul său de vedere nr. …/19.11..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ……/20.11....., autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației, întrucât documentația de atribuire a fost aprobată printr-o hotărâre a consiliului local, care este un act administrativ în vigoare, necontestat și care se se bucură de prezumția de legalitate. Prezumția de legalitate poate fi înfrântă doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă. Prin urmare, solicitările formulate pe calea contestației nu pot fi analizate, depășind competența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

De asemenea, autoritatea invocă excepția prematurității contestației cu privire la acele aspecte care pot face obiectul unor măsuri de remediere, ca urmare a formulării solicitărilor de clarificări transmise tot de către contestatoare. În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări va fi analizată punctual fiecare solicitare, urmând să se adopte măsuri de remediere acolo unde vor fi considerate întemeiate solicitările de corectare, corelare, lămurire sau completare a unor prevederi din documentația de atribuire.

Pe fond, autoritatea arată că, în baza prevederilor legale în vigoare, Consiliul Local al Municipiului ..... a adoptat Hotărârea nr. ……/20.12.2017, privind aprobarea documentației de atribuire a contractului de delegare a gestiunii serviciului de transport public local de persoane prin curse regulate în municipiul ....., hotărâre care reglementează modul de funcționare și desfășurare a transportului public local în municipiul ..... și stabilește cadrul legal de desfășurare a procedurii de atribuire în gestiune delegată a acestui serviciu, pentru o perioadă de 6 ani, aprobând toate documentele necesare desfășurării acestui proces.

Ca urmare a unor solicitări de clarificări cu privire la documentația aprobată și a unor propuneri de modificare a documentației, formulate prin notificarea prealabilă nr. 88/01.02..... de către SC ..... SA, operatorul care are în gestiune transportul public local, consiliul local a adoptat Hotărârea nr. 37/22.02....., privind modificarea Hotărârii nr. 175/ 20.12.2017. Documentația de atribuire, aprobată prin cele două hotărâri de consiliu menționate, a fost transmisă, spre analiză, Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP), care a respins-o în mod repetat în perioada 27.04-14.09.....

Față de hotărârea consiliului local, care nu face decât să valideze modificările impuse de ANAP, contestatoarea nu a înțeles să inițieze niciun fel de demers, nici pe calea unei plângeri prealabile adresate consiliului local, nici în fața instanței de contencios administrativ, fiind vorba despre un act administrativ, deși îi cunoștea foarte bine conținutul (era publicat și pe siteul Primăriei .....). Prin urmare, contestatoarea nu a uzat de dreptul de a ataca pe calea contenciosului administrativ Hotărârea Consiliului Local nr. ……/..... cu invocarea unor motive de nelegalitate pentru ca aceste motive să poată fi analizate, însă a ales să dezvolte aceste motive pe calea unei contestații la documentația aprobată prin Hotărârea Consiliului Local nr. …….../....., care se soluționează în contradictoriu cu Municipiul ....., care nu poate, în acest stadiu, după parcurgerea tuturor procedurilor administrative descrise anterior, să intervină cu modificări de fond ale documentației, ele fiind de competența consiliului local. Aspectele invocate în contestație excedează competența legală a autorității contractante, în această etapă a derulării procedurii, nefiind doar elemente ce pot fi modificate prin adoptarea unor măsuri de remediere.

Referitor la cerința privind experiența similară, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu art. 192 din Legea nr. 99/2016, cerințele privind capacitatea tehnică și profesională pot viza, în special, existența unui nivel corespunzător de experiență prin raportare la contractele executate în trecut, operatorul economic putând face dovada îndeplinirii cerințelor prin prezentarea informațiilor și documentelor menționate la art. 192 din legea menționată anterior. Municipiul ....., în calitate de entitate contractantă, a avut dreptul de a stabili în cadrul documentației de atribuire cerințele privind capacitatea tehnică și profesională necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele și experiența necesare pentru execuția contractului la standardele de calitate corespunzătoare. Ca regulă generală, în domeniul achizițiilor publice, toate cerințele privind capacitatea

trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică. Astfel, cerința privind experiența nu trebuie să fie identică, cum nejustificat solicită contestatorul, ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței. Conform recomandărilor ANAP, dar și Instrucțiunii nr. 2/2017, entitatea contractantă „va explicita similaritatea activităților într-o manieră obiectivă, care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele ce fac obiectul contractului, cu încadrarea într-o descriere mai generală, guvernată de principiul «cine poate mai mult poate și mai puțin». Formularea cerinței trebuie să fie una generală, prin raportare la domeniul activității care caracterizează obiectul principal al contractului, evitându-se trimiterea la codul CPV ales pentru descrierea obiectului contractului."

Modul în care trebuie demonstrată experiența similară în cadrul procedurilor de atribuire a unor contracte de lucrări/servicii/ produse nu poate fi determinat prin raportare la codul CPV, cum eronat susține contestatoarea, ci prin raportare la cerința concretă și explicația aferentă experienței similare, astfel cum au fost acestea formulate în cadrul documentației de atribuire.

Cu privire la asocierea de operatori, autoritatea susține că solicitarea contestatoarei, în sensul ca *„în cazul în care ofertantul care participă la procedura de achiziție publică este o asociere, aceasta să dețină la momentul depunerii ofertei licența conform secțiunii III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, emisă pe numele asocierii*", este nelegală. Dacă s-ar da curs unei astfel de solicitări, entitatea ar adopta o conduită excesivă și nelegală, în sensul că ar fi încălcate prevederile exprese ale art. 67 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, raportat la care impunerea cerinței ca asocierea participantă în cadrul procedurii să dețină licența comunitară este imposibil de îndeplinit, din moment ce acesta nu are cum să fie constituită, într-o anumită formă juridică, la data depunerii ofertelor. Mai mult, la secțiunea III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, s-au solicitat expres următoarele: *„În cazul asocierii mai multor operatori economici, cerințele privind eligibilitatea, inclusiv deținerea licenței comunitare de transport trebuie să fie îndeplinite de fiecare asociat, iar cerințele privind capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională trebuie să fie îndeplinite prin cumul de grupul de asociați*."

Este eronată susținerea că s-ar permite unor operatori economici care nu dețin licența de transport să participe la licitație, dacă sunt constituiți sub forma de asociere, ceea ce ar fi de natura a conduce la atribuirea contractului de achiziție publică către

operatorii economici care nu au capacitatea, experiența necesară să execute contractul.

Referitor la modul de calcul al cheltuielilor de exploatare, autoritatea afirmă că solicitările contestatoarei rămân lipsite de obiect, întrucât a fost de acord cu adoptarea de măsuri de remediere pe calea răspunsului consolidat la solicitarea de clarificare asupra documentației, răspuns consolidat care urmează să primească avizul ANAP.

Astfel, „CE” reprezintă cheltuieli de exploatare eligibile aferente obligațiilor de serviciu public calculate conform anexei nr. 1 la Ordinul nr. 272/2007 pentru aprobarea Normelor cadru privind stabilirea, ajustarea și modificarea tarifelor pentru serviciile de transport public local de persoane, a prevederilor prezentului contract, a condițiilor de mediu impuse și a principiilor de calcul a cheltuielilor indirecte din anexa 6.9. CE este calculat cu includerea amortizării lunare a investițiilor operatorului și a cheltuielilor financiare lunare aferente investițiilor (dobânzi și alte cheltuieli financiare aferente rambursării creditelor de investiții). Amortizarea investițiilor realizate de operator din fonduri provenite de la bugetele locale sau bugetul statului nu este eligibilă.

Subcompensarea nu a fost reglementată în documentația de atribuire, având în vedere că fundamentarea, în mod corect, real și transparent a ofertei financiare și implicit a costului mediu unitar/ km, nu poate conduce la situații de natură a produce o posibilă subcompensare, nici la momentul depunerii ofertei, nici pe parcursul executării contractului, deoarece este prevăzută posibilitatea ajustării/modificării/indexării costului mediu unitar/km, „cu condiția îndeplinirii condițiilor legale”. Dacă, totuși, vor exista situații în care operatorul economic ar putea înregistra un efect financiar negativ, independent de un management defectuos și de o fundamentare incorectă a costului mediu unitar/km ofertat, există suficiente mecanisme legale prin care entitatea contractantă își poate îndeplini obligațiile în vederea menținerii echilibrului contractual. Pe cale de consecință, subcompensația poate fi reglementată contractual și acordată operatorului economic, în condițiile expuse, rezultatul compensării sau subcompensării stabilindu-se strict în baza costului mediu unitar/km ofertat sau modificat/ajustat/indexat, în conformitate cu Ordinul nr. 272/2007.

Cu privire la uniformizarea termenilor utilizați la art. 10.1 și anexa nr. 1 - Fișa de fundamentare la formularul de ofertă - cost mediu unitar, caracterul nelegal al anexei 6.6.2. la contractul de delegare a gestiunii și la necorelarea termenilor utilizați și a numerotării/denumirii anexelor, autoritatea contractantă afirmă că solicitările contestatoarei rămân lipsite de obiect, întrucât a fost de

acord cu adoptarea de măsuri de remediere pe calea răspunsului consolidat la solicitarea de clarificare asupra documentației, răspuns consolidat care urmează să primească avizul ANAP.

Cu privire la valoarea contractului, autoritatea susține că solicitarea contestatoarei este neîntemeiată, întrucât a fost determinată și justificată în cuprinsul art. 3.1. din Strategia de contractare, anexa nr. 8 la Hotărârea Consiliului Local nr. ……/08.11..... Mai mult, Ordinul nr. 272/2007 nu reglementează algoritmul de calcul care trebuie să fie folosit pentru determinarea valorii estimate a contractului.

Referitor la dispozițiile din anexa nr. 6, art. 6.2.1. - Dovada organizării operaționale a dispeceratului și a dotărilor speciale de urmărire și coordonare în trafic a mijloacelor de transport, de intervenție și de depanare, precum și dovada punerii în funcțiune a sistemului de taxare inteligent, autoritatea arată că această solicitare devine lipsită de obiect, întrucât au fost clarificate aceste aspecte pe calea răspunsului consolidat la solicitarea de clarificare asupra documentației, răspuns consolidat care urmează să primească avizul ANAP. Astfel, modalitatea concretă de organizare operațională a dispeceratului și a dotărilor speciale de urmărire și coordonare în trafic a mijloacelor de transport, de intervenție și de depanare este o chestiune care ține exclusiv de operator, de procedurile interne și logistica deținută, acesta având obligația ca, în perioada de mobilizare, să prezinte programul de organizare al acestuia. În ceea ce privește sistemul de taxare inteligent, acesta este descris, în detaliu, în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini. De asemenea, dovada deținerii se va face cu orice fel de document legal care atestă proveniența/deținerea acestui sistem.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 50188/04.12....., SC ..... SA comunică faptul că autoritatea contractantă i-a transmis documentele pe care aceasta le-a înaintat Consiliului, lipsind actul adițional privind subvenționarea transportului și nota de fundamentare cu privire la valoarea determinată a contractului, aceasta din urmă fiind necesară pentru a se verifica legalitatea stabilirii elementelor care au condus la valoarea indicată, cum ar fi numărul real de kilometri. Solicită a fi transmisă respectiva notă.

Adaugă faptul că va formula concluzii scrise, astfel cum i-a fost acceptat prin adresa nr. 49688/...../...../28.11.....

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ……../04.12....., SC ..... SA a prezentat un raport de expertiză contabilă extrajudiciară având ca obiect: „Examinarea documentelor privind licitația organizată de Primăria municipiului ....., pentru .....”, raport întocmit de domnul …….. - expert contabil judiciar.

Cu nr. 50566/06.12....., SC ..... SA a înregistrat la Consiliu concluzii scrise, al căror conținut este declarat textual ca fiind confidențial.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă Municipiul ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea delegării gestiunii serviciului de transport public local de persoane prin curse regulate, cu autobuze, pe raza administrativ-teritorială a municipiului, pe o perioadă de 6 ani, contract estimat valoric la 85.731.420 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării anunțului și acestei documentații, considerând că mai multe clauze și cerințe sunt inadecvate, imprecise, necorelate și în dezacord cu dispozițiile normative incidente „achiziției sectoriale", SC ..... SA le-a atacat în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze, însoțită de dovada constituirii cauțiunii, în cuantum de 250.000 lei (recipisa de consemnare nr. ……/1/ ....., emisă de CEC Bank SA, Sucursala ....., cu detalierea „CAUȚIUNE PROCED MUN B-TA DELEGARE GEST SERV DE TRANSP PUBLLIC LOCAL DE").

Contestația va fi soluționată în contradictoriu cu Municipiul ....., având în vedere precizarea cuprinsă în răspunsul SC ..... SA nr. …../19.11....., la interpelarea Consiliului.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în SEAP, autoritatea a postat mai multe fișiere, inclusiv de clarificare și rectificare, ce compun documentația de atribuire:

- anexa 1 - Studiu de oportunitate TP-semnat.doc
- Anexa 2 - Regulamentul de organizare si functionare-semnat.pdf
- Anexa 4.1. - Program de circulatie-semnat.pdf
- anexa 4.2 - Condiții specifice delefare TP-semnat.doc
- Anexa 4.3 - Statii pentru transport public-semnat.pdf
- Caiet de sarcini TP-semnat.doc
- Contestatie ..... atribuire TP-semnat.pdf
- FisaDate_DF1024037.pdf
- Formulare si modele-semnat.doc
- HCL nr 37 din 22 februarie ..... privind modificarea HCL nr 175-semnat.pdf
- HCL nr 175 din 20 decembrie 2017-semnat.pdf
- Model contract delegare gestiune TP-semnat.doc
- Răspuns consolidat conform ACN 4687 din 23.11.....-semnat.pdf
- Anexa nr.1 la HCL nr.164 - Studiu de oportunitate-semnat.pdf
- Anexa nr.2 la HCL nr.164 - Regulament de organizare si functionare-semnat.pdf
- Anexa nr.4 la HCL nr.164 - Caiet de sarcini-semnat.pdf
- Anexa nr.4.1 la HCL nr.164 - Program de circulatie-semnat.pdf
- Anexa nr.4.2 la HCL nr.164 - Condiții specifice de delegare-semnat.pdf
- Anexa nr.4.3 la HCL nr.164 - Statii-semnat.pdf

- Anexa nr.6 la HCL nr.164 - Contract de delegare - model-semnat.pdf
- Anexa nr.7 la HCL nr.164 - Fisa de date-semnat.pdf
- Anexa nr.8 la HCL nr.164 - Strategia de contractare-semnat.pdf
- Completări din oficiu la documentația de atribuire TP-semnat.pdf
- HCL nr.164 din 08.10.....-semnat.pdf.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către unitatea administrativ-teritorială achizitoare a mai multor excepții care o vizează, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să le analizeze cu precădere, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea lor.

Relativ la excepția inadmisibilității, bizuită pe argumentul că documentația de atribuire a fost adoptată printr-o hotărâre a consiliului local (care nu este parte în litigiu), hotărâre ce nu a fost atacată anterior, Consiliul găsește a fi relevante dispozițiile art. 2 din Legea nr. 101/2016:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim [...].

dispoziții din care rezultă că pot fi atacate la Consiliu actele potențial vătămătoare emise ori asumate de autoritatea contractantă ca parte a documentației de atribuire. Legea nu face distincție după cum actele constituie hotărâri ale consiliului local, motiv pentru care acest aspect nu împiedică reclamarea lor la organul administrativ-jurisdicțional, câtă vreme sunt utilizate de autoritatea achizitoare ca ..... de atribuire și produc o vătămare. Calitatea de act administrativ a hotărârilor nu afectează această concluzie, mai cu seamă că însăși Legea nr. 101/2016, în redactarea precedentă a art. 3 alin. (1) lit. a), făcea referire expresă la acte și operațiuni administrative.

În speță, câtă vreme anexele la hotărârile Consiliului Local al Municipiului ..... sunt preluate și utilizate de Municipiul ..... ca elemente ce compun ansamblul documentației de atribuire, aceste anexe dobândesc și natura de acte ale licitației pendinte, potențial

vătămătoare pentru operatorii economici, atacabile pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară. Data de la care începe să curgă termenul de contestare a lor este data la care autoritatea le valorifică în cadrul licitației, respectiv de la publicarea lor în SEAP, ca acte pe baza cărora se va desfășura licitația, impuse operatorilor economici interesați. Constituie „document al achiziției", cum se arată la art. 3 lit. r) din lege, „invitația la o procedură concurențială de ofertare, anunțul de participare, documentația de atribuire, precum și orice document suplimentar emis de entitatea contractantă sau la care aceasta face trimitere pentru a descrie sau stabili elemente ale achiziției sectoriale ori ale procedurii de atribuire".

Hotărârile adoptate de consiliul local constituie acte administrative și pot fi contestate potrivit dispozițiilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, însă utilizarea în concret a cuprinsului acestor hotărâri (mai precis a anexelor) pentru desfășurarea unei achiziții publice permite operatorilor economici vătămați să își exercite dreptul legal de a le ataca în cadrul stabilit de licitația aflată în curs, independent de o eventuală contestare a lor anterioară în temeiul Legii nr. 554/2004. Ipotezele sunt diferite, deoarece hotărârile devin acte vătămătoare ale licitației doar dacă sunt valorificate în cadrul acesteia.

Orientarea instanțelor de judecată este în aceeași direcție, relevantă fiind, de pildă, decizia nr. 2749 din 9 iunie 2015 a Curții de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, din considerentele căreia citățm:

Este real că, potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2006, autoritățile deliberative au competențe exclusive în materia înființării, organizării, gestionării, coordonării și atribuirii serviciului de salubrizare a localităților potrivit distincțiilor de la lit. e) și h) – norme invocate de intervenientul accesoriu – și că toate aceste inițiative se iau prin adoptarea unor hotărâri ale consiliului local, însă, în speță, Curtea constată că adoptarea Hotărârii Consiliului Local nr. 95/2015 reprezintă, în esență, inițierea unei proceduri de achiziție (negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare), că hotărârea face parte integrantă din această procedură care presupune derularea ulterioară a unor etape potrivit art. 123 din ordonanță, așa încât, din această perspectivă, întreaga procedură este guvernată de normele speciale prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, iar în materia contestațiilor devin incidente dispozițiile art. 255 alin. (1).

Prin urmare, contestația pârâtei, care vizează inițierea și derularea procedurii de achiziție, contestație care cuprinde și capătul de cerere accesoriu constând în suspendarea acestei proceduri, este de competența Consiliului.

Mutatis mutandis, raționamentul este regăsit și în decizia civilă nr. 3139 din 28 august 2013 a Curții de Apel București, Secția a VIII contencios administrativ și fiscal (accesibilă la http://www.rolii.ro/hotarari/5897f516e49009e01e0024c9):

Din probele administrate, Curtea retine ca Autoritatea Contractanta a inițiat procedura de achiziție publica de atribuire a Acordului cadru având ca obiect „Achiziționarea serviciilor de consultanta, asistenta și/sau reprezentare juridica în vederea dobândirii prin expropriere/transfer a imobilelor necesare executării lucrărilor de

infrastructura rutiera" prin publicarea pe site-ul www.cnadnr.ro a Invitației de participare cu nr. 92/xxxxx.

Petentii, luând la cunostinta de documentația de atribuire și analizând cuprinsul acesteia, apreciind ca aceasta conține prevederi nelegale și discriminatorii, de natura a restricționa accesul operatorilor economici interesați la procedura și de a aduce atingere grava principiilor atribuirii contractului de achiziție publica au formulat contestație împotriva Documentației de atribuire a Acordului cadru având ca obiect „Achiziționarea serviciilor de consultanta, asistență și/sau reprezentare juridica în vederea dobândirii prin expropriere/transfer a imobilelor necesare executării lucrărilor de infrastructura rutiera".

Prin Decizia nr. 2032/C6/2171;2176;2195;2209; 2298/12.06.2013, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor admite în parte contestațiile depuse de către S.C.P.A D___ & Partners, N___ F. A____-Cabinet Individual de Avocat, avocat G__ D__ L___ și Bostina și Asociații SPRL, respinge ca nefondate capetele de cerere privind anularea procedurii de atribuire, obliga Autoritatea Contractanta ca, în termen de 12 zile de la primirea deciziei, sa publice, pe site-ul sau, informațiile legate de valoarea estimata a acordului-cadru, valoarea estimata a celui mai mare contract subsecvent ce se preconizează ca va fi atribuit, cantitatea maxima și cea minima estimata, ale acordului cadru și dispune continuarea procedurii de atribuire.

În motivarea deciziei pronunțate, CNSC retine faptul ca respectivele criterii de calificare, algoritmul în cauza și prevederile referitoare la cuantumul minim al punctajului pe care trebuie sa îl obtina ofertanții pentru a fi declarați câștigători au fost stabilite prin Normele procedurale interne referitoare la selectarea formelor de exercitare a profesiei de avocat, norme ce au fost aprobate prin Ordinul nr. 258/23.05.2013 emis de către Ministrul pentru Proiecte de Infrastructura și Investiții Străine.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor retine faptul ca „chiar daca CNSC ar analiza și ar constata ca sunt fondate criticile formulate, ar însemna sa oblige Autoritatea Contractanta la nerespectarea Ordinului în cauza, ceea ce ar veni în contradicție cu art. 2 al actului susmențional, unde s-a prevăzut după cum urmează: „C__ Naționala de Autostrăzi și D__ Naționale d__ România S.A va duce la îndeplinire prevederile Ordinului."

CNSC retine ca nu poate exercita controlul de legalitate asupra Ordinului nr. 258/23.05.2013, întrucât competenta sa de soluționare se rezuma doar în legătura cu actele emise de către autoritatea contractanta în cadrul procedurii de atribuire. Față de aceste aspecte, operatorii economici care au formulat contestații împotriva documentației de atribuire a Acordului cadru având ca obiect „Achiziționarea serviciilor de consultanta, asistenta și/sau reprezentare juridica în vederea dobândirii prin expropriere/transfer a imobilelor necesare executării lucrărilor de infrastructura rutiera" au contestat criteriile de calificare și selecție impuse de catre Autoritatea Contractanta, publicate în cadrul Fisei de date a procedurii și a caietului de sarcini, fara a contesta legalitatea Ordinului nr. 258/23.05.2013.

Potrivit art. 255 și urm din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publica, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia: „Orice persoana care se considera vătămata într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicționala, în condițiile prezentei ordonanțe de urgenta."

Mai mult, potrivit dispozițiilor OUG 34/2006 în vederea soluționării contestațiilor pe cale administrativ-jurisdicționala, partea care se considera vătămata are dreptul sa se adreseze Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu re spectarea prevederilor art. 256 2 și 270-271.

CNSC nu a analizat dacă criteriile de calificare și selecție respectă principiile prevăzute de art. 2 alin. 2 din O.U.G 34/2006 deși avea acesta obligație.

CNSC avea obligația să analizeze contestațiile prin prisma dispozițiilor O.U.G 34/2006 și nu ale Ordinului de Ministru nr. 258/23.05.2013 întrucât Ordinul de ministru are, în ierarhia actelor normative, o forta juridica inferioara unei Ordonanțe de Guvern, fiind de regulă dat în aplicarea unui act cu forță juridică superioară (ex. hotărâre de

Guvern, ordonanță de Guvern, lege), așa cum rezultă din dispozițiile articolul 4 din Legea 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative „(1) Actele normative se elaborează în funcție de ierarhia lor, de categoria acestora și de autoritatea publică competentă să le adopte. (2) Categoriile de acte normative și normele de competență privind adoptarea acestora sunt stabilite prin Constituția României, republicată, și prin celelalte legi.(3) Actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă."

Potrivit art. 81, „la elaborarea proiectelor de hotărâri, ordine sau dispoziții se va avea în vedere caracterul lor de acte subordonate legilor, hotărârilor și ordonanțelor Guvernului și altor acte de nivel superior."

Prin urmare, un ordin nu poate conține reglementări contrare unei legi.

CNSC dă prioritate legislativă unui Ordin de Ministru în detrimentul unui act normativ superior, împrejurare care încalcă atât dispozițiile OUG 34/2006, cât și regulamentul de organizare și funcționare a CNSC, Legea nr. 24/2000 și Constituția.

Nu in ultimul rand, Curtea considera ca Ordinul nr. 258/2013 nu este opozabil participanților la procedură datorită faptului că nu a fost comunicat acestora si nici nu a fost publicat în Monitorul Oficial al României.

Din aceste motive, Curtea considera ca Decizia CNSC atacata este nelegala deoarece **CNSC trebuia sa examineze daca criteriile de calificare si selectie respecta principiile legale**.

Astfel fiind, Consiliul respinge, ca nefondată, excepția inadmisibilității contestației, soluție incidentă și excepției prematurității acesteia, pe considerentul că autoritatea intenționează să adopte măsuri de remediere în urma solicitărilor de clarificare a documentației. Nicio dispoziție legală nu sancționează cu prematuritatea o contestație depusă pe fondul solicitării de clarificări de către respectiva contestatoare.

Întrucât, din parcurgerea contestației, se vădește că actele care o nemulțumesc pe reclamantă sunt cele care formează documentația de atribuire, termenul de contestare a ei curge de la data publicării ei în SEAP - ....., dată în raport cu care nu este depășit termenul de atac prescris de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prima critică vizează absența din cuprinsul documentației a referirilor la Hotărârea Consiliului Local ..... nr. 164/....., critică pe care organul de jurisdicție o apreciază a fi rămasă fără obiect, din moment ce în clarificarea agregată „[...../00018] Clarificare din oficiu la .....-semnat.rar.p7s”, postată de autoritate în SEAP la 14.11....., se regăsește și hotărârea în discuție.

Vizavi de obiecțiile privind cerința experienței similare, la pct. III.1.3) - *Capacitatea tehnica si profesională* din anunțul de participare, subpct. 1, autoritatea a stabilit:

1.) Experința similara Operatorul economic trebuie sa faca dovada ca a realizat, în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, o listă cu servicii similare, în valoare cumulata totala de cel putin 25.000.000 lei, fără TVA, în cadrul unui număr de cel mult 3 contracte. Lista cu serviciile prezentate va cuprinde informații cu privire la valoarea acestor servicii, cu privire la beneficiarii publici ai acestor servicii, tipul serviciilor prestate, perioada de derulare a contractelor, modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale, etc. - Operatorul economic va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE din documentatia de atribuire. Documentele justificative care probeaza

îndeplinirea celor asumate prin completarea formularului DUAE si anume documente edificatoare care sa contina valori, perioade de prestare, beneficiarii publici ai acestor servicii insotite in mod obligatoriu de certificate/documente emise sau contrasemnate de beneficiarii contractului/contractelor mentionat/e, se vor prezenta DOAR LA SOLICITAREA AUTORITATII CONTRACTANTE, numai de ofertantul clasat pe primul loc la finalizarea evaluarii ofertelor, in conformitate cu prevederile art.205 alin. (2) din Legea nr.99/2016. Pentru calculul echivalenței se va aplica cursul mediu anual, lei/valută comunicat de Banca Națională a României (www.bnr.ro) aferent fiecărui an, corespunzator experientei similare. Operatorii economici care trebuie să efectueze conversia altor monede decât Euro vor utiliza ratele de schimb medii anuale stabilite de Banca Centrala Europeană (www.ecb.europa.eu). Nota 1: În cazul în care se vor prezenta ca experiență similară contracte care au ca obiect prestarea mai multor tipuri de servicii, atunci ofertantul are obligația să evidențieze și să dovedească în mod clar în documentele/certificatele emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către beneficiar, care sunt serviciile în măsură să îndeplinească cerințele solicitate de entitatea contractantă. Nota 2: In situatia in care contractul/contractele au fost semnate inainte de perioada de 3 ani, autoritatea contractanta va lua in considerare serviciile prestate si duse la bun sfarsit in perioada solicitata si va avea in vedere doar acele servicii prestate in aceasta perioada. Nota 3: Numărul de ani solicitați în vederea demonstrării experienței similare se vor calcula prin raportare la data limită de depunere a ofertelor și nu va fi afectat de eventualele decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare. Prin servicii de natură similară se va înțelege servicii de transport.

SC ..... SA se plânge de circumstanțierea din finalul cerinței: „Prin servicii de natură similară se va înțelege servicii de transport.”

Consiliul apreciază că legislația aplicabilă, ca regulă generală, nu îi impune autorității contractante să permită accesul la procedurile de atribuire doar operatorilor economici care posedă experiență similară. Dreptul de a pretinde o anume experiență similară este un drept suveran al autorității, pe care îl poate exercita sau nu.

În acest sens, art. 191 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale dispune:

(1) Entitatea contractantă are **dreptul** de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și **experiența** necesare pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de entitatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor sectoriale/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor sectoriale/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora.

Exercițiul drepturilor sale nu constituie o nelegalitate și nu conduce la obligația de a repara vreun prejudiciu, cu excepția cazului în care dreptul este exercitat abuziv (art. 1.353 C. civ.), *quod non*.

Dacă legislația actuală, în materie de achiziții sectoriale, îi acordă dreptul Municipiului ..... de a pretinde sau nu

participanților experiență similară, cu atât mai mult el are dreptul de pretinde o experiență de ordin general în domeniul contractului, iar nu una care să ajungă să se suprapună până la identitate obiectului contractului, cum dorește reclamanta.

În baza art. 185 din aceeași lege:

(1) Entitatea contractantă are **dreptul** de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) situația economică și financiară;

c) capacitatea tehnică și profesională.

[...]

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criterii privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

[...]

(5) Toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

iar organizatoarea licitației în curs s-a conformat acestor dispoziții, mai cu seamă că cerința „experienței similare", parte a criteriilor privind capacitatea tehnică a ofertanților, este dublată de cerința licențierii specifice:

Operatorii economici participanti la procedura **trebuie sa detina licenta de transport comunitara** (document eliberat de autoritatea de autorizare competenta care permite accesul operatorului de transport autorizat la piata transportului rutier si atesta ca transportatorul indeplineste conditiile de onorabilitate, capacitate financiara si competenta profesionala, pentru prestarea unui serviciu de transport public local), in conformitate cu prevederile art.7 și 8 din Ordinul Ministrului Transporturilor si Infrastructurii nr.980/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice privind aplicarea prevederilor referitoare la organizarea si efectuarea transporturilor rutiere si a activitatilor conexe acestora stabilite prin Ordonanta Guvernului nr. 27/2011 privind transporturile rutiere. Persoanele juridice/fizice straine vor face dovada inregistrarii/atestarii la autoritatile competente din tara respectiva, intr-o forma de inregistrare/atestare ori apartenenta din punct de vedere profesional echivalenta la categoria profesionala impusa de indeplinirea contractului.

Nici Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor [...] art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale nu stabilește pentru autoritatea contractantă o obligație de a pretinde experiență similară și, cu atât mai puțin, extrem de specializată sau chiar identică. Dimpotrivă, respectiva instrucțiune prevede că *„nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului"* [art. 5 alin. (1)].

Există o bogată practică judiciară pe tema caracterului restrictiv al cerinței experienței identice:

- deciziile nr. 1129/CA din 2 iunie 2010 (cerința de a se prezenta de către ofertanți exclusiv lucrări care se încadrează la codul CPV 45211341-1 este restrictivă și contrară art. 9 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, deoarece limitează criteriul doar la blocurile de locuințe, în condițiile în care prin similar se înțelege asemănător, nu identic) și nr. 1687 din 11 noiembrie 2016 (experiență similară nu înseamnă experiență identică. În cazul achiziției de gaze etalon hidrocarburi și compuși cu sulf, constituie experiență similară furnizarea anterioară de gaze industriale cu diverse compoziții), Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;

- deciziile civile nr. 1161 din 24 aprilie 2008 (cerință privind experiența similară. Delimitare în cazul unui contract complex), nr. 864 din 25 februarie 2013 (experiență similară nu înseamnă experiență identică), nr. 3139 din 28 august 2013 (este nelegal criteriul de selectare privind experiența în servicii de asistență juridică și reprezentare în vederea dobândirii prin expropriere/transfer a unor imobile în scopul construirii de autostrăzi/infrastructură rutieră la standard de autostradă, în condițiile în care exproprierea nu diferă dacă este pentru altfel de proiecte) și nr. 6738 din 25 septembrie 2014 (similar înseamnă asemănător, analog, echivalent, comparabil, nu identic. Solicitarea unei experiențe identice cu activitățile presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit contravine principiilor în materia achizițiilor publice), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 323 din 14 februarie 2008 (prezentarea pentru calificare a unui număr de lucrări similare cu cea de alimentare cu apă care face obiectul achiziției. Execuția de lucrări de alimentare cu gaze. Considerarea acestora similare cu cele cerute), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 1540/R-CONT din 22 septembrie 2015 (experiența similară pentru servicii de asistență tehnică nu înseamnă că ofertantul trebuie să fi prestat servicii de asistență tehnică doar pentru anumite tipuri de lucrări, fiind suficient ca el să fi prestat servicii de asistență tehnică indiferent de domeniul/complexitatea lucrărilor), Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- sentința nr. 37 din 25 februarie 2014 (cerința experienței similare constând în proiectarea pentru construcții de sănătate este restrictivă, atâta vreme cât spitalul la care se va referi proiectul se încadrează în categoria clădirilor civile, iar proiectul nu necesită cunoștințe de specialitate diferite sau o anumită calificare a proiectanților/arhitecților), Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia civilă nr. 517 din 1 aprilie 2011 (condiția de calificare privind experiența similară în proiectare construcții civile de tip „after school” și „cămin cultural” este restrictivă. experiența în orice alt tip similar de construcție civilă fiind suficientă), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal;

- sentința nr. 730 din 9 noiembrie 2007 (lucrările de alimentare cu apă, de canalizare și de distribuție și transport gaze naturale sunt similare), Tribunalul Olt, Secția comercială și de contencios administrativ.

A se vedea și exemplele regăsite în ultimul model al fișei de date a achiziției (versiunea 18 mai 2017) elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice (disponibil la adresa http://anap.gov.ro/web/modele-fda/), la pct. III.2.3.a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională*.

Separat de faptul că SC ..... SA nu a reușit să indice nicio normă legală care să îi impună autorității să ceară doar „experiență similară în servicii de transport public de persoane”, este de observat că, prin solicitarea sa de restrângere a sferei experienței, contestatoarea urmărește să își agraveze nu numai propria situație, ci și a celorlalți potențiali ofertanți, rigorile de participare la licitație devenind mai stricte. De altminteri, din parcurgerea contestației se

constată că SC ..... SA nici nu reclamă faptul că autoritatea, prin actuala ..... pe care o atacă, i-ar îngrădi în vreun fel dreptul de a participa la licitație. Practic, dacă s-ar da curs solicitării contestatoarei, de limitare a experienței similare a ofertanților la transportul public de persoane, care să atingă un prag de minimum 25.000.000 lei, fără TVA, se ajunge la îngrădirea severă a accesului la procedură pentru potențialii ofertanți, deopotrivă de contestabilă de către aceștia.

În acest context, trebuie amintit că este în interesul public și al autorității contractante, să propună contractul unui număr cât mai mare de concurenți. Astfel cum a precizat deja fosta Curte de Justiție a Comunităților Europene în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37, unul dintre obiectivele normelor Uniunii în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil. Această deschidere spre concurență nu este avută în vedere doar în raport cu interesul Uniunii privind libera circulație a bunurilor și a serviciilor, ci și în raport cu interesul propriu al autorității contractante implicate, care dispune astfel de o alegere mai vastă cu privire la oferta cea mai avantajoasă economic și cea mai potrivită nevoilor autorității publice în cauză. Prin faptul că ar acorda potențialilor ofertanți șansa de a prezenta oferte, autoritatea s-ar priva de această posibilitate.

Raționamentul este reiterat constant în jurisprudența Curții, exemple fiind Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, C-337/06, EU:C:2007:786, punctul 39, și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punctul 34.

Art. 2 alin. (1) din lege dispune că orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, iar prin *persoană vătămată* se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

Similar, Codul de procedură civilă stabilește, la art. 32 și 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În speță, prin solicitarea ca autoritatea să circumstanțieze condițiile de calificare pentru ofertanți, reclamanta tinde să își agraveze situația în propria „cale de atac”, ceea ce este, dincolo de îndoială, lipsit de interes pentru reclamantă (dar și pentru ceilalți operatori economici), împrejurare în care se poate reține și incidența excepției lipsei de interes. În contextul în care societatea reclamantă ar dovedi Consiliului că deține experiența doar în transportul public de persoane, este evident că ea nu îndeplinește condițiile de a fi considerată persoană vătămată, în sensul Legii nr. 101/2016, întrucât absența solicitării experienței particularizate de către autoritate nu îi cauzează reclamantei nicio vătămare, ea putând participa nestingherită la licitație și în absența amintitei cerințe.

Potrivit art. 33 C. proc. civ., interesul (procesual) al autorului cererii trebuie să fie personal, ceea ce înseamnă că SC ..... SA nu poate contesta documentația de licitație în numele altor societăți comerciale interesate să participe la procedură sau al autorității

contractante, ci doar în nume propriu, iar în nume propriu nu are calitatea de persoană vătămată prin actul autorității.

Contestația nu poate servi ca mijloc de blocare cu rea-credință a investiției autorității contractante sau ca prilej de dezbateri teoretice pe marginea legalității cerințelor impuse de organizatoarea achiziției. Totodată, prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatoarei, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici. Interesul reprezintă folosul urmărit de către cel care a pus în mișcare acțiunea și el trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct. Interesul este legitim atunci când nu contravine legii, însă prin faptul că SC ..... SA urmărește îngrădirea accesului la licitație al operatorilor care nu dețin experiență doar în sectorul transportului public de persoane, un asemenea interes nu poate fi considerat legitim, pe fondul obligației autorității de a asigura accesul cât mai larg la procedură, direcție trasată și de art. 63 din Legea nr. 99/2016:

(1) Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

După cum a remarcat și autoritatea, „niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”, iar scopul de a fi eliminată o mare parte din concurență conduce la vătămarea acesteia, dar și a autorității. Prin actuala formulă de definire a serviciilor similare, organizatoarea nu a instituit o poziție privilegiată a concurenței în raport cu SC ..... SA și nici viceversa.

În consecință, Consiliul nu îi impune Municipiului ..... să restrângă sfera de operatori pe criteriul experienței prealabile doar în transportul cerut de contestatoare, critica fiind nefondată.

Nefondată este și critica asupra cerinței privind asocierea de operatori, dat fiind că autoritatea nu a permis participarea la procedură a operatorilor care nu dețin licență de transport, ci dimpotrivă, prevăzând:

2.) Informatii privind asociatii. In cazul unei asocieri se va prezenta un Acord de asociere in forma autentica. In cazul in care oferta comuna va fi declarata castigatoare, pentru o corespunzatoare executare a contractului, asocierea va imbraca forma unei societati comerciale reglementata de Legea nr.31/1990, potrivit art.4 alin. (4) coroborat cu art. 29 alin. (4) din Legea nr.51/2006 privind serviciile comunitare de utilitati publice. De asemenea, Acordul de asociere va contine o clauza expresa cu privire la obligatia asociatilor de a transforma asocierea intr-o societate comerciala, astfel cum este definita de Legea nr.31/1990, cu modificarile si completarile ulterioare. - Se va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE din documentatia de atribuire. Documentele

justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea formularului DUAE si anume - Formularul nr.2 - Declaratie privind lista asociatilor si partea/partile din contract care sunt indeplinite de catre acestia si Acordul de asociere in forma autentica, se vor prezenta la data depunerii ofertelor, in conformitate cu prevederile art. 205 alin. (1) din Legea nr.99/2016 privind achizitiile sectoriale. **In cazul asocierii mai multor operatori economici cerintele privind eligibilitatea, inclusiv detinerea licentei comunitare de transport trebuie sa fie indeplinite de fiecare asociat**, iar cerintele privind capacitatea economica si financiara si capacitatea tehnica si profesionala trebuie sa fie indeplinite prin cumul de grupul de asociati.

Cu titlu preliminar, Consiliul determină că SC ..... SA nu și-a manifestat interesul de a accede la licitație în asociere, situație din care se poate deduce că participarea în asociere nu îi cauzează, fiind o ipoteză exterioară contestatoarei. Concluzia că organizatoarea nu a instituit o poziție privilegiată a concurenței în raport cu SC ..... SA sau viceversa rămâne valabilă și pentru cazul operatorilor licențiați care participă în asociere.

Este imposibil, din punct de vedere legal, a se pretinde licențierea asocierii înainte de a fi depusă oferta, întrucât operează interdicția de la art. 67 alin. (1) din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici care participă în comun la procedura de atribuire să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea unei oferte sau a unei solicitări de participare*."

Entitatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici participanți în comun la procedura de atribuire, odată ce le-a fost atribuit contractul, să adopte sau să constituie o anumită formă juridică, cu condiția ca acest lucru să fi fost prevăzut în invitația la procedura concurențială de ofertare sau documentația de atribuire și în măsura în care o astfel de modificare este necesară pentru executarea în mod corespunzător a contractului de achiziție sectorial.

Pe de altă parte, Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, republicată, stabilește că operatorii au obligația de a solicita și de a obține eliberarea licenței în termen de 90 de zile de la data semnării contractului de delegare a gestiunii, prevedere ce recunoaște expres posibilitatea licențierii ulterioare semnării contractului.

Vizavi de modul de calcul al cheltuielilor de exploatare (CE), prima obiecție este îndreptată împotriva clauzei contractuale de la art. 10.1, reclamanta solicitând revizuirea după cum urmează:

CE=reprezintă cheltuieli de exploatare eligibile aferente obligațiilor de serviciu public calculate conform anexei 1 la Ordinul ANRSC nr. 272/2007 pentru aprobarea Normelor cadru privind stabilirea, ajustarea și modificarea tarifelor pentru serviciile de transport public local de persoane, a prevederilor prezentului contract, a condițiilor de mediu impuse si a principiilor de calcul a cheltuieilor indirecte clin anexa 6.9. CE este calculat cu includerea amortizarii lunare a investițiilor operatorului si a cheltuielilor financiare lunare aferente investițiilor (dobânzi si alte cheltuieli financiare aferente rambursații creditelor de investitii). Amortizarea investițiilor realizate de operator din fonduri provenite de la bugetele locale sau bugetul statului nu este eligibila.

Solicitarea este rămasă fără obiect, ținând seama că municipiul a răspuns afirmativ în SEAP, la întrebarea nr. 24, prin adresa nr. 94153/16.11..... (pag. 12 și 20), fiind definite cheltuielile de exploatare în modul dorit de reclamantă.

Clauza contractuală de la art. 10.6:

10.6. În vederea evitării supracompensării, în termen de 30 de zile de la aprobarea situațiilor financiare anuale, Operatorul va întocmi decontul anual pentru calculul Compensației anuale, potrivit Anexei 6.8.2. Compensația anuală reprezintă cea mai mică valoare dintre:

- valoarea totală anuală a Compensației calculate potrivit Rapoartelor lunare de constatare aprobate pentru anul respectiv; și

- valoarea totală anuală a Compensației, calculate potrivit art. 10.1 de mai sus, în care CE se va înlocui și va reprezenta valoarea cheltuielilor efective suportate de Operator pentru prestarea Obligației de serviciu public efectiv, pe categoriile de costuri prevăzute în Anexa 6.9, conform situațiilor financiare anuale auditate.

a fost clarificată prin același răspuns nr. 94153/16.11..... (pag. 9, 11 și 12):

Subcompensarea nu a fost reglementata in documentația de atribuire avand in vedere urmatoarele:

Fundamentarea in mod corect, real si transparent a ofertei financiare si implicit a costului mediu unitar/km nu poate conduce la situatii de natura a produce o posibila subcompensare, nici la momentul depunerii ofertei, nici pe parcursul executării contractului, avand in vedere ca este prevăzută posibilitatea ajustarii/modificarii/ indexarii costului mediu unitar/km, cu condiția îndeplinirii condițiilor legale.

Daca totuși vor exista situatii in care operatorul economic ar putea înregistra un efect financiar negativ, independent de un management defectuos si de o fundamentare incorecta a costului mediu unitar/km ofertat, exista suficiente mecanisme legale prin care entitatea contractantă isi poate îndeplini obligațiile in vederea menținerii echilibrului contractual.

Pe cale de consecința subcompensatia poate fi reglementata contractual si acordata operatorului economic, in condițiile mai sus expuse, rezultatul compensării sau subcompensării stabilindu-se strict în baza costului mediu unitar/km ofertat sau modificat/ajustat/indexat în conformitate cu Ordinul ANRSC nr. 272/2007.

SC ..... SA își întemeiază cererea de revizuire a clauzei pe următoarele acte normative și prevederi:

- din Legea serviciilor de transport public local nr. 92/2007:

Art. 1. - (4) Serviciul de transport public local de persoane și de mărfuri se organizează de către autoritățile administrației publice locale, pe raza administrativ-teritorială respectivă, cu respectarea următoarelor principii:

i) recuperarea integrală a costurilor de exploatare, reabilitare și dezvoltare prin tarife/taxe suportate de către beneficiarii direcți ai transportului, denumiți în continuare utilizatori, și prin **finanțarea de la bugetele locale, asigurându-se un profit rezonabil pentru operatorii de transport și transportatorii autorizați**;

- din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006:

Art. 29. - (11) Contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la:

a) denumirea părților contractante;

b) obiectul contractului, cu indicarea activităților din sfera serviciului de utilități publice ce urmează a fi furnizate/prestate în baza contractului de delegare a gestiunii, astfel cum sunt prevăzute în legile speciale;

c) durata contractului;

d) aria teritorială pe care vor fi prestate serviciile;

e) drepturile și obligațiile părților contractante cu privire la furnizarea/prestarea serviciului și la sistemul de utilități publice aferent, inclusiv conținutul și durata obligațiilor de serviciu public;

f) modul de repartizare a riscurilor între părți, în cazul contractelor de concesiune;

g) natura oricăror drepturi exclusive sau speciale acordate delegatului;

h) sarcinile și responsabilitățile părților cu privire la investiții/programele de investiții, precum reabilitări, modernizări, obiective noi, extinderi, inclusiv modul de finanțare a acestora;

i) indicatorii de performanță privind calitatea și cantitatea serviciului și modul de monitorizare și evaluare a îndeplinirii acestora;

j) prețurile/tarifele pe care delegatul are dreptul să le practice la data începerii furnizării/prestării serviciului, precum și regulile, principiile și/sau formulele de ajustare și modificare a acestora;

k) compensația pentru obligațiile de serviciu public în sarcina delegatului, dacă este cazul, cu indicarea parametrilor de calcul, control și revizuire a compensației, precum și modalitățile de evitare și recuperare a oricărei supracompensații;

l) modul de facturare a contravalorii serviciilor furnizate/prestate direct utilizatorilor și/sau delegatarului, după caz;

m) nivelul redevenței sau al altor obligații, după caz; la stabilirea nivelului redevenței, autoritatea publică locală va lua în considerare valoarea calculată similar amortizării pentru mijloacele fixe aflate în proprietate publică și puse la dispoziție operatorului odată cu încredințarea serviciului/activității de utilități publice și gradul de suportabilitate al populației. Nivelul redevenței se stabilește în mod transparent și nediscriminatoriu pentru toți potențialii operatori de servicii de utilități publice, utilizându-se aceeași metodologie de calcul;

n) garanția de bună execuție a contractului, cu indicarea valorii, modului de constituire și de executare a acesteia;

o) răspunderea contractuală;

p) forța majoră;

q) condițiile de revizuire a clauzelor contractuale;

r) condițiile de restituire sau repartiție, după caz, a bunurilor, la încetarea din orice cauză a contractului de delegare a gestiunii, inclusiv a bunurilor rezultate din investițiile realizate;

s) menținerea echilibrului contractual;

t) cazurile de încetare și condițiile de reziliere a contractului de delegare a gestiunii;

u) forța de muncă;

v) alte clauze convenite de părți, după caz.

- Ordonanța Guvernului nr. 97/1999 privind garantarea furnizării de servicii publice subvenționate de transport rutier intern și de transport pe căile navigabile interioare;

- Regulamentul (CE) nr. 1370/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 octombrie 2007 privind serviciile publice de transport feroviar și rutier de călători și de abrogare a Regulamentelor (CEE) nr. 1191/69 și nr. 1107/70 ale Consiliului;

- Comunicarea Comisiei referitoare la orientări pentru interpretarea Regulamentului (CE) nr. 1370/2007 privind serviciile publice de transport feroviar și rutier de călători:

2.4.8. Articolul 1 alineatul (1) și articolul 6 alineatul (1). Garantarea faptului că autoritățile competente vor plăti operatorilor compensații „corespunzătoare” pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu public

Conform articolului 1 din Regulamentul (CE) nr. 1370/2007, „scopul prezentului regulament este acela de a defini modul în care, în conformitate cu normele dreptului [Uniunii], autoritățile competente pot acționa în domeniul transportului public de călători pentru a garanta prestarea de servicii de interes general care sunt, printre altele, mai numeroase, mai sigure, de calitate mai bună sau au costuri mai scăzute decât cele pe

care le-ar fi permis numai acțiunea forțelor pieței. În acest scop, prezentul regulament stabilește condițiile în care autoritățile competente compensează operatorii de servicii publice pentru costurile suportate și/sau acordă drepturi exclusive în schimbul îndeplinirii obligațiilor de serviciu public, atunci când impun sau contractează obligații de serviciu public". În plus, în conformitate cu punctul 7 din anexa la Regulamentul (CE) nr 1370/2007, „metoda de compensare trebuie să promoveze întreținerea sau dezvoltarea […] prestării de servicii de transport de călători la standarde suficient de înalte".

Acest lucru înseamnă nu doar că dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 1370/2007 vizează prevenirea oricărei posibile compensații excesive pentru obligații de serviciu public, dar și că ele au scopul de a garanta faptul că oferta de servicii publice definită în contractul de servicii publice este sustenabilă din punct de vedere financiar pentru a atinge și a menține un nivel ridicat de calitate a serviciilor. Prin urmare, obligația de serviciu public ar trebui compensată în mod adecvat, astfel încât fondurile proprii ale operatorului semnatar al unui contract de servicii publice să nu se erodeze pe termen lung, împiedicând astfel îndeplinirea eficientă a obligațiilor contractuale și menținerea furnizării unor servicii de transport de călători de înaltă calitate, așa cum se menționează la punctul 7 din anexa la Regulamentul (CE) nr. 1370/2007.

În orice caz, dacă autoritatea competentă nu plătește o compensație corespunzătoare, ea riscă fie să provoace o reducere a numărului de oferte depuse ca răspuns la o procedură competitivă de atribuire a unui contract de servicii publice, creându-i operatorului dificultăți financiare grave dacă respectivul contract de servicii publice este atribuit în mod direct și/sau reducând nivelul și calitatea generală a serviciilor publice furnizate pe durata contractului.

Reclamanta a cerut adăugarea la art. 10.6 a sintagmelor *„efectului financiar negativ cât și a"* și *„în Anexa 1 din Ordinul ANRSC 272/2007, a condițiilor prevăzute in contractul cadru, a condițiilor de mediu si a principiilor enunțate în"*, textul devenind:

10.6. În vederea evitării **efectului financiar negativ cât și a** supracompensării, în termen de 30 de zile de la aprobarea situațiilor financiare anuale, Operatorul va întocmi decontul anual pentru calculul Compensației anuale [...]. [...]

- valoarea totala anuala a compensației, calculată potrivit art. 10.1, in care CE se va inlocui și va reprezenta valoarea cheltuielilor efective suportate de Operator pentru prestarea Obligației de serviciu public efectiv, pe categoriile de costuri prevăzute **in Anexa 1 din Ordinul ANRSC 272/2007, a condițiilor prevăzute in contractul cadru, a condițiilor de mediu si a principiilor enuntate in** Anexa 6.9, conform situatiilor financiare anuale auditate.

Din parcurgerea normelor pe care se bizuie reclamanta nu reiese că Municipiul ..... este ținut să suporte „efectul financiar negativ" al prestatorilor serviciului, însăși Comunicarea referitoare la orientări pentru interpretarea Regulamentului (CE) nr. 1370/2007 admițând o asemenea ipoteză („dacă autoritatea competentă nu plătește o compensație corespunzătoare"). Pe de altă parte, răspunsul autorității, deși nu concordă cu exprimarea dorită de reclamantă, vine în sprijinul acesteia:

Fundamentarea in mod corect, real si transparent a ofertei financiare si implicit a costului mediu unitar/km nu poate conduce la situatii de natura a produce o posibila subcompensare, nici la momentul depunerii ofertei, nici pe parcursul executării contractului, **avand in vedere ca este prevăzută posibilitatea ajustarii/ modificarii/indexarii costului mediu unitar/km**, cu condiția îndeplinirii condițiilor legale. Daca totuși vor exista situatii in care operatorul economic ar putea înregistra un efect financiar negativ, independent de un management defectuos si de o fundamentare incorecta a costului mediu unitar/km ofertat, **exista suficiente mecanisme legale prin care entitatea contractantă isi poate îndeplini obligațiile in vederea menținerii echilibrului contractual**.

Așadar, autoritatea nu respinge, *de plano*, ipoteza eliminării eventualelor efecte financiare negative. Mai mult, ea declară atât în răspunsul din SEAP, cât și în punctul de vedere asupra contestației, că: „*Pe cale de consecința subcompensația poate fi reglementata contractual si acordata operatorului economic, in condițiile mai sus expuse, rezultatul compensării sau subcompensării stabilindu-se strict în baza costului mediu unitar/km ofertat sau modificat/ajustat/ indexat în conformitate cu Ordinul ANRSC nr. 272/2007*.” Față de această declarație, pentru informarea corectă și completă a operatorilor economici, Consiliul va obliga autoritatea să reglementeze contractual subcompensația, după cum ea însăși declară expres.

Vizavi de confuzia teminologică – cost mediu unitar/cost unitar, critica societății contestatoare a rămas fără obiect, ca urmare a răspunsului consolidat nr. 94153/16.11..... (SAEP) la întrebarea nr. 14, citit împreună cu explicațiile de la întrebările nr. 22 și 35.

Privind anexa nr. 6.6.2 la contractul de delegare a gestiunii - Modalitatea de stabilire, modificare sau ajustare a tarifelor de călătorie, raportată la răspunsul consolidat nr. 94153/16.11..... la întrebarea nr. 30 și la propunerea nr. 21: „Modalitatea concretă de stabilire, modificare si ajustare a tarifelor de călătorie, este stabilită prin Anexa 1 din Ordinul 272/2007, emis de ANRSC, in calitate de autoritate care reglementează Norma cadru privind fundamentarea tarifelor de călătorie.”, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă va trebui să prevadă acest răspuns în anexa nr. 6.6.2, cu adaptarea ei la anexa nr. 1 la Ordinul nr. 272/2007, astfel cum reiese din răspunsul amintit.

Cât privește aplicarea TVA la compensație, este judicios argumentul adus de contestatoare în sensul că dacă va fi obligată la plata TVA la compensație, iar autoritatea refuză acceptarea introducerii compensației în baza de impozitare a TVA, societății i s-ar crea un efect economic negativ.

Cu toate că organizatoarea licitației afirmă, în punctul de vedere asupra contestației, că solicitarea a rămas fără obiect, întrucât a clarificat acest aspect pe calea răspunsului consolidat amintit mai sus, din parcurgerea acestuia, Consiliul nu a reușit să identifice nicio explicație care să ducă la concluzia rămânerii fără obiect a criticii. Dimpotrivă, în răspuns, la propunerea: „*În situația în care prevederile codului fiscal impune ca această compensație intră în baza de impozitare a TVA, atunci decontul privind compensația va conține și TVA*.”, autoritatea a menționat că nu este de acord cu propunerea de completare, ceea ce înseamnă că respectiva critică nu poate fi considerată rămasă fără obiect.

Pentru echilibrarea financiară a obligațiilor viitoarelor părți contractante, autoritatea trebuie să indice într-un act de clarificare a documentației de atribuire care va fi tratamentul TVA la compensație, mai cu seamă că în răspunsul consolidat, la o altă întrebare, autoritatea admite că: „*Daca totuși vor exista situatii in care operatorul economic ar putea înregistra un efect financiar negativ, independent de un management defectuos si de o fundamentare incorecta a costului mediu unitar/km ofertat, exista suficiente mecanisme legale prin care entitatea contractantă isi poate îndeplini obligațiile in vederea menținerii echilibrului contractual*.” Prin urmare, un astfel de mecanism legal se impune a fi identificat și comunicat de autoritate și în privința suportării TVA în cazul compensației.

De asemenea, Consiliul ia act despre unificarea noțiunilor cost mediu unitar/cost unitar, operațiune care, prin prisma răspunsului clarificator legat de art. 10.1, se răsfrânge asupra anexelor nr. 6.8.1, 6.8.2 și 6.17, care trebuie revizuite ca atare, prin includerea în categoria cheltuielilor de exploatare eligibile a tuturor tipurilor de cheltuieli acceptate la art. 10.1, astfel încât să existe o abordare corelată din partea tuturor ofertanților, premisă a unei evaluări comparabile a ofertelor. Din citirea coroborată a lor, văzând și concesia autorității aplicată implicit clauzei contractuale de la art. 10.1, nu se poate deduce, cu exactitate, care anume tipuri de cheltuieli rămân obligatorii și care au doar rol orientativ, respectiv de la care operatorii se pot abate fără riscul de a le fi respinsă oferta.

SC ..... SA se plânge și de estimarea valorică a achiziției, iar Municipiul ..... se apără afirmând, succint, că valoarea a fost determinată și justificată în cuprinsul art. 3.1 din strategia de contractare, anexa nr. 8 la Hotărârea Consiliului Local nr. 164/ 08.11.....

În adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 50188/04.12....., contestatoarea solicită să i se pună în vedere Municipiului ..... să transmită nota de fundamentare a valorii contractului, solicitare pe care Consiliul o respinge ca nefondată, în condițiile în care există disponibilă în SEAP strategia amintită, care expune la pct. 3.1 „Determinarea și justificarea valorii estimate”, inclusiv prin prisma numărului de kilometri parcurși:

3.1. Determinarea și justificarea valorii estimate

Valoarea estimată a gestiunii serviciului de transport public local de persoane prin curse regulate, cu autobuze, pe raza administrativ-teritorială a Municipiului ..... este de 14.288.570,00 lei/an, respectiv, 85.731.420,00 lei pentru 6 ani, perioadă ce reprezintă durata de delegare a gestiunii serviciului de transport public local.

Valoarea estimată s-a determinat pe baza tarifelor în vigoare la această dată, a numărului mediu de călători/an din ultimii 5 ani, a abonamentelor eliberate și a facilităților și subvențiilor plătite de autoritatea contractantă operatorului de transport.

Algoritmul de calcul al valorii estimate s-a determinat având în vedere următoarele:

1 Tipul contractului: Delegare de gestiune a serviciului public de transport local

2. Durata contractului: 6 ani

3. Călătorii înregistrate în contractul actual de delegare pe ultimii 5 ani:

- 2013 → 3.927.422 călătorii
- 2014 → 3.872.162 călătorii
- 2015 → 4.172.725 călătorii
- 2016 → 4.360.443 călătorii
- 2017 → 4.318.993 călătorii

TOTAL = 20.651.745 călătorii

4. Media călătoriilor pe ultimii 5 ani = 20.651.745 / 5 = 4.130.349 călătorii

5. Ponderea călătoriilor pe localități (tarife de transport)

- ..... -1,80 lei/călătorie - 86,90%
- Sigmir - 2,00 lei/călătorie - 2,69%
- Ghinda - 2,50 lei/călătorie - 2,89%
- Sărata - 2,60 lei/călătorie - 3,05%
- Slătinita - 3,00 lei/călătorie - 4,47%

6. Tariful mediu ponderat (Tmp)

Tmp = 1,80 x 86,90% + 2 x 2,69% + 2,50 x 2,89% + 2,60 x 3,05% + 3 x 4,47% = 1,90 lei/călătorie

7. Venituri anuale (Va)

Va = Media călătoriilor pe ultimii 5 ani x Tmp = 4.130.3490 x 1,90 = 7.847.663 lei

din care: abonamente 1.634.479 călătorii = 1.812.055 lei (ab)

8. Corecție valoare călătorii cu abonamente

1.812.055 / 75% = 2.416.073 lei (Ca)

9. Venit anual corectat (Vac)

Vac = Va - Ca + ab = 7.847.663 - 2.416.073 + 1.812.055 = 7.243.645 lei / an

10. Subvenție transport public (anul 2017) = 4.245.137 lei

11. Total venit anuai 2017 = 7.243.645 + 4.245.137 = 11.488.782 iei (inclusiv TVA)

12. Total venit anual 2017 fără TVA = 11.488.782 / 1,19 = 9,654.439 lei/an

13. Nr. km parcursi/an aferenți actualului program de transport = 1.699.413 km/an

14. Nr. km parcursi/an aferenți noului program de transport = 2.516.457 km/an (contractul propus)

15. Creșterea obligatiei de serviciu ca nr. de km de parcurs = 2.516.457 /1.699.413 = 1,48

16. Corecție venit anual cu nr. km parcurși = 9.654.439 lei/an x 1,48 = 14.288.570 lei/an

17. Valoare estimată contract (6 ani) = 14.288.570 lei/an x 6 = **85.731.420 lei (fără TVA)**

Ulterior consultării anunțului de participare nr. ...../ ..... și a documentației însoțitoare, SC ..... SA a apreciat că valoarea estimată a contractului este eronată, deoarece nu reflectă toate costurile pe care le presupune prestarea serviciilor. În contestația sa, reclamanta se plânge de cuantumul valorii estimate a serviciilor, pe care îl consideră insuficient, mai cu seamă că el produce efecte juridice.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul apreciază ca fiind relevante cel puțin următoarele dispoziții legale:

1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale:

Art. 14. - (1) Entitatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții sectoriale având în vedere **valoarea *totală* de plată**, fără TVA, estimată de entitatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și orice eventuale prelungiri ale contractului, menționate în mod explicit în documentele achiziției sectoriale.

Art. 17. - Valoarea estimată a achiziției sectoriale se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este **valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire**. [...]

Art. 25. - În cazul contractelor sectoriale de produse sau de servicii cu caracter de regularitate sau care se intenționează să fie reînnoite în cursul unei anumite perioade, valoarea estimată a achiziției sectoriale se calculează pe baza următoarelor:

a) fie valoarea reală globală a tuturor contractelor similare succesive atribuite în ultimele 12 luni sau în anul bugetar anterior, ajustată, acolo unde este posibil, pentru a lua în considerare modificările cantitative și valorice **care pot surveni** într-un interval de 12 luni de la data contractului inițial;

b) fie valoarea estimată globală a tuturor contractelor succesive atribuite într-un interval de 12 luni de la prima livrare.

2) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 143. - (2) În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: [...]

e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară **depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare** și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv;

f) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și, deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la o modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 241 alin. (1) lit. b) din Lege;

Prin urmare, autoritatea este ținută de lege să estimeze valoarea contractului luând în considerare toate costurile pe care acesta le presupune și pe care, ulterior, le va suporta chiar autoritatea prin plățile către prestator, iar ofertanții sunt nevoiți să se raporteze și la valoarea estimată, întrucât propunerea unui preț al ofertei cu depășirea acesteia poate avea drept consecință respingerea ofertei.

În fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.2) - *Modul de prezentare a propunerii financiare*, autoritatea achizitoare a dat următoarele instrucțiuni viitorilor ofertanți:

Actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă, îl reprezintă formularul de ofertă.

Elementele de cheltuieli în baza cărora se va elabora și prezenta propunerea financiară sunt cele prevăzute în anexa 1 la Ordinul ANRSC nr. 272/2007 pentru aprobarea Normelor cadru privind stabilirea, ajustarea și modificarea tarifelor pentru serviciile de transport public local de persoane, a prevederilor contractului-cadru si a conditiilor de mediu. Propunerea financiară trebuie să furnizeze toate informațiile cu privire la cost și să respecte în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

Propunerea financiară va cuprinde, în mod obligatoriu:

- Formularul de ofertă completat astfel:

1. Costul mediu unitar pe kilometru fundamentat conform Anexei nr.1 la Formularul de oferta.

Ofertantul va lua in calcul un numar estimat de 2.516.457 km/an.

Elementele de cost vor fi calculate pornind de la volumul estimat al activitatii anuale.

Ofertantul va completa si va atasa in format Excel Fisa de fundamentare.

Nota: Costul mediu unitar pe km parcurs pe traseele din municipiul ..... (Cum) se va calcula după următoarea formulă:

Cum = [(Ci *Ni)/Ni = (C1*N1) + (.....*N2) + ... + (C45*N45)] / (N1 + N2 + ... + N45), unde:

C1 = costul unitar pe kilometru calculat pentru autovehiculul 1 din lista;

N1 = numarul de kilometri parcursi in decursul unui an de autovehiculul 1 din lista;

Ci = costul unitar pe kilometru calculat pentru autovehiculul i din lista;

Ni = numarul de kilometri parcursi in decursul unui an de autovehiculul i din lista;

C45 = costul unitar pe kilometru calculat pentru autovehiculul 45 din lista;

N45 = numarul de kilometri parcursi in decursul unui an de autovehiculul 45 din lista;

N1 + N2 +....+N45 = 2.516.457 km. Atentie!!! Numarul de kilometri pe care-i parcurge fiecare autovehicul din lista se va determina având în vedere Programul de circulatie, Anexa 4.1. la H.C.L. nr. 175/20.12.2017, cu modificările și completările ulterioare, graficul de circulație și tipul de autovehicul solicitat.

Pentru cel mai mic cost unitar mediu pe kilometru ofertat se acorda 100 de puncte. Pentru costuri unitare medii pe kilometru mai mari, se acorda un punctaj conform urmatorului altgoritm de calcul:

Pcum = Cum minim/Cumn *70, unde:

Pcum = Punctajul acordat pentru costul unitar mediu pe kilometru ofertat de ofertantul n;

Cum minim = costul unitar mediu pe kilometru minim ofertat;

Cumn = costul unitar mediu pe kilometru ofertat de ofertantul n.

- Proiectul de contract de delegare a gestiunii serviciului de transport public local de persoane prin curse regulate, cu autobuze, pe raza administrativ-teritoriala a Municipiului ....., acceptat (cu sau fără obiecțiuni).

Propunerea financiară are caracter ferm și obligatoriu, din punct de vedere al conținutului și prevederilor, pe toată perioada de valabilitate a ofertei.

Valoarea estimată și indicată de autoritate este extrem de importantă, mai ales în cazul contractelor în care marja de ofertare este redusă, cum este și cazul contractelor de achiziție de servicii de transport public de persoane, în care principalele costuri sunt uniformizate, inclusiv cu munca vie, pe care ofertanții sunt tentați să o salarizeze la minimul legal, pentru a avea șanse cât mai mari de câștigare a contractului.

În speță, după cum în mod judicios a remarcat și reclamanta, autoritatea achizitoare nu a stabilit valoarea estimată a contractului prin includerea tuturor costurilor pe care acesta le presupune. Astfel, din strategia expusă și din punctul de vedere la contestație nu reiese că Municipiul ..... a ținut seama cel puțin de cheltuielile pe care le enumeră reclamanta la pag. 22 din contestație (camere video, instalații climatizare, rampe acces șamd), cerute la pag. 6 din caietul de sarcini (anexa nr. 4 la Hotărârea nr. 164/.....). De asemenea, în calculul din strategia de contractare se constată o inadvertență:

7. Venituri anuale (Va)

Va = Media călătoriilor pe ultimii 5 ani x Tmp = 4.130.3490 x 1,90 = 7.847.663 lei

din care: abonamente 1.634.479 călătorii = 1.812.055 lei (ab)

8. Corecție valoare călătorii cu abonamente

1.812.055 / 75% = 2.416.073 lei (Ca)

9. Venit anual corectat (Vac)

Vac = Va - Ca **+** ab = 7.847.663 - 2.416.073 **+** 1.812.055 = 7.243.645 lei / an

cum din valoarea anuală de 7.847.663 lei, 1.812.055 lei constituie valoarea abonamentelor, aceasta din urmă trebuia scăzută,

nicidecum adunată, calculul refăcut prin prisma exprimării autorității urmând a fi:

Vac = Va + Ca **-** ab = 7.847.663 + 2.416.073 **-** 1.812.055 = 8.451.681 lei / an

Determinarea greșită a valorii estimate a contractului poate constitui o abatere care să atragă chiar anularea procedurii de atribuire, a stabilit Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2392 din 24 iulie 2015.

În lumina celor evocate, văzând că autoritatea achizitoare, la stabilirea valorii estimate, nu a luat în considerare toate costurile pe care le presupune prestarea serviciilor, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite primul capăt de cerere din contestația SC ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu Municipiul ....., pe care îl va obliga la recalcularea valorii estimate prin includerea tuturor costurilor pe care le implică executarea contractului de achiziție sectorială, precum și la publicarea în SEAP a noii valori estimate. Orice [alte] costuri cu impact pe care autoritatea le va identifica la momentul revizuirii valorii inițiale vor fi luate în considerare la determinarea noii valori estimate, cum ar fi un salariu de bază minim brut pe țară garantat în plată majorat sau un număr de kilometri aferent traselor mai mare sau mai mic. Se vor identifica și avea în vedere influențele modificării valorii inițiale asupra altor clauze ale documentației.

În schimb, criticile ce țin de prezentarea „dovezii organizării operaționale a dispeceratului și a dotărilor speciale de urmărire și coordonare în trafic a mijloacelor de transport, de intervenție și de depanare aceasta cerința”, respectiv a „dovezii punerii în funcțiune a sistemului de taxare inteligentă”, nu sunt validate de Consiliu, dat fiind că organizatoarea a explicat plauzibil și într-o marjă acceptabilă de suficiență, în răspunsul consolidat nr. 94153/16.11.....:

Întrebare 19

Va solicitam sa clarificați si sa detaliati modalitatea concreta a ceea ce presupune *organizarea operaționala a dispeceratului și a dotărilor speciale de urmărire și coordonare în trafic a mijloacelor de transport, de intervenție și de depanare.*

Răspunsul entității contractante

Modalitatea concreta de organizare operaționala a dispeceratului și a dotărilor speciale de urmărire și coordonare în trafic a mijloacelor de transport, de intervenție și de depanare este o chestiune care tine exclusiv de operator, de procedurile interne si logistica deținuta, acesta având obligația ca în perioada de mobilizare să prezinte programul de organizare al acestuia.

Întrebare 20

Ce înțelegeți prin sistem de taxare inteligent si cum se va face dovada de către ofertanți a deținerii unui asemenea sistem?

Răspunsul entității contractante

Sistemul de taxare inteligent sau sistemul de ticketing inteligent este descris, în detaliu, in Fisa de date a achiziției, Secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, precum si in caietul de sarcini. Astfel, sistemul de ticketing inteligent va cuprinde cel puțin următoarele componente:

1. validatoare pentru legitimațiile de transport, tip Card contactless (validare fără contact), minim 1 validator/pentru fiecare mijloc de transport;

2. program soft pentru evidența validărilor titlurilor de călătorie a tuturor utilizatorilor și evidența distinctă a prestației effectuate pentru beneficiarii de facilități (pensionari, persoane cu handicap, etc.)/pentru fiecare mijloc de transport;

3. cel puțin 3 echipamente pentru control suplimentar cârduri în mijloacele de transport, pentru controlori, cu sistem de comunicație și program soft pentru baze de date (acestă subcerință se raportează la numărul total de mijloace de transport solicitate de entitatea contractantă.

În ceea ce privește dovada deținerii sistemului de tiketing inteligent, aceasta se va face cu orice fel de document legal care atesta proveninta/detinerea acestui sistem.

Documentația de atribuire, în lumina definiției regăsite în Legea nr. 99/2016, reprezintă documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile. Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire (art. 164 din lege).

Privită împreună cu răspunsurile de clarificare, se constată că acestea nu răspund exigentelor impuse de art. 172 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și art. 108 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, anume de a fi clare și complete, situație în care Consiliul se vede nevoit să oblige autoritatea contractantă să stabilească reglementarea contractuală a subcompensației, să alinieze anexa nr. 6.6.2 la anexa nr. 1 la Ordinul nr. 272/2007 (astfel cum reiese din răspunsul consolidat nr. 94153/16.11..... la întrebarea nr. 30 și la propunerea nr. 21), să indice care va fi tratamentul TVA la compensație, să revizuiască anexele nr. 6.8.1, 6.8.2 și 6.17, prin includerea în categoria cheltuielilor de exploatare eligibile a tuturor tipurilor de cheltuieli acceptate la art. 10.1, și să recalculeze valoarea estimată a contractului.

Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, în Hotărârea din 12 martie 2008, cauza T-345/03, Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Comunităților Europene, punctul 145, a statuat că principiul transparenței presupune ca toate *„toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de atribuire a contractelor de achiziții publice, astfel încât, pe de o*

parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele ofertanților corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză."

Municipiul ..... va fi obligat să posteze în SEAP un act de clarificare a documentației de atribuire corespunzător motivării de mai sus. Art. 1 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a achizițiilor, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de furnizare a informațiilor necesare operatorilor economici pentru elaborarea ofertelor, vitale în lumina principiului transparenței.

Se va respinge, ca nefondat, capătul de cerere subsidiar, de anulare a întregii proceduri de atribuire, întrucât este posibilă dispunerea de măsuri de remediere (termenul de ofertare este în curs). În speță, prin prisma celor hotărâte mai sus, nu sunt incidente prevederile art. 26 alin. (2) lit. c) și nici cele ale alin. (7) din Legea nr. 101/2016:

(2) Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: [...] c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

(7) În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.

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

Admite, în parte, contestația SC ..... SA nr. ...../ ....., în contradictoriu cu autoritatea contractantă Municipiul ..... Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult șaizeci de zile de la data primirii prezentei decizii, să stabilească reglementarea contractuală a subcompensației, să alinieze anexa nr. 6.6.2 la anexa nr. 1 la Ordinul nr. .. (astfel cum reiese din răspunsul consolidat nr. ……..... la întrebarea nr. 30 și la propunerea nr. 21), să indice care va fi tratamentul TVA la compensație, să revizuiască anexele nr. 6.8.1, 6.8.2 și 6.17, prin includerea în categoria cheltuielilor de exploatare eligibile a tuturor tipurilor de cheltuieli acceptate la art. 10.1, și să recalculeze valoarea estimată a contractului. Măsurile de remediere dispuse vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce vor fi adoptate. Totodată,

Consiliul obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată de depunere și deschidere a ofertelor, nu mai devreme de zece zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere subsidiar, de anulare a întregii proceduri de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

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