



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., formulată de..., cu sediul în....., etaj..., sector..., având CUI: RO... și număr de înregistrare la..., reprezentată legal prin administrator, și convențional prin..., împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă.... DR. I...., cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată pentru încheierea unui acord cadru având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat:

1) admiterea contestației și obligarea autorității contractante la modificarea, în parte, a documentației de atribuire - fișa de date, caiet de sarcini, Formulare - publicate în SEAP, pentru motivele expuse în continuare;

2) prelungirea..., calculat de la data republicării documentației de atribuire modificate;

3) suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații de către Consiliu;

4) obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art.... Cod de procedură civilă.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că contestația sa vizează formularea unor critici împotriva documentației de atribuire, în forma actuală, care limitează posibilitatea efectivă de a depune o ofertă conformă și competitivă și din acest motiv îi conferă calitate procesuală activă și interes în sensul art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, interesul fiind prevăzut atât de art. 2 și 3 din Legea nr. 101/2016, cât și de art. 32-33 Cod procedură civilă.

II. Motive de nelegalitate a documentației de atribuire.

Prealabil, amintește că documentația de atribuire trebuie să respecte principiile nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și proporționalității (art. 2 alin. (2) și art. 49 din Legea nr. 98/2016) și trebuie să fie clară, completă și lipsită de echivoc, astfel încât toți operatorii economici participanți să îi înțeleagă conținutul în același mod, or așa cum va arăta în continuare, prevederile criticate în continuare încalcă aceste exigențe, conținând erori evidente și cerințe excesive/ nelegale.

În continuare, prezintă criticile sale față de documentația de atribuire, respectiv:

II.1.... de date cu fișierul „Formulare” -”Formular nr....” nu există în documentația descriptivă.

II.2. Neclaritatea privind momentul și conținutul fundamentării/ justificării prețului.

II.3. Caracterul nelegal și restrictiv al cerinței privind asigurarea de poluare accidentală pentru transportul și distrugerea deșeurilor.

Contestatorul arată că, în cadrul art. 3 („Cerințe tehnice”) din Caietul de sarcini... 7, prin care se stabilesc cerințele de natură tehnică a căror îndeplinire trebuie dovedită la data depunerii ofertei, se solicită: „Se vor prezenta asigurări pentru poluarea accidentală a mediului ca urmare a unor accidente ce pot surveni la transportul și distrugerea deșeurilor medicale”.

Fiind inserată printre cerințele tehnice minimale, neîndeplinirea acesteia atrage respingerea ofertei, ca neconformă, or în măsura în care această cerință este configurată ca cerință solicitată la momentul depunerii ofertei, apreciază că aceasta este nelegală și restrictivă.

Obligația deținerii asigurării pentru poluare accidentală pentru transport și eliminare deșeuri nu este impusă prin niciun act normativ care reglementează activitatea de colectare, transport și eliminare a deșeurilor medicale. În plus, deținerea unei astfel de asigurări este în legătură cu efecte eventuale ce ar putea să apară pe parcursul derulării/executării viitorului contract.

Fiind o cerință legată de executarea contractului, autoritatea contractantă nu poate impune la acest moment al procedurii ofertanților să facă dovada asigurării unor riscuri eventuale, pentru ipoteza eventuală în care ar deveni contractanți.

Ipoteza atribuirii contractului ca și ipoteza existenței unor riscuri pe parcursul executării contractului sunt la acest moment al procedurii ipoteze eventuale, care nu pot sta la baza modului de selecție a ofertanților și nu pot determina calificarea sau descalificarea acestora.

Consideră că cerința privind deținerea în această etapă a procedurii a asigurării pentru riscuri de poluare accidentală, dincolo de a nu fi prevăzută de lege, este excesivă și disproporționată, motiv pentru care solicită a fi înlăturată din conținutul documentației de atribuire.

Prin urmare, impunerea deținerii/prezentării poliței de asigurare pentru poluare accidentală pentru transport și eliminarea deșeurilor la momentul depunerii ofertei, sub sancțiunea neconformității ofertei, contravine art. 2 alin. (2), art. 49 și art. 178 din Legea nr. 98/2016, precum

și jurisprudenței CJUE și practicii CNSC, motiv pentru care solicită eliminarea cerinței.

II.4. Caracterul ilegal și imposibil de îndeplinit al cerinței C1 privind înregistrarea în SNGD/... și Regional de Gestionare a Deșeurilor.

II.5. Contradicția din Caietul de sarcini (trimitere la pct. C1 lit. a, b și c).

II.6. Necorelarea și neclaritatea cerinței privind „avizul sanitar pentru activitatea de transport”. Raportarea la referatul tehnic de evaluare emis de institutetele de....

II.7 Omisiunea precizării explicite a dreptului ofertantului de a dovedi măsurile de autocorectare adoptate, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016.

II.8 Ajustarea prețului nu este prevăzută.

II.9 Eliminarea din Caietul de sarcini a prevederii legale abrogate

Decalarea termenului de depunere a ofertelor.

Ca urmare a modificărilor documentației de atribuire solicitate, consideră că se impune și decalarea termenului limită de depunere a ofertelor stabilit la data de..., astfel încât, operatorii economici să dispună de un interval rezonabil, calculat de la data publicării documentației remediate, pentru elaborarea ofertelor în raport cu forma corectată a documentației, cu respectarea principiului tratamentului egal.

Pentru aceste motive solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să dispună: admiterea contestației; modificarea în parte a documentației de atribuire, decalarea în mod corespunzător a termenului-limită de depunere a ofertelor, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, în baza art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016.

În drept, își întemeiază prezenta contestație pe dispozițiile Legii nr....01/... privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție..., Legii nr. 98/... privind achizițiile publice, HG nr. 395/2016... nr....; HG nr. 1061/2008; ale Directivei 2014/24/UE; precum și pe celelalte acte normative și jurisprudența invocate în cuprinsul contestației.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului [CN1... /...09] CONTESTATIE.pdf, din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia.

În ceea ce privește lipsa Formularului nr.... din secțiunea „Modele și formulare”, precizează că acest lucru a fost cauzat de o eroare la numerotare.

Modelul de ofertă financiară este Formularul nr...., iar cel de propunere tehnică este Formularul nr.....

Susține că se va atașa și modelul de Declarație privind „Condițiile de muncă”.

În concluzie, consideră că lipsa corelării numerotării acestor documente nu influențează capacitatea operatorilor economici de a-și întocmi/depone ofertele.

Referitor la presupusa neclaritate cu privire la centralizatorul de preț inclus în propunerea financiară, respectiv, justificarea prețului neobișnuit de scăzut, face următoarele precizări:

Centralizatorul de preț va fi anexat ofertei financiare și va fi depus de către ofertanți până la data limită de depunere a ofertelor, iar justificarea pentru preț aparent neobișnuit de scăzut se va face doar la solicitarea autorității contractante, conform art. 210 din Legea nr. 98/2016, în etapa de verificare a ofertelor financiare.

Cu privire la pretinsul caracter nelegal al cerinței privind prezentarea unei asigurări pentru poluarea accidentală.

Autoritatea contractantă apreciază că scopul cerinței contestate a fost acela de a asigura gestionarea corespunzătoare a riscurilor asociate executării contractului, având în vedere specificul serviciilor care fac obiectul prezentei proceduri, respectiv, colectarea, transportul și eliminarea deșeurilor medicale periculoase.

Precizează că, cerința nu a urmărit instituirea unei condiții de calificare și nici restrângerea accesului operatorilor economici la procedură, ci garantarea faptului că ofertantul declarat câștigător va dispune de o asigurare adecvată pentru acoperirea eventualelor prejudicii generate de incidente de poluare accidentală, menținută valabilă pe întreaga durată de executare a acordului-cadru și a contractelor subsecvente.

Autoritatea contractantă constată însă că formularea actuală a cerinței, inclusă în cadrul cerințelor tehnice, fără precizarea expresă a momentului la care aceasta trebuie îndeplinită, poate genera interpretări diferite cu privire la natura obligației. În vederea eliminării oricărui echivoc și pentru asigurarea unei interpretări unitare a documentației de atribuire, autoritatea contractanta apreciază oportună reformularea acestei cerințe, după cum urmează:

„Ofertantul declarat câștigător are obligația de a deține și de a menține valabilă, pe toată durata executării acordului-cadru și a contractelor subsecvente, o asigurare pentru poluarea accidentală a mediului ca urmare a unor accidente ce pot surveni în timpul transportului și eliminării deșeurilor medicale. Dovada existenței acestei asigurări va fi prezentată anterior semnării acordului-cadru”.

Prin această clarificare, autoritatea contractantă susține că menține obiectivul urmărit prin introducerea cerinței, respectiv, asigurarea unei protecții adecvate împotriva riscurilor asociate executării contractului, fără ca aceasta să fie interpretată ca o cerință de calificare ce trebuie îndeplinită la momentul depunerii ofertei.

Cu privire la cerința referitoare la... de Gestionare a Deșeurilor și... de Gestionare a Deșeurilor.

Autoritatea contractantă apreciază că scopul cerinței contestate a fost verificarea faptului că activitatea de eliminare finală a deșeurilor medicale este desfășurată în mod legal, prin instalații autorizate, cu respectarea legislației aplicabile privind regimul deșeurilor și protecția mediului.

Autoritatea contractantă precizează că nu a urmărit instituirea unei obligații suplimentare de autorizare și nici condiționarea participării operatorilor economici de existența unei formalități administrative inexistente.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă constată că sintagma «dovada înregistrării», utilizată în redactarea cerinței, poate genera interpretări diferite, întrucât... de Gestionare a Deșeurilor... de Gestionare a Deșeurilor și... de Gestionare a Deșeurilor reprezintă documente de planificare strategică și nu registre administrative în care operatorii economici se înscriu. În vederea eliminării oricărui echivoc și pentru asigurarea unei interpretări unitare a documentației de atribuire, autoritatea contractantă apreciază oportună reformularea cerinței C1, după cum urmează:

„Serviciile de eliminare finală a deșeurilor medicale se vor presta cu respectarea prevederilor art. 45 din Ordinul ministrului sănătății nr...., cu modificările și completările ulterioare. Ofertantul va face dovada, prin prezentarea autorizației de mediu valabile, că activitatea de eliminare finală a deșeurilor medicale se desfășoară în baza unei autorizații de mediu emise potrivit legislației în vigoare, pentru instalația sau instalațiile utilizate la eliminarea deșeurilor care fac obiectul prezentei proceduri”.

Prin această reformulare, autoritatea contractantă consideră că menține obiectivul urmărit prin instituirea cerinței, respectiv verificarea capacității legale a operatorului economic de a presta serviciile care fac obiectul procedurii, eliminând orice posibilă interpretare privind existența unei obligații de „...” care nu este prevăzută de legislația în vigoare.

Cu privire la pretinsa contradicție din Caietul de sarcini privind trimiterea la pct. C1 lit. a), b) și c).

Autoritatea contractantă constată că trimiterea din cadrul Caietului de sarcini la „pct. C1 lit. a), b) și c)” reprezintă o eroare materială de redactare, întrucât în cadrul cerinței C1 sunt prevăzute exclusiv lit. a) și b), neexistând o lit. c).

Această eroare nu afectează conținutul cerințelor tehnice și nici modul de elaborare a ofertelor, întrucât, din conținutul Caietului de sarcini, rezultă, în mod clar, că autoritatea contractantă a solicitat prezentarea dovezilor privind deținerea instalațiilor prevăzute la lit. a) și b), necesare pentru asigurarea continuității prestării serviciilor. În vederea eliminării oricărui echivoc, autoritatea contractantă va proceda la corectarea acestei erori materiale, după cum urmează:

„Dovada asigurării continuității prestării serviciului constă în prezentarea dovezilor privind deținerea instalațiilor prevăzute la pct. C1 lit. a) și b)”.

Corectarea acestei erori are exclusiv rolul de a elimina o eroare de redactare, fără a modifica fondul cerințelor tehnice, obiectul achiziției sau condițiile de participare la procedură.

Referitor la pretinsa necorelare dintre avizul sanitar și referatul tehnic de evaluare.

Autoritatea contractantă apreciază că prin această cerință a urmărit verificarea faptului că operatorii economici utilizează autovehicule care îndeplinesc condițiile prevăzute de Ordinul ministrului sănătății nr...., cu modificările și completările ulterioare, precum și de... nr....061/... privind transportul deșeurilor periculoase și nepericuloase pe teritoriul României, pentru desfășurarea activității de transport al deșeurilor medicale periculoase.

Interpretarea contestatorului potrivit căreia, cerința ar viza prezentarea unui document distinct, neprevăzut de legislația aplicabilă, nu corespunde scopului urmărit prin instituirea acesteia.

Analizând, în ansamblu, Fișa de date și Caietul de sarcini, rezultă că autoritatea contractantă a avut în vedere documentele emise de autoritățile competente care atestă conformitatea autovehiculelor utilizate pentru transportul deșeurilor medicale periculoase, în conformitate cu prevederile legale aplicabile.

În măsura în care, formularea utilizată poate genera interpretări diferite, autoritatea contractantă apreciază oportună clarificarea acesteia, fără modificarea fondului cerinței, prin precizarea expresă a documentelor acceptate pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței, după cum urmează:

„Cerința se consideră îndeplinită prin prezentarea cumulativă a:

a) Notificării privind certificarea conformității cu normele de igienă, emisă de Direcția de... competentă teritorial;

b) Referatului tehnic de evaluare a autovehiculelor declarate în ofertă, emis de institutele de... din București..., Iași sau Timișoara, în conformitate cu art. 24 din HG nr. 1061/2008.”

Prin această clarificare se asigură o interpretare unitară a documentației de atribuire, fără modificarea obiectului achiziției și fără modificarea cerințelor esențiale ale procedurii.

Referitor la secțiunea III.... a) a Fișei de date la pag.3-5 (cerințele..., 11), se va completa textul aferent al acestora cu precizarea expresă a dreptului ofertantului la dovada măsurilor de autocorectare, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016 și a obligației autorității contractante de a evalua individual și efectiv aceste măsuri, anterior dispunerii oricărei excluderi.

„Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și... care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”.

În ceea ce privește posibilitatea ajustării prețului contractului, se va publica o erată care va conține următoarea formulă de ajustare a prețului, începând cu luna nr.... a valabilității acordului cadru.

„Ajustarea prețului unitar/kg, conform formulei

$P = P_o * K$

P= prețul ajustat

P_o= prețul la momentul deschiderii ofertelor

K= coeficient de ajustare $K = E_o / E$

E= cursul euro BNR la data deschiderii ofertelor

E_o= cursul euro BNR din data încheierii contractului subsecvent.

În legătură cu actul normativ abrogat, precizează că se va elimina din Caietul de sarcini Pct. C3... 6 indicarea Ordinului nr.... care a fost abrogat la data de... și care va fi înlocuit cu HG nr. 1061/2008 privind transportul deșeurilor periculoase și nepericuloase pe teritoriul României.

Data limită de depunere a ofertelor se va decala până la data de....

Având în vedere cele menționate mai sus consideră contestația depusă ca fiind nefondată și solicită să fie respinsă conform art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr..... înregistrată la CNSC sub nr..... transmite cerere de renunțare în parte la criticile din contestație.

Contestatorul precizează că, urmare a adoptării unor măsuri de remediere a documentației de atribuire de către autoritatea contractantă, declară că renunță în parte la critici, astfel:

- „Renunțăm la criticile nr. II.1, II.2, II.4, II.5, II.6, II.7, II.8, II.9 din cuprinsul contestației;
- Menținem critica nr. II.3 care vizează prezentarea asigurării de poluare accidentală pentru transportul și distrugerea deșeurilor de către ofertantul care va fi desemnat câștigător, în forma modificată de către autoritatea contractantă”.

Contestatorul solicită menținerea criticii de înlăturare a solicitării poliței de asigurare pentru poluare accidentală pentru transportul și distrugerea deșeurilor, deoarece nici cerința inițială, nici reformularea sa din cuprinsul punctului de vedere nr.... nu precizează suma asigurată, riscurile acoperite, franșizele acceptabile sau criteriile după care polița va fi considerată „adecvată”.

Autoritatea își rezervă aprecierea discreționară a caracterului „adecvat” la momentul semnării acordului-cadru, ceea ce este exact aplicarea arbitrară interzisă de principiul transparenței. Condiționând semnarea acordului-cadru de prezentarea dovezii poliței de asigurare de poluare accidentală, în caz de neprezentare, se echivalează cu refuzul de a semna acordul-cadru și cu posibilitatea de reținere a garanției de participare (art. 37 din HG nr. 395/2016) și cu riscul excluderii din proceduri viitoare.

..., arată că situația creată duce la sancțiuni severe pentru neîndeplinirea unei obligații al cărei conținut concret nu este determinat și fără niciun termen rezonabil de procurare a unei polițe de nișă, greu accesibile pe..., cu costuri semnificative (ex.... euro pentru suma asigurată de... euro).

Arată că punctul de vedere reia scopul solicitării („gestionarea corespunzătoare a riscurilor”), dar nu răspunde nimic pe fond: nu explică de ce răspunderea de mediu care operează în baza principiului „poluatorul

plătește”, garanția de bună execuție și răspunderea contractuală nu ar fi suficiente; nu indică temeiul din Legea nr. 98/2016 sau justificarea din strategia de contractare care impun o astfel de cerință.

Mai mult, arată că obligația de menținere a poliței „pe toată durata executării acordului-cadru și a contractelor subsecvente” impune un cost permanent.

Reformularea cerinței din punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă la data de... nu constituie o măsură de remediere adoptată conform art. 9 din Legea nr. 101/2016 și prin urmare, solicită eliminarea cerinței, nu clarificarea momentului la care se va prezenta asigurarea de poluare accidentală pentru transportul și distrugerea deșeurilor..., o obligație de asigurare fără conținut determinat și fără o necesitate demonstrată nu devine legală doar prin precizarea momentului la care se cere dovada și cui i se adresează - ofertantul desemnat câștigător.

Solicită Consiliului ca în măsura în care nu dispune eliminarea cerinței reformulate să constate cel puțin că cerința în forma actuală este echivocă și se impune obligarea autorității la o remediere efectivă prin erată cu conținut clar, în care să fie specificată cel puțin suma asigurată, proporțional cu valoarea contractului, iar, riscurile acoperite să fie definite, pentru a înlătura arbitrariul din interpretarea ulterioară a cerinței.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., emisă de..., în valoare de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

.... DR. I...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord cadru având ca obiect: „....”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... este nemulțumit de anumite prevederi ale documentației de atribuire, despre care susține că îi limitează posibilitatea efectivă de a depune o ofertă conformă și competitivă.

Ca un prim aspect, Consiliul reține că, urmare a remediilor adoptate de către autoritatea contractantă, contestatorul... a transmis la dosarul cauzei adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., prin care a precizat că renunță la criticile nr. II.1, II.2, II.4, II.5, II.6, II.7, II.8 și II.9 din cuprinsul contestației, menținând exclusiv critica nr. II.3, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul, cu respectarea principiului disponibilității consacrat de art. 26 alin. (2) din aceeași lege, va lua act de renunțarea parțială astfel exprimată și nu va analiza criticile la care contestatorul a înțeles să renunțe.

Critica menținută de contestatorul... privește cerința prin care autoritatea contractantă a solicitat prezentarea unei asigurări pentru poluarea accidentală a mediului, contestatorul susținând, în esență,

că o asemenea obligație nu este impusă de niciun act normativ care reglementează activitatea de colectare, transport și eliminare a deșeurilor medicale, că ea se raportează la riscuri care s-ar putea materializa numai pe parcursul executării viitorului contract și că, prin plasarea sa între cerințele tehnice a căror îndeplinire se verifică la momentul depunerii ofertei, cerința se transformă într-o condiție de participare excesivă și disproporționată, iar, ulterior reformulării anunțate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, contestatorul a arătat că își menține critica, întrucât, nici forma modificată nu precizează suma asigurată, riscurile acoperite, franșizele acceptabile ori criteriile în raport cu care polița urmează a fi considerată adecvată, solicitând, în principal, eliminarea cerinței din documentația de atribuire și, în subsidiar, obligarea autorității contractante la o remediere efectivă, prin erată, în cuprinsul căreia aceste elemente să fie determinate.

În forma publicată în SEAP, cerința criticată figurează în caietul de sarcini, la art. 3 - „*Cerințe tehnice*”... 7, având următorul conținut: „*Se vor prezenta asigurări pentru poluarea accidentală a mediului ca urmare a unor accidente ce pot surveni la transportul și distrugerea deșeurilor medicale*”, iar prin punctul de vedere nr.... autoritatea contractantă a arătat că, prin această cerință nu a urmărit instituirea unei condiții de calificare și nici restrângerea accesului operatorilor economici la procedură, ci garantarea faptului că ofertantul declarat câștigător va dispune de o asigurare pentru acoperirea eventualelor prejudicii generate de incidente de poluare accidentală, recunoscând totodată că formularea inclusă între cerințele tehnice, lipsită de precizarea momentului la care obligația trebuie îndeplinită, poate genera interpretări diferite cu privire la natura obligației și arătând că apreciază oportună reformularea acesteia astfel: „*Ofertantul declarat câștigător are obligația de a deține și de a menține valabilă, pe toată durata executării acordului-cadru și a contractelor subsecvente, o asigurare pentru poluarea accidentală a mediului ca urmare a unor accidente ce pot surveni în timpul transportului și eliminării deșeurilor medicale. Dovada existenței acestei asigurări va fi prezentată anterior semnării acordului-cadru*”.

Cadrul legal în raport cu care urmează a fi analizată critica este dat, în primul rând, de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia, principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție... sunt nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii, de art. 49 alin. (1) din aceeași lege, conform căruia „*Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională*”, precum și de art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, text care instituie în sarcina autorității contractante „*obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*”.

Deopotrivă relevante sunt dispozițiile art. 172 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia autoritatea contractantă *„are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la: a) capacitatea de exercitare a activității profesionale; b) situația economică și financiară; c) capacitatea tehnică și profesională”*, aceeași autoritate *„nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1)”*, iar toate cerințele privind capacitatea *„trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție.../acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”*, precum și cele ale art.... alin. (2) lit. c) din aceeași lege, care includ printre cerințele ce pot viza situația economică și financiară *„...”, dovada acesteia putând fi solicitată, potrivit art. 177 alin. (1) lit. a)*, în cadrul documentelor prin care se demonstrează îndeplinirea cerințelor privind situația economică și financiară.

În fine, Consiliul reține că, potrivit art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, după primirea contestației autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare, în cel mult 3 zile de la primirea acesteia, măsurile adoptate trebuind comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, textul precizând în teza finală că, *„Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se... în SEAP”*.

Raportând aceste dispoziții la situația din speță, Consiliul reține, în primul rând, că obligația de a deține o poliță de asigurare pentru poluarea accidentală a mediului nu descrie o caracteristică a serviciilor care fac obiectul achiziției și nu reprezintă, prin urmare, o specificație tehnică, ci se raportează la un risc care se poate materializa exclusiv pe parcursul executării viitorului acord-cadru, respectiv cu ocazia transportului și a eliminării efective a deșeurilor medicale, operațiuni care presupun, în mod necesar, existența unui contract deja atribuit, astfel încât, o asemenea cerință nu poate fi verificată la momentul depunerii ofertelor decât cu titlu de condiție de participare, iar dacă ar fi privită astfel, ea ar trebui să se regăsească, potrivit art. 172 alin. (1) lit. b) coroborat cu art.... alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, între cerințele referitoare la situația economică și financiară stabilite prin fișa de date, iar nu între cerințele tehnice ale caietului de sarcini, a căror neîndeplinire atrage respingerea ofertei, ca neconformă.

Această constatare nu conduce, însă, la concluzia pe care contestatorul o susține în principal, respectiv, aceea că însăși cerința ar trebui eliminată din documentația de atribuire, întrucât împrejurarea că o obligație privește executarea contractului, iar nu calificarea ofertanților, nu are drept consecință interdicția de a o institui, ci numai obligația de a o plasa în etapa procedurală care îi corespunde, autoritatea contractantă având dreptul, în limitele principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, să stabilească acele condiții de executare care au legătură cu obiectul contractului și care sunt proporționale cu acesta, iar o asigurare

care acoperă poluarea accidentală a mediului survenită cu ocazia transportului și eliminării deșeurilor medicale periculoase are o legătură directă și evidentă cu obiectul prezentei achiziții și urmărește un scop legitim, respectiv, acoperirea prejudiciilor pe care asemenea incidente le-ar putea genera, scop pe care nici răspunderea civilă de drept comun și nici garanția de bună execuție, invocate de contestator, nu îl acoperă în mod echivalent, întrucât, cea dintâi presupune parcurgerea unei proceduri de stabilire a răspunderii și existența unui patrimoniu care să permită acoperirea efectivă a pagubei, iar cea de a doua, este limitată la un procent din prețul contractului și este destinată acoperirii neexecutării obligațiilor contractuale, iar nu a prejudiciilor de mediu produse terților.

De altfel, chiar jurisprudența invocată de contestatorul..., respectiv hotărârea Curții de Justiție a... pronunțată în cauza C-295/20, confirmă acest raționament, întrucât, instanța europeană nu a statuat că o condiție privind executarea contractului ar fi nelegală prin ea însăși, ci a reținut că oferta unui ofertant nu poate fi respinsă pentru simplul motiv că acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale, că îndeplinește o condiție de executare a contractului, ceea ce înseamnă că nelegalitatea constă, exclusiv, în momentul la care se pretinde dovada îndeplinirii unei asemenea condiții, iar remediul corespunzător constă în deplasarea acestui moment ulterior atribuirii, iar nu în eliminarea condiției.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a efectuat exact această deplasare, mai întâi prin punctul de vedere nr.... și, ulterior, în mod efectiv, prin clarificarea din oficiu nr.... publicată în SEAP în fișierul „[CN1... /...12] clarificare din oficiu.pdf.p7s”, forma reformulată a cerinței limitând obligația de a deține și de a menține valabilă polița de asigurare la ofertantul declarat câștigător și stabilind că dovada existenței asigurării va fi prezentată anterior semnării acordului-cadru, astfel încât, în această formă, cerința nu mai constituie nici cerință de calificare, nici element de conformitate a ofertei, iar niciun operator economic nu poate fi exclus din procedură ori nu poate avea oferta respinsă pentru neprezentarea, odată cu oferta, a unei asemenea polițe.

Prin urmare, modificarea nu a rămas, doar asumată la nivelul punctului de vedere comunicat Consiliului, ci a fost adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați prin clarificarea din oficiu nr...., publicată în SEAP anterior datei-limită de depunere a ofertelor, prin care autoritatea contractantă a arătat în mod expres că textul inițial din caietul de sarcini se înlocuiește cu formularea potrivit căreia obligația de a deține și de a menține valabilă asigurarea revine ofertantului declarat câștigător, dovada acesteia urmând a fi prezentată anterior semnării acordului-cadru, fiind respectate astfel prevederile art. 9 alin. (1) teza finală din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia măsurile de remediere adoptate înainte de data-limită de depunere a ofertelor trebuie să fie publicate în SEAP, documentația de atribuire producând în prezent efecte în forma modificată, singura în raport cu care operatorii economici urmează să își elaboreze ofertele.

Prin urmare, nu poate fi reținută susținerea contestatorului potrivit căreia reformularea cerinței nu ar constitui o măsură de remediere adoptată în condițiile art. 9 din Legea nr. 101/2016, iar critica îndreptată împotriva formei inițiale a cerinței, aceea în care obligația de asigurare figura între cerințele tehnice ale caietului de sarcini, a rămas lipsită de obiect, urmând a fi respinsă ca atare.

În ceea ce privește solicitarea subsidiară a contestatorului, aceea ca autoritatea contractantă să fie obligată să determine, prin erată, suma asigurată, riscurile acoperite și franșizele acceptabile, Consiliul o apreciază ca fiind nefondată, întrucât cerința, astfel cum a fost reformulată, nu impune un nivel minim al sumei asigurate și nici o anumită structură a poliței, ceea ce înseamnă că ea este îndeplinită prin orice asigurare valabilă care acoperă riscul descris prin însuși textul cerinței, respectiv poluarea accidentală a mediului survenită ca urmare a unor accidente produse în timpul transportului și eliminării deșeurilor medicale, iar absența unui prag valoric nu restrânge accesul la procedură, ci, dimpotrivă, lasă operatorilor economici libertatea de a alege nivelul de acoperire, astfel încât obligarea autorității contractante să stabilească o sumă asigurată minimă ar însemna adăugarea unei constrângeri pe care documentația de atribuire nu o conține în prezent și care ar fi de natură să îngreuneze, iar nu să faciliteze, participarea la procedură.

Nu poate fi primită nici susținerea potrivit căreia autoritatea contractantă și-ar fi rezervat o apreciere discreționară asupra caracterului adecvat al poliței, întrucât, termenul „*adecvată*” apare exclusiv în argumentarea prin care autoritatea contractantă își explică rațiunea cerinței, iar nu în textul reformulat al acesteia, text care nu conține niciun element de apreciere subiectivă, ci descrie obiectul asigurării, durata pentru care aceasta trebuie menținută și momentul la care se prezintă dovada, iar costul invocat de contestator, de... euro pentru o sumă asigurată de... euro, se raportează la un nivel de acoperire pe care documentația de atribuire nu îl impune, astfel încât, el nu poate fundamenta concluzia unei sarcini excesive.

Tot astfel, riscul reținerii garanției de participare, invocat de contestator prin raportare la art. 37 din HG nr. 395/2016, nu se verifică în raport cu forma reformulată a cerinței, întrucât ipoteza reglementată de art. 37 alin. (1) lit. c) din acest act normativ presupune refuzul ofertantului declarat câștigător de a semna acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei, iar operatorii economici cunosc conținutul obligației de la data publicării documentației de atribuire și dispun, până la momentul semnării acordului-cadru, de un interval care le permite procurarea poliței, astfel încât nu se poate reține existența unei vătămări actuale, ci numai a uneia ipotetice, care nu poate fundamenta anularea cerinței.

Pentru toate aceste considerente, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă.... DR. I.....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă.... DR. I.....

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare ...

...

... ..

Consilier de soluționare

...

Redactat practica deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini