CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, în numele Asocierii ..... SA - ...SA - ...SRL, cu sediul în ....., .., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin Președintele Consiliului de Administrație ....., și convențional prin Societatea Civilă de Avocați „Perju, Rotaru & Asociații" cu sediul în ....., .., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii și a răspunsului la notificarea prealabilă, emise de către ... PENTRU SALUBRIZARE....., cu sediul în ....., ..., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, aferentă procedurii de atribuire inițiată prin „licitație deschisă", în vederea atribuirii contractului de concesionare, având drept obiect: „.....", cod CPV: 90500000-2, 77120000-7, 90513000-6, 90514000-3, 90531000-8, s-a solicitat: anularea răspunsului autorității contractante nr. 1655/10.08..... la notificarea prealabilă nr. 1841/07.08.....; anularea adresei cuprinzând rezultatul procedurii, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1526/26.07.....; anularea parțială a rezultatului și a raportului procedurii de atribuire nr. 1516/21.07....., în ceea ce privește respingerea ofertei ca inacceptabilă și neconformă, respingere care a determinat și anularea greșită a procedurii, în baza dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei depuse de Asocierea .....

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, în numele Asocierii ..... SA - ...SA - ...SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii și a răspunsului la notificarea prealabilă, emise de către ....., în calitate de autoritate contractantă, aferentă procedurii de atribuire inițiată prin „licitație deschisă", în vederea atribuirii contractului de concesionare, având drept obiect: „.....", cod CPV: 90500000-2, 77120000-7, 90513000-6, 90514000-3, 90531000-8, s-a solicitat: anularea răspunsului autoritatii contractante nr. 1655/10.08..... la notificarea prealabilă nr. 1841/07.08.....; anularea adresei cuprinzând rezultatul procedurii, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1526/26.07.....; anularea parțială a rezultatului și a raportului procedurii de atribuire nr. 1516/21.07....., în ceea ce privește respingerea ofertei ca inacceptabilă și neconformă, respingere care a determinat și anularea greșită a procedurii, în baza dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei depuse de Asocierea .....

Contestatorul precizează că a notificat autoritatea contractantă conform dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile de la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire, prin notificarea prealabilă nr. 1841/07.08....., înregistrată la ... . sub nr. 1693/07.08....., autoritatea contractantă răspunzând prin adresa nr. 1655/10.08....., că nu va face remedieri.

Contestatorul susține că a solicitat autorității contractante să-i comunice sau să-i permită accesul la raportul procedurii și la rapoartele întocmite de către experții cooptați încă din data de 03.08..... Ca răspuns la această solicitare, prin adresa nr. 1666/14.08..... i s-a comunicat că nu i se poate comunica o copie a documentelor solicitate (din motive tehnice), fiind invitați la sediul autorității în vederea studierii acestora exact în ziua de ....., ultima zi a termenului de contestare. Contestatorul precizează că, s-a prezentat în vederea studierii în data de .....

În preambul, contestatorul arată că autoritatea contractantă a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de concesiune de servicii denumit „Delegarea prin concesionare a gestiunii serviciului de operare a instalațiilor de deșeuri în județul .....", având o valoare estimată de 595.970.300 lei și o durată de 276 de luni începând de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor.

Potrivit Fișei de date, pct. II.2.1), Obiectul contractului de concesiune de servicii este reprezentat de operarea instalațiilor de deșeuri aferente sistemului integrat de gestionare a deșeurilor în județul ....., urmând a fi prestate următoarele servicii:

Operarea și întreținerea stației de transfer și a instalațiilor și echipamentelor sale situate pe amplasamentul de la Gaiceana;

Operarea și întreținerea stației de transfer și a instalațiilor și echipamentelor sale situate pe amplasamentul de la Beresti Tazlau;

Operarea și întreținerea stației de sortare și a instalațiilor și echipamentelor sale situate pe amplasamentul de la Moinesti;

Operarea și întreținerea stației de transfer, stației de sortare și stației de compostare și a instalațiilor și echipamentelor acestora situate pe amplasamentul de la Onești; Operarea și întreținerea celulei 2 a depozitului județean de la ....., precum și a instalațiilor de deșeuri existente pe același amplasament: stație de sortare, stație de compostare, centru de colectare deșeuri; Execuția și operarea celulelor 3 și 4 ale depozitului județean .....; închiderea și monitorizarea celulelor 2, 3 și 4 ale depozitului județean .....;

- Transferul deșeurilor municipale de la stațiile de transfer Gaiceana, Beresti Tazlau și Onești fie la depozitul conform de la ....., fie la stațiile de sortare/compostare, după caz.

Conform Procesului-verbal nr. 863/10.10.2014 au depus oferte un număr de 3 ofertanți, respectiv: Asocierea ..... SA - ...SRL (devenit ulterior SA) - ...SRL, ... SRL.

În cadrul unei prime evaluări a ofertelor, prin primul raport al procedurii nr. 501/28.08.2015, finalizat cu un prim rezultat comunicat prin adresa 506/02.09.2015, oferta a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, oferta depusă de Asocierea ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, în timp ce oferta Asocierii ... a fost declarată câștigătoare.

Contestatorul precizează că, a contestat rezultatul procedurii, iar CNSC prin decizia nr. .../...../ .../11.11.2015, i-a admis contestația, a respins cererea de intervenție a Asocierii ... și, a obligat autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse.

Decizia nr. .../...../.../11.11.2015 a fost atacată cu plângere de către autoritatea contractantă și de către Asocierea ..., cele două plângeri fiind respinse ca nefondate prin Decizia nr. ....

Așadar, ca urmare a necontestării primului rezultat al procedurii de către Asocierea ..., singurele două oferte supuse reevaluării în conformitate cu deciziile menționate mai sus ale Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor și Curții de Apel ..... au rămas oferta Asocierii ..... și cea a Asocierii ....

Contestatorul arată că, potrivit adresei nr. 1526/26.07..... de comunicare a rezultatului procedurii, oferta a fost respinsă ca:

a. neconformă, în baza art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, în ceea ce privește primul motiv reținut de către autoritatea contractantă (tariful unic solicitat); respectiv

b. în ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere reținut de autoritatea contractantă (valoarea tarifelor de 0,01 lei/tonă ofertate pentru tariful 3 privind preluarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării

și pentru tariful 4 privind preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării):

i. ca inacceptabilă, în baza art. 36 alin. (1) lit. f), art. 36^1 alin. (4) din HG nr. 925/2006 pentru ca „*în urma verificărilor prevăzute la art. 202 și 203 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, se constată că oferta are un preț neobișnuit de scăzut pentru serviciile ce urmează a fi prestate, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini și pentru ca ofertantul nu a prezentat informații care să justifice prețul neobișnuit de scăzut*", respectiv

ii. ca neconformă, în conformitate cu art. 36 alin. (2) lit. c) și art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, deoarece conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate și răspunsurile la clarificări prezentate de ofertant nu sunt concludente.

Referitor la primul motiv de respingere, autoritatea contractantă își motivează decizia astfel:

Cu privire la neconformitatea calculul tarifului unic solicitat = [(costuri de operare și întreținere + costuri cu amortizarea investițiilor realizate de către delegat + provizioane pentru închidere + provizioane pentru dezvoltare + redevența) - venituri]/cantitatea depozitată în fiecare an, autoritatea contractantă, aplicând formula de calcul cuprinsă în documentația de atribuire, a constatat că din oferta depusă (Formularul 6.2 din propunerea financiară - pag. 5-16 - Anexa 10) rezultă o valoarea negativă a tariful unitar, motiv pentru care a solicitat clarificări prin adresa nr. 2148/28.04.2016; Răspunsul la solicitările de clarificare menționate, formulat prin adresa nr. 888/2208/06.05.2016 (Anexa 12), a fost calificat de către autoritatea contractantă drept o modificare a ofertei inițiale, prin modificarea formulei de calcul cuprinse în documentația de atribuire (costuri minus venituri). Aplicarea formulei „*diferența dintre venituri și costuri*", astfel cum reiese din răspunsul la clarificări, ar reprezenta elementul modificator care justifică valoarea pozitivă a tarifului; În consecință, în opinia autorității contractante, răspunsul la clarificări modifică conținutul propunerii financiare prezentate la data deschiderii ofertelor și nu se circumscrie unei erori aritmetice sau unui viciu de formă (potrivit art. 79-80 din HG nr. 925/2006), astfel încât acest element creează un avantaj incorect al ofertantului, contrar dispozițiilor art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere, din aceeași adresa nr. 1526/26.07..... rezultă că argumentele autorității contractante sunt următoarele: întrucât, din cuprinsul ofertei, autoritatea contractantă a dedus că valorile din propunerea financiară de 0,01 lei/tonă, corespunzând tarifului 3 privind preluarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării, respectiv tarifului 4 privind preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării, nu coincid cu valorile din fișa de

fundamentare, de 86,98 lei/tonă, respectiv 125,20 lei/tonă, prin adresa nr. 2148/28.04.2016, autoritatea a solicitat clarificări.

Răspunsul la solicitarea de clarificări, dat prin adresa nr. 888/2208/06.05.2016 a fost considerat de către autoritatea contractantă ca insuficient, motivat de faptul că nu ar fi fost clarificate neconcordanțele existente între Formularul 6.1 și Anexa la Formularul 6.1.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că există diferențe între valoarea veniturilor obținute din valorificarea reciclabilelor, indicată prin răspunsul la clarificări nr. 888/2208/ 06.05.2016 (31.195.497,25 lei = 19.226.965,01 lei + 8.212.618,44 lei + 3.755.913,80 lei - pag. 9 a răspunsului la solicitarea de clarificări), și valoarea (s.n. presupusă) acestor venituri prezentată prin fișa de fundamentare (5.120.644,27 lei - pag. 422 din propunerea financiară), diferență justificată prin raportare la contractul încheiat cu Antheia Garden SRL în iunie 2015, dată ulterioară celei a depunerii ofertei; În egală măsură, același tip de inadvertențe este reținut și în privința veniturilor obținute din valorificarea compostului, în răspunsul la clarificări menționat fiind precizată suma de 2.265.739,35 lei, în timp ce la pag. 288 din propunerea financiară este menționată suma de 1.507.513,15 lei.

Ca urmare a acestor „*inadvertențe*", autoritatea contractantă a mai adresat o solicitare de clarificări, prin adresa nr. 2751/01.06.2016, contestatorul răspunzând prin adresa nr. 1194/2884/14.06.2016, prin care (în opinia autorității contractante) au fost reluate valorile „*cuprinse și în propunerea financiară inițială, justificări care fundamentează tarifele de 86,98 lei (reciclabil) și 125,20 lei/tonă (biodegradabil) și nu cele din formularul de ofertă de 0,01 lei/tonă pentru fiecare categorie de deșeuri (reciclabile și biodegradabile)*".

Față de cele arătate, în opinia autorității contractante nu reprezintă o justificare a prețului afirmația privind posibilitatea susținerii costurilor aferente preluării deșeurilor reciclabile și biodegradabile în vederea sortării și compostării din veniturile obținute prin valorificarea acestor două categorii de deșeuri prin raportare la considerentele Consiliului cuprinse în Decizia nr. .../...../... din 11.11.2015. În egală măsură, autoritatea contractantă a invocat în susținerea respingerii ofertei și Hotărârea civilă nr. .../28.01.2016 a Curții de Apel .....

Potrivit pct. IV.2.1) din Fișa de date, criteriul de atribuire este cel al ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, iar potrivit pct. IV.4.2 din Fișa de date - Modul de prezentare a propunerii financiare, aceasta trebuie să fie prezentată în RON, cu menționarea TVA separat, și trebuie să includă: Formularul de ofertă (Formularul 6.1), inclusiv Fișa de fundamentare a tarifelor (Anexa la Formularul 6.1), respectiv defalcarea costurilor (Formular 6.2).

Din analiza Formularului 6.1 și a Anexei la acest formular rezultă că propunerea financiară are în vedere cele 6 tarife ofertate, dintre care

doar primele 4 reprezintă factori de evaluare și potrivit Clarificării nr. 10 adusă documentației de atribuire - răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 2, însă pentru fiecare dintre cele 6 tarife ofertate trebuie prezentat detaliat fiecare element de cost cuprins în tarif (ex. tip de utilaj, consum orar, număr de ore de funcționare, consum total, categorie personal, salariu lunar etc.), astfel cum rezultă din Anexa la Formularul 6.1.

Potrivit Formularului 6.2, în forma inițială publicată în SEAP, prin *„tarif unitar solicitat*" se înțelege *„tariful cu care ofertanții își propun să factureze fiecare tonă de deșeuri municipale livrată de transportatori la depozit. Acest tarif trebuie să asigure rentabilitatea economică a activității. Tariful unitar solicitat se calculează ca medie a celor 23 de tarife unitare (...). La stabilirea tarifului se va avea în vedere prevederea conform căreia la livrarea deșeurilor la depozit se va percepe același tarif unitar per tona*". Prin Clarificarea nr. 19, răspunsul 15, ca urmare a solicitării de clarificare adresată de un operator, autoritatea contractantă a arătat că *„tariful unitar de calcul se calculează pentru fiecare din cei 23 de ani. Prin tarif unitar solicitat se înțelege tariful cu care ofertanții își propun să factureze fiecare tonă de deșeuri municipale livrată de transportatori la depozit. Acest tarif trebuie să asigure rentabilitatea economică a întregii activități, de la primirea deșeurilor de la Delegatul serviciului de colectare și transport până la eliminarea acestora la depozit. Tariful unitar solicitat se calculează ca medie ponderată a celor 23 de tarife unitare anuale și se exprimă în RON*".

Încasarea de către Delegat a tarifelor ofertate, potrivit Formularului 6.1, rezultă și din dispozițiile art. 16 din Condițiile contractuale (Anexa 20), rămase nemodificate după publicarea inițială în SEAP.

Dreptul delegatului de a obține venituri din valorificarea materialelor reciclabile și a compostului, venituri care să permită atât acoperirea costurilor de operare, cât și obținerea de profit, rezultă din Formularul 6.2 - Defalcarea costurilor, în cuprinsul căruia, la rubrica venituri, sunt cuprinse în mod explicit: veniturile din valorificarea materialelor reciclabile, veniturile din valorificarea compostului, alături de veniturile din activitățile de depozitare, profitul solicitat, respectiv diferența dintre costuri (inclusiv profitul solicitat) și veniturile de la terți.

Posibilitatea obținerii de venituri din valorificarea reciclabilelor și a compostului rezultă și din Formularul 6.2, astfel cum a fost republicat ca urmare a Clarificării nr. 19 și a Clarificării nr. 22. Prin Clarificarea nr. 22, răspunsul nr. 5, la întrebarea *„În ceea ce privește Fișa de fundamentare, vă rugăm să ne precizați dacă este obligatoriu ca prin fiecare serviciu menționat să se obțină profit, sau ofertantul poate avea în vedere și un profit negativ, atât timp cât profitul cumulat este pozitiv*" autoritatea contractantă a arătat că *„pot exista și activități cu profit negativ, atât timp cât întreaga activitate desfășurată în cadrul contractului este sustenabilă, adică profitul cumulat este pozitiv*".

Obligația și dreptul Delegatului de valorificare și de obținere a veniturilor din vânzarea materialelor reciclabile și a compostului, inclusiv

prin obținerea celor mai avantajoase oferte de la agenții economici și prin organizarea de campanii de conștientizare a populației inclusiv cu privire la valorificarea materialelor reciclabile și a compostului (potrivit art. 10 pct. 31 din Condițiile contractuale - Anexa 20), astfel încât să conducă la atingerea țintelor de mediu și la sustenabilitatea contractului de delegare a gestiunii, rezultă și din dispozițiile Caietului de sarcini. Același drept și obligație a Delegatului, de valorificare și obținere de venituri din valorificarea materialelor reciclabile și a compostului rezultă și din dispozițiile art. 33, art. 35, art. 38, art. 40, art. 44 din Regulamentul serviciului public de salubrizare al unităților administrativ-teritoriale din județul .....

Toate aceste dispoziții ale documentației de atribuire au pornit de la principiul enunțat la pag. 52 din Studiul de oportunitate pentru delegarea gestiunii serviciului de operare a instalațiilor de deșeuri, potrivit căruia *„deși estimarea costurilor s-a realizat plecând de la fiecare instalație în parte, contractul va include toate instalațiile și analiza se face per total, operatorul beneficiind, astfel, de efectele economiei în trepte*".

Având în vedere acest principiu, confirmat și prin Clarificarea nr. 22 răspunsul nr. 5, același Studiu de oportunitate a avut în vedere într-o manieră foarte clară veniturile pe care delegatul le poate obține din valorificarea materialelor reciclabile și a compostului, care să îi permită acoperirea costurilor de operare.

Contestatorul invocă în continuare dispozițiile Deciziei CNSC nr. .../ ...../11.11.2015. și a Curții de Apel .....

Referitor la propunerea financiară, contestatorul arată că, prin Formularul 6.1 depus în cadrul ofertei, a ofertat cele 6 tarife solicitate prin documentația de atribuire și pe care urmează ca, în cazul încheierii contractului de delegare a gestiunii, să le încaseze, respectiv:

a. Preluarea deșeurilor în vederea depozitării și a exploatării instalațiilor conexe - 51,28 lei/tonă fără TVA, potrivit detalierii tuturor elementelor de cost cuprinse la pag. 121-287 din propunerea financiară;

b. Preluarea deșeurilor în vederea transferului - 89,29 lei/tonă fără TVA, potrivit detalierii tuturor elementelor de cost cuprinse la pag. 1-120 din propunerea financiară;

c. Preluarea deșeurilor reciclabile colectate selectiv în vederea sortării - 0,01 lei/tona fără TVA; cheltuielile totale (4.655.131,25 lei lei) și profitul aferent acestei activități (465.513,12 lei), toate conducând la o valoare necesară de 86,98 lei/tonă fără TVA, au fost explicitate la pag. 422 - 518 din propunerea financiară. Ceea ce este important, în opinia contestatorului, este faptul că prin nota cuprinsă la pag. 422 din propunerea financiară, a arătat că „dată fiind Clarificarea 22 la Documentația de atribuire, prevederea din cuprinsul Studiului de Oportunitate pentru delegarea serviciului gestiunii de operare a instalațiilor de deșeuri în județul ....., precum și faptul că valorificarea deșeurilor reciclabile este impusă prin chiar Caietul de sarcini, în acord cu normele europene, costurile aferente preluării deșeurilor colectate

selectiv în vederea sortării vor fi suportate inclusiv din veniturile obținute din valorificarea materialelor reciclabile, prezentate în Formularul 6.2 potrivit ofertelor obtinute de către liderul asocierii, ... SA, de la ...GmbH SRL, cu care există deja încheiat Contractul nr. 280/01.11.2013";

d. Preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării - 0,01 lei/tonă fără TVA; cheltuielile totale (1.370.466,50 lei) și profitul aferent acestei activități (137.046,65 lei), toate conducând la o valoare de 125,20 lei/tonă fără TVA, au fost explicitate la pag. 288 - 421 din propunerea financiară. Ceea ce este important, însă, pentru soluționarea prezentei contestații se referă la faptul că, într-o manieră similară celei expuse mai sus cu privire la tariful de sortare, de 0,01 lei/tonă fără TVA, prin nota cuprinsă la pag. 288 bis din propunerea financiară, contestatorul a arătat că „dată fiind Clarificarea 22 la Documentația de atribuire (pot exista și activități cu profit negativ, atât timp cât întreaga activitate desfășurată în cadrul contractului este sustenabilă, adică profitul cumulat este pozitiv"), prevederea din cuprinsul Studiului de Oportunitate pentru delegarea serviciului gestiunii de operare a instalațiilor de deșeuri în județul ..... („deși estimarea costurilor s-a realizat plecând de la fiecare instalație în parte, contractul va include toate instalațiile și analiza se face per total, operatorul beneficiind, astfel, de efectele economiei în trepte"), precum și faptul că valorificarea compostului este impusă prin chiar Caietul de sarcini, în acord cu normele europene, costurile aferente preluării deșeurilor biodegradabile în vederea compostării vor fi suportate inclusiv din veniturile obținute din valorificarea compostului, prezentate în Formularul 6.2 potrivit ofertelor obținute de către liderul asocierii, ... SA, de la ...GmbH SRL, cu care exista deja încheiat Contractul nr. 280/01.11.2013 (s.n. depus la pag. 400-421 din propunerea financiară), respectiv de la ...SA (valorificare energetică). De asemenea, potrivit ofertei ...GmbH SRL, acesta va suporta costurile transportului compostului. De asemenea, dacă este cazul, costurile aferente preluării deșeurilor biodegradabile în vederea compostării vor fi suportate și din veniturile obținute din valorificarea materialelor reciclabile, potrivit ofertelor obținute de la aceeași beneficiari";

e. Preluarea deșeurilor din construcții și demolări în vederea sortării și tratării - 53,53 lei/tonă fără TVA, potrivit detalierii tuturor elementelor de cost cuprinse la pag. 519-612 din propunerea financiară;

f. Preluarea deșeurilor voluminoase și periculoase din deșeurile menajere - 118,76 lei/tonă fără TVA, potrivit detalierii tuturor elementelor de cost cuprinse la pag. 613-642 din propunerea financiară.

Totodată, arată contestatorul, din analiza Anexei la Formularul 6.1 rezultă că veniturile sunt cu mult mai mari decât suma costurilor și a profitului, asigurand, astfel, rentabilitatea contractului.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a solicitat clarificări, prin adresa 2148/28.04.2016, la care a răspuns prin adresa nr. 888/2208/06.05.2016 (Anexa 12).

Ulterior, prin solicitările de clarificări care au făcut obiectul adresei nr. 2751/737/01.06.2016, autoritatea contractantă a solicitat, potrivit art. 202 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, art. 29 din HG nr. 71/2007 și art. 361 din HG nr. 925/2006 justificarea valorilor tarifelor ofertate, prin prezentarea de documente justificative privind execuția altor depozite de deșeuri și execuția de închideri de depozite de deșeuri (contracte de lucrări, procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor sau de recepție finală a lucrărilor din care să rezulte valoarea de execuție a acestora), documente privind prețurile de la furnizori, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utiljale sau echipamente de lucru, alte documente care să justifice valoarea tarifelor ofertate.

Potrivit celor arătate mai sus, solicitarea de clarificări menționată s-a referit în exclusivitate la prețul neobișnuit de scăzut al întregului contract și la dispozițiile legale incidente, neprecizându-se în niciun fel faptul că această nouă solicitare de clarificare are la baza (astfel cum s-ar putea deduce din adresa conținând rezultatul procedurii - pag. 4, par. 2 – *„pe considerentele prezentate mai sus ....”*) presupunerea autorității contractante în sensul că prin răspunsul anterior ar fi fost modificate sumele de 5.120.644,27 lei (cuprinsă în fișa de fundamentare a tarifului de sortare) în 31.195.497,25 lei (veniturile obținute din valorificarea reciclabilelor, precizat în răspunsul la solicitarea de clarificare), respectiv 1.507.513,16 lei (cuprinsă în fișa de fundamentare a tarifului de compostare) în 2.265.739,35 lei (veniturile obținute din valorificarea compostului, precizat în răspunsul la solicitarea de clarificare).

Contestatorul susține că a răspuns prin adresa nr. 2884/14.06.2016, prin care a fost justificat cu documente doveditoare fiecare element de cost. În ceea ce privește veniturile, susține contestatorul, a solicitat autorității contractante în mod explicit în analizarea acestora să fie avute în vedere inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificare anterioare (referirea vizând, în mod evident, mai ales veniturile din valorificarea reciclabilelor și a compostului).

Analizând motivele pentru care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, contestatorul consideră că, neexistând niciun motiv reținut de neconformitate a propunerii tehnice, rezultă că autoritatea contractantă a apreciat că modalitatea ofertată cu privire la prestarea serviciilor respectă întrutotul dispozițiile documentației de atribuire și, în special, pe cele ale Caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă nu a apreciat că această modalitate de ofertare a tarifelor încalcă vreun text legal.

Autoritatea contractantă nu a apreciat că modalitatea de asigurare a veniturilor propusă de către Asocierea ....., prin valorificarea

materialelor reciclabile și ale compostului, nu ar respecta dispozițiile documentației de atribuire;

Autoritatea contractantă nu a apreciat că prețurile de valorificare a materialelor reciclabile și ale compostului, avute în vedere la întocmirea propunerii financiare ar fi nerealiste, decurgând dintr-o supraevaluare a acestora, eventual cu scopul de a permite ofertarea unui tarif mai mic.

Autoritatea contractantă nu a apreciat că vreunul dintre elementele de cost prezentate defalcat pentru fiecare activitate de salubrizare în parte, însoțite de documente doveditoare considerate a fi suficiente (tocmai pentru ca respingerea nu privește un atare motiv), ar fi subdimensionat.

Referitor la prevederile legale în baza cărora oferta a fost respinsă, respectiv art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, art. 36 alin. (1) lit. f) din HG nr. 925/2006, art. 36 alin. (4) din HG nr. 925/2006, art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006, art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, contestatorul consideră că acestea nu pot fi reținute.

În ceea ce privește primul motiv de respingere, acesta nu poate fi reținut, în opinia contestatorului, în mod legal și temeinic întrucât:

a. Textul legal reținut de către autoritatea contractantă nu este aplicabil în materia concesiunilor, cum este cazul prezentei proceduri, ci exclusiv în materia achizițiilor publice;

b. Chiar presupunând că ar fi aplicabil acest text legal, prin răspunsul la clarificări formulat nu s-a efectuat nicio modificare a propunerii financiare, iar de altfel, nici solicitarea de clarificare (nr. 2148/28.04.2016) nu s-a referit la un asemenea subiect;

c. Din contră, atât prin propunerea financiară, cât și prin răspunsul la solicitarea de clarificări referită s-a demonstrat că, prin tarifele ofertate, raportate la niște cheltuieli a căror estimare a fost prezentată pentru fiecare element de cost, însoțită fiind justificarea de documente care să susțină modalitatea de estimare și de calcul, este asigurată rentabilitatea economică a activității, tocmai pentru că veniturile sunt cu mult mai mari decât costurile, ceea ce este premisă unei activități profitabile;

d. Unicul scop urmărit de autoritatea contractantă prin solicitarea acestui calcul (potrivit Formularului 6.2 din documentația de atribuire) a fost acela de a se asigura, printr-o verificare simplă, a unei propuneri financiare de sute de pagini, să se asigure că veniturile sunt mai mari decât costurile, astfel încât activitatea la nivelul întregului contract este una profitabilă;

e. Însă, acest tarif unitar reprezintă un calcul artificial, menit acestui unic scop menționat ca atare prin documentația de atribuire și prin studiul de oportunitate, el nereprezentând nici factor de evaluare și nefiind nici aplicat în executarea contractului.

44. În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere, nici acesta nu poate fi reținut în mod legal și temeinic întrucât:

a. atât prin propunerea financiară depusă, cât și prin cele două răspunsuri la clarificări analizate a arătat și a dovedit cum anume au fost calculate toate costurile aferente activităților de salubrizare ce fac obiectul contractului de delegare a gestiunii și cum a fost calculată, estimată și dovedită, obținerea veniturilor necesare acoperirii acestor costuri de operare;

b. textul legal care trebuie avut în vedere în legătură cu acest subiect este art. 32 alin. (2) lit. f) din HG nr. 71/2007, text similar dispozițiilor art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006;

c. chiar aplicând dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. f) și pe cele ale art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă nu a susținut că:

i. ar considera nerealiste prețurile propuse și dovedite pentru vânzarea materialelor reciclabile și ale compostului ori că aceste prețuri de valorificare a reciclabilelor și compostului ar fi fost nejustificate, condiții impuse cumulativ de art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006;

ii. cantitățile de materiale reciclabile și compost care urmează a fi valorificate de către delegat în baza contractului de delegare a gestiunii ar fi nerealiste ori incorect calculate prin raportare la dispozițiile documentației de atribuire;

iii. vreo dispoziție a caietului de sarcini, cu indicarea explicită a acesteia, ar rămâne neîndeplinită din cauza insuficienței veniturilor obținute din valorificarea reciclabilelor și a compostului;

iv. tariful ofertat în acest fel pentru cele două activități ar încălca vreo dispoziție legală, în condițiile în care documentația de atribuire și studiul de oportunitate au prevăzut în mod explicit că ceea ce interesează este profitul la nivelul întregii activități derulate în baza contractului.

d. din contră, prin această modalitate de respingere a ofertei, autoritatea contractantă a ignorat dispozițiile propriului studiu de oportunitate și ale propriei documentații de atribuire, cu clarificările ulterioare publicate în SEAP, menționate mai sus la pct. D, întocmite se presupune cu respectarea principiului integrității (consacrat prin dispozițiile art. 2 alin. 1 lit. c din OUG nr. 34/2006) care a permis concesionarului acoperirea costurilor de operare din veniturile obținute din valorificarea reciclabilelor și a compostului, cu condiția ca întreaga activitate desfășurată în baza contractului de delegare a gestiunii să fie una profitabilă;

e. mai mult, prin chiar Formularul 6.1, premisă reținută de autoritatea contractantă pentru aplicarea tarifului de preluare a deșeurilor reciclabile în vederea sortării, este aceea ca aceste deșeuri să fie colectate selectiv. În caz contrar, acestea nici nu pot fi supuse sortării cu ajutorul stațiilor de sortare ce fac obiectul contractului, astfel încât, în această ipoteza nici nu s-ar ajunge la existența unor costuri din operarea stațiilor de sortare, ci deșeurile ar fi depozitate, caz în care s-ar aplica

tariful de depozitare. Situația este aceeași și în cazul stațiilor de compostare.

Contestatorul consideră că, în mod greșit a apreciat autoritatea contractantă că răspunsurile la solicitările de clarificări ar fi neconcludente, chiar dacă s-ar reține aplicarea dispozițiilor art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006. Astfel:

i. tarifele ofertate pentru activitățile de sortare și compostare sunt, potrivit Formularului de ofertă și potrivit răspunsurilor ulterioare la solicitările de clarificări, de 0,01 lei/tonă + TVA;

ii. costurile de operare și profitul aferent acestor două activități pot și vor fi acoperite din veniturile obținute din valorificarea materialelor reciclabile și ale compostului, valorificare permisă și chiar impusă prin documentația de atribuire;

iii. în cuprinsul fișelor de fundamentare aferente activităților de sortare și compostare, pornind de la modalitatea de calcul impusă prin chiar aceste fișe (venituri = rubrica I+II+III, adică cheltuieli totale + profit + cota de dezvoltare), considerate și de către Curtea de Apel ..... ca neputând servi ca bază de analiză a justificării prețului neobișnuit de scăzut, au fost evidențiate veniturile necesare pentru acoperirea tuturor costurilor de operare și a profitului: 4.655.131,25 lei costuri de operare pentru sortare, 465.513,12 lei profit pentru sortare, 1.370.466,50 lei costuri de operare pentru compostare, 137.046,65 lei profit pentru compostare;

iv. fișele de fundamentare, în forma impusă de către autoritatea contractantă, nu au cuprins o rubrică pentru alte tipuri de venituri, respectiv veniturile din valorificarea reciclabilelor și ale compostului, și tocmai din acest motiv au fost făcute precizările din cuprinsul notelor privind acoperirea costurilor de operare și a profitului din valorificarea reciclabilelor și a compostului, tarifele ofertate fiind cele menționate în cuprinsul Formularului de ofertă;

Referitor la cele impuse de decizia CNSC și a Curții de Apel ....., contestatorul consideră că a respectat dispoziția.

Contestatorul consideră că adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, coroborate cu cele ale art. 46 alin. (1) din HG nr. 71/2007.

Prin adresa nr. 35467/.....-...../24.08....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției și oferta contestatorului; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1770/29.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 36281/29.08....., autoritatea contractantă a răspuns solicitării, transmițând actele solicitate.

În preambul, autoritatea contractantă arată în legătură cu cele menționate de către contestator referitor la accesul la dosarul achiziție

publice, că, contestatorul a solicitat transmiterea pe suport electronic a Raportului procedurii de concesionare și Raportul experților cooptați, dar din motive tehnice nu s-a putut răspunde solicitării, și datorită personalul redus, volumul mare de activitate al ... ., perioada de concedii, participarea ... . la lucrările Federației Asociațiilor de Dezvoltare Intercomunitare la Piatra Neamț în perioada 17-18 august, dar mai ales evenimentele neprevăzute de la Depozitul conform de deșeuri - Celula 1 ..... în data de 12 august (incendiu), situație ce nu este finalizată nici la această dată, a fost invitat la sediul autorității în vederea studierii.

Autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, având în vedere că, a răspuns notificării prealabile în data de 10.08....., iar contestația a fost transmisă atât către CNSC cât și către ea în data de .....

Pe fond, autoritatea contractantă arată că a comunicat contestatorului, prin adresa nr. 1526/26.07....., rezultatul procedurii, oferta contestatorului fiind respinsă ca neconformă și inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (2) lit. c) și art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, respectiv conform art. 36 alin. (1) lit. f) și art. 36 ind. 1 alin. (4) și a art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, toate prin raportare la exigentele reglementate de art. 202 și art. 203 din OUG nr. 34/2006.

Având în vedere valoarea neobișnuit de scăzută a ofertei financiare - 58,44% (corespunzătoare unei valori medii anuale de 15.142.664,89 lei) și pe deasupra negativă, conform formularului 6.2 - media tarifelor pentru cei 23 de ani de exploatare era de 114,21 lei/ tonă însă, arată autoritatea contractantă, costurile totale pentru fiecare stație la care se adaugă redevența anuală, valoare din care se scad veniturile din valorificarea subproduselor, raportat la sumele justificative inserate de ofertant în formularul 6.2, a rezultat o valoare negativă, adică un preț de 114,21 lei/tonă. În ciuda clarificărilor solicitate și transmise, autoritatea le-a considerat neconcludente.

Neconcordanța între valorile tarifelor 3 (preluarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării) și 4 (preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării), avansate în formularul de ofertă 6.1 la valoarea de 0,01 lei/tonă, față de valorile acelorași tarife inserate în anexele justificative la formularul 6.1 din ofertă (86,98 lei pentru tariful 3 - pagina 422 din anexă, respectiv 125,20 lei pentru tariful 4- pagina 288 din anexă).

În același context, conform răspunsurilor la întrebarea 2a și 2b din adresa de clarificări nr. 888/6.05.2016, apare o neconcordanță nejustificată între valorile din tabelul de la pagina 288 din propunerea financiară - linia IV - venituri obținute din activitatea de salubrizare, unde apare suma de 1.507.513,15 lei, față de valoarea veniturilor din valorificarea materialelor reciclabile prezentată la pag. 11 a răspunsului la clarificare, ca fiind în sumă de 2.265.739,35 lei. De asemenea, apar ca nejustificate diferențele dintre veniturile provenite din valorificarea materialelor reciclabile tabel pagina 422 din propunerea financiară, linia

IV venituri obținute din activitatea de salubrizare în sumă de 5.120.644,77 lei, față de valoarea veniturilor provenite din valorificarea materialelor reciclabile prezentată la pag. 9 a răspunsului la solicitarea de clarificări 888, în sumă de 31.195.497,25 lei.

Prin urmare, a considerat incidente prevederile art. 36 alin. (2) lit. c), raportate la art. 79 alin. (1) și (3) din HG nr. 925/2006 .

Referitor la susținerea contestatorului că autoritatea contractantă și-a întemeiat evaluarea ofertei, respectiv rezultatul evaluării, pe HG nr. 925/2006 care nu ar fi aplicabil în speță, deoarece se află în materia concesiunilor, acesta consideră că, motivul nu este susținut de nici un text legal care să limiteze sau să excludă aplicabilitatea actului normativ sus menționat în spețа de față.

Interpretarea contestatorului față de chestiunea aplicabilității HG 925/2006 este una eronată, având în vedere că actul normativ reglementează normele de aplicare a OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. Așadar normele de aplicare a actului normativ care reglementa procedura de atribuire nu puteau fi omise sub nici un pretext, dimpotrivă, în analizarea și evaluarea ofertelor, acestea erau obligatoriu de aplicat, în contextul în care HG 925/2006 este singurul act normativ care detaliază motivele și cauzele care duc la neconformitatea și inacceptabilitatea unei oferte de acest tip. De altfel, raționamentul de mai sus este susținut chiar de art. 1 din HG 71/2007, care face trimitere la aplicabilitatea OUG nr. 34/2006.

Concret, față de primul motiv de neconformitate reținut, arată autoritatea contractantă, modificarea tarifului de 114,21 lei prezentat în formularul 6.2 linia 11, în urma comunicării răspunsului la clarificări, dintr-unul negativ într-unul pozitiv, datorită uzitării unei formule de calcul diferite față de cea avansată de autoritate în documentația de atribuire, este incidentă ipoteza stipulată la art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Pe de altă parte, față de al doilea motiv de neconformitate și inacceptabilitate a ofertei contestatorului, prezentarea unui preț neobișnuit de scăzut, fără o justificare fundamentată a acestuia și prin modificarea tarifelor ofertate inițial, este evidentă incidența unui complex de prevederi legale care reglementează fiecare dintre aceste ipoteze, și anume: art. 36 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 36 ind. 1 alin. (4) din HG nr. 925/2006, art. 36 alin. (2) lit. c), coroborat cu art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 (ipoteza nejustificării prețurilor ofertate în cadrul propunerii financiare, respectiv aceea a oferirii unor răspunsuri neconcludente la solicitările de clarificări, în contextul în care: nu a fost justificată valoarea de 0,01 lei /tonă pentru tarifele 3 (privind preluarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării) și 4 (privind, preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării); dimpotrivă, s-a constatat că valoarea ofertată de 0,01 lei/tonă pentru tariful 3 nu coincide cu valoarea calculată în fișa de fundamentare de 86,98 lei/tonă

(pag. 422 din propunerea financiară), respectiv că aceeași valoare ofertată pentru tariful 4 nu coincide cu valoarea calculată în fișa de fundamentare de 125,20 lei/tonă (pag. 288 din propunerea financiară).

Prin răspunsul nr.888/6.05.2016 nu este clarificată neconcordanța pentru tarifele 3 si 4 , contestatorul făcând trimitere la anumite venituri care ar include și cele din valorificarea materialelor reciclabile și compostului, prezentate in formularul 6.2, fără însă ca acestea să justifice diferența valorii de 0,01 lei/tonă inserată în formularul 6.1, față de valorile cu mult diferite (de 86,96 și 125,20 lei/tonă) inserate în anexa justificativă (de fundamentare a prețurilor) la formularul 6.1.

Mai mult, în același răspuns la clarificările solicitate, ofertantul prezintă niște sume despre care afirmă că le-ar obține din valorificarea materialelor reciclabile, în valoare de 31.195.497,25 lei (19.226.965,01 lei+8.212.618,44 lei+3.755.913,80 lei - pag 9 a răspunsului) însă în fundamentarea tarifului de 86,98 lei/to pentru deșeuri reciclabile, ofertantul ia în calcul ca și venituri obținute suma de 5.120.644,27 lei (linia IV din fișa de fundamentare, pag.422 oferta financiară).

Referitor la deșeurile biodegradabile și la veniturile obținute din valorificarea compostului, în răspunsul la clarificare ofertantul prezintă ca și venit obținut, suma de 2.265.739,35 lei, însă în fundamentarea tarifului de 125,20 lei/to ofertantul ia în calcul ca și venituri obținute suma de 1.507.513,15 lei (linia IV din fișa de fundamentare, pag. 288 - oferta financiară).

Față de aceste neconcordanțe, arată autoritatea contractantă, în cazul în care veniturile prezentate în răspunsul la clarificare ar fi fost luate în calcul pentru tarifele 3 și 4, acestea ar conduce la o modificare a valorilor din fișele de fundamentare (de 86,98 lei/to, respectiv de 125,20 lei/to).

Prin răspunsul contestatorului nr. 1194/14.06.2016, la solicitarea de clarificări nr. 2751/1.06.2016, ofertantul nu face decât să reia aceleași valori din fișa de fundamentare a ofertei, tarifele de 86,98 lei/to (reciclabil) și 125,20 lei/to (biodegradabil) și nu cele inserate în formularul de ofertă, de 0,01 lei/to pentru fiecare categorie de deșeuri (reciclabil și biodegradabil).

Ori, în contextul transmiterii celui de-al doilea rând de clarificări, autoritatea contractantă susține că, a solicitat punctual, față de prevederile art. 29 din HG nr. 71/2007 coroborat cu art. 36 ind. 1 alin. (3) din HG nr. 925/2006, dar și raportat la chestiunile trasate de CNSC/Curtea de Apel ..... în litigiile soluționate anterior în cadrul procedurii de atribuire: „documente justificative privind execuția altor depozite de deșeuri și execuția de închideri de depozite de deșeuri și anume: contracte de lucrări, procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor sau de recepție finală a lucrărilor din care să rezulte valoarea de execuție a acestora, din care a rezultat valoarea globală prezentată în ofertă; documente privind prețurile de la furnizori, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a

forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru în conformitate cu prevederile; respectiv alte documente care să justifice valoarea tarifelor ofertate”.

Contestatorul nu a înțeles să producă justificările tarifului de 0,01 lei /tonă menționate în formularul de ofertă, ci a încercat să justifice cu totul alte valori, contradictorii și nesusținute de înscrisuri doveditoare și care oricum nu prezentau relevanță. Concret, nu au fost prezentate fișe de fundamentare cu baza de calcul a acestora, din care să rezulte valorile ofertate de 0,01 lei/to pentru tarifele 3 si 4, așa cum s-a solicitat în fișa de date a concesiunii la punctul IV.4.2.

Autoritatea contractantă solicită constatarea faptului că, contestatorul avea cunoștință de modalitatea de justificare a tarifului cerută, din moment ce Fișa de fundamentare a tarifului, anexă la formularul de ofertă, ar trebui să justifice valorile ofertate, așa cum s-a întâmplat în cazul celorlalte tarife ofertate de ..... De exemplu, tariful pentru preluarea deșeurilor în vederea depozitării și a exploatării instalațiilor conexe, valoarea din formularul de ofertă: 51,28 lei/tonă/valoarea din fișa de fundamentare: 51,28 /tonă; tariful de preluare a deșeurilor în vederea transferului-valoarea din formularul de ofertă: 89,29 lei/tonă, valoarea din fișa de fundamentare: 89,29 lei/tonă, etc. Autoritatea contractantă evidențiază astfel că, contestatorul, nu a înaintat nici un calcul matematic din care să rezulte valori ale tarifelor de 0,01 lei/to, așa cum a procedat în cazul celorlalte tarife exemplificate mai sus.

Mai trebuie reținut faptul că cele două tarife pentru care valoarea ofertată (conf. formular de ofertă) este 0,01 lei/to, sunt factori de evaluare financiară iar prin aplicarea algoritmului de calcul, ar fi asigurat contestatorului punctaj maxim în cazul în care autoritatea contractantă ar fi efectuat punctarea ofertei.

Ori, conform prevederilor art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările /completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident in favoarea unui ofertant/candidat, ceea ce s-ar fi întâmplat dacă se reținea respectivele valori nefundamentate.

Față de critica referitoare la faptul că „Autoritatea a invocat în susținerea soluției adoptate, anumite raționamente expuse de CNSC/Curtea de Apel ..... în contextul soluționării litigiilor anterioare derulate în cadrul procedurii de atribuire, deși se aveau în vedere alte ipoteze, încălcându-se astfel principiul tratamentului egal ...”, contestatorul consideră critica neîntemeiată, deoarece, tocmai în aplicarea principiului tratamentului egal, respectiv al celui privind obligativitatea conformării asupra chestiunilor dezlegate de CNSC/ Curtea de Apel, a procedat la analizarea și aplicarea în concret, în cadrul procedurii de reevaluare, a raționamentelor avansate de către autoritatea administrativ-jurisdicțională și mai apoi de instanța de judecată.

Față de critica conform căreia *„tariful unitar nu reprezintă decât un calcul artificial, menit doar să asigure Autoritatea asupra profitabilității, nereprezentând nici factor de evaluare și nefiind aplicat în executarea contractului*”, autoritatea contractantă arată că este un raționament profund greșit, care legitimat, ar rescrie practic jurisprudența CNSC/ instanțelor de judecată în materia achizițiilor publice, aruncând în derizoriu una din cele mai importante exigente în contextul procesului de evaluare a propunerilor financiare, și anume, aceea a justificării în concret a prețului tarifar ofertat. De altfel, printr-o asemenea abordare, contestatorul urmărește reducerea importanței prețului tarifar din oferta financiară, tocmai pentru că Asocierea Eco-Sud nu a reușit să îl justifice, producând în urma răspunsurilor la clarificări, inadvertențe majore, cu nesocotirea modalității de calcul avansată de autoritate.

Concret, formula de calcul contestată prin maniera de abordare a contestatorului, și anume „Costuri de operare și întreținere + Costuri cu amortizarea investițiilor realizate de către delegat + Provizioane pentru închidere + Provizioane pentru dezvoltare + Redevența - Venituri, împărțită la cantitatea depozitată în fiecare an” (pe scurt diferența între costuri și venituri împărțită la cantitatea depozitată în fiecare an), a fost publicată în SEAP odată cu documentația de atribuire, atașată anunțului de concesionare nr. ...../17.07.2014 și ulterior clarificată/explicitată prin Răspunsul la clarificări nr 22 (clarificare necontestată) - publicat în SEAP. Faptul că ofertantul și-a însușit formula de calcul rezultă explicit din răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 888/06.05.2016, pag 2, prin care confirmă acceptarea explicitării formulei de calcul.

Mai mult, ofertantul însuși în cuprinsul răspunsului la clarificare precizează că *„autoritatea contractantă a solicitat formula de calcul prin formularul 6.2. în următoarea formă...*”, ceea ce denotă, în opinia autorității contractantă încă odată faptul că ofertantul a înțeles pe deplin solicitarea autorității contractante.

Cu toate acestea, în cuprinsul justificării tarifului unitar solicitat de 114,21 lei/tonă, ofertantul aplică formula *„diferența dintre venituri și costuri*” (a se analiza tabelele mentionate la pag. 66-67 din răspunsul la clarificare-linia 3 a fiecărui tabel), deci schimbă formula de calcul impusă, generând o maniera artificială și nelegală de a produce o valoare pozitivă a tarifului ofertat.

Ori, în urma acestor artificii prezentate în clarificările solicitate, inclusiv față de evaluarea ofertei financiare inițiale a contestatorului, s-a constatat că tariful unic menționat în Fișele de fundamentare, calculat pentru fiecare an contractual (23 ani - a se vedea Formularul 6.2 din propunerea financiară, pag. 5-16), potrivit formulei de calcul solicitată în documentația de atribuire, a apărut cu o valoare negativă și nu pozitivă, așa cum a completat-o ofertantul cu pixul, în cuprinsul formularului 6.2.

Autoritatea contractantă consideră că, este importantă afirmația ofertantului din clarificări, conform căreia *„Se poate observa, astfel, că*

sumele totale ale fiecărui element din calculul tarifului unitar anual coincid cu sumele din rubrica aferentă în Formularul 6.2”.

Autoritatea contractantă inserează într-un tabel elementele care diferă esențial în răspunsul la solicitarea de clarificări, față de ofertă.

De asemenea, față de precizarea contestatorului din răspunsul la clarificări: *„Interpretând în mod logic (?!) dispozițiile documentației de atribuire, tarifele ofertate trebuie să fie pozitive, respectiv ca veniturile să fie mai mari decât cheltuielile. Prin urmare, valoarea negativă a tarifului unitar solicitat este rezultatul modalității defectuoase de redactare a formularului (cheltuieli - venituri), urmând ca în verificarea îndeplinirii cerințelor să se ia în considerare valoarea pozitivă a acesteia*", autoritatea contractantă arată că însăși ofertantul indică comisiei de evaluare să ia în considerare valoarea pozitivă a ofertei prezentată în răspunsul la clarificare, deși în cadrul ofertei financiare, tariful unitar defalcat în tabel are valoare negativă.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă arată că, în propunerea financiară prezentată inițial la data deschiderii ofertelor, datorită valorilor negative menționate mai sus, valoarea propunerii financiare era negativă, respectiv - 348.281.292,16 lei, reprezentând 58,44% față de valoarea estimată a contractului. În opinia autorității contractante nu reprezintă eroare aritmetică și vicii de forma prevăzute de dispozițiile art.79 și art. 80 din HG nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă consideră că formula aplicată de către contestator în răspunsul la clarificări nr. 888/06.05.2015 nu respectă condițiile impuse prin documentația de atribuire, în sensul în care se modifică formula de calcul din costuri, venituri împărțită la cantitate de deșeuri depozitată, în venituri- costuri împărțită la cantitate de deșeuri depozitată.

Modifică oferta inițială prezentată la data ședinței de deschidere a ofertelor din 10.10.2014, în care, din calculul valorilor prezentate, rezultă o valoare a tarifului unic negativă și nu pozitivă, așa cum este completat cu pixul în răspunsul la clarificare, ca urmare a modificării formulei de calcul avansate de autoritate.

Ipoteza în cazul în care s-ar încheia un contract de delegare cu valori negative ale tarifului (de -114,21 lei /tonă), așa cum rezultă acestea din fișa de fundamentare, ca urmare a aplicării modului de calcul impus de autoritate (înainte de a fi totalizate pozitiv cu pixul), având în vedere definiția *„tarifului unitar*” menționată în documentația de atribuire și clarificată în răspunsul la întrebarea 1 a Clarificării 22, publicată în SEAP, s-ar traduce în situația în care operatorul nu va mai avea justificare pentru facturarea acestor valori. Dimpotrivă, ar rezulta că prestatorul ar trebui să plătească autorității contractante sumele respective, inversându-se practic beneficiarii serviciilor și implicit, ai plăților.

Față de afirmația contestatorului că, contrar evidențelor: *„Autoritatea nu a susținut că prețurile de valorificare a reciclabilelor și*

compostului ar fi fost nejustificate sau nerealiste (...) că tariful ofertat în acest fel ar încălca vreo dispoziție legală ...în condițiile în care ceea ce interesează este profitul la nivelul întregii activități (...)", autoritatea contractantă arată că, prin toată argumentația care susține neconformitatea/inacceptabilitatea ofertei contestatorului, s-a motivat punctual această soluție, inclusiv prin criticarea modului de ofertare a unui preț neobișnuit de scăzut, care nu a putut fi justificat și care, prin clarificările comunicate, a dus la contradicții și diferențe majore față de sumele avansate inițial în oferta financiară/în anexele justificative la aceasta.

Nu prezintă relevanță că pe hârtie, din calculele avansate de contestator, activitatea ar fi per total profitabilă, din moment ce o atare concluzie este rezultatul unor calcule greșite/justificări-defalcări de preț nesustenabile, nici din punct de vedere al ofertei inițiale, nici din perspectiva posibilităților viitoare de a duce la bun sfârșit unui contract de o asemenea anvergură. Oricum, esența evaluării unei oferte financiare este tocmai de a se urmări ca prețurile și defalcările acestuia să fie justificate/corect ofertate, să nu prezinte discrepanțe și să fie coerente, înainte de a se cerceta sustenabilitatea propriu-zisă a respectivelor sume/prețuri.

Autoritatea contractantă consideră că și-a îndeplinit obligația de a cere dovedirea sustenabilității prețului, prin solicitarea de documente doveditoare, cerință la care contestatorul nu a răspuns cu acte doveditoare punctuale, concrete, ci cu anumite calcule și defalcări de preț ce nu pot reprezenta îndeplinirea exigenței de dovedire a sustenabilității prețului ci doar, în cel mai bun caz, o simplă justificare a unor calcule/sume teoretic inserate, dar neprobate corespunzător. Chestiunile referitoare la faptul că *„în adresa de comunicare a rezultatului procedurii s-ar accepta posibilitatea acoperirii costurilor de operare și a profitului aferente sortării și compostării din veniturile ce pot fi obținute din valorificarea reciclabilelor și compostului, și că prețurile în sine ar fi fost acceptate ca fiind realiste, nearătându-se explicit care dintre prevederile caietului de sarcini nu poate fi respectată prin veniturile estimat a fi obținute ....”* urmează a fi respinse, în opinia autorității contractante.

Alegațiile contestatorului legate de presupusa „intenție de a prelua operarea instalațiilor in-house, creând circumstanțe artificiale de anulare a procedurii ... deoarece potrivit informațiilor din presă, oferta Asocierii ... fusese respinsă cu mult timp înainte ca inacceptabilă, în această manieră fiind încălcate și dispozițiile art. 93 alin. (4) din HG nr. 925/2006”, sunt simple speculații, în opinia autorității contractante, neavând nici o susținere în realitate, deoarece, autoritatea a comunicat rezultatul procedurii de atribuire în sensul declarării ofertei Asocierii ... ca fiind neconformă, în același interval de timp și cu aceeași ocazie, precum cea din cazul Asocierii ....., respectiv în contextul finalizării procedurii de atribuire, conform procesului verbal al comisiei de evaluare nr. 1031

din 18.05..... și adresei de comunicare a rezultatului procedurii către Asocierea ....

Deoarece în cuprinsul contestației, SC ..... SA, a solicitat studierea dosarului achiziției, CNSC prin adresa nr. 37994/3019.../ 08.09....., îl invită în vederea studierii. Contestatorul s-a prezentat la sediul CNSC în data de 12.09.....

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă", în vederea atribuirii contractului de concesionare, având drept obiect: „Contract de delegare prin concesionare a gestiunii serviciului de operare a instalațiilor d deșeuri în județul .....", cod CPV: 90500000-2, 77120000-7, 90513000-6, 90514000-3, 90531000-8.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de concesionare nr. ...../17.07.2016, potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este: 595.970.300 lei; criteriul de atribuire stabilit, conform cap. IV.1, este: „prețul ofertei – 60.00; propunere tehnică – 40.00".

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației, invocată de către autoritatea contractantă, pe care urmează să o respingă ca neîntemeiată având în vedere considerentele ce urmează.

SC ..... SA contestă adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1526/26.07..... înregistrată de contestator sub nr. 1623/26.07..... Ulterior, în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, transmite, în data de 07.08....., notificare prealabilă nr. 1841/07.08.....; autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 1655/10.08..... prin care a comunicat faptul că nu adoptă măsuri de remediere, acest înscris fiind înregistrat la contestator sub nr. 1742/10.08.....

Prin urmare, Consiliul urmează a se raporta la calculul termenului de prescriere a contestației la acest document, respectiv data de 10.08.....

În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, SC ..... SA transmite notificarea prealabilă împotriva comunicării rezultatului procedurii, având nr. 1841/07.08....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1693/07.08.....

Ulterior, în urma răspunsului din partea autorității contractante prin adresa nr. 1655/10.08....., SC ..... SA trimite contestația către Consiliu la data de ....., prin URGENT CARGUS (awb nr. CGS73478834T), fiind înregistrată sub nr. ...../.....

De asemenea, SC ..... SA a transmis contestația autorității contractante, în data de ..... prin URGENT CARGUS (awb nr. CGS73478833C).

Prin urmare termenul de contestare se calculează de la data transmiterii contestației, respectiv data de ..... (data transmiterii prin curierat rapid) și nu de la data primirii contestației, așa cum de altfel este prevăzut și de art. 183 din Codul de Procedură Civilă: „(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.

Rezultă astfel, fără putință de tăgadă, faptul că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației către autoritatea contractantă în termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016; obligație stabilită în sarcina sa potrivit prevederilor art. 16 alin. (1) din legea antemenționată.

Procedând la analiza pe fond a contestației, Consiliul reține că în cadrul prezentei proceduri, au fost depuse următoarele contestații:

- contestația nr. 1752/14.09.2015, formulată de către Asocierea SC ..... SA – SC ...SRL – SC ...SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 506/02.09.2015 și a raportului procedurii nr. 501/28.08.2015 întocmit de autoritatea contractantă .....;
- cererea de intervenție formulată de SC ... ... SRL înregistrată la CNSC cu nr. 18409/24.09.2015.

Prin Decizia nr. .../...../11.11.2015, Consiliul a admis contestația formulată de către Asocierea SC ..... SA – SC ...SRL – SC ...SRL, a anulat raportul procedurii de atribuire și adresele de comunicare și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse cu respectarea dispozițiilor legale, a documentației de atribuire și a celor cuprinse în motivarea deciziei. Pe cale de consecință a respins ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC ... ... SRL.

Împotriva Deciziei nr. .../...../11.11.2015, SC ... . SRL a formulat plângere, în fața Curții de Apel ....., care a constituit obiectul dosarului nr. ....

Prin decizia nr. ... pronunțată la data de 28.01.2016, Curtea de Apel ..... – Secția A II-A Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a respins plângerea formulată de SC ... . SRL ca nefondată. Definitivă.

Ulterior s-a formulat contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 18898/22.06.2016, formulată de SC ... . SRL, lider al asocierii formată din SC ... ... SRL – SC ... ... CONSTRUCȚII SRL – SC ..... SA – SC ... SRL, împotriva adresei de solicitare clarificări având nr. 2750/01.06.2016, constituind obiectul dosarului nr. ...../2016.

Prin Decizia nr. .../...../..... din data de 18.07.2016 Consiliul „a respins contestația formulată de SC ... . SRL, lider al asocierii formată din SC ... ... SRL – SC ... ...SRL – SC ..... SA – SC ... SRL, în contradictoriu cu ....., deoarece există autoritatea de lucrul judecat și, pe cale de consecință, a admis cererile de intervenție nr. 1292/30.06.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 19955/01.07.2016 și nr. 1317/04.07.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 20503/06.07.2016, formulate de SC ..... SA".

Prin cererea înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 24306/09.08.2016, depusă de Asocierea SC ..... SA – SC ...SRL – SC ...SRL, prin lider de asociere SC ..... SA, a solicitat lămurirea și completarea dispozitivului Deciziei Consiliului nr. .../...../..... din data de 18.07.2016.

Prin Încheierea nr. .../...../..... din data de 10.08.2016 Consiliul a respins ca nefondată solicitarea Asocierii SC ..... SA – SC ...SRL – SC ...SRL, prin lider de asociere SC ..... SA, referitoare la lămurirea și completarea dispozitivului Deciziei nr. .../...../..... din data de 18.07.2016.

Împotriva deciziei nr. .../...../..... din data de 18.07.2016 și încheierii nr. 67/...../..... din data de 10.08.2016 s-a formulat plângere la Curtea de Apel ..... constituind obiectul dosarelor nr. ... Prin Hotărârea nr. ..pronunțată la data de 14.09.2016 Curtea a „respins ca inadmisibilă plângerea formulată de petenta SC ..... SA împotriva Deciziei CNSC nr. .../...../...../ 18.07.2016, pronunțată în dosarul înregistrat sub nr. ...../2016. A respins plângerea formulată de petenta SC ... . SRL împotriva aceleiași decizii. A admis plângerea formulată de petenta SC ..... SA împotriva Încheierii nr. .../...../..... din 10.08.2016, pronunțată de CNSC și, în consecință: a dispus completarea dispozitivului deciziei CNSC nr. .../...../...../18.07.2016, în sensul că: Anulează Solicitarea de clarificări nr. 2750/01.06.2016 transmisă Asocierii ... și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de această asociere, prin constatarea caracterului inacceptabil al acesteia, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (1) lit. f) din HG nr. 925/2006. Definitivă. Pronunțată în ședința publică din 14.09.2016"

Procedând la analizarea primului motiv care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei contestatorului, respectiv cu privire la calculul tarifului unic solicitat, Consiliul reține următoarele:

Prin adresa nr. 2148/28.04.2016 autoritatea contractantă a solicitat contestatorului să prezinte formula de calcul detaliată și justificată prin care a fost obținută valoarea 114,21 lei prezentată în formularul 6.2, linia 11, tarif unitar solicitat RON/tonă.

Prin adresa nr. 888/06.05.2016 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 2208/06.05.2016 contestatorul a menționat că *„tariful unitar pentru fiecare an are la bază următoarea formulă: (costuri de operare și întreținere + costuri cu amortizarea investițiilor realizate*

de către delegat + provizioane pentru închidere + provizioane pentru dezvoltare + redevență - venituri) împărțită la cantitatea depozitată în fiecare an. Formula menționată este cea care a fost solicitată în mod expres de autoritatea contractantă prin formularul 6.2, astfel cum a fost modificat prin clarificările aduse documentației de atribuire, ultima relevantă sub acest aspect fiind clarificarea nr. 22 (nr. 851/08.10.2014). În tabelele anexate –Anexa 1 – sunt reprezentate componentele fiecăruia dintre costurile de operare și întreținere, costuri cu amortizarea investițiilor realizate de către delegat, împărțite pe locații (...). De asemenea am detaliat provizioane pentru închidere, provizioane pentru dezvoltare, revedență și venituri pe fiecare an (...)".

În cadrul raportului de specialitate al experților cooptați întocmit la data de 12.05.2016 de către expert cooptat Victoria Goldenberg – Vaida se reține faptul că *„prin răspunsurile prezentate, ofertantul nu a răspuns în mod explicit la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă, a utilizat formule de calcul diferite de cele impuse prin documentația de atribuire și a modificat conținutul propunerii financiare prezentate inițial la deschiderea ofertelor*" - pag. 5720 din cadrul documentelor depuse de autoritatea contractantă.

Consiliul procedând la verificarea modului în care membrii comisiei de evaluare au verificat acest aspect reține următoarele:

- în cadrul formularului 6.2 defalcarea costurilor în rândul 8 contestatorul a înscris sume negative, având în vedere faptul că valoarea veniturilor indicate de către acesta la rândurile 6.1-6.4 sunt mai mari decât valorile adunate indicate cu privire la costurilor de operare și întreținere, costurile cu amortizarea investițiilor realizate de către delegat, provizioane pentru închidere, provizioane pentru dezvoltare, redevență. Având în vedere necesitatea autorității contractante expres detaliată în cadrul documentației de atribuire, această valoare negativă era firească ținând cont de faptul că autoritatea contractantă în cadrul răspunsurilor la clarificări, și în special al clarificării nr. 22 a menționat că *„Prin „Tarif unitar solicitat" se înțelege tariful cu care ofertanții își propun să factureze fiecare tonă de deșeuri municipale livrată de transportatori la depozit. Acest tarif trebuie să asigure rentabilitatea economică a întregii activități, de la primirea deșeurilor de la Delegatul serviciului de colectare si transport până la eliminarea acestora la depozit. „Tariful unitar solicitat" se calculează ca medie ponderată a celor 23 tarife unitare anuale și se exprimă în lei (RON)*" autoritatea contractantă prezentând formatul formularului 6.2 în cadrul căruia a impus formulele de calcul detaliind ce se înțelege prin costuri de operare și întreținere, costuri cu amortizarea, provizioane pentru închidere, provizioane pentru dezvoltare, redevență suplimentară garantată, venituri din activitatea de depozitare, cantitatea de deșeuri preconizată a fi depozitată, tarif unitar solicitat.

- Cu titlu de exemplu Consiliul reține faptul că asocierea ..... SA - ...SA - ...SRL în anul I are cheltuieli în valoare de 17.841.588,55 lei compuse din costurile de operare și întreținere, costurile cu amortizarea investițiilor realizate de către delegat, provizioanele pentru închidere, provizioanele pentru dezvoltare și redevență și are venituri din activități de depozitare (așa cu au fost ele definite de autoritatea contractantă în cadrul clarificării 22) în valoare de 28.655.925,75 lei. De unde rezultă fără putință de tăgadă că veniturile din activitatea de depozitare sunt mult mai mari față de costurile de operare, costurile cu amortizare, provizioanele și redevența adunate la un loc, motiv pentru aplicând formula impusă este normal și firesc ca diferența dintre costuri și veniturile de la terți să aibă valoare negativă.
- În mod evident, și tariful unitar de calcul în cadrul propunerii financiare a fost menționat de către contestator ca fiind negativ având în vedere împărțirea la o valoare negativă iar în cadrul răspunsului la clarificări valoarea tarifului unitar de calcul a fost pozitiv urmare a împărțirii unei valori pozitive.
- În cadrul răspunsului la solicitările de clarificări, contestatorul nu modifică nicio valoare, în cadrul centralizatorului aflat la pag. 5698, sunt indicate pentru anul I aceleași venituri în valoare de 28.655.925,73 lei și aceleași cheltuieli în valoare de 17.841.588,54 lei diferența dintre acestea fiind tot în valoare de 10.814.337,19 însă are o valoare pozitivă deoarece operațiunea de scădere a fost efectuată din valoarea mai mare, respectiv din valoarea veniturilor totale s-a scăzut valoarea mai mică, respectiv valoarea cheltuielilor/costurilor totale.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare nu și-a modificat conținutul propunerii financiare, din contră o valoare pozitivă urmare a aplicării formulei astfel cum ar fi aceasta stabilită de către autoritatea contractantă și care nu a fost contestată, ar fi fost în defavoarea atât a autorității contractante cât și a ofertantului contestator deoarece ar fi însemnat că, cheltuielile ar fi fost mai mari decât veniturile.

Atât membrii comisiei de evaluare în cadrul procesului verbal nr. 6 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 2745/31.05.2016 (paginile 5730-5743) cât și expertul cooptat în cadrul raportului de specialitate (paginile 5719-5729) abordează acest aspect într-un mod simplist și de un formalism exagerat constatând doar faptul că în cadrul propunerii financiare valorile diferențelor dintre costuri și venituri și ale tarifelor unitare de calcul sunt negative iar în cadrul răspunsurilor de clarificări sunt pozitive, fără să constate de fapt că societatea contestatoare în cadrul răspunsurilor la solicitările de clarificări a indicat aceleași valori absolute ca și în cadrul propunerii tehnice.

Cu privire la acest aspect Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu sunt consecvenți astfel:

- deși expertul cooptat a considerat că societatea contestatoare nu a îndeplinit această cerință deoarece *„ofertantul a înțeles cerința așa cum a fost formulată în documentația de atribuire și întrucât răspunsul prezentat este neconcludent și a modificat oferta financiară, conform art. 79 alin. (1) și (3) din HG nr. 925/2006, oferta este considerată neconformă*" (pag. 5724), membrii comisiei de evaluare în cadrul procesului de evaluare nr. 6 nu au preluat această concluzie (pag. 5734) menționând doar faptul că *„având în vedere răspunsul prezentat precum și obligativitatea autorității contractante de a solicita clarificări privind justificarea unui preț neobișnuit de scăzut, cu o valoare mai mică de 80% din valoarea estimată a contractului comisia de evaluare va finaliza evaluarea cerinței după prezentarea de către ofertantul a justificării prețului ofertei*",
- Urmând ca în cadrul procesului verbal nr. 9 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 1471/10.07..... să revină asupra acestei problematici, în același mod simplist și formalist și fără să verifice cauza valorilor negative consideră oferta contestatorului ca „neconformă întrucât prin răspunsurile la clarificări modifică conținutul propunerii financiare prezentate la data deschiderii ofertelor" alegând să omită faptul că această valoare negativă s-a datorat tocmai culpei sale, veniturile contestatorului fiind în fapt mult mai mari decât cheltuielile sale, autoritatea contractantă trebuind să ia în considerare valorile absolute.

Față de aceste aspecte critica contestatorului este întemeiată urmând a fi admisă.

Referitor la cel de al doilea motiv de respingere a ofertei sale, respectiv valoarea tarifelor de 0,01 lei/tonă ofertate pentru tariful 3 privind prelucrarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării și pentru tariful 4 privind prelucrarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării, Consiliul reține următoarele aspecte:

- În cadrul formularului 6.1 contestatorul a menționat pentru tariful 3 și 4 valoarea de 0,01 lei/tonă – pagina 1 din propunerea financiară a contestatorului
- În cadrul fișei de fundamentare a tarifului pentru prelucrarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării, contestatorul a calculat un tarif în valoare de 125,20 lei iar în finalul acesteia a făcut următoarea notă „dată fiind Clarificarea 22 la Documentația de atribuire („pot exista și activități cu profit negativ, atât timp cât întreaga activitate desfășurată în cadrul contractului este sustenabilă, adică profitul cumulat este pozitiv"), prevederea din cuprinsul Studiului de Oportunitate pentru delegarea serviciului gestiunii de operare a instalațiilor de deșeuri în județul ..... („deși estimarea costurilor s-a realizat plecând de la fiecare instalație în parte, contractul va include toate instalațiile și analiza se face per total, operatorul beneficiind, astfel, de efectele economiei în trepte"), precum și faptul că valorificarea compostului este impusă prin chiar

Caietul de sarcini, în acord cu normele europene, costurile aferente preluării deșeurilor biodegradabile în vederea compostării vor fi suportate inclusiv din veniturile obținute din valorificarea compostului, prezentate în Formularul 6.2 potrivit ofertelor obținute de către liderul asocierii, ... SA, de la ...GmbH SRL, cu care exista deja încheiat Contractul nr. 280/01.11.2013, respectiv de la ...SA (valorificare energetică). De asemenea, potrivit ofertei ...GmbH SRL, acesta va suporta costurile transportului compostului. De asemenea, dacă este cazul, costurile aferente preluării deșeurilor biodegradabile în vederea compostării vor fi suportate și din veniturile obținute din valorificarea materialelor reciclabile, potrivit ofertelor obținute de la aceeași beneficiari" – pag. 288-288 bis din propunerea financiară a contestatorului;

- În cadrul fișei de fundamentare a tarifului pentru prelucrarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării contestatorul a calculat un tarif în valoare de 86,98 lei iar în finalul acesteia a făcut următoarea notă „dată fiind Clarificarea 22 la Documentația de atribuire (pot exista și activități cu profit negativ, atât timp cât întreaga activitate desfășurată în cadrul contractului este sustenabilă, adică profitul cumulat este pozitiv"), prevederea din cuprinsul Studiului de Oportunitate pentru delegarea serviciului gestiunii de operare a instalațiilor de deșeuri în județul ..... („deși estimarea costurilor s-a realizat plecând de la fiecare instalație în parte, contractul va include toate instalațiile și analiza se face per total, operatorul beneficiind, astfel, de efectele economiei în trepte"), precum și faptul că valorificarea deșeurilor reciclabile este impusă prin chiar Caietul de sarcini, în acord cu normele europene, costurile aferente preluării deșeurilor colectate selectiv în vederea sortării vor fi suportate inclusiv din veniturile obținute din valorificarea materialelor reciclabile, prezentate în Formularul 6.2 potrivit ofertelor obținute de către liderul asocierii, ... SA, de la ...GmbH SRL, cu care exista deja încheiat Contractul nr. 280/01.11.2013, respectiv de la ...SA (valorificare energetică)" – pag. 422 din propunerea financiară a contestatorului;
- În cadrul propunerii financiare contestatorul a depus copia contractului nr. 280/01.11.2013 încheiat între SC ..... SA și ...GmbH SRL – pag. 400-421;
- Prin adresa nr. 2148/28.04.2016 autoritatea contractantă solicită contestatorului *„clarificați neconcordanța între valorile ofertate pentru tarif 3 preluarea deșeurilor reciclabile colectate selectiv în vederea sortării, valoare de 0,01 lei/tonă în formularul 6.1 și valoarea de 86,98 lei/tonă în anexa la formularul 6.1 pag. 422 din oferta financiară; clarificați neconcordanța între valorile ofertate pentru tarif 4 preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării, valoare de 0,01 lei/tonă în formularul 6.1 și valoarea de 125,20 lei/tonă în anexa la formularul 6.1 pag. 288 din oferta financiară*";

- Prin adresa nr. 888/06.05.2016 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 2208/06.05.2016 contestatorul invocă cele două note menționate în cadrul propunerii sale financiare și, în raport de prețurile ofertei ...GmbH SRL, care se regăsesc la pag. 400 din propunerea financiară, calculează veniturile obținute din valorificarea deșeurilor reciclabile în funcție de fiecare categorie de deșeuri, de cantitățile medii anuale de deșeuri reciclabile conform documentației de atribuire, rezultând 31.195.497,25 lei venituri totale medii anuale din valorificarea deșeurilor reciclabile obținute la stațiile de sortare ....., Onești și Moinești. În cadrul aceleiași adrese, contestatorul menționează „la ora actuală prețurile conform contractului încheiat cu Antheia Garden SRL sunt mai mari, veniturile obținute ar fi mult mai mari" anexând în susținere copia contractului 85/18.06.2015 pag. 5704-5716 din documentele depuse de autoritatea contractantă;
- referitor la tariful pentru prelucrarea biodegradabilelor, în raport de prețurile ofertei ...GmbH SRL și ...SA pentru metale, compost și combustibil, calculează veniturile obținute din valorificarea deșeurilor biodegradabile în funcție de fiecare categorie de deșeuri, de cantitățile medii anuale de compost conform documentației de atribuire, rezultând 2.265.739,35 lei venituri totale medii anuale din valorificarea deșeurilor biodegradabile obținute la stațiile de compostare ..... și Onești;
- la filele 5690-5697 se regăsesc calculele pe ani ale veniturilor din valorificarea materialelor reciclabile, a compostului și valorificarea energetică;
- Spre exemplu:
    - Veniturile din valorificarea energetică de la stația de compostare ..... calculate pe fiecare an se regăsesc în cadrul propunerii financiare la pag. 387 din propunere
    - veniturile din valorificarea reciclabilelor calculate pe fiecare an se regăsesc în cadrul propunerii financiare la pag. 461 pentru Stația de sortare .....
    - veniturile din valorificarea reciclabilelor calculate pe fiecare an se regăsesc în cadrul propunerii financiare la pag. 498 pentru Stația de sortare Moinești

Față de aceste aspecte concluzia expertului cooptat în cadrul raportului de specialitate al experților cooptați întocmit la data de 12.05.2016 este *„răspunsul ofertantului este neconcludent și prin răspunsul la clarificare a modificat oferta financiară, cu consecința neconformității ofertei din următoarele motive: se menționează în cuprinsul răspunsului că veniturile obținute din această activitate includ și veniturile obținute din valorificarea materialelor reciclabile, ori în tabelul de la pag. 422, în linia IV venituri obținute din activitatea de salubrizare apare suma de 5.120.644,77 lei iar valoarea veniturilor din*

valorificarea materialelor reciclabile, prezentată la pag. 9 a răspunsului la solicitările de clarificări este de 31.195.497,25 lei valoare detaliată în calculele din paginile anterioare. Totodată valoarea de 5.120.644,77 lei nu este egală cu cea de 31.195.497,25 lei, astfel cum valoarea de 0,01 lei/tonă nu este egală cu cea de 86,98 lei/tonă (...) se menționează în cuprinsul răspunsului că veniturile obținute din valorificarea compostului ori în tabelul de la pag. 288 din propunerea financiară, în linia IV venituri obținute din activitatea de salubrizare apare suma de 1.507.513,15 lei iar valoarea veniturilor din valorificarea materialelor reciclabile, prezentată la pag. 11 a răspunsului la solicitările de clarificări este de 2.265.739,35 lei valoare detaliată în calculele din paginile anterioare. Răspunsul ofertantului este neconcludent și prin răspunsul la clarificări a modificat oferta financiară, cu consecința neconformității ofertei"

Cu toate acestea concluziile de neconcludență cu privire la aceste aspecte nu sunt reținute de către membrii comisiei de evaluare în cadrul procesului verbal nr. 6.

Analizând calculele efectuate în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări Consiliul reține faptul că:

- totalul veniturilor din valorificarea materialelor reciclabile (spre exemplu pentru anul I - pag. 5690 din documentele depuse de autoritatea contractantă) este identică cu suma indicată în cadrul rubricii 6.1 venituri din valorificarea materialelor reciclabile din cadrul formularului 6.2 (spre exemplu pentru anul I - pag. 16 din propunerea financiară a contestatorului);

- totalul veniturilor din valorificarea compostului (spre exemplu pentru anul I - pag. 5694 din documentele depuse de autoritatea contractantă) este identică cu suma indicată în cadrul rubricii 6.2 venituri din valorificarea compostului din cadrul formularului 6.2 (spre exemplu pentru anul I - pag. 16 din propunerea financiară a contestatorului);

- totalul veniturilor din valorificarea energetică (spre exemplu pentru anul I - pag. 5696 din documentele depuse de autoritatea contractantă) este identică cu suma indicată în cadrul rubricii 6.4 venituri din valorificarea energetică din cadrul formularului 6.2 (spre exemplu pentru anul I - pag. 16 din propunerea financiară a contestatorului).

Astfel, rezultă fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare în elaborarea ofertei a ținut cont de aceste venituri rezultate din valorificare.

Mai mult, în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu a ținut cont de propriul răspuns la solicitările de clarificări, respectiv de răspunsul nr. 5 din cadrul clarificării nr. 22 astfel la întrebarea „*în ceea ce privește fișa de fundamentare, vă rugăm să precizați dacă este obligatoriu ca prin fiecare serviciu menționat să se obțină profit sau ofertantul poate avea în vedere și un profit negativ, atât cât profitul cumulat este pozitiv*" autoritatea contractantă a răspuns „**pot exista și activități cu profit negativ, atât timp cât întreaga activitate**

desfășurată în cadrul contractului este sustenabilă, adică profitul cumulat este pozitiv".

În speță, contestatorul și-a elaborat oferta ținând cont de posibilitatea oferită ofertanților de către autoritatea contractantă ca unele activități să aibă profit negativ cu condiția ca întreaga activitate desfășurată în cadrul contractului să fie sustenabilă, adică profitul cumulat să fie pozitiv.

Din cadrul fișei de fundamentare a tarifului pentru preluarea deșeurilor reciclabile în vederea sortării rezultă un venit obținut din activitatea de salubrizare de 5.120.644,37 compus din cheltuielile totale – 4.655.131,25 lei și profit – 456.513,12 lei însă în anul I acesta obține un venit din valorificarea materialelor reciclabile în valoare de 26.551.958,80 lei (de 5 ori mai mare decât cheltuielile totale) cantitatea programată fiind de 58.869,85 tone/an iar în cadrul fișei de fundamentare a tarifului pentru preluarea deșeurilor biodegradabile în vederea compostării rezultă un venit obținut din activitatea de salubrizare de 1.507.513,15 compus din cheltuielile totale – 1.370.466,50 lei și profit – 137.046,65 lei însă în anul I acesta obține un venit din valorificarea compostului în valoare de 785.746,08 lei și din valorificarea energetică în valoare de 1.686.233,53 lei cantitatea programată fiind de 12.041,28 tone/an.

Pentru preluarea acestor categorii de deșeuri în raport de răspunsul din cadrul clarificării 22 contestatorul a ales să oferteze tariful de 0,01 lei/tonă.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă în loc să verifice sustenabilitatea și realitatea propunerii financiare alege să respingă oferta depusă de contestator invocând modificări ale propunerii financiare și încălcând propria documentația de atribuire astfel cum a fost modificată și completată prin răspunsurile la solicitările de *clarificări.*

CJUE în cazul c-382/05 a reținut la pct. 39-40 *„în ceea ce privește, mai întâi, împrejurarea că, pe lângă perceperea redevenței convenite, operatorii sunt în măsură să beneficieze de venituri financiare legate de revânzarea electricității produse cu ocazia tratării deșeurilor, trebuie amintit că articolul 1 litera (a) din Directiva 92/50, care definește noțiunea de contract de achiziții publice, se referă la un „contract cu titlu oneros", și că acest caracter oneros al unui contract privește contraprestația oferită prestatorului pentru furnizarea serviciilor avută în vedere de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea Auroux și alții, citată anterior, punctul 45). În cauza de față, este evident că această contraprestație obținută de către operator pentru prestarea de servicii avută în vedere de comisarul delegat, respectiv tratarea deșeurilor transferate cu recuperare de energie, constă, în esență, în plata cuantumului redevenței de către comisarul delegat".*

Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorității contractante

care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii, urmare a unei evaluări superficiale a ofertei contestatorului.

Prevederile documentației de atribuire sunt obligatorii atât pentru operatorii economici cât și pentru membrii comisiei de evaluare în etapa de verificare a propunerilor tehnice și financiare depuse de ofertanți.

Față de cele mai sus menționate în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SA, în numele Asocierii ..... SA - ...SA - ...SRL în contradictoriu cu ....., anulează raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei să reevalueze oferta contestatorului potrivit prevederilor legale, a documentației de atribuire astfel cum a fost completată și modificată prin răspunsul la solicitările de clarificări, a deciziilor pronunțate anterior de către CNSC și Curtea de Apel ..... și a prezentei.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de SC ..... SA, în numele Asocierii ..... SA - ...SA - ...SRL în contradictoriu cu ....., anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei să reevalueze oferta contestatorului potrivit prevederilor legale, a documentației de atribuire astfel cum a fost completată și modificată prin răspunsul la solicitările de clarificări, a deciziilor pronunțate anterior de către CNSC și Curtea de Apel ..... și a prezentei.

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	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 31 (treizecișiuna) pagini.