



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SA, cu sediul în, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată convențional prin, privind procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de concesiune de servicii având ca obiect „...”, cod CPV 90500000-2, organizată de, cu sediul în, jud., în calitate de entitate contractantă, contestatorul a solicitat:

1. „Să oblige Autoritatea Contractantă să remedieze neregulile semnalate în cele ce urmează, cu consecința modificării corespunzătoare a documentației de atribuire, atât în punctele specific contestate, cât și în orice alte aspecte necesare pentru corelarea întregii documentații cu decizia CNSC.”

2. acces la dosarul cauzei.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SA critică documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, respectiv (i) fișa de date, (ii) caietul de sarcini și anexele la acesta și (iii) modelul de contract de concesiune, apreciind-o nelegală, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Contestatorul precizează că criticile sale sunt structurate în trei părți, referitoare la (i) fișa de date, (ii) caietul de sarcini și anexele la acesta și (iii) modelul de contract de concesiune, astfel:

(A) FIȘA DE DATE

1. Cerința de calificare restrictivă referitoare la personalul-cheie - șef stație sortare, șef stație compostare

Contestatorul arată că, fișa de date include la următoarele cerințe minime cu privire la "personalul-cheie":

Cerințe minime pentru personalul cheie:

„1. Director/Manager depozit ... - 1 persoană cu studii superioare și cu experiență specifică în administrarea depozitelor de deșeuri/gestionarea deșeurilor/salubritate.

2. Șef stație sortare ... - 1 persoană cu studii superioare în domeniul științelor ingineresti sau în domeniul chimiei, biologiei, protecției mediului, ecologie sau similar, cu experiență specifică de minimum 3 ani în domeniul sortării deșeurilor

3. Șef stație compostare ... - 1 persoană cu experiență specifică de minimum 3 ani în coordonarea activității în domeniul compostării deșeurilor.

4. Responsabil/Șef stație de Transfer, ... 4 persoane cu experiență specifică de minimum 3 ani în coordonarea activității în domeniul gestionării deșeurilor/salubrității.”

Astfel, contestatorul arată că contestă cerințele de la pct. 2 și 3, care, în opinia sa, sunt nelegale și restrictive, având în vedere că, șefii stațiilor de sortare și compostare nu fac parte din echipa de management a operatorului, ci reprezintă personal administrativ. Mai mult, contestatorul solicită Consiliului să analizeze organigrama de la pag. 56 din "Manualul de operare ...", parte din documentația de atribuire, de unde rezultă că Pozițiile "Șef echipă Stația de sortare" și "Șef echipă Stația de compostare" fac parte din secțiunea "Administrație", nu din cea "Management". Totodată, se arată că, sarcinile departamentului "Administrație" sunt enumerate la pag. 58 din Manualul de operare ... și se observă că este vorba despre simple îndatoriri administrative legate de operarea curentă a instalațiilor, nu de management sau de reprezentare în relația cu terții.

În primul rând, cu privire la ambele cerințe, contestatorul consideră că este nelegală impunerea de cerințe minime de calificare referitoare la șefii de stații de sortare și compostare.

În sensul dat, contestatorul învederează faptul că, în ceea ce privește concesiunile, Legea nr. 100/2016 nu include detalii cu privire la formularea cerințelor minime privind personalul, astfel de detalii fiind prevăzute la art. 35 alin. 2 lit. h) din HG nr. 867/2016, textul fiind însă similar cu cel de la art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016 și consideră că interpretarea care trebuie dată celor două prevederi trebuie să fie aceeași, neexistând niciun motiv pentru a interpreta diferit texte similare din materia concesiunilor și a achizițiilor publice.

De asemenea, se arată că, prevederile art. 179 lit. g) din Legea 98/2016 au fost interpretate de ANAP prin Instrucțiunea nr. 1/2017. Pentru identitate de rațiune, interpretarea pe care autoritatea de

reglementare o dată acestui text ar trebui aplicată dispoziției similare din materia concesiunilor.

Din perspectiva Instrucțiunii 1/2017, șefii stațiilor de sortare și compostare se încadrează în categoria "personal ce va realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit" în sensul art. 3 din Instrucțiune, iar nu în categoria de personal prevăzută de art. 1.

Art. 11 alin. 1 din Instrucțiunea 1/2017 prevede, după cum se arată, că autoritatea contractantă nu poate utiliza calificarea și/sau experiența profesională a personalului-cheie care se încadrează la art. 3 drept criteriu de calificare și selecție.

Astfel, contestatorul consideră că este nelegală includerea cerințelor minime de calificare cu privire la studiile și experiența minimă a șefilor stațiilor de sortare și compostare.

În al doilea rând și separat de cele de mai sus arătate, în situația în care CNSC va considera că astfel de cerințe sunt permise cu titlu general, contestatorul solicită Consiliului să constate că formularea concretă din cazul de față este restrictivă, restrânge în mod nejustificat competiția și trebuie eliminată.

Mai mult, se arată că, potrivit art. 75 alin. 3 din Legea nr. 100/2016 „Criteriile de calificare și de selecție trebuie să aibă legătură și să fie proporționale cu nevoia de a asigura capacitatea concesionarului de a executa contractul de concesiune, luând în considerare obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii și scopul de a asigura o concurență reală.”

Cu privire la șeful stației de sortare, contestatorul consideră restrictivă cerința "studiilor superioare în domeniul științelor ingineresti sau în domeniul chimiei, biologiei, protecției mediului, ecologie sau similar", deoarece, acest post are atribuțiile administrative enumerate la pag. 58 din Manualul de operare ..., pentru exercitarea acestor atribuții nefiind necesare studiile superioare în domeniile menționate și, de fapt, nefiind necesare studii superioare în general. Mai mult, se arată că, societățile de salubritate din grupul RER operează cu succes mai multe stații de sortare pe teritoriul României fără ca șefii acestora să aibă nevoie de studii superioare.

Prin urmare, față de atribuțiile efective ale șefului stației de sortare, contestatorul susține că cerința de calificare apare ca fiind inutilă și disproporționată.

Contestatorul arată că organigrama include oricum un post de responsabil protecția mediului (pag. 56 din Manualul de operare ..., secțiunea "management"), astfel încât orice aspecte legate de mediu sunt acoperite deja prin acest post. În opinia contestatorului, dublarea acestei specializări prin impunerea unei cerințe minime de calificare în persoana șefului de stație nu face decât să restrângă artificial concurența, fără vreun avantaj real pentru Autoritatea Contractantă sau pentru executarea contractului.

De asemenea, contestatorul menționează că postul de șef de stație sortare corespunde în Clasificarea Ocupațiilor din România codului

131121 - șef secție mecanizare, cod pentru care C.O.R. nu definește un nivel anume de studii.

Așadar, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să elimine cerința restrictivă referitoare la studiile superioare pentru șeful stației de sortare.

În ceea ce privește șeful stației de compostare, contestatorul consideră restrictivă cerința referitoare la "experiența specifică de minimum 3 ani în coordonarea activității în domeniul compostării deșeurilor", motivat de faptul că, obligația de a asigura compostarea separată a deșeurilor biodegradabile a fost introdusă abia prin Legea nr. 181/2020 privind gestionarea deșeurilor nepericuloase compostabile, publicată în data de 20 august 2020 și care a intrat în vigoare la 6 luni de la data publicării, respectiv în februarie 2021, lege care prevede obligația de a colecta separat deșeurile biodegradabile și de a le supune apoi procesului de compostare. De vreme ce o astfel de obligație nu exista anterior, contestatorul arată că sistemele de management integrat al deșeurilor (SMID) implementate anterior nu au fost în general echipate cu stații separate de compostare.

Prin urmare, față de această evoluție legislativă, contestatorul consideră că cerința unei experiențe specifice de 3 ani în domeniul compostării deșeurilor apare ca fiind disproporționată și restrictivă, apreciind că, chiar și operatori cu experiență în domeniul gestionării de ...-uri nu ar putea face o astfel de dovadă, în situația în care sistemele de salubritate pe care le operează nu au inclus stații de compostare ca atare.

Contestatorul susține că, o soluție potențială, care ar asigura accesul ofertanților la procedură și care ar asigura în același timp autoritatea contractantă de faptul că personalul implicat în executarea contractului are experiența necesară, ar fi aceea de a considera că toate activitățile din cadrul unui ... sunt similare, altfel spus, că personalul - cheie să facă dovada experienței anterioare în gestionarea oricăror instalații de tratare a deșeurilor din cadrul unui

Mai mult, contestatorul precizează că o astfel de soluție a fost adoptată, de exemplu, de autoritatea contractantă Consiliul Județean Brăila care, pentru delegarea operării stației de sortare și stației de tratare mecano-biologică din cadrul .., a prevăzut că, în scopul dovedirii experienței similare, sortarea și compostarea sunt considerate activități similare cu tratarea mecano-biologică - a se vedea în acest sens anunțul de participare ... din data de 31.07.2020.

În orice caz, având în vedere situația legislativă menționată, care nu a favorizat construirea de stații de compostare separate în cadrul ...-urilor, contestatorul consideră că cerința minimă referitoare la experiența șefului stației de compostare este restrictivă și solicită CNSC să oblige Autoritatea contractantă fie (i) să elimine cu totul cerința respectivă, fie (ii) să o modifice în sensul de a considera că activitățile din cadrul unui ... (sortare, tratare mecano-biologică) sunt similare activității de compostare pentru scopul îndeplinirii cerințelor minime de calificare.

2. Cerința de calificare restrictivă referitoare la experiența similară pentru stația de sortare și stația de compostare

Se arată că, fișa de date conține următoarea cerință referitoare la experiența similară:

„Ofertantul și/sau, după caz, asociații (în cazul ofertelor comune), terțul susținător (în cazul susținerii), va/vor face dovada că au operat pentru o perioadă de cel puțin un an, o stație de sortare cu o capacitate de cel puțin 10.000 tone/an (intrări deșeuri reciclabile în stația de sortare), o stație de compostare, inclusiv stații de tratare mecano-biologica (TMB), cu o capacitate de cel puțin 5.000 tone/an (intrări deșeuri biodegradabile în stația de compostare) și un depozit ecologic de deșeuri în care au fost depozitate cel puțin 40.000 tone de deșeuri/an.”

Contestatorul contestă modul de dovedire a experienței similare pentru operarea stațiilor de tratare și compostare, respectiv cantitățile solicitate sunt disproporționat de mari, iar cerința referitoare la operarea unei stații de compostare trebuie completată prin echivalarea cu alte activități din cadrul unui

În cadrul prezentului contract, contestatorul învederează faptul că, Autoritatea Contractantă estimează că în stația de sortare vor fi tratate între 9.400 și 12.000 tone deșeuri în fiecare din cei șapte ani contractuali, iar în stația de compostare între 4.900 și 8.400 tone anual.

Așadar, contestatorul susține că, cantitățile solicitate la cerința experienței similare sunt mai mari decât cantitățile minime estimate a fi tratate în cadrul contractului.

De asemenea, contestatorul arată, spre comparație, că în cadrul procedurii mai sus menționate de delegare a operării autoritatea contractantă a solicitat ca experiență similară procesarea a aproximativ jumătate din cantitățile anuale estimate a fi tratate în cadrul

În realitate, contestatorul susține că, solicitarea unor cantități mai mari este restrictivă și totodată nejustificată, deoarece nu poate aduce o asigurare suplimentară autorității contractante.

Contestatorul precizează faptul că, cantitățile tratate în stațiile de sortare din cadrul SMID-urilor existente nu depind de operatorul stației, ci de alți factori precum activitatea operatorului de colectare și transport, folosirea corectă de către utilizatori a recipientelor destinate colectării separate a deșeurilor reciclabile (care ajung la sortare) și chiar numărul populației din aria teritorială deservită de respectiva stație de sortare. În mod evident, contestatorul arată că, în cazul în care utilizatorii sunt indisciplinați și aruncă deșeurile reciclabile în recipientele destinate deșeurilor reziduale (care nu ajung la stațiile de sortare, ci la stațiile .. și depozitare), sau în cazul în care pur și simplu este vorba de o stație de sortare municipală sau dintr-un ... dintr-un județ cu un număr mai mic de populație, cantitățile ajunse la sortare vor fi mai mici, fără ca aceasta să reprezinte o culpă sau o lipsă de experiență a operatorului de sortare.

Așadar, contestatorul susține că, se poate ajunge astfel în situația incorectă în care un operator care gestionează o stație de sortare similară din punct de vedere constructiv cu cea din cadrul să nu poată face dovada experienței similare astfel cum a fost solicitată de Autoritatea Contractantă, ceea ce, în opinia sa, ar fi absurd, restrictiv și nejustificat din punct de vedere concurențial.

Pe de altă parte, în ceea ce privește experiența similară în operarea unei stații de compostare, contestatorul reamintește că Legea nr. 181/2020 a intrat în vigoare abia în 2021, iar majoritatea ...-urilor aflate în operare au fost proiectate în urmă cu ani de zile, nefiind dotate cu instalații separate de compostare. Astfel, contestatorul consideră că operatorii tuturor acestor ...-uri sunt limitați în mod nejustificat de la a participa la prezenta procedură.

De asemenea, contestatorul arată că, în cazul în care ar exista stații de compostare separate, construite anterior în afara ...-urilor, acestea ar fi limitate prin pragul cantitativ menționat, de vreme ce este greu de presupus că, de exemplu, o stație de compostare care ar deservi un municipiu ar procesa cantități de deșeuri biodegradabile similare cu cele estimate a fi colectate din întregul județ

Astfel, contestatorul apreciază că soluția posibilă este similară cu cea mai sus propusă, respectiv a trata drept similare toate activitățile de tratare a deșeurilor în cadrul unui ..., situație care ar asigura posibilitatea de participare la procedură în condiții de egalitate pentru operatorii cu experiență în gestionarea deșeurilor indiferent de caracteristicile specifice ale sistemelor de salubritate în cadrul cărora aceștia operează în prezent.

Având în vedere cele de mai sus arătate, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să remedieze fișa de date prin (i) reducerea la jumătate a cantităților solicitate pentru cerința experienței similare, precum și (ii) prin a prevedea în mod expres că sortarea sau tratarea mecano-biologică a deșeurilor vor fi considerate similare cu compostarea, pentru scopul îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

3. Cerința restrictivă privind cashflow-ul

Se arată că, Fișa de date prevede următoarele:

„Ofertantul (asociații în cazul ofertelor comune, subcontractanții în cazul subcontractării), trebuie să demonstreze că are acces la sau că are disponibile resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului de operare pentru primele 6 luni de derulare a contractului, în valoare de 4.200.000 lei.

În situația în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, Autoritatea contractantă va lua în considerare resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului a fiecărui membru al asocierii, proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.”

Astfel, contestatorul arată că contestă cerința ca, în cazul unei asocieri, resursele financiare să fie constituite de asociați proporțional cu cota de implicare în executarea contractului, întrucât, atât timp cât asociații răspund solidar în fața autorității contractante pentru îndeplinirea tuturor obligațiilor contractuale, orice regulă privind o anumită împărțire a cashflow-ului este, în opinia sa, nejustificată și restrictivă.

Mai mult, contestatorul prezintă, cu titlu de exemplu, că, unul din asociați ar putea să își asume o implicare mai mare în contract, deoarece dispune de o parte mai mare din personalul necesar pentru operare, pe

când celălalt asociat ar putea să își asume susținerea cashflow-ului în primele luni de operare deoarece dispune la momentul ofertării de resursele necesare, iar un astfel de aranjament nu are nimic nelegal, nu prejudiciază și nu periclitează cu nimic Autoritatea Contractantă și totuși este interzis de cerința pe care o contestă.

Așadar, contestatorul susține că această cerință are drept efect limitarea libertății de asociere a operatorilor economici participanți, fără a conduce în contrapartidă la vreun avantaj pentru Autoritatea Contractantă.

Contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și faptul că susținerea financiară este un aspect tranzitoriu, necesar doar în primele șase luni de contract (până când operatorul încheie contractele pentru exploatare și realizează veniturile din activitatea concesionată). În schimb, se arată faptul că, cota de participare la asociere urmează să fie menținută pe durata celor șapte ani contractuali și este nejustificat ca posibilitatea de asociere pe durata întregului contract să fie limitată și condiționată de situația disponibilităților financiare ale asociaților la momentul ofertării.

Astfel, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să elimine cerința potrivit cu care cashflow-ul trebuie susținut de asociați proporțional cu cota de implicare în contract.

(B) CAIETUL DE SARCINI ȘI ANEXELE LA ACESTA

4. Matricea Riscurilor - alocarea și managementul riscurilor contractuale

Contestatorul arată că, caietul de sarcini include la pag. 63 - 80 prevederi cu privire la alocarea riscurilor între părți, iar Matricea Riscurilor include o serie de riscuri a căror alocare și management contravin prevederilor legale aplicabile și principiilor stabilite prin caietul de sarcini.

Înainte de a le analiza, contestatorul reamintește că este de principiu că, într-un contract de concesiune, o parte semnificativă a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea serviciilor concesionate, este preluată de concesionar, ceea ce nu înseamnă însă că autoritatea contractantă poate transfera concesionarului orice risc, în orice condiții.

Astfel, contestatorul precizează că, limitele în care concesionarului îi poate fi solicitat să preia riscurile contractului sunt delimitate în mod imperativ de lege, respectiv în art. 6 din Legea nr. 100/2016, care prevede următoarele:

„ (1) Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective.

(2) Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare a fost transferată atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă.

(3) Riscul de operare este riscul care îndeplinește, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) este generat de evenimente care nu se află sub controlul părților la contractul de concesiune;
b) implică expunerea la fluctuațiile pieței;
c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor.

(4) În sensul alin. (3). riscul de operare poate consta în:

a) fie riscul de cerere - riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul concesiunii de lucrări sau de servicii;

b) fie riscul de ofertă - riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii. Riscul de ofertă poate fi împărțit în riscul de construcție și riscul operațional legat de disponibilitatea serviciilor atunci când construcția și operarea constituie cele două mari faze ale proiectului de concesiune;

c) fie ambele riscuri, de cerere și de ofertă."

Din textul anterior citat, contestatorul susține că, rezultă, totodată, care sunt riscurile care nu se transferă într-o proporție semnificativă, ca efect al naturii contractului de concesiune:

- riscurile care nu îndeplinesc una sau mai multe condiții dintre cele de la art. 6 alin. 3 din lege, de exemplu riscurile care se află în controlul uneia dintre părți sau riscurile care nu implică expunerea la fluctuațiile pieței;

- riscurile care nu sunt de natură economică;
- riscurile care nu au legătură cu exploatarea serviciului concesionat;
- riscul de construcție, în cazul în care concesiunea nu este de construcție și operare, ci numai de operare.

După cum se desprinde chiar din prevederile legale citate, contestatorul precizează că aceste riscuri nu sunt ca regulă transferabile concesionarului, regula pentru astfel de cazuri fiind cea a alocării riscului către partea care îl poate atenua sau care îi poate controla consecințele în cea mai mare măsură, regulă înscrisă la pag. 63 din caietul de sarcini:

„La alocarea riscurilor a fost aplicată ca regulă generală aceea că riscul trebuie suportat de către partea care îl poate atenua în cea mai mare măsură și/sau care poate controla cel mai bine consecințele. Astfel, fiecare parte își va asuma riscuri pe care va fi în măsură să le gestioneze în vederea optimizării bancabilității proiectului."

Astfel, contestatorul menționează că va arăta că, la alocarea riscurilor și stabilirea măsurilor de management al acestora, Autoritatea Contractantă nu a înțeles să respecte propria regulă.

În plus față de cele de mai sus arătate, contestatorul apreciază că trebuie subliniat faptul că Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților stabilește principiul menținerii echilibrului contractual. În sensul dat, contestatorul arată că art. 20 prevede că operatorii au dreptul la prezervarea echilibrului contractual pe durata contractului de delegare a gestiunii. Mai mult, se arată că dispoziții în același sens se regăsesc la art. 25 lit. b) și art. 27 alin. 2 lit. b) din Legea 101/2006.

Astfel, contestatorul susține că rezultă că Autoritatea Contractantă trebuie să fie în măsură să justifice sustenabilitatea contractului în condițiile riscurilor pe care le impune concesionarului prin Caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Decizia CNSC nr. 811/02/616,663,712 din 13 aprilie 2017). Mai mult, contestatorul subliniază faptul că, nu pot fi transferate concesionarului riscuri care afectează substanțial sau chiar distrug echilibrul contractual și sustenabilitatea contractului.

La analiza motivelor de contestație, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere decizia sa anterioară nr. 855/C8/789/26.05.2020, emisă în legătură cu procedura de concesionare a ... Alba și în care CNSC a analizat o serie de riscuri similare cu cele de mai jos, admitând contestația.

4.1. Asigurarea cu utilități - energie electrică

Contestatorul arată că, riscul 7 de la pag. 66 din caietul de sarcini "Asigurarea cu utilități - energie electrică", alocat exclusiv concesionarului, se referă la situația în care consumul de energie electrică este mai mare decât cel estimat la punerea în funcțiune a instalațiilor. Astfel, potrivit managementului riscului, concesionarul are obligația ca în perioada de mobilizare (deci ulterior semnării contractului de concesiune) să certifice printr-un înscris că puterea instalată este suficientă. Mai mult, contestatorul arată că, dacă, totuși, pe parcursul contractului va fi necesară putere suplimentară, aceasta se va realiza pe cheltuiala exclusivă a concesionarului, care nu poate solicita o modificare de tarif, iar dacă furnizorul de energie electrică nu poate îndeplini obligațiile ce îi revin, concesionarul are obligația să suporte orice costuri, nefiind îndreptățit la o ajustare de tarif în nicio situație.

În opinia contestatorului, acest risc este inacceptabil și solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să preia acest risc ca 100% risc al concedentului și să suporte orice costuri și investiții suplimentare ar fi necesare pentru asigurarea unei puteri suficiente.

În realitate, contestatorul susține că, autoritatea contractantă încearcă să transfere în mod nelegal asupra concesionarului riscurile de proiectare și construcție a infrastructurii de tratare a deșeurilor, riscuri cu care concesionarul nu are nicio legătură, pentru care nu poate purta nicio responsabilitate și care se află în totalitate sub controlul Autorității Contractante.

Așadar, contestatorul solicită CNSC să aibă în vedere următoarele:

- Județul a fost responsabil de realizarea, a fost beneficiarul proiectului și este proprietarul infrastructurii.

- Județul, direct sau prin intermediul contractorilor și consultanților săi a putut deci să aleagă locațiile pentru amplasarea instalațiilor, să ia cunoștință despre utilitățile existente pe aceste amplasamente, să dimensioneze necesarul de putere pentru instalațiile ce urmau a fi construite și să anticipeze dezvoltarea pe viitor a acestora, să ia legătura cu furnizorul de electricitate și să se informeze despre puterea ce poate fi pusă la dispoziție și să se asigure că există capacitate suficientă pentru operarea și pentru dezvoltarea viitoare a instalațiilor.

- Este de presupus că proiectele și documentațiile tehnice, inclusiv în ceea ce privește alimentarea cu energie electrică, au fost corect realizate și dimensionate și au fost verificate de vericatori de proiect atestați potrivit legii și de consultanții angajați de Județul, că lucrările de construcție au fost corect executate și supervizate, iar recepția echipamentelor a fost realizată potrivit prevederilor legale și s-au făcut teste de punere în funcțiune.

- De asemenea, este de presupus că Județul este garantat prin efectul legii și prin contractele încheiate contra oricăror vicii de proiectare și construcție.

- Cu toate că a avut la dispoziție toate mijloacele și timp suficient pentru a se asigura de suficiența alimentării cu energie electrică, Autoritatea Contractantă pretinde concesionarului, care nu este specialist în proiectarea și execuția instalațiilor de tratare a deșeurilor și nici nu are competența de a verifica astfel de proiecte, ca de îndată după semnarea contractului să confirme că puterea instalată este suficientă. (Cum ar putea concesionarul să facă aceasta? Să auditeze instalațiile și proiectele?)

- Mai mult, Autoritatea Contractantă pretinde concesionarului să își asume, fără posibilitatea de recuperare, orice costuri și orice investiții suplimentare ar putea fi cauzate de eventuala insuficiență a puterii instalate.

Așadar, contestatorul apreciază că Autoritatea Contractantă încearcă astfel să transfere operatorului serviciului riscurile pe care Autoritatea Contractantă le-ar putea suferi în proiectele de construcție a....., riscuri pentru care Autoritatea Contractantă fie este ea însăși responsabilă, fie are la îndemână mijloace de a atrage răspunderea celor responsabili.

Contestatorul susține că, preluarea acestor riscuri de către concesionar echivalează cu Autoritatea Contractantă prevalându-se de propria culpă în contractele de proiectare și execuție a....., fiind cu totul incorect și nejustificat de nicio prevedere legală ca aceste riscuri să fie transferate concesionarului și chiar fără posibilitatea de recuperare a costurilor.

În contextul dat, contestatorul arată cu privire la riscul în discuție următoarele:

- Nu este un risc de operare întrucât nu îndeplinește condițiile de la art. 6 din Legea 100/2016:

- o Nu este de natură economică;

- o Nu implică expunerea la fluctuațiile pieței;

- o Nu este independent de conduita părților, ci este provocat de Autoritatea Contractantă:

- Nu poate fi atenuat sau controlat de către concesionar, deoarece concesionarul nu a fost parte și/ sau nu a supervizat contractele și lucrările de execuție a.....:

- Poate fi atenuat sau controlat de Autoritatea Contractantă, care beneficiază de garanțiile legale și contractuale pentru vicii din contractele în baza cărora a fost proiectat și executat

- Riscul este imposibil de cuantificat la momentul ofertării, astfel încât ofertanții nu pot face calcule cu privire la viabilitatea și sustenabilitatea concesiunii și nu pot decide în cunoștință de cauză dacă să participe sau nu la această procedură;

- Materializarea riscului va conduce la distrugerea echilibrului contractual și la imposibilitatea de prestare a serviciului, de vreme ce concesionarul nu este îndreptățit la recuperarea niciunui cost, deși nu poartă nicio culpă și nu poate preveni în niciun fel producerea riscului;

- La stabilirea duratei relativ scurte a concesiunii, de șapte ani, nu a fost luată în considerare perioada necesară pentru amortizarea unor astfel de costuri suplimentare pentru investiții în infrastructură;

- Chiar dacă s-ar accepta posibilitatea concesionarului de a recupera costurile prin intermediul tarifelor, astfel de costuri semnificative fie nu se vor încadra în plafonul tarifar aplicabil potrivit caietului de sarcini, fie, în cazul în care s-ar încadra, ar bloca acest plafon cu consecința imposibilității introducerii în tarif a oricăror alte costuri suplimentare, chiar dacă ar fi îndeplinite condițiile legale pentru majorarea tarifelor.

În același sens, contestatorul arată că Legea nr. 51/2006 prevede că autoritățile publice poartă responsabilitatea pentru infrastructură, iar punerea la dispoziția operatorului a infrastructurii de tratare a deșeurilor face parte integrantă din contractele de delegare a gestiunii (art. 2 lit. e, art. 8 alin. 3 lit. d, art. 22 alin. 11, art. 24 alin. 2, art. 29 alin. 1 din Legea nr. 51/2006).

Prin urmare, contestatorul susține că singura soluție este ca acest risc să fie alocat în mod exclusiv concedentului, care să aibă și răspunderea pentru orice costuri și investiții suplimentare ar fi necesare din cauza insuficienței alimentării cu energie electrică.

Mai mult, contestatorul consideră că această alocare a riscului este de altfel singura soluție justă, față de rolul Județului de parte responsabilă cu implementarea, de beneficiar al și de proprietar al instalațiilor.

4.2. Contestarea activității de către populația rezidentă din vecinătăți

Contestatorul arată că Riscul 9 de la pag. 67 din caietul de sarcini se referă la nemulțumirea populației din vecinătăți față de influența activităților de tratare a deșeurilor asupra calității vieții, în condițiile în care nu este vorba de o operare neconformă a instalațiilor. În acest caz operatorul are obligația de a asigura resursele pentru efectuarea studiilor și expertizelor necesare, iar costurile suportate vor putea fi recuperate în proporție de numai 50% prin modificarea tarifului.

Astfel, Riscul în discuție este un risc de amplasament, similar cu cel discutat la punctul anterior, care nu îndeplinește condițiile de la art. 6 din Legea nr. 100/2016:

- o Nu este un risc de natură economică;
- o Nu implică expunerea la fluctuațiile pieței;

o Nu este independent de conduita părților, ci este provocat de Autoritatea Contractantă care este cea care a ales amplasamentul pentru realizarea;

o Riscul nu poate fi cuantificat la momentul ofertării, astfel încât participanții la licitație nu și-l pot asuma în cunoștință de cauză, fiind astfel încălcate prevederile art. 51 alin. 7 și 71 alin. 1 din Legea nr. 100/2016 deoarece informațiile furnizate nu sunt suficient de precise, clare și complete pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul concesiunii, iar pe baza acestora să stabilească nevoile de finanțare viitoare și să decidă transmiterea unei oferte sau neparticiparea la procedura de atribuire.

Așadar, contestatorul susține că nu există niciun motiv pentru care concesionarul să suporte din fonduri proprii jumătate din aceste costuri, fără a avea posibilitatea să le recupereze, întrucât, aceasta echivalează cu o penalizare a operatorului în absența oricărei culpe a acestuia și în absența oricărei posibilități de a preveni producerea riscului (ipoteza fiind cea în care concesionarul operează instalațiile în mod conform).

Contestatorul susține că este totodată încălcat și principiul prevăzut de Ordinul ANRSC nr. 109/2007 potrivit cu care tarifele trebuie stabilite astfel încât să conducă la recuperarea costurilor, plus o cotă de profit a operatorului.

Astfel, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să prevadă recuperarea în întregime a costurilor prin intermediul modificării de tarif.

4.3.Cantități de deșuri intrate în instalații mai mici decât cele planificate

Contestatorul arată că, Riscul 1 de la pag. 69, 72, 75 din caietul de sarcini se referă la situația în care cantitățile de deșuri intrate pe instalațiile de sortare, compostare și transfer sunt mai mici decât cele planificate, situație în care, operatorul este îndreptățit să solicite modificarea tarifului în conformitate cu prevederile legale aplicabile la acel moment.

Astfel, contestatorul contestă împărțirea riscului 30% la concedent și 70% la operator și solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă la o împărțire a riscului 50% - 50%, întrucât, Procentele de 30% - 70% nu au niciun sens în mod real și, în cazul intervenției riscului, vor conduce la dificultăți în interpretarea și aplicarea măsurilor de management al riscului.

În realitate, contestatorul susține că, concesionarul are obligația de a fundamenta modificarea de tarif în conformitate cu prevederile legale (Ordinul ANRSC 109/2007) și își asumă riscul respingerii cererii de modificare în cazul în care aceasta nu răspunde cerințelor legale, iar, în contrapartidă, concedentul are obligația prevăzută de același Ordin de a aproba o cerere de modificare a tarifului care îndeplinește cerințele legii.

Așadar, contestatorul consideră că o împărțire a riscului 50% - 50% exprimă mai corect obligațiile respective ale fiecărei părți (fundamentarea corectă a tarifului pentru concesionar și aprobarea unei solicitări legale pentru concedent).

4.4. Cantități de deșuri intrate în instalații mai mari decât limita maximă a instalațiilor

Contestatorul arată că riscul 2 de la pag. 69, 72, 75 din caietul de sarcini se referă, la litera b) din descrierea riscului, la situația în care cantitățile de deșuri intrate pe instalațiile de sortare, compostare și transfer sunt mai mari decât limita capacității maxime de operare a instalațiilor. Într-o astfel de situație, Autoritatea Contractantă poate decide extinderea instalațiilor, iar investiția va fi suportată de concesionar, care urmează a recupera costurile, situația constituind un motiv de modificare tarifară.

În opinia contestatorului, această soluție este nelegală și se impune modificarea în sensul în care concedentul este cel care va suporta investițiile necesare, în cazul în care decide extinderea instalațiilor.

În primul rând, contestatorul arată că într-o concesiune de operare de servicii (nu una de construcție și operare) nu poate fi solicitat concesionarului să își asume riscul unor investiții de infrastructură care nu pot fi anticipate și cuantificate la momentul ofertării, ofertanții fiind nevoiți să depună oferta fără a putea cunoaște dacă va fi necesar să efectueze investiții în infrastructura serviciului, care va fi quantumul acestora și fără măcar a putea anticipa dacă vor avea capacitatea să susțină financiar respectivele investiții.

Astfel, contestatorul consideră că prevederile Matricei Riscurilor pe care le critică încalcă în primul rând art. 51 alin. 7 din Legea nr. 100/2016, deoarece informațiile furnizate nu sunt suficient de precise, clare și complete pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul concesiunii, iar pe baza acestora să decidă transmiterea unei oferte sau neparticiparea la procedura de atribuire. Sunt, de asemenea încălcate prevederile art. 71 alin. 1 din aceeași lege care obligă Autoritatea Contractantă să pună la dispoziția ofertanților toate informațiile necesare pentru a le asigura o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, obiectul contractului, repartizarea riscurilor.

În al doilea rând, contestatorul subliniază faptul că aceste riscuri nu sunt riscuri de operare potrivit definiției de la art. 6 din Legea nr. 100/2016, ci riscuri de proiectare și construcție ce se află sau s-au aflat la momentul edificării instalațiilor sub controlul Autorității Contractante. Mai mult, contestatorul susține că potrivit principiului de alocare înscris în Caietul de sarcini, Autoritatea Contractantă este cea mai în măsură să atenueze consecințele riscurilor și să le controleze, prin efectuarea investițiilor necesare.

De altfel, contestatorul învederează faptul că, în acest caz specific, suportarea investițiilor de către Autoritatea Contractantă nu este doar un aspect de oportunitate și de management al riscului, ci o chestiune de legalitate, întrucât, din parcurgerea Legilor nr. 51/2006 și nr. 101/2006 rezultă cu claritate că serviciul de salubritate, ca și celelalte servicii publice, implică două aspecte distincte: existența unei infrastructuri tehnico-edilitare specifice și operarea acestei infrastructuri. Mai mult, contestatorul precizează că numai aspectul operării poate face obiectul

delegării de gestiune, iar și în acest caz al delegării operării autoritatea contractantă păstrează responsabilitățile cu privire la infrastructură și are în continuare obligația să pună la dispoziția delegatarului infrastructura necesară: (art. 2 lit. e, art. 8 alin. 3 lit. d, art. 22 alin. 11, art. 24 alin. 2, art. 29 alin. 1 din Legea 51/2006).

În al treilea rând, contestatorul susține că obligația concesionarului de a suporta aceste investiții va conduce la distrugerea echilibrului contractual și la nesustenabilitatea economică a concesiunii, posibilitatea de recuperare prin intermediul tarifelor fiind doar teoretică, nu și reală, efectivă.

Contestatorul arată că, concesiunea are o durată relativ scurtă, de numai șapte ani, iar pe de altă parte, arată că investițiile în infrastructură presupun costuri semnificative, a căror amortizare ar avea un impact deosebit în tarifele practicate de operator. În cazul în care necesitatea investițiilor va interveni pe parcursul perioadei contractuale sau chiar și la începutul acesteia, contestatorul consideră că va fi imposibilă recuperarea prin tarif, deoarece tarifele nu pot să varieze semnificativ și trebuie să respecte gradul de suportabilitate al utilizatorilor, pe când necesitatea de amortizare a investițiilor în perioada contractuală rămasă va face ca tarifele real necesare pentru recuperarea costurilor să depășească aceste praguri și deci să nu poată fi aprobate de Autoritatea Contractantă.

Mai mult, chiar presupunând că investițiile ar fi mai reduse și necesarul de majorare a tarifelor s-ar putea încadra în limitele contractuale, contestatorul susține că aceasta va lăsa concesionarul expus riscului de a nu mai putea recupera orice alt cost suplimentar ulterior și de a nu mai putea susține operarea serviciului, deoarece majorarea maxim posibilă a tarifelor va fi fost deja "ocupată" de recuperarea costurilor cu investițiile.

În același sens, contestatorul menționează că art. 16 din Legea 100/2016 și art. 32 alin. 3 din Legea 51/2006 impun autorităților contractante să stabilească durata concesiunii astfel încât aceasta să permită recuperarea costurilor cu investițiile efectuate.

Or, din analiza de la pag. 74 din Studiul de oportunitate, parte a documentației de atribuire, contestatorul susține că este evident că la stabilirea duratei de șapte ani a contractului Autoritatea Contractantă nu a luat în considerare timpul de recuperare al unor investiții de valoare necunoscută, ce pot apărea în orice moment pe parcursul contractului (durata a fost stabilită ca fiind egală cu durata de exploatare a celului 1 a depozitului de deșeuri, deci fără nicio legătură cu orice investiție).

În consecință, contestatorul susține că rezultă că modalitatea de management al riscului pe care o critică încalcă și prevederile art. 16 din Legea 100/2016 și art. 32 alin. 3 din Legea 51/2006, deoarece nu este corelată cu durata concesiunii.

Prin urmare, contestatorul consideră că singura soluție este ca aceste costuri să fie suportate de concedent, proprietarul infrastructurii, beneficiarul lucrărilor de edificare a acesteia și singurul care poate, cu adevărat, să controleze realizarea unor investiții în infrastructura aferentă serviciului. De vreme ce aceste riscuri nu sunt riscuri de operare,

contestatorul susține că nu există nicio bază legală pentru a fi transferate operatorului.

4.5. Instalațiile necesită echipamente suplimentare pentru creșterea randamentului

Contestatorul arată că, Riscul 5 de la pag. 71, riscul 4 de la pag. 73, riscul 5 de la pag. 77 din caietul de sarcini se referă la situația în care, pentru creșterea randamentului stațiilor de sortare, compostare și transfer, operatorul ar considera că sunt necesare echipamente suplimentare, iar potrivit managementului riscului, aceste situații și cheltuielile necesare trebuie prezentate în ofertă, iar ulterior nu vor mai putea face obiectul unei cereri de rambursare sau de modificare a tarifului.

În realitate, sub masca unei "opinii" a ofertantului că ar fi necesare echipamente suplimentare, contestatorul susține că aceste așa-zise "riscuri" sunt menite să acopere situația în care echipamentele au fost edificate în mod neadecvat față de obiectivele concesiunii, Autoritatea Contractantă urmărind în mod nelegitim să transfere concesionarului riscul și consecințele unor eventuale vicii ascunse de proiectare sau execuție a echipamentelor.

Astfel, contestatorul arată că, deși potrivit legii și documentației de atribuire, procesele de tratare a deșeurilor trebuie să atingă anumite randamente, Anexa nr. 7 la Legea nr. 211/2011 prevede indicatorii minimi de performanță pentru activitățile de salubritate, iar în documentația de atribuire prezentă, astfel de indicatori sunt prevăzuți în Regulamentul serviciului de salubritate ce formează Anexa nr. 1 la caietul de sarcini.

De asemenea, contestatorul arată că pentru activitățile delegate prin prezenta procedură, pag. 45 din Regulamentul serviciului, prevede indicatori referitori la eficiența în sortare (minim 75%) sau eficiența tratării biologice (mai puțin de 10%), nerespectarea acestor indicatori fiind sancționată cu penalități drastice.

Așadar, având în vedere faptul că infrastructura serviciului ține de competența exclusivă a autorității publice (a se vedea prevederile Legii 51/2006 anterior citate), contestatorul consideră că este de la sine înțeles că Autoritatea Contractantă își asumă (sau cel puțin este obligată să își asume potrivit legii) față de ofertanți faptul că instalațiile concesionate sunt apte din punct de vedere constructiv să conducă la atingerea indicatorilor de performanță, în cazul unei operări conforme de către concesionar.

În cazul în care instalațiile suferă de vicii de proiectare sau de execuție, care le fac inapte pentru atingerea randamentului necesar, contestatorul precizează că, prevederile pe care le contestă conduc la transferul acestui risc asupra concesionarului, cu încălcarea prevederilor Legii nr. 51/2006 deja menționate. În mod evident, contestatorul susține că nu este vorba în niciun caz de un risc de operare a concesiunii, ci de o situație care este imputabilă Autorității Contractante și care se află sub controlul acesteia.

Contestatorul solicită CNSC să aibă în vedere următoarele:

- Instalațiile aferente au fost realizate în baza unui proiect finanțat din fonduri europene. Județul a dirijat și a fost responsabil pentru implementarea acestui proiect, a fost beneficiarul proiectului și la final a devenit proprietarul infrastructurii realizate.

- Trebuie să se prezume că proiectele și documentațiile tehnice ale instalațiilor de tratare au fost corect realizate și dimensionate cu luarea în considerare a prevederilor legale și a obiectivelor Autorității Contractante și au fost verificate de vericatori de proiect atestați potrivit legii și de consultanții angajați de Județul

- Este de presupus că lucrările de construcție au fost corect executate și supervizate, iar recepția echipamentelor a fost realizată potrivit prevederilor legale și s-au făcut teste de punere în funcțiune.

- Este, totodată, de presupus că Județul este garantat prin efectul legii și prin contractele încheiate contra oricăror vicii de proiectare și construcție.

Contestatorul arată că, Autoritatea Contractantă, ca beneficiar al proiectului realizat din fonduri europene în cadrul căruia aceste instalații au fost edificate, avea dreptul și totodată răspunderea de a se asigura că bunurile obținute sunt adecvate pentru obținerea randamentelor scontate în condiții de operare conformă.

Mai mult, contestatorul menționează că, în cazul în care instalațiile sunt inadecvate, fiind necesare echipamente suplimentare pentru creșterea randamentului, Autoritatea Contractantă are la dispoziție mecanisme legale și contractuale pentru a obține despăgubiri sau reparații de la contractorii care au proiectat și edificat instalațiile de tratare, motiv pentru care, concedentul este cel mai în măsură să atenueze și să controleze acest risc.

Astfel, contestatorul apreciază nu numai că transferul acestui risc de proiectare asupra concesionarului este nelegal, ridicându-se totodată întrebarea: cum ar putea ofertanții să realizeze la momentul întocmirii ofertelor, înainte de a opera instalațiile și de a observa randamentul acestora și chiar înainte de orice teste, că instalațiile puse la dispoziție au un randament inferior, fiind nevoie de echipamente suplimentare pentru creșterea acestuia?

Cu toate că randamentul instalațiilor urmează a fi constatat în urma unei perioade de operare, contestatorul arată că la momentul ofertării, participanții sunt obligați să prezume că instalațiile sunt apte să producă randamentul preconizat, fiind imposibil să întocmească ofertele pornind de la o ipoteză diferită, ceea ce, în opinia sa, este cu totul nelegal.

Mai mult, presupunând că inadecvarea instalațiilor și necesitatea unor echipamente suplimentare pentru creșterea randamentului ar fi descoperite ulterior ofertării, contestatorul își pune întrebarea care este baza legală pentru care ofertanții să fie obligați să suporte consecințele acestei situații, ale cărei consecințe financiare nu pot fi anticipate la momentul ofertării? Similar cu cele arătate în secțiunea precedentă, contestatorul precizează că Autoritatea Contractantă poartă întotdeauna responsabilitatea pentru infrastructura serviciului, pe care trebuie să o edifice în acord cu propriile scopuri și apoi să o pună la dispoziția operatorului prin contractele de delegare a gestiunii.

Prin urmare, similar cu riscurile analizate anterior, contestatorul susține că indiferent de momentul la care se constată necesitatea unor echipamente suplimentare, singura soluție este ca aceste costuri să fie suportate de concedent, proprietarul infrastructurii, beneficiarul lucrărilor de edificare a acesteia și singurul care poate, cu adevărat, să controleze realizarea unor investiții în infrastructura aferentă serviciului. Astfel, de vreme ce aceste riscuri nu sunt riscuri de operare, contestatorul susține că nu există nicio bază legală pentru a fi transferate operatorului.

Având în vedere toate motivele prezentate, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă fie (i) să elimine riscurile contestate din Matricea Riscurilor, fie (ii) să prevadă clar și fără echivoc că Autoritatea Contractantă va suporta costurile pentru eventuale echipamente suplimentare necesare pentru creșterea randamentului.

4.6. Deprecierea tehnică a instalațiilor

Contestatorul arată că Riscul 6 de la pag. 71, riscul 5 de la pag. 74, riscul 6 de la pag. 77 din caietul de sarcini se referă la situația în care procedura de delegare durează mai mult de 12 luni, astfel încât - potrivit definiției riscului - echipamentele se depreciază tehnic și sunt necesare costuri de re tehnologizare.

Astfel, contestatorul menționează că nu se înțelege cu claritate de când se calculează termenul de 12 luni, de la data începerii procedurii de delegare sau, astfel cum ar fi normal, de la data la care instalațiile au fost finalizate. În orice caz, contestatorul precizează faptul că..... a fost realizat în urmă cu o perioadă de timp (pag. 17 din Studiul de oportunitate menționează că investiția s-a derulat în perioada 2007 - 2013), astfel încât este de așteptat ca instalațiile să se găsească într-o stare de depreciere tehnică și să aibă nevoie de anumite reparații pentru a fi aduse într-o stare corespunzătoare de funcționare.

Mai mult, contestatorul arată că, Managementul preconizat al riscului este acela că, la momentul pregătirii ofertelor, ofertanții vor evalua gradul de depreciere tehnică de până atunci și vor include costurile în ofertă, iar ulterior, în perioada de mobilizare și în cazul în care au trecut mai mult de 12 luni (deși nu este clar de la ce moment curge acest termen), orice depreciere tehnică suplimentară va fi evaluată și inclusă într-o modificare a tarifului.

Altfel spus, costurile de re tehnologizare vor fi cuprinse în întregime în tarife, însă în două etape, inițial la momentul elaborării ofertelor și apoi în perioada de mobilizare, soluție care, în opinia contestatorului nu poate funcționa pentru că, la momentul ofertei, ofertanții nu au cum să cunoască starea de funcționare a echipamentelor, eventualele defectiuni/deprecieri tehnice și costurile necesare pentru aducerea în stare de funcționare. Toate acestea vor fi cunoscute abia în perioada de mobilizare, după predarea-primirea instalațiilor, inspectarea acestora, efectuarea de teste de funcționare etc., deoarece, un astfel de acces la echipamente nu este disponibil la momentul ofertării.

Prin urmare, contestatorul consideră că Autoritatea Contractantă solicită includerea în oferte a unor costuri care nu pot fi cuantificate la

momentul ofertării, situație care încalcă prevederile art. 51 alin. 7 și 71 alin. 1 din Legea 100/2016.

Mai mult, contestatorul consideră că modul de management al riscului preconizat de Autoritatea Contractantă va permite ofertanților să nu cuprindă niciun cost de re tehnologizare în ofertă, pentru a scădea astfel tarifele ofertate și a îmbunătăți punctajul ofertei, pentru ca apoi, în perioada de mobilizare, să pretindă că deprecierea tehnică a intervenit ulterior ofertării și să solicite modificarea tarifului, profitând de faptul că nu este posibil cu adevărat să se probeze care este momentul anume când s-a produs o anumită defecțiune datorată vechimii echipamentelor. Astfel, contestatorul susține că această împrejurare ar putea conduce la distorsiuni în procesul de ofertare, de vreme ce participanții vor întocmi ofertele plecând de la ipoteze diferite cu privire la starea echipamentelor.

Așadar, contestatorul solicită obligarea Autorității Contractante să prevadă că toate costurile necesare re tehnologizării, înlăturării deprecierei tehnice și aducerii echipamentelor în stare de funcționare vor fi documentate de concesionar în perioada de mobilizare și vor constitui motiv de modificare a tarifelor, cu condiția să nu se datoreze operării neconforme a instalațiilor.

Totodată, contestatorul susține că această soluție conduce la aceeași finalitate (includerea în tarife a costurilor de re tehnologizare), însă fără etapa intermediară și imposibil de aplicat practic a includerii acestor costuri în oferte.

De asemenea, contestatorul solicită ca aceste riscuri să fie alocate 50% - 50%, iar nu 30% - 70%, pentru a reflecta faptul că ofertantul are obligația de a verifica starea echipamentelor și de a fundamenta în mod corespunzător costurile necesare, pe când Autoritatea Contractantă are obligația de a aproba o solicitare de modificare tarifară care îndeplinește condițiile legale și contractuale aplicabile.

5. Costurile cu Fondul de închidere și urmărire post-închidere

Contestatorul arată că Anexa 3 la caietul de sarcini "Specificații tehnice și reglementări obligatorii" conține o serie de prevederi cu privire la fondul pentru închiderea și urmărirea post-închidere a depozitului de deșuri ("Fondul"):

„Delegatul va constitui, conform prevederilor art. 12 din HG 349/2005 un Fond pentru închiderea și urmărirea post închidere a depozitului, Fond care va fi alimentat cota - parte din tariful de depozitare perceput. Fondul pentru închidere și urmărire post-închidere a depozitului este estimat la suma de 2 725 000 lei fără TVA (sursa; Studiu de fezabilitate al proiectului SMIO), care reprezintă suma estimată pentru lucrările de închidere și suma aferenta cheltuielilor de monitorizare post închidere pentru celula 1. Acesta va fi alimentat de către operator în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile, după data de începere a contractului.

Consumul fondului se va realiza pe baza situațiilor de lucrări care se întocmesc odată cu realizarea lucrărilor de închidere a celulei depozitului. Delegatul, cu respectarea matricei de riscuri, trebuie să se asigure că

sumele previzionate sunt suficiente atât pentru închiderea celulei cât și pentru urmărirea post închidere pe minim 30 de ani”.

Astfel, contestatorul precizează că Costul cu alimentarea fondului este inclus în tarifele de depozitare oferite la nivelul estimat prin documentația de atribuire, estimare care a fost realizată prin studiul de fezabilitate, pe care operatorul nu o poate verifica și care, pe parcursul operării depozitului, se poate dovedi insuficientă. De altfel, contestatorul arată că, art. 12 din HG 349/2005, care reprezintă temeiul legal pentru acest Fond, prevede că partea din tarife care alimentează Fondul trebuie recalculată la cel mult trei ani, pentru a se asigura că suma este suficientă.

De asemenea, contestatorul subliniază faptul că, operatorul este responsabil pentru suficiența sumelor. Pe de altă parte, contestatorul învederează faptul că, documentația de atribuire nu prevede ce se întâmplă în cazul în care valoarea estimată a Fondului se recalculează pe parcursul executării contractului și se dovedește a fi insuficientă. (În opinia și experiența ..., valoarea prevăzută de documentația de atribuire este insuficientă.)

În condițiile date, pentru informarea clară și completă a ofertanților cu privire la condițiile de executare a contractului, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să clarifice în mod expres faptul că, în cazul recalculării valorii Fondului pe parcursul contractului, operatorul are dreptul la o modificare corespunzătoare a tarifului, în caz contrar, operatorul va fi ținut responsabil pentru insuficiența Fondului, deși nu a avut nicio legătură cu estimarea inițială a valorii acestuia și nici nu a putut rectifica insuficiența respectivă prin recuperarea sumelor lipsă prin intermediul tarifelor.

6. Cerințele de calitate privind compostul

Contestatorul menționează că, Caietul de sarcini prevede la pag. 84 că ofertantul trebuie să prezinte în cadrul ofertei "cerințele minime de calitate privind compostul și modul de urmărire a acestora, precum și modalitățile propuse de valorificare a acestuia", iar Anexa 3 la caietul de sarcini "Specificații tehnice și reglementări obligatorii" prevede la pag. 12, pct. 4 pentru stația de compostare, că imposibilitatea valorificării compostului determinată de calitatea scăzută a acestuia conduce la emiterea de Avize de Rectificare Majoră, pentru care concesionarul va fi penalizat.

Pe de o parte, contestatorul subliniază că Autoritatea Contractantă trebuie să își definească propriile așteptări și necesități, iar în funcție de acestea să redacteze specificații tehnice clare și complete. În sensul dat, se arată că, art. 5 lit. n) din Legea nr. 100/2016 prevede că documentația de atribuire va conține specificațiile tehnice.

De asemenea, contestatorul arată că, art. 51 alin. 5 din aceeași lege prevede că în cuprinsul documentației de atribuire Autoritatea Contractantă "definește obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii prin descrierea necesităților autorității/entității contractante și a caracteristicilor solicitate pentru lucrările sau serviciile care urmează a fi concesionate", iar art. 51 alin. 7 și art. 71 alin. 1 prevăd obligația

autorității contractante de a asigura informarea corectă și completă a ofertanților cu privire la cerințele concesiunii.

Față de aceste prevederi, contestatorul consideră că este obligația Autorității Contractante, nu a ofertanților, să definească cerințele minime de calitate privind compostul pe care le solicită.

așadar, contestatorul consideră că Transferul asupra ofertanților a sarcinii de a defini caracteristicile concesiunii sub acest aspect nu numai că încalcă prevederile legale menționate, dar va distorsiona ofertarea deoarece participanții vor defini criterii de calitate diferite cu costuri diferite care vor fi apoi incluse în tarife, iar ofertele nu vor putea fi comparate pe baze egale.

Pe de altă parte, contestatorul solicită CNSC să aibă în vedere faptul că, deși potrivit art. 5 din Legea 181/2020, cerințele privind compostul sunt prevăzute de Normele tehnice pe care Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale avea obligația să le elaboreze în termen de maximum 6 luni de la intrarea în vigoare a Legii nr. 181/2020, până la data prezentă, aceste norme tehnice nu au fost elaborate.

În opinia contestatorului, este incorect și disproporționat ca Autoritatea Contractantă să oblige ofertanții să elaboreze cerințe tehnice privind compostul, în absența normelor prevăzute de lege.

În cazul în care normele tehnice elaborate ulterior de MADR vor diferi de cerințele de calitate elaborate de concesionar, contestatorul consideră că compostul produs va deveni automat nevandabil, ceea ce va atrage Avize de Rectificare Majoră și impunerea de penalități asupra concesionarului, deși acesta nu va avea nicio culpă pentru situația creată.

În consecință, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să remedieze documentația de atribuire prin eliminarea obligației ofertanților de a defini cerințele privind compostul și prin definirea acestor cerințe de către Autoritatea Contractantă, potrivit necesităților și obiectivelor sale.

7. Dubla penalitate pentru neîndeplinirea indicatorului de performanță pentru sortare

Contestatorul arată că Regulamentul serviciului de salubritate, ce constituie Anexa 1 la caietul de sarcini, prevede următoarele penalități pentru neîndeplinirea indicatorului de performanță de 75% privind eficiența în sortare:

Denumire	Descrierea indicatorului de performanță	Valoarea indicatorului	Penalități propuse
	municipale se consideră a fi 33%		
Eficiență în sortare		75% pentru materiale reciclabile spre reciclare	30.000 lei pentru fiecare 1% sub procentele indicate la care se adaugă suportarea plății costurilor cu depozitarea și a contribuției pentru economia circulară pentru cantitățile de deșeuri destinate a fi depozitate care depășesc cantitățile corespunzătoare indicatorilor de performanță prevăzuți.

care, în opinia sa, reprezintă o penalizare dublă pentru aceeași faptă, ceea ce nu este posibil din punct de vedere legal și încalcă principiul *non bis in idem*.

Mai mult, contestatorul precizează că, Indicatorul în cauză este prevăzut în anexa 7 la Legea nr. 211/2011, unde a fost introdus prin

OUG 74/2018. Prin urmare, contestatorul susține că pentru înțelegerea acestuia trebuie avute în vedere recomandările Ministerului Mediului pentru aplicarea modificărilor legislative introduse prin OUG nr. 74/2018, recomandări care prevăd în secțiunea 5.2 "Reflectarea costurilor cu contribuția în tarifele activităților serviciului de salubritate" includerea costurilor cu contribuția pentru economia circulară în tarifele activităților de salubritate, inclusiv tariful de sortare, corespunzător cantității de deșuri preconizată a fi eliminată prin depozitare.

În continuare, contestatorul arată că se prevede că în cazul în care operatorii duc la depozitare cantități mai mari decât cele aferente indicatorilor de performanță, aceștia trebuie să plătească contravaloarea tarifului de depozitare și a contribuției pentru economia circulară pentru cantitatea suplimentară din surse proprii, fără a avea dreptul de o recupera prin tarife

Recomandările subliniază că suportarea de către operatori a tarifului de depozitare și a contribuției pentru economia circulară pentru cantitatea suplimentară depozitată reprezintă o măsură penalizatoare.

Plata de către operatori a contravalorii tarifului de depozitare și a contribuției pentru economia circulară pentru cantitatea suplimentară depozitată este o măsura penalizatoare.

Astfel, potrivit interpretării oficiale pe care Ministerul Mediului o dă mecanismelor introduse prin OUG nr.74/2018, penalitatea este reprezentată de suportarea de către operatori, din fondurile proprii, fără posibilitatea de recuperare prin tarife, a tarifulor de depozitare și a contribuției pentru economia circulară (care au o valoare semnificativă) pentru toate cantitățile de deșuri depozitate suplimentar față de cele rezultate din aplicarea indicatorilor de performanță.

Prin urmare, contestatorul susține că aplicarea suplimentar față de această penalizare a unei alte penalități adiționale de 30.000 lei pentru fiecare procent de neîndeplinire a indicatorului reprezintă o dublă penalizare pentru aceeași faptă, deși nu există nicio bază legală pentru o astfel de măsură.

Contestatorul învederează faptul că, în jurisprudența sa, CNSC a decis deja că este nelegală impunerea de penalități suplimentare față de obligația de a suporta tarifele de depozitare și contribuția pentru economia circulară pentru cantitățile de deșuri depozitate excedentare, sens în care, se invocă decizia CNSC nr. 1911/C3/2060,2061,2068/30.10.2019 - pag. 59-60 din decizie.

Așadar, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să pună în acord Regulamentul serviciului cu prevederile legale și să elimine penalitatea de 30.000 lei pentru fiecare procent de neîndeplinire a indicatorului de eficiență în sortare.

8.Discrepanța cu privire la modul de împărțire a activităților între asociați

Pentru cazul în care ofertanții participă într-o asocieră, caietul de sarcini prevede la pag. 82, pct. A.5 lit. b) că planul de organizare a activității trebuie să evidențieze "contribuția adusă de partenerii din asocieră", respectiv o detaliere a activităților, contestatorul arată că

interpretează această prevedere în sensul că membrii asocierii trebuie să își împartă și să își asume fiecare realizarea anumitor activități specifice, care trebuie prezentate în oferta tehnică.

Pe de altă parte, contestatorul arată că, modelul acordului de asociere (formularul nr. 5) prevede posibilitatea asociaților fie de a realiza împreună ansamblul activităților, fără a își asuma fiecare în parte anumite activități, caz în care trebuie să menționeze cota-procentuală din contract ce revine fiecăruia, fie de a împărți activitățile distincte, caz în care acestea trebuie de asemenea menționate - a se vedea notele 2 și 3 la acordul de asociere.

Astfel, contestatorul susține că este deci o aparentă contradicție între prevederile caietului de sarcini și cele ale acordului de asociere, în sensul că, prin caietul de sarcini nu este permisă situația în care asociații participă împreună la toate activitățile, întrucât există riscul ca această neclaritate să conducă la oferte neconforme, în cazul în care ofertanții asociați vor interpreta prevederile citate în mod diferit față de Autoritatea Contractantă.

Așadar, contestatorul solicită ca Autoritatea Contractantă să clarifice această discrepanță, să coreleze cele două acte și să prevadă în mod clar ce așteptări are în cazul participării în asociere.

(C) MODELUL DE CONTRACT DE CONCESIUNE

9. Articolul 3 alin. 5 și alin. 8 din modelul de contract - perioada de mobilizare

Contestatorul arată că, art. 3 alin. 5 din contract prevede durata perioadei de mobilizare de cel mult 90 de zile. În baza argumentelor mai sus prezentate, contestatorul solicită extinderea acestei perioade la cel mult 6 luni, astfel încât să permită în mod real și efectiv obținerea autorizației de mediu și a licenței ANRSC.

De asemenea, contestatorul precizează că, art. 3 alin. 5 prevede posibilitatea părților de a conveni prelungirea acestui termen, cu trimitere la alin. 8 al aceluiași articol.

Pe de altă parte, contestatorul menționează că, art. 3 alin. 8 prevede că, dacă la finalul perioadei de mobilizare nu sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute, atunci contractul este reziliat de plin drept, fără nicio altă formalitate, precizând totodată că, concesionarul va datora despăuburi în quantum de 10% din valoarea estimată a prestațiilor aferente primului an de activitate.

Așadar, contestatorul consideră că aceste prevederi sunt excesive și disproporționate și necorelate cu cele de la alin. 5.

Astfel, contestatorul arată că, în cazul rezilierii de plin drept, contractul este direct desființat, ceea ce, în opinia sa, contravine prevederilor art. 8 alin. 5 care lasă deschisă posibilitatea prelungirii perioadei de mobilizare (de exemplu, în cazul în care o condiție încă neîndeplinită urmează să fie îndeplinită în scurt timp). mai mult, contestatorul consideră că cele două texte ar trebui corelate prin modificarea mecanismului rezilierii directe de la alin. 8, astfel încât, pentru încetarea contractului să fie necesară o manifestare de voință a uneia dintre părți și solicită, remedierea documentației în acest sens.

Pe de altă parte, având în vedere că îndeplinirea condițiilor nu este sub controlul complet al concesionarului, mai cu seama în privința obținerii licenței ANRSC concesionarul neavând cum să influențeze termenele legale de răspuns pentru autoritatea de reglementare (HG nr. 745/2007 include o procedură care prevede termene de 30 de zile pentru ANRSC să solicite informații suplimentare și să emită licența), contestatorul apreciază că, ar fi disproporționat ca penalitatea de 10% din valoarea primului an contractual să fie aplicată în absența culpei acestuia.

Contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să prevadă că penalitatea se va aplica numai în cazul în care neîndeplinirea condițiilor pentru perioada de mobilizare este cauzată de culpa concesionarului.

10. Art. 10 alin. 8 lit. a) și b) din modelul de contract - plafonarea modificărilor tarifare

Contestatorul arată că, Art. 10 alin. 8 lit. a) și b) din modelul de contract prevede că în cazul unor modificări structurale a costurilor, ale condițiilor de prestare a activității sau ale cantităților părțile pot conveni modificarea tarifelor, dar fără depășirea limitei de suportabilitate din partea populației. Astfel, contestatorul solicită eliminarea sintagmei referitoare la nedepășirea limitei de suportabilitate a populației.

În primul rând, contestatorul arată că operatorul nu se va afla în raporturi contractuale cu populația. Operatorul..... încheie contracte cu alți operatori din sistemul de management al deșeurilor, respectiv cu operatorii de colectare și transport al deșeurilor, acestea fiind contracte de drept privat, încheiate între profesioniști, neputând fi vorba de o limită de suportabilitate a populației.

În al doilea rând, contestatorul arată că operatorul de colectare, care este cel care intră în raporturi contractuale cu populația, este protejat împotriva limitei de suportabilitate a populației, după cum rezultă de la pag. 77 din Studiul de oportunitate:

„În conformitate cu Adresa nr. 35184/15.05 2019 emisă de AM POIM cu privire la modificări ale proiectelor privind sistemele de management integrat al deșeurilor în vederea asigurării conformării sistemelor cu noile modificări legislative aplicabile, planul tarifar se poate actualiza în mod justificat cu respectarea principiilor politicii tarifare din aplicația de finanțare, după avizarea justificărilor de către Autoritatea de Management (AM). Potrivit Adresei menționate, în cazul în care tariful serviciului pentru utilizatorii casnici (lei/tonă) depășește valoarea limită din planul tarifar actualizat, diferența va fi acoperită prin creșterea tarifului serviciului pentru utilizatorii non-casnici până la limita din planul tarifar actualizat, respectiv valoarea costului prim dinamic (DPC).”

Astfel, în cazul în care tariful operatorului de colectare ar depăși limita de suportabilitate a populației, contestatorul susține că diferența de costuri va fi acoperită prin creșterea tarifului pentru agenții economici și instituții, astfel încât operatorul de colectare are asigurată întotdeauna recuperarea integrală a costurilor.

Mai mult, se arată că, tarifele operatorului ... reprezintă pentru operatorul de colectare un cost, pe care acesta din urmă îl va recupera în întregime după cum rezultă din mecanismul de mai sus.

În condițiile date, contestatorul își pune întrebarea cum și de ce ar putea fi plafonate tarifele operatorului Mai mult, contestatorul consideră că această limitare a tarifelor operatorului .. nu poate fi justificată, după cum se vede, de gradul de suportabilitate al populației.

Mai mult, contestatorul precizează că legislația în vigoare prevede principiul acoperii prin tarife a tuturor costurilor de operare a serviciului.

Astfel, legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților cuprinde, după cum se arată, următoarele prevederi relevante:

- Stabilirea tarifelor, modificarea și ajustarea acestora trebuie să respecte normele metodologice elaborate de autoritatea de reglementare ANRSC (art. 6 alin. 1 lit. k și l, art. 26 alin. 7);
- Dreptul operatorilor la modificarea tarifului, în cazul schimbării semnificative a echilibrului contractual (art. 20 alin. 2);
- Structura și nivelul tarifelor trebuie să acopere costul efectiv al prestării serviciului, să acopere cel puțin sumele investite și cheltuielile curente de întreținere și exploatare a serviciului de salubritate, precum și să respecte și să asigure autonomia financiară a operatorului (art. 26 alin. 8);

Prin urmare, legea prevede expres că, în orice moment, tarifele trebuie să acopere costurile de operare.

- Tarifele aprobate trebuie să conducă la asigurarea unui echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante (art. 27 alin. 2).

De asemenea, contestatorul menționează că, Metodologia de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate a fost aprobată prin Ordinul ANRSC 109/2007, upreciind relevante Următoarele prevederi:

- Tarifele se fundamentează pe baza cheltuielilor operatorului, precum și pe baza costurilor de protecție a mediului și trebuie să includă o cotă de profit (art. 6 alin. 1);
- Tarifele se stabilesc, se ajustează și se modifică în conformitate cu prevederile elaborate și aprobate de ANRSC, adică în conformitate cu Ordinul 109/2007 (art. 8 alin. 1);
- Profitabilitatea activității este un aspect esențial al metodologiei de tarifare: art. 6 alin. 1, art. 11 alin. 4 lit. k, art. 15 alin. 3 lit. h.

Prin urmare, contestatorul susține că metodologia stabilită prin Ordinul ANRSC 109/2007 nu prevede în nici un fel posibilitatea de plafonare a ajustărilor și modificărilor tarifare. Dimpotrivă, contestatorul apreciază că, din art. 6 și art. 15 din Ordinul 109/2007, precum și din art. 20 alin. 2 și art. 26 alin. 8 din Legea 101/2006 rezultă cu claritate că tariful trebuie să acopere în orice moment toate costurile de operare a serviciului, precum și o cotă de profit a operatorului, întrucât, acoperirea prin tarif a cheltuielilor de operare reprezintă un drept al operatorului serviciului și o obligație corelativă a autorităților contractante.

Contestatorul apreciază că, prevederile pe care le critică vor conduce la situația în care, la un moment dat în derularea contractului, deși vor exista temeiurile legale pentru a cere modificarea tarifului, operatorului i se va refuza cererea. Drept consecință, operatorul va fi nevoit să internalizeze costul și potențial să opereze în pierdere, ceea ce va afecta calitatea serviciului public prestat, consecințe care, susține contestatorul, nu sunt permise de Ordinul ANRSC nr. 109/2007 și Legea nr. 101/2006.

Având în vedere durata de derulare a contractului (șapte ani), contestatorul arată că riscul unor schimbări semnificative în premisele avute în vedere de operatori la ofertarea unui anumit tarif sunt unele semnificative.

De exemplu, contestatorul arată că în cazul apariției unei noi taxe care potrivit prevederilor metodologiei ANRSC ar trebui introdusă în tarif, operatorul de colectare va putea să includă cuantumul acesteia în tarifele pentru utilizatorii non-casnici, pe când operatorul ... va fi expus în mod nelegal riscului de a nu putea recupera acest cost.

Totodată, contestatorul consideră că prevederile pe care le critică încalcă și principiul echilibrului contractual al delegării de gestiune, principiu prevăzut de art. 29 alin. (11) lit. s) din Legea nr. 51/2006. Întrucât o modificare a costurilor care intră în componența tarifului ofertat nu ar putea fi reflectată pe deplin în tarif din cauza prevederii nelegale introduse de Autoritatea Contractantă în contractul de concesiune, contestatorul susține că aceasta va putea conduce la operarea în pierdere cu consecința insolvenței operatorului și afectarea gravă a calității serviciului public. Într-o atare situație, contestatorul apreciază că ar fi încălcate și prevederile art. 20 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 101/2016, „Operatorii, în conformitate cu prevederile legale, au dreptul la: b) prezervarea echilibrului contractual pe durata contractului de delegare a gestiunii; d) modificarea tarifului în situațiile de schimbare semnificativă a echilibrului contractual”.

Așadar, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să elimine prevederile criticate din modelul contractului de concesiune.

11. Art. 14.1.8 din modelul de contract - interdicția de a constitui garanții asupra bunurilor concesionarului

Contestatorul arată că, Art. 14.1.8 prevede că delegatului (concesionarului) îi este interzis să constituie garanții reale asupra oricărui element aferent bunurilor delegatului, adică asupra bunurilor sale proprii.

În opinia contestatorului, o astfel de clauză limitează dreptul de proprietate și libertatea economică a concesionarului, este abuzivă și disproporționată.

Astfel, având în vedere că prevederea respectivă este inclusă în art. 14.1 care se referă la bunurile de retur, contestatorul arată că este probabil să fie vorba de o eroare materială, iar intenția autorității să fi fost de a interzice delegatului constituirea de garanții asupra bunurilor delegatarului (concedentului), eroare care, în opinia sa, poate fi

îndreptată de Autoritatea Contractantă, însă în caz contrar, în care intenția a fost de a interzice concesionarului posibilitatea de a constitui garanții asupra propriilor bunuri, clauza trebuie eliminată, fiind lipsită de orice justificare legală.

12. Art. 18 din modelul de contract - Garanția de bună execuție

Contestatorul arată că, Art. 18 prevede obligația concesionarului de a constitui garanția de bună execuție în quantum de 10% din valoarea contractului, ceea ce corespunde unei valori de aproximativ 8,5 milioane lei.

În primul rând, contestatorul învederează faptul că, fișa de date nu conține nicio informație cu privire la obligația de constituire a garanției de bună execuție, astfel că, menționarea acesteia numai în cadrul modelului de contract este, în opinia sa, nelegală, deoarece aceasta constituie un element financiar important al concesiunii, iar rolul fișei de date este tocmai de a pune la dispoziția ofertanților toate elementele esențiale pentru executarea viitorului contract.

În al doilea rând, contestatorul consideră că quantumul garanției este excesiv, disproporționat și limitează nejustificat posibilitatea de participare la procedură.

Contestatorul arată că, deși legislația concesiunilor nu include prevederi cu privire la quantumul garanției de bună execuție, iar în stabilirea quantumului acesteia autoritatea contractantă probabil s-a orientat după legislația achizițiilor publice, unde este prevăzut quantumul de 10% din valoarea contractului, se observă însă că, în cazul unei achiziții publice, valoarea contractului este dată de prețul efectiv plătit de autoritate pentru bunurile, serviciile sau lucrările achiziționate, pe când în cazul unei concesiuni valoarea contractului este reprezentată de totalitatea veniturilor obținute de concesionar din operarea concesiunii, pe întreaga perioadă. Astfel, contestatorul consideră că această modalitate de calcul a valorii contractului de concesiune face ca o garanție stabilită procentual din valoarea întregului contract să devină excesiv de împovărătoare.

De asemenea, contestatorul precizează că, quantumul garanției de bună execuție trebuie stabilit cu respectarea principiului proporționalității, respectiv acest quantum trebuie corelat cu riscul pe care se presupune că îl acoperă, fără a deveni un obstacol nejustificat în calea participării la licitație a operatorilor interesați, perspectivă din care, riscurile de operare sunt preluate de concesionar, astfel încât nu se pune problema de garantare a concedentului pentru aceste riscuri. De asemenea, riscurile privind eventuale daune aduse infrastructurii publice și riscurile de poluare sunt acoperite prin obligația concesionarului de a încheia contracte de asigurare.

Contestatorul apreciază însă că din analiza Regulamentului serviciului (anexa 1 la caietul de sarcini), se constată că eventualele penalități au valori mult inferioare sumei de 8,5 milioane lei, de exemplu există penalități de 1% din valoarea anuală a garanției de bună execuție, sau în situația rezilierii contractului la finalul perioadei de mobilizare

despăgubirile în sarcina concesionarului sunt de 10% din valoarea primului an contractual.

Prin urmare, contestatorul susține că, constituirea unei garanții în valoare de 10% din valoarea totală a contractului apare ca fiind cu totul disproporționată față de sumele pe care este destinată să le acopere.

Pe de altă parte, contestatorul consideră că un quantum de 8,5 milioane lei este excesiv și împovărător și va conduce la inhibarea concurenței, deoarece operatori care altfel ar îndeplini toate condițiile de participare nu vor putea să își asume imobilizarea sau finanțarea unei asemenea sume.

Din estimarea fluxului financiar pentru anul 2021 care se regăsește la pag. 85 din Studiul de oportunitate, contestatorul apreciază că se observă că profitul estimat al operatorului pentru anul 2021 este de aproximativ 700.000 lei, ceea ce înseamnă că garanția de bună execuție este mai mare decât profitul ce va fi obținut de operator din întregul contract. În condițiile în care valoarea garanției depășește cu mult profitul estimat, contestatorul arată că potențialii ofertanți ar putea să considere că participarea la procedură nu se justifică din punct de vedere economic.

Așadar, contestatorul solicită CNSC să oblige Autoritatea Contractantă să reducă valoarea garanției de bună execuție la 10% din valoarea primului an contractual.

13. Art. 23 din modelul de contract - contractele cu afiliații

Contestatorul arată că, Art. 23 prevede *„Toate contractele sau înțelegerile de orice fel ce vor fi încheiate între Delegat și un Afiliat trebuie, indiferent de valoarea sau durata lor, vor fi încheiate, cu aprobarea Delegatarului o bază strictă și în termeni comerciali (această aprobare nefiind reținută sau întârziată în mod nejustificat) și în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice. Orice nerespectare de către Delegat a prevederilor prezentului alineat va constitui o încălcare a prezentului Contract de către Delegat, iar Delegatarul va fi îndreptățit să rezilieze Contractul conform Articolului 35.”*

Așadar, contestatorul solicită obligarea Autorității Contractante să modifice textul prin (i) limitarea aplicabilității sale la contractele care au legătură cu concesiune de față și care impactează tarifele concesionarului, (ii) eliminarea mențiunii referitoare la aplicabilitatea legislației achizițiilor publice și (iii) precizarea faptului că aprobarea Delegatarului nu este necesară în cazul în care Delegatul a constituit dosarul prețurilor de transfer potrivit legii.

Astfel cum este prevăzută în prezent, contestatorul consideră că obligația este restrictivă, abuzivă, disproporționată și încalcă libertatea economică a operatorului, întrucât nu există nicio prevedere legală care să îi dea dreptul autorității contractante să impună o astfel de clauză.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că, aprobarea prealabilă a oricărui act, de orice fel, încheiat între operator și afiliați, indiferent dacă acesta are sau nu legătură cu concesiunea de față, este extrem de intruzivă și depășește cu mult granițele a ceea ce este necesar și suficient pentru protejarea intereselor legitime ale autorității contractante,

Autoritatea Contractantă neputându-se erija în organ fiscal sau organ de cercetare penală, astfel încât să aibă acces nelimitat la orice acte încheiate între societățile din grupul concesionarului.

Contestatorul consideră că în măsura în care concesionarul și-a întocmit dosarul prețurilor de transfer potrivit legislației fiscale, acesta face dovada respectării principiului valorii de piață la încheierea contractelor intra-grup, astfel încât obligația prevăzută de textul contestat nu mai poate subzista nici măcar pentru contractele care ar avea legătură cu concesiunea.

De asemenea, contestatorul consideră că obligația de aplicare a legislației achizițiilor publice este nelegală și imposibilă, atât timp cât operatorul nu are, potrivit legii, calitatea de autoritate sau entitate contractantă. Mai mult, contestatorul precizează că cazurile și condițiile în care această legislație se aplică sunt determinate în mod imperativ chiar prin lege, nefiind posibil a fi extinse (sau restrânse) după bunul plac al autorităților contractante.

14. Art. 25 alin. 5 din modelul de contract - penalitățile pentru întârzierea în realizarea investițiilor

Contestatorul arată că, art. 25 alin. 5 din modelul de contract prevede următoarele:

„Nerespectarea de către Delegat a obligațiilor sale de realizare a Investițiilor la care s-a angajat prin prezentul Contract, astfel cum sunt detaliate în Anexa nr. 7 la prezentul Contract („Programul de investiții”) și anexa 14 , inclusiv întârzierile înregistrate față de termenele de realizare a investițiilor, prevăzute în Programul de Investiții, va atrage, pe lângă dreptul Delegatarului de a rezilia prezentul Contract conform Articolului 35 (Rezilierea Contractului”), și obligația Delegatului de a plăti Delegatarului penalități după cum urmează:

a) penalități de 10% din valoarea investiției nerealizate pentru întârzieri la finalizarea acesteia mai mici de 1 an față de termenul prevăzut în Programul de Investiții;

b) penalități de 25 % din valoarea investiției nerealizate pentru fiecare an calendaristic de întârziere începând cu anul următor primului an (calculat prin raportare la termenul prevăzut în Programul de Investiții) în care investiția nu a fost realizată.”

Astfel, contestatorul solicită obligarea autorității contractante să diminueze cuantumul penalităților, acestea fiind stabilite cu încălcarea principiului proporționalității. Mai mult, se arată că, penalitățile contractuale trebuie stabilite astfel încât să acopere prejudiciul suferit de partea lezată, însă nu pot conduce la o îmbogățire fără justă cauză a acesteia.

Spre exemplu, contestatorul arată că o întârziere chiar și numai de o zi față de termenul de realizare a unei investiții, întârziere care ar putea chiar să nu fie cauzată de o culpă a concesionarului, va conduce la aplicarea unei penalități de 10% din valoarea acesteia, ceea ce este în mod clar disproportionat și va avea drept consecință un avantaj patrimonial nejustificat pentru Delegatar.

15. Art. 25 alin. 6 din modelul de contract - despăgubirea pentru pretenții ale terților

Contestatorul arată că Art. 25 alin. 6 din modelul de contract prevede următoarele:

„În plus față de orice alte despăgubiri, penalități sau sancțiuni prevăzute în acest Contract (în prezentul articol sau orice alte prevederi), Delegatul va despăgubi Delegatarul și pe mandatarii sau prepușii acestuia în legătură cu orice pretenții sau prejudicii invocate de orice altă persoană decât Delegatarul, care pot fi generate de, sau în cursul, sau în legătură cu neîndeplinirea de către Delegat a oricăror obligații în baza prezentului Contract.”

Astfel, contestatorul susține că, ipoteza acestui text este cea în care există o pretenție invocată de un terț împotriva Autorității Contractante, pentru motive imputabile concesionarului.

Așadar, contestatorul solicită modificarea prevederii în sensul că (i) Delegatarul să aibă obligația de a înștiința Delegatul de îndată ce ia cunoștință despre pretențiile terțului, astfel încât Delegatul să poată interveni în procesul dintre terț și Delegatar pentru a face apărări și (ii) obligația de despăgubire a Delegatului să se nască numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive prin care Delegatarul să fi fost obligat la plata de despăgubiri față de terț.

Contestatorul susține că modificările sunt absolut necesare pentru a asigura echilibrul contractual și dreptul la apărare al concesionarului (Delegatul).

Astfel, contestatorul precizează, cu privire la prima modificare pe care o solicită, că în cazul în care aceasta nu ar exista Autoritatea Contractantă ar putea să nu ridice nicio apărare față de pretențiile terțului, să adopte o atitudine de indiferență, știind că va putea recupera orice sumă ulterior de la Delegat, care va fi pus în fața faptului împlinit. Mai mult, contestatorul arată că, chiar dacă pretențiile terțului ar fi fost neîntemeiate, iar Delegatul ar fi putut dovedi aceasta, acesta va fi lipsit de dreptul la apărare în cazul în care Delegatarul nu îl va informa în timp util cu privire la litigiul cu terțul. Prin urmare, pentru asigurarea echilibrului contractual, contestatorul consideră că trebuie introdusă obligația Delegatarului de a îl informa pe Delegat cu privire la existența acestor pretenții și de a îi crea posibilitatea să se apere.

Cu privire la a doua modificare, contestatorul consideră că este necesar ca răspunderea Delegatului să fie angajată numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive care să fi tranșat cu putere de lucru judecat asupra pretențiilor terțului. În caz contrar, Delegatul este expus abuzului Delegatarului, care potrivit textului pe care contestatorul îl contestă ar putea ca și numai în baza unei simple notificări din partea terțului să se îndrepte direct împotriva Delegatului, eventual să execute și garanția de bună execuție, situație care ar distruge echilibrul contractual între părți și ar încălca dreptul la apărare al Delegatului.

16. Articolul 31 alin. 3 și 4 din modelul de contract - încetarea unilaterală în caz de dezechilibru

Contestatorul arată că Articolul 31 se intitulează "Menținerea echilibrului contractual" și la alin. 3 prevede faptul că, în cazul în care echilibrul contractului este afectat de evenimente neprevăzute care nu

reprezintă cazuri de forță majoră, datorate sau nu Delegatarului, iar dezechilibrul nu poate fi remediat prin intermediul tarifului, atunci părțile se obligă să renegocieze contractul în scopul restabilirii echilibrului.

În continuarea acestei prevederi, contestatorul menționează că, alin. 4 stabilește că dacă la expirarea unei perioade de 60 de zile de la începerea negocierilor, acestea eșuează, atunci oricare dintre părți va avea dreptul să îi notifice celeilalte încetarea contractului, fără ca vreuna dintre ele să poată pretinde daune interese.

Astfel, contestatorul solicită eliminarea alin. 4, care practic anihilează soluția de reechilibrare de la alin. 3 și care poate conduce la prejudicierea foarte gravă a operatorului, în cazul în care Delegatarul decide încetarea contractului.

De asemenea, contestatorul subliniază că, în ipoteza de la alin. 3 contractul nu devine imposibil de executat, precum în cazul forței majore, ci poate fi executat în continuare, doar că în condiții dezechilibrate. Totuși, contestatorul precizează că nu există niciun motiv pentru încetarea acestuia. Mai mult, contestatorul consideră că eșecul negocierilor înseamnă pur și simplu că executarea contractului va continua în aceleași condiții, iar partea nemulțumită de această situație are întotdeauna soluția de a apela la instanța de judecată.

Contestatorul susține că menținerea alin. 4 va face ca practic operatorul să nu apeleze niciodată la prevederile alin. 3, de vreme ce nu își va asuma riscul ca autoritatea contractantă să înceteze contractul, sens în care, reamintește că investițiile efectuate de operator se amortizează pe durata contractului, motiv pentru care încetarea anticipată și fără daune-interese va conduce la pierderea investițiilor neamortizate. În opinia contestatorului, prevederea este cu atât mai nedreaptă cu cât evenimentul care a provocat dezechilibrul contractual și care deschide calea încetării contractului se poate datora chiar culpei Delegatarului, după cum rezultă din alin. 3.

În concluzie, contestatorului susține că alin. 4 nu reprezintă un instrument de reechilibrare a contractului, ci va conduce fie la inhibarea operatorului de a recurge la prevederile alin. 3, fie la asumarea de către acesta în mod incorect a riscului încetării contractului și pierderii investițiilor efectuate și costurilor angajate până la acel moment.

Contestatorul apreciază că textul pe care îl critică încalcă principiul echilibrului contractual, deoarece odată declanșat mecanismul de la art. 3, operatorul, care se poate să nu aibă nicio culpă pentru situația creată, situație care ar putea chiar să îi fie imputabilă Delegatarului, se vede expus riscului încetării contractului, deoarece prin simpla pasivitate sau prin blocarea negocierilor autoritatea contractantă poate să ia această decizie sau poate să impună operatorului un rezultat al negocierii pe care acesta din urmă nu l-ar accepta în condiții normale.

Pentru comparație, contestatorul arată că art. 1271 din Codul civil, care se referă la impreviziune, acordă instanței prerogativa de a decide încetarea contractului, iar nu uneia dintre părți în mod discreționar.

Astfel, contestatorul apreciază că soluția pe care o solicită, respectiv eliminarea art. 34 alin. 4 din contract, va deschide calea aplicării, în caz de eșec al negocierilor, a art. 1271 C. civ., ceea ce

reprezintă o soluție echitabilă și echilibrată în cazul unui impas al negocierilor contractuale.

Totodată, se solicită acces la dosar, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016.

În lumina tuturor argumentelor prezentate, contestatorul solicită CNSC să admită prezenta contestație și să dispună obligarea Autorității Contractante la remedierea neregularităților sesizate și modificarea în mod corespunzător a documentației de atribuire.

În drept: prevederile indicate în cuprinsul contestației.

Probe: documentația de atribuire.

Cu adresa nr. 16639/24.08.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 44393/ 24.08.2021, entitatea contractantă a comunicat faptul că nu comunică punct de vedere cu privire la contestația depusă de SA.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 45461/30.08.2021, ... SA a comunicat faptul că renunță la solicitarea de consultare a dosarului.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de concesiune de servicii având ca obiect „...”, cod CPV 90500000-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de concesiune nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, data deschiderii ofertelor fiind stabilită pentru 22.09.2021, ora 10:00.

Împotriva documentația de atribuire, respectiv (i) fișa de date, (ii) caietul de sarcini și anexele la acesta și (iii) modelul de contract de concesiune, contestatorul SA a depus contestația în cauză ce formează obiectul dosarului nr. ...

Pe fondul contestației formulate de SA, Consiliul retine următoarele:

Consiliul retine în primul rând faptul că SA a formulat criticile privind documentația de atribuire structurate în trei părți, referitoare la (A) fișa de date, (B) caietul de sarcini și anexele la acesta și (C) modelul de contract de concesiune.

A. Punctual, referitor la criticile vizând cuprinsul fișei de date a achiziției:

1. În ceea ce privește cerința de calificare referitoare la personalul-cheie pentru pozițiile șef stație sortare, respectiv șef stație compostare, Consiliul apreciază ca justificate criticile formulate de contestator.

Argumentele acestuia sunt pertinente în sensul în care poziția de șef stație sortare este o poziție administrativă și nu de management iar cerința ca persoana care va ocupa această funcție să aibă studii superioare în domeniul științelor ingineresti sau în domeniul chimiei, biologiei, protecției mediului, ecologie sau similar, este excesivă.

De asemenea pentru motivul ca obligația de a asigura compostarea separată a deșeurilor biodegradabile a fost introdusă abia prin Legea nr. 181/2020 și a intrat în vigoare la în februarie 2021, cerința unei experiențe specifice de 3 ani în domeniul compostării deșeurilor apare ca fiind disproporționată și restrictivă.

Astfel, Consiliul va dispune modificarea celor doua cerinte astfel:

Șef stație sortare ... - experiență specifică de minimum 3 ani în domeniul sortării deșeurilor

Șef stație compostare ...- 1 persoană cu experiență specifică de minimum 3 ani în coordonarea activității în domeniul compostării sau tratării mecano-biologice a deșeurilor.

2. In ceea ce priveste cerința de calificare referitoare la experiența similară pentru stația de sortare și stația de compostare, atat din punct de vedere valoric cat si din punct de vedere al echivalarii experientei similare in operatiunea de compostare cu experienta similara in sortarea sau tratarea mecano-biologică a deșeurilor Consiliul apreciaza ca argumentele contestatorului sunt intemeiate.

Pentru a se putea asigura o concurenta reala, Consiliul va dispune modificarea in fișa de date prin reducerea la jumătate a cantităților solicitate pentru cerința experienței similare, precum și prin prevederea în mod expres că sortarea sau tratarea mecano-biologică a deșeurilor vor fi considerate similare cu compostarea, pentru scopul îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

3. In ceea ce priveste solicitarea ca realizarea cashflow-ului de susținere a contractului a fiecărui membru al asocierii sa fie proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract, aceasta este o cerinta complet lipsita de orice justificare acceptabila, deoarece autoritatea contractanta poate fi interesata doar de disponibilitatea de resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului de operare pentru primele 6 luni de derulare a contractului, în valoare de 4.200.000 lei, nu si de impartirea acestei obligatii intre membrii unei asocieri care depune oferta.

Critica este vadit intemeiata iar Consiliul va dispune **eliminarea** din cerința privind cashflow-ul a paragrafului:

„În situația în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, Autoritatea contractantă va lua în considerare resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului a fiecărui membru al asocierii, proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.”

B. Referitor la criticile vizand cuprinsul caietului de sarcini:

4.MANAGEMENTUL RISCURILOR

4.1. "Asigurarea cu utilități - energie electrică"

Referitor la solicitarea contestatorului ca riscul sa fie preluat 100% de catre autoritatea contractanta, Consiliul o considera nejustificata deoarece riscul decurge exclusiv din exploatarea instalațiilor de către concesionar si se poate produce numai după ce concesionarul certifică printr-un înscris că puterea de furnizare este suficientă operării corespunzătoare a tuturor instalațiilor.

Pe de alta parte, se impune ca documentatia de atribuire sa fie completata la acest punct cu precizarea ca raspunderea concesionarului decurge exclusiv din exploatarea instalatiilor de către acesta.

4.2. „Contestarea activității de către populația rezidentă din vecinătăți”

Referitor la solicitarea contestatorului ca riscul sa fie preluat 100% de catre autoritatea contractanta, Consiliul o considera de asemenea nejustificata, raspunderea impartita 50%-50% fiind o solutie pertinente.

În condițiile în care ar fi fost vorba de o operare neconformă a instalațiilor care sa conduca la contestarea activității de către populația rezidentă din vecinătăți, atunci raspunderea concesionarului ar fi trebuit sa fie 100%.

4.3 „Cantități de deșeuri intrate în instalații mai mici decât cele planificate”

Solicitarea contestatorului este justificata intrucat o împărțire a riscului 50% - 50% exprimă mai corect obligațiile respective ale fiecărei părți (fundamentarea corectă a tarifului pentru concesionar și aprobarea unei solicitări legale pentru concedent).

Consiliul va dispune modificarea procentelor de împărțire a riscului prin inlocuirea variantei actuale (30% la concedent și 70% la operator) cu împărțirea riscului 50% - 50%.

4.4 „Cantități de deșeuri intrate în instalații mai mari decât limita maximă a instalațiilor”

Solicitarea contestatorului este, in aprecierea Consiliului, nejustificata. Optiunea autoritatii contractante ca investitia eventuala pentru extinderea instalațiilor sa fie realizata pe cheltuiala concesionarului este o optiune corecta in conditiile in care este prevazut explicit ca intreaga investitie se recupereaza prin ajustarea tarifului.

Critica este respinsa.

4.5 „Instalațiile necesită echipamente suplimentare pentru creșterea randamentului”

Solicitarea contestatorului este, in aprecierea Consiliului, nejustificata, deoarece daca, dupa depunerea ofertei, operatorul ar considera că sunt necesare echipamente suplimentare pentru creșterea randamentului stațiilor de sortare, compostare și transfer, costurile necesare pentru aceste echipamente suplimentare trebuie sa ramana in sarcina concesionarului.

Critica este respinsa.

4.6 „Deprecierea tehnică a instalațiilor”

In acest caz solicitarea contestatorului este absolut inacceptabila.

Contestatorul solicită obligarea autorității contractante să prevadă că toate costurile necesare re tehnologizării, înlăturării deprecierii tehnice și aducerii echipamentelor în stare de funcționare vor fi documentate de concesionar **în perioada de mobilizare și vor constitui motiv de modificare a tarifelor**, practic solicita ca dupa atribuirea contractului de concesiune dar inainte de a incepe operarea instalatiilor (in perioada de mobilizare) sa poata solicita modificarea tarifelor prezentate in oferta.

Este cu desavarsire exclus ca o astfel de prevedere sa fie inclusa in documentatie si prin urmare critica la acest punct va fi respinsa.

5. Intrucat Fondul pentru închiderea și urmărirea post închidere a depozitului, va fi alimentat cu o cota - parte din tariful de depozitare perceput, este justificata solicitarea contestatorului ca, in situatia in care estimarea care a fost realizată prin studiul de fezabilitate, pe parcursul operării depozitului, se va dovedi insuficientă, operatorul are dreptul la o modificare corespunzătoare a tarifului de depozitare perceput.

Consiliul va dispune includerea in documentatie a unei precizari explicite in acest sens.

6. Cerințele de calitate privind compostul

Consiliul apreciaza sustinerile contestatorului ca fiind intemeiate intrucat transferul asupra ofertanților a sarcinii de a defini caracteristicile concesiunii sub aspectul cerințele minime de calitate privind compostul va distorsiona ofertarea deoarece participanții vor defini criterii de calitate diferite cu costuri diferite care vor fi apoi incluse în tarife, iar ofertele nu vor putea fi comparate pe baze egale.

Consiliul va dispune, in consecinta, eliminarea acestei prevederi din Caietul de sarcini pag. 84 si va obliga autoritatea contractanta sa stabileasca, ea insasi, cerintele minime de calitate privind compostul, impuse prin documentatie, care sa fie obligatoriu de asumat de fiecare dintre ofertanti.

7. Dubla penalitate pentru neîndeplinirea indicatorului de performanță pentru sortare

Lipsa unui punct de vedere transmis de autoritatea contractanta face ca anumite prevederi ale documentatiei sa fie neexplicate si nesustinite. Consiliul apreciaza ca „*penalitatea de 30.000 lei pentru fiecare procent de neîndeplinire a indicatorului de eficiență în sortare*” este neexplicata, in conditiile in care, evident, concesionarul este obligat la suportarea plății costurilor cu depozitarea si a contribuției pentru economia circulara pentru cantitățile de deșeuri destinate a fi depozitate care depășesc cantitățile corespunzătoare indicatorilor de performanta prevăzuți.

Consiliul va dispune eliminarea din documentatie a mentiunii privind „*penalitatea de 30.000 lei pentru fiecare procent de neîndeplinire a indicatorului de eficiență în sortare*”.

8. Discrepanța cu privire la modul de împărțire a activităților între asociați

In aprecierea Consiliului, prevederea din caietul de sarcini pag. 82, pct. A.5 lit. b) potrivit căreia planul de organizare a activității trebuie să evidențieze "*contribuția adusă de partenerii din asociere*" nu se interpretează în sensul că membrii asocierii trebuie să își împartă și să își asume fiecare realizarea anumitor activități specifice, prin oferta putandu-se mentiona si situația în care asociații participă împreună la toate activitățile, fara ca aceasta sa conduca la o neconformitate a ofertei.

Pentru acest motiv, Consiliul apreciaza ca nu este necesara vreo precizare suplimentara.

C. Referitor la criticile vizand MODELUL DE CONTRACT DE CONCESIUNE

9. *Articolul 3 alin. 5 și alin. 8 din modelul de contract - perioada de mobilizare*

Contestatorul solicită extinderea acestei perioade de la cel mult 90 zile la cel mult 6 luni, astfel încât să permită în mod real și efectiv obținerea autorizației de mediu și a licenței ANRSC.

În lipsa unui punct de vedere al autorității contractante, Consiliul apreciază ca fiind justificată modificarea susținută și argumentată de contestator.

Prin urmare, Consiliul va dispune modificarea în articolul 3 alin. 5 și alin. 8 din modelul de contract a perioadei de mobilizare de la la cel mult 90 zile la cel mult 6 luni.

10. *Art. 10 alin. 8 lit. a) și b) din modelul de contract - plafonarea modificărilor tarifare*

Contestatorul solicită eliminarea sintagmei referitoare la nedepășirea limitei de suportabilitate a populației, solicitare pe care Consiliul o apreciază ca fiind pertinentă, situația unei depășiri a limitei de suportabilitate a populației fiind o chestiune absolut subiectivă care nu își are locul în conținutul riguros al unui contract de concesiune.

Diversele situații concrete și obiective pentru care este prevăzută ajustarea tarifelor sunt cuprinse explicit în documentație, situația menționată neavând un astfel de caracter.

Consiliul admite critica și dispune eliminarea din art. 10 din modelul de contract a sintagmei referitoare la nedepășirea limitei de suportabilitate a populației.

11. *Art. 14.1.8 din modelul de contract - interdicția de a constitui garanții asupra bunurilor concesionarului*

Consiliul apreciază ca, probabil, interdicția viza bunurile concedentului și s-a produs o eroare de redactare.

Oricare ar fi situația, Consiliul reține că nu poate fi stabilită concesionarului o interdicție privind constituirea de garanții asupra propriilor bunuri și va dispune modificarea în consecință a textului din art. 14.1.8 din modelul de contract.

12. *Art. 18 din modelul de contract - Garanția de bună execuție*

Consiliul constată că, pe de o parte, legislația concesiunilor nu include prevederi cu privire la cuantumul garanției de bună execuție și că nu se justifică (situațiile fiind cu totul diferite) o similitudine cu legislația achizițiilor publice, unde este prevăzut cuantumul de 10% din valoarea contractului, iar pe de altă parte că orice prevedere tinând de garanții, fie de participare, fie de execuție, trebuia să se regasească în fișa de date a achiziției, ceea ce în speta nu este cazul.

De asemenea, Consiliul apreciază că obligația depunerii unei garanții de bună execuție de 8,5 milioane lei apare ca fiind cu totul disproporționată față de sumele pe care este destinată să le acopere, este excesivă și va conduce la inhibarea concurenței, deoarece operatori care altfel ar îndeplini toate condițiile de participare nu vor putea să își asume imobilizarea sau finanțarea unei asemenea sume.

Consiliul apreciaza ca o garantie de buna executie poate fi stabilita in mod legal, cu respectarea principiului proportionalitatii, o varianta fiind si cuantumul de 10% din valoarea pe primul an a contractului de concesiune, dar nu are competenta de a stabili o suma anume, suma care, in mod obligatoriu, trebuie mentionata si in fisa de date.

In lipsa unui punct de vedere al autoritatii contractante, Consiliul va admite critica formulata si va dispune eliminarea art. 18 din modelul de contract - Garanția de bună execuție.

13. Art. 23 din modelul de contract - contractele cu afiliații

Referitor la textul acestui articol:

Art. 23 „Toate contractele sau înțelegerile de orice fel ce vor fi încheiate între Delegat și un Afiliat trebuie, indiferent de valoarea sau durata lor, vor fi încheiate, cu aprobarea Delegatarului o bază strictă și în termeni comerciali (această aprobare nefiind reținută sau întârziată în mod nejustificat) și în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice. Orice nerespectare de către Delegat a prevederilor prezentului alineat va constitui o încălcare a prezentului Contract de către Delegat, iar Delegatarul va fi îndreptățit să rezilieze Contractul conform Articolului 35.”

Consiliul apreciaza ca se impune limitarea aplicabilității sale la contractele care au legătură cu concesiunea de față și care impactează tarifele concesionarului si dispune completarea articolului cu o precizare in acest sens.

14. Art. 25 alin. 5 din modelul de contract - penalitățile pentru întârzierea în realizarea investițiilor

In ceea ce priveste penalizarea pentru nerealizarea la timp a investitiilor, Consiliul apreciaza ca nu se impune diminuarea acesteia, optiunea autoritatii contractante de a penaliza drastic nerealizarea investitiilor convenite prin contract fiind legala si oportuna.

Critica va fi respinsa.

15. Art. 25 alin. 6 din modelul de contract - despăgubirea pentru pretenții ale terților

Fata de aceasta prevedere contractuala, Consiliul apreciaza ca propunerile de modificare mentionate de contestator sunt justificate, pentru a se evita orice nelegalitate/abuz in aplicarea acestui articol.

Pentru ca, intr-adevar, ipoteza acestui text este cea în care există o pretenție invocată de un terț împotriva autorității contractante, pentru motive imputabile concesionarului, Consiliul dispune modificarea/completarea prevederii în sensul că (a) Delegatarul să aibă obligația de a înștiința Delegatul de îndată ce ia cunoștință despre pretențiile terțului, astfel încât Delegatul să poată interveni în procesul dintre terț și Delegatar pentru a face apărări și (b) obligația de despăgubire a Delegatului să se nască numai în baza unei hotărâri judecătorești definitive prin care Delegatarul să fi fost obligat la plata de despăgubiri față de terț.

16. Articolul 31 alin. 3 și 4 din modelul de contract - încetarea unilaterală în caz de dezechilibru

Analizand riguros intregul text al articolului 31 alin. 3 și 4 din modelul de contract, Consiliul constata ca toate criticile sau scenariile

invocate de contestator sunt simple speculatii, prevederile acestui articol fiind echilibrate si utile. Prin urmare critica vizand acest articol va fi respinsa.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit.a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SA în contradictoriu cu

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune modificarea documentatiei de atribuire, potrivit motivarii prezentei si publicarea modificarilor in SEAP, in termen de 20 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Consiliul va dispune totodata stabilirea unui nou termen pentru primirea ofertelor la un interval de minimum 20 de zile de la publicarea in SEAP a modificarilor dispuse.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit.a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SA în contradictoriu cu

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune modificarea documentatiei de atribuire, potrivit motivarii prezentei si publicarea modificarilor in SEAP, in termen de 20 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Dispune stabilirea unui nou termen pentru primirea ofertelor la un interval de minimum 20 de zile de la publicarea in SEAP a modificarilor dispuse.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...