CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 365/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SA, cu sediul în ....., …, având CUI RO ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin Director General …, privind procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție servicii având ca obiect ....., organizată de ...., cu sediul în ....., …., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la a dispune măsuri de remediere în sensul modificării documentației de atribuire.

Prin contestaţia din data de ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, cu sediul în ....., str. Unirii, bloc 4B, parter, județul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată convențional prin Avocat Cristina Trăilă, privind aceeași procedură de atribuire organizată de ...., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii până la soluționarea cauzei, accesul la dosarul de achiziție publică, acordarea posibilității de a formula concluzii scrise și, în principal, admiterea contestației cu obligarea autorității la modificarea documentației de atribuire astfel încât aceasta să corespundă legislației în materie și să nu restricționeze accesul operatorilor economici și, implicit, decalarea termenului de depunere a ofertelor astfel încât să se asigure același termen de întocmire a ofertelor ca cel de la momentul publicării anunțului de concesiune (40 de zile), iar în subsidiar, anularea

procedurii de atribuire având în vedere prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și, în situația în care nu se va proceda la suspendarea procedurii de atribuire, solicită admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire întrucât nu mai există posibilitatea de remediere a situației, deoarece nu a avut posibilitatea de a participa la o procedură din cauza cerințelor pe care le-a criticat, iar remedierea eventualei documentații ulterior datei deschiderii ofertei încalcă principiile reglementate de Legea nr. 98/2016, precum și acordarea cheltuielilor de judecată.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestaţiile care fac obiectul dosarelor nr. ...../..... şi ...../....., au fost conexate, pentru a se pronunţa o soluţie unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire.

Cererea de suspendare a procedurii de achiziție formulată de ..... SA a fost admisă de Consiliu prin Încheierea nr. … iar cea formulată de SC ..... SA a fost respinsă ca rămasă fără obiect prin Încheierea nr. ….....

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţiile de faţă.

..... SA critică documentația de atribuire în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, solicitând ca măsuri de remediere în cadrul notificării prealabile:

- împărțirea contractului pe 3 (trei) loturi, corespunzătoare celor trei zone ale județului .....;
- excluderea din obiectul contractului și din documentația de atribuire a operațiunilor de măturat, spălat, stropirea și întreținerea căilor publice din orașul .....;
- modificarea criteriului de calificare privind cifra de afaceri, menționat în Fișa de date a achiziției la pct.III.2.2.

Față de notificarea prealabilă astfel formulată, autoritatea contractantă i-a comunicat prin adresa nr. 904/10.08..... punctul său de vedere în sensul respingerii notificării prealabile și menținerii prevederilor anunțului de participare și ale documentației de atribuire.

În acest sens, contestatoarea precizează că răspunsul la notificarea prealabilă prin care se respinge solicitarea de a dispune măsuri de remediere, este nelegal, pentru următoarele considerente:

1.Împărțirea pe loturi a contractului de achizitie.

Potrivit Caietului de sarcini (pct. 1.3. - Sistemul de management integrat al deșeurilor în județul ....., precum și Anexele 3 și 4), aria

administrativ- teritorială a județului ..... este împărțită în 3 zone de colectare: Zona 1 …, Zona 2 … și Zona 3 ….

Contrar acestei împărțiri pe cele trei zone de colectare prin Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor, documentația contestată prin prezenta (inclusiv Regulamentul de salubrizare) nu prevede împărțirea pe loturi a contractului, încălcându-se astfel condițiile de implementare a SMID-ului.

În plus, documentația de atribuire, prin neîmpărțirea contractului pe loturi, limitează posibilitatea participării la procedură a majorității operatorilor din domeniu, astfel, autoritatea contractantă a încălcat principiul liberei concurențe.

De altfel, prin raportare la valoarea totală a contactului, nedefalcată pe loturi, așa cum ar fi fost oportun, se impun valori deosebit de mari pentru cerințele referitoare la cifra de afaceri (61.597.000 lei) și valoarea serviciilor similare solicitate (92.395.000 lei), astfel încât se impiedică participarea la procedură a multor operatori economici. Neîmpărțirea pe loturi a determinat și impunerea asigurării unui cash-flow pentru primele 6 luni de 19.200.000 lei, sumă care poate fi asigurată exclusiv de către un operator important din piață, care are un rulaj de cel puțin 3.200.000 lei lunar (aceasta fiind condiția impusă de instituțiile bancare în vederea emiterii unei scrisori de confort sau de bonitate pentru demonstrarea accesului la disponibilități bănești necesare derulării contractului în primele 6 luni).

Constatând astfel că, prin neîmpărțirea pe loturi a contractului în documentația de atribuire, au fost încălcate principiile achizițiilor publice, reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, anume nediscriminarea, tratamentul egal și proporționalitatea, autoritatea contractantă trebuie obligată la a lua măsuri de remediere a documentației în sensul împărțirii în 3 loturi a contractului.

2. Excluderea din obiectul contractului și din documentația de atribuire a operațiunilor de măturat, spălat, stropirea și întreținerea căilor publice din orașul .....

Contestatoarea menționează că, în caietul de sarcini (fila 5), se menționează expres că „..... în numele unităților administrative teritoriale membre organizează procedura de achiziție publică pentru atribuirea unui contract de delegare a gestiunii activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în județul .....”, astfel încât operațiunile de măturat, spălat, stropirea și întreținerea căilor publice, incluse în documentația de atribuire nu pot face obiectul prezentei proceduri.

În plus, aceste operațiuni nu pot fi incluse în Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor, prin intermediul căruia au fost realizate investițiile necesare organizării serviciului de salubrizare la nivelul județului .....

Având în vedere cele precizate, petenta solicită obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere în sensul

excluderii din documentație a activității de salubrizare stradală a municipiului .....

3. Condiția de participare privind un nivel minim al cifrei de afaceri.

Potrivit dispozițiilor pct.III.2.2) din Fișa de date – „Capacitatea economică și financiară" - Cerința 1, ofertantul trebuie să demonstreze că cifra de afaceri generală a fost în medie de minim 61.597.000 lei pentru ultimii 3 ani financiari anteriori depunerii ofertei.

Raportând această cerință privind nivelul minim al cifrei de afaceri la valoarea contractului, se constată că cerința nu este proporțională, raportat la obiectul contractului, în condițiile în care valoarea contractului pentru primul an de operare este, potrivit mențiunilor autorității contractante din punctul de vedere la notificarea prealabilă, de 30.978.500 lei (se susține că s-a multiplicat această valoare cu 2 și astfel s-a obținut nivelul cifrei de afaceri de 61.597.000 lei).

În vederea respectării dispozițiilor art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să stabilească cerința privind cifra de afaceri corespunzător valorii anuale medii a contractului, anume la 38.527.662 lei. (identificată prin raportarea valorii totale a contractului la numărul anilor contractuali). Solicitarea unei cifre de afaceri anuale cu mult peste valoarea anuală a contractului nu este justificată în această situație.

Dimpotriva, stabilirea acestui nivel minim al cifrei de afaceri împiedică participarea la procedură a multor ofertanți, încălcând, de altfel, și dispozițiile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele precizate, ... SA solicită obligarea autorității contractante la modificarea condiției de participare privind cifra de afaceri.

SC ..... SA formulează contestație în cadrul aceleiași proceduri, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea critică documentația de atribuire datorită viciilor grave care afectează întreaga procedură de atribuire. În acest sens a formulat notificarea prealabilă solicitând în principal modificarea documentației de atribuire în sensul de a oferi operatorilor economici informațiile necesare, reale și sustenabile în ceea ce privește modul de întocmire a tarifelor raportate la obiectul contractului, astfel încât să nu se restricționeze concurența, să se asigure sustenabilitatea contractului și echilibrul contractual, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

În data de 10.08....., autoritatea contractantă i-a comunicat punctul de vedere nr. 906, prin care s-au admis în parte criticile formulate în notificare și s-au adoptat măsuri de remediere care au fost publicate în SEAP în data de 11.08.....

Contestația depusă privește aspectele pe care le-a menționat în cadrul notificării și față de care autoritatea contractantă nu a formulat răspuns, dar și aspecte ale măsurilor de remediere publicate în SEAP ulterior formulării notificării prealabile, astfel:

I. Obligația impusă operatorilor economici de a atinge țintele de reciclare a deșeurilor separate prevăzute în Legea nr. 211/2011 este restrictivă și încalcă legislația aplicabilă.

Contestatoare invocă prevederile caietului de sarcini, pagina 29, prin care autoritatea contractantă a stabilit cantitățile de deșeuri reciclabile care vor trebui colectate de operator separat din cantitatea totală de deșeuri până la sfârșitul anului ....., 2018, 2019 și 2020 (20%, 40%, 60%) , precum și prevederile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 211/2011 privind regimul deșeurilor.

Se poate observa că obligația legală de a atinge țintele de reciclare a deșeurilor este instituită în sarcina exclusivă a autorităților administrației publice locale (în acest caz fiind o responsabilitate asumată chiar de către ADIS .....) și a producătorilor de deșeuri, dar autoritatea contractantă, în documentația de atribuire, nu face altceva decât să instituie în sarcina operatorilor economici o obligație care nu poate fi impusă operatorului de salubrizare și nici nu intră în responsabilitatea acestuia, cu atât mai mult cu cât, acest operator nu are nicio pârghie sau control față de atingerea acestui prag de reciclare.

În plus se poate observa că, valorile procentelor solicitate sunt în neconcordanță cu legislația.

Prin punctul de vedere al autorității contractante, aceasta menționează că cerința din lege invocată, nu se aplică cerinței din caietul de sarcini, întrucât are în vedere alt context.

Contestatoarea consideră că atingerea unor praguri de către simpli colectori, care nu au nici un control asupra deșeurilor produse de către populație, reprezintă o obligație ce nu are legătură cu obiectul contractului și cu obligațiile aferente contractului, fapt ce determină, în mod evident restricționarea concurenței.

De asemenea, autoritatea contractantă a mai menționat că este logic ca atingerea unui anumit procent de colectare al deșeurilor să fie în sarcina operatorului de colectare, căruia i s-a încredințat, prin delegație atribuțiile de atingere a respectivelor ținte, prin raportare la dispozițiile art. 29 alin. (1) din Legea nr. 51/2006.

Raportat la Legea nr. 51/2006, contestatoarea precizează că Legea nr. 211/2011 este o lege specială care se referă strict la responsabilitatea autorităților locale și ale producătorilor de deșeuri față de aceste ținte, responsabilități speciale față de cele reglementate în Legea nr. 51/2006 și Legea nr. 101/2006 ce nu pot fi transmise prin delegarea unor contracte.

Așadar, raportat la principiul „Specialia generalibus derogant” (Norma specială derogă de la norma generală, iar Norma specială este de strictă interpretare în cazul acesta) sunt aplicabile dispozițiile excepționale prevăzute la art. 17 alin. (2) din Legea nr. 211/2011, astfel încât nu i se poate impune operatorului colector/transportator o obligație pe care nu o poate gestiona.

De altfel, potrivit principiului „poluatorul plătește” (din directiva 2006/12/CE) este evident că nu i se pot impune operatorului economic nici ținte pentru colectarea unui anumit prag de deșeuri reciclabile (colectate separat) și nici sancțiuni față de o obligație pe care nu o poate gestiona. În cazul acestor cerințe din caietul de sarcini se încalcă acest principiu transferându-se responsabilitatea atingerii țintelor și a costurilor pentru încălcarea acestora către operatorul economic colector în loc să plătească poluatorul care nu este diligent și nu determină atingerea acestor ținte.

Obligațiile contractuale ale operatorului economic colector se referă doar la „strângerea deșeurilor” din recipientele aferente sistemului de colectare, calitatea/cantitatea deșeurilor ținând de responsabilitatea populației și a autorităților locale care pot exercita un control asupra acestora.

Astfel, SC ..... SA consideră că cerința este restrictivă, drept pentru care solicită remedierea acestei situații prin eliminarea acestei obligații din documentața de atribuire.

II. Paragrafele 5, 6 și 7 de la pagina 29 din caietul de sarcini sunt restrictive, necorelate și încalcă legislația în materie, având în vedere următoarele:

Autoritatea contractantă impune în documentația de atribuire ca ofertantul să întocmească un *Program de investiții* care să cuprindă necesarul suplimentar de recipiente pentru colectarea deșeurilor, iar acest număr suplimentar de recipiente să fie asigurat de către operatorul economic, costurile fiind incluse în tariful de ofertare. Totodată, necesarul total de recipiente va rezulta în urma unei analize realizate de operatorul declarat câștigător în termen de 2 luni de la semnarea contractului și în funcție de necesități.

Or, aceste aspecte sunt în primul rând contradictorii întrucât, pe de o parte, nu se poate calcula tariful în cadrul ofertei a unor investiții ce vor fi identificate în termen de 2 luni de la semnarea contractului, iar pe de altă parte, nu se poate realiza *Programul de investiții* solicitat în caietul de sarcini din moment ce abia în termen de 2 luni de la semnarea contractului se va stabili care este necesarul total de recipiente de colectare a deșeurilor.

La acest moment niciun operator economic nu își poate întocmi oferta din cauza acestor dispoziții contradictorii, contestatoarea invocând prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 11 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Așadar, la momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a estima atât nevoile ce vor trebui îndeplinite pe parcursul derulării contractului, cât și valoarea estimată a contractului luând în considerare aceste nevoi, dar și costurile aferente acestora.

În cazul de față, autoritatea contractantă lasă o parte din contract nelămurită (necesarul de recipiente aferente colectării), dar în același timp obligă operatorii economici să realizeze un Plan de

investiții ale recipientelor și să includă în tariful de ofertare aceste recipiente.

Din moment ce ca, urmare a măsurii de remediere, nu s-a modificat valoarea estimată a contractului este clar că aceste costuri nu s-au regăsit în valoarea contractului.

În atare condiții, pentru respectarea dispozițiilor susmenționate și pentru asigurarea unei transparențe necesare pentru întocmirea ofertei, solicită ca măsură de remediere: corectarea acestor prevederi în conformitatea cu legislația susmenționată, astfel încât operatorii economici să-și poată întocmi ofertele, fără a exista niciun dubiu de interpretare.

III. Valoarea estimată a contractului este neclară, încalcă legislația în materie și determină imposibilitatea realizării ofertelor, cu atât mai mult cu cât aceasta nu cuprinde o serie de costuri pe care operatorul economic trebuie să le realizeze pe parcursul derulării contractului, iar ofertanții să le includă în tarif:

Se invocă de către autoritatea contractantă faptul că „estimarea valorii contractului are la bază toate costurile necesare funcționării Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor din județul ....., așa cum sunt acestea calculate în cadrul documentelor Proiectului”.

Or, din moment ce prezenta procedură se referă „doar” la activitatea de colectare transport deșeuri este evident că pe de o parte nu se justifică de ce în cadrul valorii estimate a contractului sunt cuprinse „costurile necesare funcționării Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor din județul .....” (care cuprinde și alte activități de salubrizare) și din moment ce analiza valorii estimate a contractului s-a făcut „la pachet" cu celelalte activități de salubrizare fără a se face o individualizare clară a acestor două activități ce fac obiectul prezentului contract este evident că s-a ajuns la o „confuzie/debandadă" a acestor costuri, iar la acest moment autoritatea contractantă nu poate să facă o diferențiere a costurilor față de toate activitățile proiectului.

Mai mult, prezenta procedură trebuia să fie precedată de un studiu individualizat/specific doar prezentei proceduri, din acest studiu rezultând toate datele care să dovedească sustenabilitatea contractului. Fără a individualiza un studiu doar față de această procedură se ajunge la imposibilitatea dovedirii de către autoritatea contractantă că la stabilirea criteriilor/cerințelor din prezenta procedură s-au avut în vedere „doar” aspecte ce țin de executarea prezentului contract.

SC ..... SA susține că, așa cum e realizată documentația de atribuire, autoritatea contractantă invocă obligativitatea contractului de finanțare/a sistemului integrat/al proiectului, dar în continuare riscurile, indicatorii de performanță, tarifele și celelalte condiții/clauze la care a făcut trimitere, relevă o situație în care executarea contractului devine incertă în sensul că dacă se va ajunge la depășirea

valorii estimate a contractului din motive independente de respectarea obligațiilor de către operatorul economic autoritatea contractantă nu-și asumă aceste costuri, ci le impută chiar operatorului economic.

Or, acest lucru este împotriva principiului respectării echilibrului contractual menționat în Legile nr. 51/2006 și 101/2006, precum și în Ordinul 109/2007.

Pe de altă parte, deși se face referire la proiectul de management integrat studiul de fezabilitate și analiza cost-beneficiu, aceste documente care, după cum spune autoritatea contractantă, au stat la baza elaborării documentației de atribuire, nu sunt puse la dispoziția operatorilor economici interesați de participarea la procedură.

Contestatoarea menționează că, la pagina 30 din caietul de sarcini, se solicită ca operatorul economic să realizeze investiții în asigurarea unor unități de compostare în mediul rural acolo unde UAT-urile nu pot asigura unități de compostare.

Or, valoarea estimată a contractului trebuie să cuprindă, pe de o parte, toate necesitățile autorității contractante și costurile aferente acestora.

De altfel, în Anexa 11 din caietul de sarcini sunt prevăzute „Investițiile suplimentare ale operatorului de salubrizare", ceea ce la un calcul minim al acestor investiții se va observa că acestea nu au fost incluse în valoarea estimată a contractului, întrucât se ajunge la valori foarte mari care nu justifică sustenabilitatea contractului.

De asemenea, tot la pagina 30 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă impune: „Operatorul are obligația de a amenaja, autoriza, opera, un punct de stocare temporară dotat cu recipiente/containere în număr suficient în vederea gestionării deșeurilor menajere periculoase", ceea ce înseamnă că, nici față de aceste activități, autoritatea contractantă nu a estimat costurile și nici nu a prevăzut informații cu privire la acestea. Astfel, exprimările generale nu oferă o claritate și transparență suficientă pentru ca un ofertant să-și poată întocmi oferta.

Contestatoarea mai precizează că la pagina 31 din caietul de sarcini se menționează: „Costurile pentru organizarea și desfășurarea campaniilor de colectare a deșeurilor voluminoase vor fi cuprinse în tariful pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere de la populație". Așadar, se impune modificarea fișei de tarif pentru deșeurile reziduale prin includerea și a acestor deșeuri la populație și nu la deșeuri din construcții, cum este acum menționată în fișa de tarif.

La pagina 32 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a menționat că „recipientele pentru agenți vor fi asigurate de operator contracost sau închiriere". În atare condiții, este evident că se vor înregistra costuri față de această obligație, dar aceste costuri trebuiau incluse și în valoarea estimată a contractului, fără ca autoritatea contractantă să indice aceste costuri, dacă acestea au fost estimate și

în cazul în care nu au fost estimate, modalitatea de recuperare a acestora.

Referitor la art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2006, autoritatea contractantă menționează că: „acest articol de lege are relevanță pentru perioada de desfășurare a contractelor puse la dispoziție de autoritatea contractantă” și că textul de lege are în vedere o situație „dupa caz”, iar în cazul de față, proiectul nu prevede colectarea deșeurilor în saci, colectarea se va realiza în recipiente de colectare separată.

Contrar autorității contractante, susține că prevederile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2006 se referă la derularea contractului și la eventualele cheltuieli care vor trebui să fie suportate de către operatorii economici. Or, valoarea estimată a contractului trebuie să cuprindă orice fel de costuri aferente derulării contractului.

Așadar, acest articol se aplică în cazul de față întrucât privește obligații contractuale care generează costuri în derularea contractului, iar aceste costuri trebuie estimate de la începutul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește utilizarea sacilor în derularea contractului, dacă autoritatea contractantă își asumă că aceștia nu vor fi utilizați pe parcursul derulării contractului, atunci este evident că toate costurile aferente acestora nu se vor regăsi în valoarea estimată a contractului.

În schimb, autoritatea contractantă lasă de înțeles că „după caz" există posibilitatea ca în derularea contractului să se impună și utilizarea acestor saci, motiv pentru care, societatea contestatoare consideră că se impune lămurirea modalității de recuperare a costurilor/investiției în respectivii saci pe parcursul derulării contractului.

Astfel, valoarea estimată a contractului, precum și tariful ofertat trebuie să includă și aceste costuri.

De asemenea, potrivit autorității contractante operatorii economici trebuie să dețină/asigure „autovehicule pentru colectarea deșeurilor din piețe și parcuri și grădini cu sistem de cântărire puse la dispoziție de operator. În concluzie, și aceste costuri ar fi trebuit să fie incluse în valoarea estimată a contractului, în special în tariful pentru colectarea deșeurilor din piețe.

Mai mult, la pagina 34 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut că „toate vehiculele de transport vor fi dotate cu sistem GPS”, fiind costuri care nu au fost incluse în valoarea contractului și care trebuiau prevăzute, tariful ofertat trebuind să cuprindă și aceste costuri.

Autoritatea contractantă impune în caietul de sarcini că „recipiente pentru colectarea deșeurilor din construcții și demolări, vehicule de colectare și transport trebuie puse la dispoziție de operator”, fiind aplicabile și în cazul de față cele susmenționate.

Aceeași argumentare se aplică și în cazul costurilor aferente activității de „colectare a cadavrelor de animale" și asigurarea „spațiilor frigorifice", dar și deșeurile din construcții și demolări. Nici acestea nu au fost incluse în tariful estimat/valoarea estimată a contractului.

Alte dotări suplimentare care nu au fost incluse în tarif/valoarea contractului sunt investiții cu 2 baze de lucru și mașina de spălat recipiente.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că s-a calculat greșit valoarea contractului în ceea ce privește activitatea de curățenie stradală, întrucât în această estimare s-au folosit tarifele aflate în vigoare pentru anul 2011.

În anul 2011, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată era 670 lei lunar, dar începând cu 01.02..... salariul minim pe economie este 1.450 de lei, așa cum a fost prevăzut în HG nr. 1/.....

De asemenea, valoarea estimată a contractului pentru activitatea de măturat, spălat, stropit și întreținere căi publice, așa cum a precizat în notificarea prealabilă, tarifele sunt cele din 2011 și, din acel an până în prezent, salariul minim pe economie s-a majorat cu 216,42%, dar afirmația autorității contractante că tarifele se majorează cu nivelul redevenței este nejustificată având în vedere că redevența anuală este de doar 1% din valoarea facturată. Întrebarea contestatoarei este cine va suporta diferența.

Contestatoarea susține că a invocat faptul că nu au fost cuprinse în cadrul valorii estimate a contractului și în tarife o serie de activități/investiții/costuri care au fost impuse în documentația de atribuire, astfel încât solicită ca măsură de remediere, pe de o parte, furnizarea informațiilor necesare pentru asigurarea clarității/ transparenței și crearea posibilității de întocmire a ofertei, iar pe de altă parte includerea în valoarea estimată a contractului și a tarifului a costurilor susmenționate, precum și modificările pe care le-a solicitat mai sus.

IV. Prevederile din cadrul documentației de atribuire față de Riscurile estimate pe durata de derulare a contractului sunt neclare, restrictive, incomplete, contradictorii și încalcă legislația în domeniu, având în vedere următoarele:

În cadrul Tabelului 1 din caietul de sarcini la Riscul 8, colectorii informali, se menționează că este în sarcina autorității contractante, dar la managementul riscului este prevăzută obligația operatorului de a lua măsurile de securizare a accesului la punctele de colectare.

Din punctul de vedere al autorității contractante acest risc nu se referă la pază și protecția recipientelor, fiind obligația operatorului să prevadă recipientele cu sisteme de închidere acolo unde nu sunt prevăzute aceste sisteme.

Așadar, autoritatea contractantă trebuie să stabilească clar, ca măsura de remediere, care este riscul efectiv, și cine este responsabil să suporte acest risc și să definească ce anume înseamnă securizare.

Deci, dacă autoritatea contractantă consideră că operatorul economic trebuie să suporte o parte din acest risc, atunci aceasta trebuie să indice clar cuantumul acestuia, precum și în ce constau măsurile de securizare a punctelor de colectare.

Față de cele precizate, contestatoarea solicită ca măsură de remediere pe de o parte stabilirea ca acest risc să fie în sarcina exclusivă a autorității contractante, iar pe de altă parte, să se stabilească clar care sunt măsurile ce trebuie luate de către autoritatea contractantă în situația intervenirii acestui risc și cum își recuperează operatorii economici pierderile suferite ca urmare a efectelor ce apar în urma colectării unor deșeuri impure.

În cadrul Tabelului 1 din caietul de sarcini la Riscul 10 se menționează, așa cum este prevăzut la riscul 9, că acest risc se împarte 50% autoritatea contractantă și 50% operatorul economic, cu mențiunea că la managementul riscului se precizează că este obligația operatorului să extragă deșeurile periculoase identificate în recipiente și să le elimine.

Pe de altă parte se impun aceleași argumente ca cele de la Riscul 9, în sensul că, din moment ce UAT-ul este proprietarul deșeului, este evident că acesta trebuie să-și asume toate riscurile amintite.

Autoritatea contractantă susține că „informarea de către operator a autorității contractante" îi dă dreptul acesteia să stabilească un procent de 50% a acestui risc în sarcina operatorului economic.

Așadar, solicită, ca măsură de remediere, pe de o parte, stabilirea ca acest risc să fie în sarcina exclusivă a autorității contractante, iar pe de altă parte, să se stabilească clar măsurile ce trebuie luate în situația intervenirii acestui risc și cum recuperează operatorii economici pierderile suferite ca urmare a efectelor ce apar în urma colectării unor deșeuri contaminate.

Totodată, susține că Riscurile 11, 12, 14 și 15 din Tabelului 1 din caietul de sarcini 15 sunt în contradicție cu art. 15 lit. b) din Ordinul ANRSC 109/2007 care reglementează metodologia de formare, ajustare și modificare a tarifelor pentru toate cazurile care conduc la modificarea structurii costurilor sau a cantităților ori la modificarea condițiilor de prestare a activității, care determină modificarea costurilor cu o influență mai mare de 5%, pe o perioadă de 3 luni consecutive. Așadar, operatorul economic nu își poate recupera 100% din pierderile suferite ca urmare a incidenței acestui risc așa cum prevedere art. 15 din Ordinul 109/2007, ci va putea să recupereze doar 50% cât este atribuit alocarea riscului. Or, așa cum prevede Legea 101/2006 și Legea 51/2006, contractul de delegare de gestiune se supune principiului menținerii echilibrului contractual și a recuperării pierderilor suferite.

Chiar dacă autoritatea contractantă a modificat parțial aceste riscuri totuși se poate observa că în continuare se menține imposibilitatea de recuperare a costurilor care apar ca urmare a apariției acestui risc conform legislației în domeniu.

Se menține critica privind necesarul de autospeciale cu 25%. Modificarea riscului nr. 11 nu are mare relevanță atât timp cât operatorul este îndreptățit la modificarea tarifului doar în situația în care cantitățile sunt mai mari cu 25%.

Ordinul susmențional oferă posibilitatea operatorilor economici de a-și recupera costurile pentru toate cazurile care conduc la modificarea structural a costurilor sau a cantităților ori la modificarea condițiilor de prestare a activității, care determină modificarea costurilor cu o influență mai mare de 5%, pe o perioadă de 3 luni consecutive. Așadar nu respectă legislația privind modificarea tarifelor și recuperarea costurilor ca urmare a nerealizării cantității de deșeuri estimate în documentația de atribuire de către însăși autoritatea contractantă. Riscul acestei estimări trebuie să fie suportat în totalitate de către autoritatea contractantă, dar și efectele apariției acestui risc față de costurile operatorilor economici trebuie să determine recuperarea integrală a pierderilor suferite în conformitate cu Ordinul susmențional.

Dacă se menține acest risc în această formă, atunci operatorul trebuie să își calculeze necesarul de autospeciale pentru o creștere a cantităților de 25%. Creșterea cantităților (nu contează efectiv procentul acestora) determină automat majorarea costurilor și prin urmare limitarea modificării tarifului la un anume procent încalcă prevederile legale în vigoare.

Pe de altă parte, dacă riscul de cerere și de operare este în sarcina operatorului după cum însăși autoritatea contractantă precizează în conținutul punctului de vedere, atunci nu ar fi trebuit ca procedura de atribuire să fie specifică unui contract de achiziție publică de servicii, ci să fie aferentă unui contract de concesiune de servicii.

Aceleași argumente se referă și la riscurile 12, 14 și 15.

Astfel, petenta solicită ca măsură de remediere, modificarea acestor riscuri astfel încât toată răspunderea să fie în sarcina autorității contractante, iar recuperarea pierderilor cauzate de apariția acestui risc să fie suportate 100% prin respectarea art. 15 din Ordinul nr. 109/2007.

De asemenea, se menționează la managementul riscului că, prin caietul de sarcini, se impune operatorului să-și calculeze necesarul de autospeciale de colectare, astfel încât să fie acoperită o marjă de creștere a cantităților de deșeuri de colectat cu 25%. Această creștere nu a fost prevăzută în valoarea contractului și în tariful estimat de către autoritatea contractantă, motiv pentru care societatea contestatoare solicită ca, în cazul în care se va menține o astfel de prevedere, să se stabilească valoarea corectă a contractului și a tarifului raportat la această creștere cantitativă de 25% a cantității de

deșeuri estimate. Mai mult, autoritatea contractantă a modificat prevederea prin punctul de vedere ca necesarul de mașini să se calculeze pentru 15% din cantitatea de deșeuri, dar în același timp a menținut modificarea tarifelor pentru 25% din cantitatea de deșeuri în cazul unor creșteri a cantității cu cel puțin 25% față de cantitatea estimată în caietul de sarcini, motiv pentru care, dacă riscurile rămân neschimbate, există neconcordanța astfel încât devine o evidență că necesarul de mașini trebuie calculat pentru o creștere de 25% a cantităților, nu doar de 15%. Așadar, solicită remedierea acestor aspecte.

Este important a se corecta aceste riscuri având în vedere dispozițiile de la pagina 57 din caietul de sarcini conform cărora: „Secțiunea Riscuri a Caietului de sarcini prezintă matricea riscurilor asociate activităților ce urmează a fi desfășurate de către Ofertant. Depunerea unei oferte semnifică faptul că Ofertantul își asumă riscurile, așa cum sunt ele repartizate. Neasumarea tuturor riscurilor prezentate în Secțiunea Riscuri a Caietului de sarcini duce la declararea Ofertei ca fiind neconformă. Oferta tehnică trebuie să conțină, pentru fiecare risc în parte, un Program de gestionare a riscului (PGR) care să cuprindă detalii privind modul de gestionare a riscurilor asumate de către Ofertant, inclusiv prevenirea producerii acestora”.

Contestatoarea consideră că, din moment ce oferta tehnică trebuie să cuprindă un Program de gestionare a riscurilor asumate de ofertant, este important ca Matricea riscurilor să cuprindă detalii cu privire la riscurile estimate astfel încât ofertanții să-și poată realiza oferta.

Mai mult, față de această cerință se încalcă dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, iar lipsa indicării clare a criteriilor în baza cărora se vor respinge operatorii economici, constituie o încălcare a principiului transparenței.

Contestatoarea mai precizează că lipsesc o serie de riscuri din matricea riscurilor care sunt esențiali pentru derularea contractului, cum ar fi: indisponibilitatea finanțării, modificarea dobânzilor, înrăutățirea condițiilor economice, schimbări demografice, costuri de abordabilitate accesibilitate, inflația, riscul de depășire a costurilor, întreținere reparații, riscul de asigurare\sustenabilitatea contractului, solicitând cuprinderea acestor riscuri în matricea riscurilor și cuantificarea clară și concretă cu respectarea dispozițiilor legale a acestora.

V. Prevederile din caietul de sarcini față de tarifele maximale încalcă legislația în vigoare având în vedere următoarele:

În caietul de sarcini la pag. 53 este menționat că „Tarifele maxime pentru fiecare activitate acceptate sunt cele prezentate în Fișa de date".

Autoritatea contractantă a eliminat această prevedere ca urmare a notificării prealabile astfel încât, contestatoarea, consideră că nu mai este necesară.

Tot la pag. 53 din caietul de sarcini se menționeaza că „Tarifele pot fi supuse ajustării doar cu aprobarea autorității contractante în conformitate cu prevederile legale în vigoare, fără a se aduce prejudicii mecanismului financiar și planului tarifar al Sistemului Integrat de Management al Deșeurilor in județul .....”.

Această clauză este menționată și în Fișa de date și a fost menținută de către autoritatea contractantă care afirmă că „aceasta nefiind de natură să îngrădească drepturile Operatorului stabilite de legislația în vigoare”.

Aici sunt aplicabile criticile expuse anterior față de invocarea contractului de finanțare și a mecanismului financiar și a planului tarifar al Sistemului Integrat de Management al Deșeurilor.

Pe de altă parte, documentul „planul tarifar al Sistemului Integrat de Management al Deșeurilor în județul ....." nu este publicat în documentația de atribuire.

Astfel, contestatoarea susține că menținerea acestei condiții îngrădește drepturile operatorului stabilite de legislația în vigoare, cu atât mai mult cu cât operatorului nu i s-au pus la dispoziție documentele la care se face referire pentru ca acesta să poată stabili în cunoștință de cauză sustenabilitatea contractului, precum și toate riscurile cu privire la contract.

Așadar, solicită, ca măsură de remediere, eliminarea acestei clauze/cerințe, atât din documentația de atribuire, cât și din caietul de sarcini dar și publicarea documentelor aferente „mecanismului financiar și planului tarifar al Sistemului Integrat de Management al Deșeurilor în județul .....”.

VI. Perioada de mobilizare nu este clar definită, întrucât se specifică doar că nu poate depăși 6 luni. Societatea contestatoare consideră în continuare că pentru respectarea principiului transparenței se impune, ca măsură de remediere definirea clară a acestei perioade având în vedere că evaluarea ofertelor trebuie să se facă în mod unitar și realist, iar obligațiile contractuale față de această perioadă trebuie să fie clar definite.

VII. În ceea ce privește indicatorii de performanță, aceștia sunt nerealiști, încalcă legislația în materie și restricționează concurența așa cum rezultă din cele ce urmează:

În tabelul nr. 1 din Anexa 8 Indicatorii de performanță, la punctul 2, se stabilește următorul indicator de performanță: „Cantitatea de deșeuri reciclabile colectată separat (hârtie și carton, plastic metale, sticla deșeuri organice) ca procent din cantitatea totală de deșeuri colectată la nivel de UAT în aria de delegare (%)”.

Valoarea acestui indicator de performanță este stabilită ca fiind 20 % până la sfârșitul lui ....., 40 % până la sfârșitul lui 2018, 60 % până la sfârșitul lui 2020.

De asemenea, este impusă o penalitate pentru neîndeplinirea acestor indicatori.

Contestatoarea consideră că valorile propuse nu respectă prevederile OUG nr. 48/....., întrucât potrivit acestui act normativ obiectivele de reducere de la depozitare sunt: ..... -25%, 2018 - 35% începând cu 2019 - 45% și prin urmare, solicită, ca măsură de remediere, eliminarea acestui indicator de performanță.

Aceleași argumente se aplică și față de Indicatorii de performanță din Tabelul 2 anexa 8 pct. 1.2 lit. h, lit. j, lit. l, lit. o, lit. p. cu atât mai mult cu cât și în acest caz operatorul de colectare nu este gestionarul instalațiilor de tratare și eliminare pentru a exista vreun control asupra reducerii cantității de deșeuri.

Deoarece autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere, își menține criticile din cadrul Notificării cu mențiunea că prevederile legale enuntațe în notificare nu sunt menite să creeze confuzie, ci sunt prevederi pe care autoritatea contractanta le-a mentionat ca au stat la baza alcătuirii documentației de atribuire, deci sunt aplicabile prezentei proceduri.

VIII. În ceea ce privește Informația privind unitățile de ecarisaj care au contract cu UAT-urile, prin măsurile de remediere, autoritatea contractantă a menționat: „conform caietului de sarcini cadavrele animalelor vor fi transportate prin mijloace autorizate la cele mai apropiate unități de ecarisaj sau la cel mai apropiat incinerator care asigură contractual acest serviciu consiliului local”.

Cu toate acestea, nu se pune la dispoziție nici lista incineratoarelor care asigură contractual acest serviciu Consiliului local și nici lista cu toate unitățile de ecarisaj care se regăsesc în aria de derulare a contractului.

IX. Cerința 2 de la Cap. III.2.2) Capacitatea economică și financiară din Fișa de date este restrictivă și încalcă legislația având în vedere următoarele:

Potrivit cerinței 2 de la Cap. III.2.2) Capacitatea economică și financiară din Fișa de date „Ofertantul trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bancă ori alte mijloace financiare suficiente pentru realizarea cash-flow-ului de susținere a contractului pentru primele 6 luni de derulare a contractului, în valoare de cel puțin 19.200.000 lei (valoarea raportată la valoarea estimată totală a contractului)".

Din punctul său de vedere, contestatoarea precizează că această cerință este în afara prevederilor Legii nr. 98/2016 și a celorlalte acte normative aplicabile în cazul de față.

Singura garanție prevăzută de Legea nr. 98/2016 și de actele normative aplicabile în acest caz, este garanția de bună execuție, garanție care este și aceasta solicitată prin documentația de atribuire.

De altfel, impunerea unei a treia garanții (cash-flow-ul) suplimentar față de celelalte două (garanția de bună execuție și asumarea de către operatorul economic a obligațiilor contractuale) reprezintă o condiție suplimentară, abuzivă.

Mai mult, o a patra garanție pe care trebuie operatorul economic să o prezinte autorității contractante este media cifrei de afaceri globală în ultimii trei ani care trebuie să fie de 61.597.000 lei.

Așadar, există suficiente garanții pe care operatorul economic trebuie să le prezinte pentru a dovedi că acesta are resursele necesare să susțină activitățile contractului pe perioada de mobilizare.

În concluzie, prezentarea cash-flow-ului reprezintă o dublare a cerinței privind prezentarea cifrei de afaceri și implicit impun, nejustificat și o dublare a garanției de bună execuție întrucât prin această cerință se solicită operatorului economic să blocheze respectiva sumă doar pentru acest contract.

Dublarea condițiilor din documentația de atribuire reprezintă o măsură abuzivă care trebuie eliminată.

Prin urmare, se impune, ca măsură de remediere, eliminarea acestor cerințe din documentația de atribuire, deoarece sunt în afara Legii nr. 98/2016 și a actelor normative aplicabile obiectului contractului.

X. În caietul de sarcini sunt anumite UAT-uri care au contracte de salubrizare în derulare pe durata nedeterminată sau pe perioadă mai mare decât contractul acesta. În Regulamentul serviciului de salubrizare se menționează la art. 14 ca "La data intrării în vigoare a prezentului Regulament de salubrizare, toți operatorii de salubrizare care mai operează în cele 3 zone de colectare, desemnați înaintea delegării operării serviciului de salubrizare din cadrul SMID ....., în baza unor contracte de delegare a serviciului valabile, vor înceta aceste contracte. Operatorul desemnat la alin. (1) va prelua operarea serviciului de salubrizare în toate UAT-urile membre .....".

Prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă a menționat că „odată cu intrarea în activitate a operatorului, conform contractului, acesta va opera pe raza administrativ teritorială a tuturor UAT-urilor prevăzute în aria teritorială de delegare. Din moment ce această mențiune nu este prevăzută în documentația de atribuire și nici nu a fost postată în SEAP ca măsură de remediere, contestatoarea consideră că se impune, ca măsură, modificarea contractului de delegare cu menționarea expresă a clarificării aduse prin punctul de vedere.

XI. Modelul de contract cuprinde clauze abuzive, nelegale, neclare, contradictorii, astfel încât se impune, ca măsură de remediere, eliminarea clauzelor abuzive/nelegale și/sau clarificarea clauzelor contractuale neclare și/sau contradictorii:

- Contractul de delegare nu prevede clauze contractuale care să stabilească ca plată se poate face direct și către subcontractanți așa cum prevede legislația achizițiilor și Directiva ce stă la baza acestei

legislației. Dintr-o eroare materială, contestatoarea, în notificare, a menționat în loc de subcontractanți terminologia de „terți susținători", însă din critica invocată s-a putut deduce că în realitate intenția sa a fost să facă referire la lipsa detaliilor din contract față de plata directă către subcontractanți. De altfel, și autoritatea contractantă în punctul său de vedere a invocat dispozițiile art. 218 din Legea nr. 98/2016, dar nu a luat nicio măsură de remediere în sensul să menționeze în contract o astfel de clauză. Prin urmare, solicită ca măsură de remediere indicarea în contractul de delegare a unei clauze care să stabilească că plata se poate face direct și către subcontractanți.
- Art. 5 alin. (1) lit. h) din contract - consideră că această clauză este abuzivă întrucât pe de o parte se încalcă securitatea juridică a unui contract prin modificarea unilaterală a contractului doar de către o parte contractuală, iar pe de altă parte, nu sunt prevăzute clar care sunt motivele ce pot duce la o astfel de modificare nici ce fel de compensație se acordă. Lipsa cuantumului unei compensației, sau măcar a criteriilor care să determine calcularea acestora reprezintă o încălcare a principiului transparenței, întrucât operatorul economic nu știe la ce să se aștepte dacă se ajunge la incidența acestei clauze. Mai mult, nu este definit ce înseamnă „modificare semnificativă a contractului". De asemenea, nu sunt precizate nici motivele concrete care ar putea determina incidența clauzei contractuale. Or, toate aceste aspecte determină un avantaj pentru autoritatea contractantă care, în lipsa unor limite clare, poate realiza modificări contractuale unilaterale care să fie determinate de decizii arbitrare. Având în vedere că autoritatea contractantă nu a luat nicio măsură de remediere, contestatoarea își menține criticile, solicitând eliminarea acestei clauze.
- Art. 10 alin. (3) și alin. (4) din contract - se impune, ca măsură de remediere, a fi modificat având în vedere cele menționate în contestație, în special motivele menționate la Riscul 11, Riscul 12, Riscul 14 și Riscul 15 având în vedere că acestea sunt corelative și odată cu eliminarea acestor riscuri se vor elimina și aceste clauze contractuale. De asemenea, sunt aplicabile și motivele față de limitarea modificării/ ajustării tarifelor raportate la alte criterii de modificare/ajustare decât cele reglementate de Ordinul 109/....., astfel încât se impune modificarea acestei clauze sau eliminarea acesteia, astfel încât să se asigure respectarea regulilor și limitelor impuse de Ordinul 109/2007.
- Art. 10 alin. (6) din contract - se impune, ca măsură de remediere, a fi modificat întrucât termenul de plată, modalitatea de facturare, penalitățile și celelalte reguli din cadrul acestei clauze trebuie corelate cu Secțiunea a 4-a Furnizarea/Prestarea, contractarea și facturarea serviciilor de utilități publice din Legea nr. 51/2006, acestea nefiind respectate.

- Art. 28 din contract alin. (1), alin. (4), alin. (5) și alin. (8) - sunt restrictive, neclare, contradictorii și trebuie eliminate/modificate/ corelate cu celelalte aspecte din cadrul notificării având în vedere că, prin aceste clauze contractuale, se impun operatorilor economici o serie de responsabilități/obligații/răspunderi care nu se corelează cu indicatorii de performanță, cu riscurile din cadrul Matricei Riscurilor și cu specificul contractului de servicii în cadrul cărora doar o parte din riscuri sunt suportate de către operatorii economici. Totodată, contestatoarea precizează că, atât timp cât în cadrul contractului există sancțiuni care se aplică situației nerespectării obligațiilor contractuale, această declarație este una abuzivă întrucât nu se referă la aspecte cunoscute și pe care le poate controla operatorul economic, nerespectarea unor obligații contractuale poate să apară ca urmare și a unor factori care nu depind de operatorul economic, cum ar fi fluctuațiile prețurilor, sau apariția riscurilor prevăzute în matricea riscurilor etc. Solicită eliminarea acestei clauze, întrucât oricum situația la care face trimitere autoritatea contractantă este acoperită prin stabilirea de sancțiuni pentru nerespectarea obligațiilor contractuale, iar potrivit Legii nr. 51/2006 un contract de delegare se încheie pe răspunderea operatorului, astfel încât această răspundere este deja una legală.
- Art. 22 alin. (5) din contract este restrictiv întrucât impune unui terț o anumită condiție. Astfel, prin această clauză autoritatea contractantă impune unui operator de asigurare o condiție care nu este prevăzută de legislația în materie și care poate determina asiguratorul să refuze încheierea asigurării cu operatorul economic, ceea ce ar duce la eliminarea operatorului economic din procedura de atribuire. Așadar, solicită, ca măsură de remediere, eliminarea acestei clauze abuzive.
- Art. 36 din contract este abuzivă întrucât pe de o parte se încalcă securitatea juridică a unui contract prin modificarea unilaterală a contractului doar de către o parte contractuală, iar pe de altă parte nu sunt prevăzute clar care sunt motivele ce pot duce la o astfel de modificare în ce constă sintagma „modificări care afectează echilibrul contractual”. Conținutul acestei clauze arată că autoritatea contractantă poate modifica unilateral contractul în orice moment și pentru orice motiv aspecte esențiale în executarea contractului (Regulament, cerințe contractuale, caietul de sarcini). Or, această modificare unilaterală este abuzivă și încalcă principiul transparenței. Contestatoarea menționează că un contract de achiziție publică se poate modifica doar în anumite condiții așa cum prevede Legea nr. 98/2016. Astfel, solicită eliminarea acestei clauze.
- Art. 38.1.1 lit. j din contract - este abuzivă și/sau restrictivă prevederea și se impune a fi eliminată.
- Art. 50 Încetarea contractului - din contract se impune, ca măsură de remediere, redefinirea mai clară a acestei clauze pentru a nu se înțelege că articolele la care se face trimitere în clauza contractuală ar fi valabilă în continuare după încetarea definitivă a prestării serviciului.

- Art. 51 alin. (1) lit. c din contract – prevederea este abuzivă și încalcă libertatea de administrare și gestionare a unei societăți comerciale având în vedere că autoritatea contractantă nu poate impune operatorului economic limitarea modului de administrare a societății și a oricăror modificări pe care le dorește societatea și care sunt prevăzute de legislația în domeniu. Singurul care poate decide în sensul vreunei modificări a actului constitutiv este operatorul economic, iar această libertate nu poate fi îngrădită de autoritatea contractantă prin contractul de achiziție publică, astfel încât solicită eliminarea acestei clauze.

În vederea soluţionării contestaţiei, Consiliul a solicitat autorităţii contractante, prin adresele nr. 35062/...../...../22.08..... și 35494/...../...../24.08....., în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziţiei publice, solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea, precum şi punctele de vedere cu privire la contestaţii.

Prin adresa nr. 937/24.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 35544/24.08....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă de ..... SA, împreună cu documentele solicitate.

.... solicită respingerea contestației și menținerea prevederilor anunțului de participare nr. ...../27.07.2016 și ale documentației de atribuire, pentru următoarele considerente:

I. Cu privire la împărțirea pe loturi a contractului corespunzător celor 3 zone de colectare, autoritatea contractantă precizează faptul că viitoarele servicii și implicit viitorul contract nu se lotizează prin raportare la prevederile Aplicatiei de finanțare aprobată a contractului de finanțare și a Documentului de poziție, potrivit cărora scopul proiectului este inclusiv acela de a identifica un operator unic de salubrizare a Sistemului de Management Integrat de Deșeuri la nivelul judetului .....

Astfel, unul dintre principiile SMID este tocmai de a se furniza servicii de salubrizare în tot județul la tarife unitare (diferențiate pe urban și rural) astfel încât să se genereze o atitudine de „solidaritate" între diferitele zone ale județului, acestea susținându-se reciproc pe parcursul derulării contractului. Prin organizarea procedurii de achiziție într-un singur lot se urmărește practic eliminarea oricăror tipuri de discrepanțe între zonele județului, discrepanțe care, în oricare altă ipoteză ar fi generate inutil, ar genera ineficiența contractuală și discriminare între membrii aceleiași comunități. Astfel, de exemplu, în măsura în care contractul ar fi lotizat pe zone sau areale geografice din județ, discrepanțele dintre acestea ar genera costuri nesustenabile la nivelul populației într-o zonă și costuri nesemnificative într-o altă zonă. Subliniază faptul că principiul aplicării unui tarif unic la nivel județean, tarif care să fie suportabil la nivelul populației (tarifele maximale fiind de altfel calculate ținând cont de o metodologie care să

asigure gradul de suportabilitate) este un principiu de bază al Proiectelor de Management Integrat al Deșeurilor.

Față de cele de mai sus, raportat la prevederile proiectului, în ansamblul său, procedura de achiziție nu se lotizează.

II. Referitor la excluderea din documentația de atribuire a operațiunilor de măturat, spălat, stropirea și întreținerea căilor publice din municipiul ....., autoritatea contractantă precizează următoarele;

a) Toate activitățile cuprinse în obiectul contractului sunt activități de salubrizare, așa cum le definește Legea nr. 101/2006 a salubrizării, în art. 2 alin. (3). Conform art. 14 alin. (2) din același act normativ, singura activitate exceptată de la această prevedere, conform alineatului (4) al aceluiași articol, este activitatea de dezinsecție, dezinfecție și deratizare, activitate care nu constituie obiectul prezentei proceduri. În consecință, este decizia autorității contractante ca, în funcție de situația existentă și de oportunitate, să decidă dacă și cum comasează activitățile de salubrizare în cadrul unui contract.

b) De asemenea, contractul care face obiectul prezentei proceduri este realizat în cadrul Proiectului Sistem de Management Integrat al Deșeurilor în județul ..... Procedura ține cont, în acest context de prevederile documentelor Proiectului (în conformitate cu prevederile legale). Astfel, în cadrul proiectului, au fost prevăzute investiții în echipamente de salubrizare stradală (coșuri de gunoi stradal, pubele pentru deșeuri stradale), care trebuie gestionate într-un cadru comun cu celelalte investiții pentru colectarea deșeurilor. Aceste investiții se regăsesc și în Anexa 10 la caietul de sarcini. Aceste coșuri și pubele sunt golite de către operatorul activității de măturat stradal, fiind parte integrantă din activitatea de măturat stradal, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice, așa cum este ea definită în Legea nr. 101/2006.

În acest context, autoritatea contractantă consideră comasarea activității de colectare și transport deșeuri în județul ..... cu activitatea de măturat stradal necesară și posibilă, în același timp.

Includerea activității de măturat stradal, spălat, stropirea și întreținerea căilor publice în Municipiul ..... în contractul de delegare a fost reglementat în cadrul Contractului de finanțare al Proiectului Sistem de Management Integrat al Deșeurilor în județul ....., Contractul de Asociere al membrilor ..... fiind modificat inclusiv în acest sens (includerea activității de măturat stradal, întreținere stropire căi publice în Municipiul .....), cu aprobarea Autorității de Management POS Mediu, care a asigurat finanțarea Proiectului. Actul Adițional la Contractul de Asociere a fost aprobat prin Hotărârea AGA nr. 1/21.04.2016.

Astfel, activitățile propuse a fi eliminate „sunt activități necesare și asumate de autoritatea contractantă” sub toate formele legale, cerințele documentației de atribuire menținându-se la nivelul stabilit.

III. Cu privire la nivelul minim al cifrei de afaceri solicitat în Fișa de date a achiziției pct III.2.2 - Capacitatea economico – financiară, autoritatea contractantă precizează faptul că, la stabilirea cerinței minime de calificare referitoare la nivelului cifrei de afaceri s-au avut în vedere prevederile art. 175 din Legea nr. 98/2016 în integralitatea sa.

Astfel, alin. 2 lit. a) a articolului invocat prevede posibilitatea autorității contractante de a viza în cadrul cerințelor minime de clarificare un nivel minim al cifrei de afaceri impusă operatorilor economici care nu poate însă să depășească de două ori valoarea estimată totală a contractului de achiziție publică.

Astfel, tocmai pentru a nu restricționa participarea operatorilor economici în procedura de achiziție de față, autoritatea contractantă, deși avea posibilitatea legală să solicite o cifră de afaceri de până la 492.778.592 de lei (246.389.300 lei x 2, valoarea fără taxă pentru depozitat deșeuri conform OUG nr. 48/.....), în respectarea principiilor ce guvernează legislația achizițiilor publice, a ales să solicite o cifră de afaceri de 61.597.000 lei, adică o cifră de afaceri raportată doar la valoarea estimată a primului an de prestare, cu respectarea multiplicării acesteia cu 2 (246.389.300 lei/8ani = 30.798.662 lei/an, 30.798.662 lei/an x 2 ≈ 61.597.000 lei), iar nu la valoarea întregului contract, așa cum avea de altfel dreptul, valoare din care au fost, în fapt, eliminate chiar și costurile presupuse de taxele datorate fondului de mediu.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă a apreciat că cerința minimă de calificare este calculată cu respectarea prevederilor legale, în mod proporțional, că este relevantă pentru scopul și obiectivele autorității contractante și că asigură accesul operatorilor economici la procedura de achiziție, fără nicio discriminare.

Astfel, prin stabilirea cifrei de afaceri la nivelul solicitat s-a urmărit ca operatorul economic ce se va implica în prestarea viitoarelor servicii să dețină capacitățile financiare suficiente și necesare realizării serviciilor, un nivel mai mic sau raportat în mod diferit, la alte valori sau la alte perioade, punând în pericol sustenabilitatea contractului.

Prin punctul de vedere nr. 954/30.08....., înregistrat la Consiliu cu nr. 36537/31.08....., cu referire la contestația formulată de SC ..... SA, ..., solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea prevederilor documentației de atribuire, pentru următoarele considerente:

I. Cu privire la obligația impusă operatorilor economici de a atinge țintele de reciclare a deșeurilor separate prevăzute în Legea nr. 211/2011 este restrictivă și încalcă legislația aplicabilă, autoritatea contractantă precizează:

Prevederile din caietul de sarcini sunt legale și temeinice și corespund nivelului de calitate a serviciilor așteptat, raportat la

procentele impuse prin caietul de sarcini ce au în vedere cantitatea totală a deșeurilor colectate de către operatorul de colectare, în timp ce prevederea legală invocată are în vedere procentul de deșeuri pregătite pentru reutilizare și reciclare.

Deși legate una de alta, cele două prevederi au implicații diferite. Mai precis, atingerea țintelor prevăzute în Legea nr. 211/2011 privind nivelul de pregătire al deșeurilor pentru reutilizare și reciclare depinde de mai mulți factori, în principal de:

- Calitatea serviciului de colectare și transport, care depinde de modalitatea de prestare a serviciului de către operatorul activității de colectare și transport al deșeurilor. Operatorul trebuie să se asigure de cel mai bun mod de gestionare a recipienților respectivi de colectarea și transportul în condiții optime a acestor deșeuri, astfel încât să se asigure cantitățile menționate în caietul de sarcini. În acest sens este formulată și cerința din caietul de sarcini;
- Cantitatea de impurități din deșeurile reciclabile colectate separat;
- Calitatea modalității de sortare a deșeurilor.

Autoritatea contractantă menționează că, în contestația sa, SC ..... SA încearcă să producă o confuzie între procentele menționate, respectiv ținta instituită de lege care are în vedere deșeurile pregătite pentru reutilizare și reciclare în anul 2020 și procentele solicitate în caietul de sarcini referitoare la colectarea separată a 60% din cantitatea totală a deșeurilor colectate (pentru anul 2020, pentru anii anteriori stabilindu-se procente mai mici, crescătoare gradual). Cu alte cuvinte, pentru a atinge procentul de 50% instituit de lege, mai întâi deșeurile trebuie colectate separat, într-un procent cât mai mare, pentru ca, din aceste deșeuri colectate separat, să se ajungă la deșeuri pregătite pentru reutilizare și reciclare. Astfel, prin cerința din documentația de atribuire nu se încalcă nicio prevedere legislativă.

Cu privire la responsabilitatea aferentă colectării separate în vederea atingerii țintelor finale impuse de legislația în materie, autoritatea contractantă solicită Consiliului observarea că mecanismul de gestiune delegată institutuit de Legea nr. 51/2006 are în vedere preluarea, în numele și pe seama unităților administrativ teritoriale membre, a tuturor sau numai a unei părți din competențele/ responsabilitățile proprii privind furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice, pe baza unui contract, denumit în continuare contract de delegare a gestiunii.

II. Referitor la paragrafele 5, 6, 7 de la pagina 29 din caietul de sarcini considerate restrictive, necorelate și emise cu încălcarea legislației în materie, autoritatea contractantă precizează față de necesarul suplimentar de recipienți, că în urma notificării prealabile formulate de contestatoare a adoptat o măsură de remediere, pe care, în cuprinsul contestației, aceasta o ignoră.

Prin contestația introdusă, contestatoarea nu atacă măsura de remediere, ci conținutul inițial al caietului de sarcini, care, cu privire la acest aspect, nu mai este valabil, clauza invocată fiind deja înlocuită.

În ceea ce privește planul de investiții, acesta este prevăzut ca cerință obligatorie în realizarea viitorului contract și are în vedere optimizarea, din punctul de vedere al operatorului, a planului de investiții raportat la situația existentă. Obligațiile minime de investiții sunt cuprinse în caietul de sarcini și sunt cuprinse în valoarea estimată.

III. În ceea ce privește faptul că valoarea estimată a contractului este neclară, încalcă legislația în materie și determină imposibilitatea realizării ofertelor, necuprinzând o serie de costuri pe care operatorul economic trebuie să le realizeze pe parcursul derulării contractului:

Față de această critică, autoritatea contractantă menține valoarea estimată calculată și comunicată prin anunțul de participare și documentația de atribuire aferentă.

Astfel, autoritatea contractantă susține că, în cadrul acestui contract, este extrem de relevantă valoarea tuturor activităților aferente Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor în județul ....., respectiv tarifele ofertate în cadrul prezentei proceduri trebuie să conțină și toate costurile care vor fi achitate de către operatorul de colectare operatorilor instalațiilor de transfer, tratare sau depozitare a deșeurilor, după caz, cărora le predă deșeuri colectate. În consecință, întrucât toate costurile celorlalte activități sunt cuprinse în tariful operatorului de colectare, este evident că valoarea estimată a contractului trebuie să cuprindă costurile de operare pentru activitatea de colectare, precum și costurile care urmează să fie achitate de către acesta către alți operatori.

În acest sens, în cadrul formularelor pentru Fișele de fundamentare a tarifelor se găsesc informații privind tarifele (existente sau maximale, după caz) ale operatorilor instalațiilor de transfer, tratare sau depozitare a deșeurilor, precum și cantitățile de deșeuri estimate să fie transportate la fiecare tip de instalație, astfel încât ofertanții să aibă la dispoziție toate informațiile pentru estimarea corectă a costurilor și tarifelor aferente activității de colectare și transport al deșeurilor.

Autoritatea contractantă precizează faptul că acele calcule care au dus la stabilirea planului tarifar, au tost temeinic realizate, pe baza metodologiei de realizare a Analizei Cost beneficiu întocmite de Comisia Europeană pentru acest tip de activități, fiind verificate și aprobate de diferite foruri (Ministerul Mediului, JASPERS, Comisia Europeană), calcule care au fost realizate pentru fiecare activitate de salubrizare în parte cuprinsă în Sistem (colectarea și transportul deșeurilor fiind una dintre ele). Astfel, planul tarifar are la bază costuri de operare calculate pentru fiecare activitate în parte, inclusiv costuri de investiții și întreținere. Aceste calcule complexe au stat la baza

calculării planului tarifar, care are la bază toate costurile necesare funcționării Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor din județul ....., așa cum sunt acestea calculate în cadrul documentelor Proiectului.

Aceste costuri au fost estimate în cadrul unor documentații tehnico-economice complexe, care au stat la baza verificării de către JASPERS și aprobării întregului Proiect de către Comisia Europeană, precum și de către Ministerul Mediului, costuri care asigură, pe de o parte, toate investițiile necesare sistemului, pe de altă parte, sunt acoperite de veniturile previzionate, rezultate din colectarea tarifelor/ taxelor de la populație și agenți economici.

Autoritatea contractantă precizează faptul că aceste documentații au susținut următoarele concluzii:

- Proiectul este realizabil;
- Proiectul răspunde cerințelor și politicilor de mediu și cerințelor din Tratatul de Aderare al României la Uniunea Europeană
- Definirea modalității de delegare a serviciilor de salubrizare, în baza analizei de opțiuni tehnice și financiare;
- Estimarea costurilor și a veniturilor pe o perioadă de 30 ani, care să asigure sustenabilitatea acestuia.

Valoarea estimată a contractului pentru activitatea de colectare și transport este calculată pornind de la tarifele/taxele maximale care vor fi percepute de la populație, respectiv agenți economici, calculate în cadrul documentelor Proiectului. Aceste tarife au fost înmulțite cu cantitățile de deșeuri previzionate a fi colectate pe durata celor 8 ani de operare, rezultând valoarea estimată pentru activitatea de colectare și transport al deșeurilor.

Tarifele maximale menționate mai sus sunt parte integrantă a Proiectului aprobat de Comisia Europeană și Ministerul Mediului, fiind asumate de către membrii ….” ..... (UAT-uri) prin Hotărâri de Consiliu Local.

În acest sens, toate costurile aferente desfășurării activității sunt cuprinse în valoarea estimată a contractului.

Autoritatea contractantă precizează față de obligația instituită în sarcina operatorului de a realiza investiții:

- asigurarea de recipienți pentru agenții economici (contra cost/ închiriere);
- proiectul nu prevede colectarea de saci;
- asigurarea de unități de compostare în mediul rural se va face acolo unde UAT-urile nu le pot asigura;
- cerințele din Anexa 11 sunt complete în ceea ce privește investițiile minime necesare operatorilor, tocmai pentru ca ofertanții să aibă la dispoziție informațiile necesare;
- amenajarea, autorizarea, operarea unor puncte de stocare temporare dotate cu recipiente/containere în număr suficient în vederea gestionării deșeurilor menajere periculoase va ține cont de

cantitățile estimate în caietul de sarcini, ofertanții urmând să-și gestioneze necesarul de recipiente pe baza experienței deținute;
- legat de costurile pentru organizarea și desfășurarea campaniilor de colectare a deșeurilor voluminoase de la populație, precum și a cadavrelor de animale, trebuie făcută distincție, ultima fiind ocazională și doar la cerere.

Autoritatea contractantă precizează, față de obligația de modificare a fișei de tarif pentru deșeurile reziduale că, față de includerea în calculul valorii estimate investițiilor referitoare la autovehiculele de colectare și recipinete, baze de lucru, mașina de spălat recipiente sunt valabile cele reținute mai sus.

În ceea ce privește valoarea estimată și estimarea tarifului pentru activitatea de măturat, stropit și întreținere a căilor publice, tarifele au la bază prestarea serviciului, iar în viitorul contract de achiziție publică nu se mai prevede plata unei redevențe, tarifele majorându-se practic cu contravaloarea sumei ce reprezintă redevența.

IV. Cu privire la riscurile estimate pe durata de derulare a contractului, considerate neclare, restrictive, incomplete, contradictorii și emise cu încălcarea legislației în domeniu, autoritatea contractantă menționează că:
- față de riscul 8, securizarea recipienților nu se referă la pază și protecție, ci se referă la asigurarea că ele sunt închise etanș, iar punctele de colectare se mențin închise, acolo și numai acolo unde sunt prevăzute deja sisteme de închidere de către autoritatea contractantă/UAT-uri.
- față de riscul 9 - impurificarea deșeurilor, autoritatea contractantă consideră că este explicitat clar care sunt măsurile pe care operatorul trebuie să le ia în cazul acestui risc, respectiv să anunțe autoritatea contractantă în situațiile în care se întâmplă acest lucru pe teren. Operatorul este cel care poate identifica acest risc, la momentul golirii recipientelor (pe care doar el le poate deschide) și să anunțe autoritatea contractantă, care va lua măsurile de rigoare. Acesta este motivul pentru care acest risc este asumat la nivelul de 50%-50%.
- față de riscul 10, autoritatea contractantă a reiterat aspectele menționate de la riscul 9;
- față de riscurile 11, 12, 14, 15 asupra cărora s-au adoptat măsuri de remediere, autoritatea contractantă precizează că-și menține punctul de vedere și măsurile de remediere deja formulate și publicate în SEAP;
- față de necesarul de autospeciale de colectare, autoritatea contractantă își menține pentru acest risc modificarea care a făcut-o pentru riscul 11. De asemenea, în conformitate cu Nota din Anexa 11 a caietului de sarcini, aceste cerințe suplimentare (suplimentarea cu 15% a autospecialelor) a fost prevăzută de la început în întreaga documentație de atribuire.

- cu privire la prevederile cuprinse la pag. 57 a caietului de sarcini, autoritatea contractantă precizează că va urmări în evaluarea ofertelor modul în care operatorul și-a asumat și a înțeles gestionarea riscurilor, respectiv va urmări asumarea în integralitate a riscurilor ce-i revin astfel încât, în evaluare, se va asigura că operatorii economici au înțeles concret și în totalitate riscurile presupuse de derularea contractului, precum și că operatorii economici au prevăzut măsuri care să elimine sau să reducă la maxim aceste riscuri;
- față de absența riscurilor enumerate de operatorul economic, respectiv indisponibilitatea finanțării, modificări ale dobânzilor, înrăutățirea condițiilor economice, schimbări demografice, costuri de abordabilitate/accesiblitate, inflație, riscul de depășire a costurilor, întreținere și reparații, riscul de asigurare/sustenabilitatea contractului, autoritatea contractantă susține că matricea riscurilor nu se mai modifică în afara celor menționate mai sus.
V. Cu privire la tarifele maximale care încalcă legislația în vigoare, autoritatea contractantă reiterează aspectele cuprinse în punctul de vedere la notificarea prealabilă.
VI. Referitor la perioada de mobilizare de 6 luni față de care se consideră că este neclară, autoritatea contractantă precizează că perioada de mobilizare este de maxim 6 luni, cu excepția menționată în caietul de sarcini. Cele 6 luni încep de a doua zi după semnarea contractului de delegare și constituirea garanției de bună execuție. Ofertanții au dreptul în ofertele lor să propună perioade de mobilizare mai scurte dacă pot face dovada realizării măsurilor impuse în perioada de mobilizare în timpul ofertat.

În egală măsură, precizează că perioada de mobilizare nu reprezintă factor de evaluare, nu se punctează ci reprezintă o perioadă maximă în care operatorii economici trebuie să adopte măsurile prevăzute în caietul de sarcini.
VII. În ceea ce privește indicatorii de performanță, autoritatea contractantă menține cerințele întrucât:
- țintele impuse prin caietul de sarcini se referă la cantități colectate separat (calculate ca și procent din cantitățile total colectate), deci intră în totalitate în sarcina operatorului și sunt legate de obiectivele de reciclare și reutilizare din Legea nr. 211/2011;
- țintele din OUG nr. 48/..... se referă la ținte de reducere de la depozitare a deșeurilor municipale (care constituie totalitatea deșeurilor, nu doar a celor reciclabile) și acestea sunt legate și de activitatea operatorului instalațiilor.
VIII. Cu privire la lipsa informațiilor despre unitățile de ecarisaj, autoritatea contractantă a adoptat deja o măsura de remediere precizând faptul că potrivit caietului de sarcini cadavrele animaliere vor fi transportate prin mijloace de transport autorizate la cele mai apropiate unități de ecarisaj sau la cel mai apropiat incinerator care asigură contractual acest serviciu consiliului local.

În egală măsura, menționează că lasă operatorilor economici libertatea de a identifica unitățile de ecarisaj sau incineratoarele, de a-și estima costurile generate de aceste activități, fără a impune nicio restricție în acest sens, alegerea unităților sau tarifele percepute fiind strict o activitate premergătoare elaborării ofertelor.

În sprijinul ofertanților ca măsuri de remediere, autoritatea contractantă publică lista incineratoarelor autorizate pentru incinerarea cadavrelor de animale.

IX. Referitor la cerința 2 de la Cap. III. 2.2) Capacitatea economică și financiară din Fișa de date a achizitiei, autoritatea contractantă susține că această cerință a fost stabilită cu scopul de a se obține certitudinea că operatorul economic cu care urmează a se încheia contractul de achiziție publică are capacitatea de a susține contractul pe o perioadă limitată, respectiv până la primele decontări.

X. Cu privire la contractul de salubrizare a unor UAT-uri aflate în curs de derulare pe perioadă nedeterminată, respectiv prevederea în caietul de sarcini a tuturor UAT-urilor cu care urmează să se presteze serviciul, autoritatea contractantă precizează că, în momentul intrării în vigoare a viitorului contract, operatorului economic pe de o parte i se garantează, prin contractul de delegare, un drept exclusiv de operare pe întreaga arie teritorială a delegării, definite clar și precis în contractul de delegare și, pe de altă parte, Regulamentul de salubrizare invocat este parte integrantă a contractului de delegare, clauzele sale fiind, în fapt, clauze contractuale.

XI. În ceea ce privește clauzele contractuale, autoritatea contractantă susține următoarele:

- față de cerința referitoare la posibilitatea ca plățile să se poată face și către subcontractanți, potrivit prevederilor art. 218 din Legea nr. 98/2016, efectuează plăți corespunzătoare părții/părților din contract îndeplinite de către subcontractanții propuși în ofertă;
- față de art. 5 alin. (1) lit. h), modificarea unilaterală a contractului pentru motive ce țin de interesul național sau local și/sau în caz de modificare legislativă, cu posibilitatea pentru delegat de a primi o compensație în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ, autoritatea contractantă precizează că se poate realiza în următoarele condiții:

a) pentru motive ce țin de interesul national sau local și/sau în caz de modificare legislative;

b) cu posibilitatea pentru delegat de a primi o compensație în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ ca urmare a acestor modificări;

- față de art. 10 alin. (3) și (4) din contract corelat cu riscurile 11, 12, 14 și 15, autoritatea contractantă susține că va aplica prevederile Ordinului ANRSC 109/2007 și orice altă reglementare legală în vigoare la data solicitării de către operator a unei modificări de tarif;

- față de art. 10 alin. (6) referitor la termen de plată, modalitate de facturare, penalități, corelarea cu Secțiunea a 4 a Furnizarea/Prestarea, contractarea și facturarea serviciilor de utilități publice din Legea nr. 51/2006, autoritatea contractantă precizează că termenele prevăzute sunt în conformitate cu prevederile Legii 51/2006, în special art. 42;
- față de art. 28 alin. (1), alin. (4), alin. (5) și alin. (8), art. 22 alin. (5), art. 36, art. 38.1.1 lit. j), art. 50, art. 51 alin. (1) lit. c), autoritatea contractantă își menține prevederile contractului.

Ca urmare a studierii dosarului, SC ..... SA a transmis Concluzii scrise prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 37363/05.09....., reiterând aspectele criticate în contestație.

Față de concluziile scrise formulate de SC ..... SA, ... a transmis punct de vedere prin adresa nr. 1094/11.09....., înregistrată la Consiliu cu nr. 38097/11.09....., solicitând respingerea contestației, pe motivul că:
- prevederile documentației de atribuire sunt legale, complete și respectă, în integralitate, prevederile legislației achizițiilor publice, oferind operatorilor economici o informare corectă și completă asupra procesului de achiziție publică;
- în ceea ce privește anularea procedurii de achiziție, autoritatea contractantă susține că în cuprinsul contestației nu există nicio solicitare a cărei admitere să atragă anularea procedurii în cauză;
- referitor la cheltuielile de judecată, contestatoarea nu i-a pus la dispoziție nici facturile, nici instrumentele de plată pentru serviciile pentru care se solicită aceste cheltuieli de judecată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, Consiliul reţine următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție servicii având ca obiect ..... În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, cu data stabilită pentru depunerea ofertelor 06.09....., ora 16:00.

Nemulţumite de conținutul documentaţiei de atribuire, ataşată la anunţul de participare mai sus menţionat, ... SA a solicitat obligarea autorității contractante de a dispune măsuri de remediere în sensul modificării documentației de atribuire, iar SC ..... SA a solicitat, în principal, admiterea contestației cu obligarea autorității la modificarea documentației de atribuire astfel încât aceasta să corespundă legislației în materie și să nu restricționeze accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici și implicit decalarea termenului de depunere a ofertelor astfel încât să se asigure același termen de întocmire a documentației de atribuire ca cel de la momentul publicării anunțului de concesiune (40 de zile) și, în

subsidiar, anularea procedurii de atribuire având în vedere prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și acordarea cheltuielilor de judecată.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii formulat de ..... SA a fost admis prin Încheierea nr. 441/...../...../....., iar cel formulat de SC ..... SA, procedura de atribuire fiind suspendată, a fost respins ca rămas fără obiect prin Încheierea nr. 442/...../...../ 24.08.....

La analiza criticilor ..... SA formulate împotriva documentației de atribuire întocmite de autoritatea contractantă, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere, pe lângă criticile aduse de contestatoare, conținutul documentației de atribuire, documentele anterioare acesteia în baza cărora a fost demarată procedura de atribuire și prevederile legale incidente.

Astfel se constată că o primă critică este îndreptată împotriva neîmpărțirii pe loturi a contractului de către autoritatea contractantă. În acest sens, Consiliul consideră relevante dispozițiile art. 230 din Legea nr. 98/2016:

(1) Prin studiul de fundamentare menţionat la art. 229 alin. (1), autoritatea contractantă are obligaţia să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părţi semnificative a riscului de operare către operatorul economic, astfel cum este definit în legea privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare nu va fi transferată operatorului economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziţie publică.

Prin urmare, se constată că autoritatea contractantă a decis organizarea unei proceduri de atribuire în vederea încheierii unui contract de achiziție publică, prin publicarea unui anunț de participare, fiind aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016.

Conform prevederilor art. 3 alin. (1) lit. dd) din Legea nr. 98/2016, invocate de contestatoare, prin lot se înțelege *fiecare parte din obiectul contractului de achiziţie publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorităţii contractante, precum şi capacităţii întreprinderilor mici şi mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii şi specializări implicate, pentru a adapta conţinutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului*.

Prin urmare, se constată că la stabilirea atribuirii unui contract pe loturi primează nevoile autorității contractante. Ori, în situația de față, pentru faptul că există trei zone de colectare (Muchea, Ianca și Însurăței), nu înseamnă că atribuirea fiecare zonă ar corepunde nevoilor acesteia. Faptul că există 3 zone de colectare nu presupune necesitatea devizării contractului în 3 contracte, câte unul pentru fiecare zonă.

De asemenea, faptul că printre obiectivele proiectului nu se regăsește și acela al practicării unor tarife unitare la nivelul întregului județ nu presupune și nici nu interzice ca autoritatea contractantă să nu poate avea o astfel de opțiune.

Invocarea de către contestatoare a dispozițiilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, sunt lipsite de relevanță în ceea ce privește aspectele criticate. Aceste prevederi nu stabilesc, în niciun caz, obligația autorității contractante de a face atribuire pe loturi a unui contract în orice condiții. Orice atribuire pe loturi se face plecând de la necesitatea/obligativitatea de a face atribuirea pe loturi a unui contract funcție de natura activităților ce urmează a fi derulate. Ori, derularea acelorași activități precum cele supuse achiziției la nivelul unui județ nu poate reprezenta motiv de împărțire pe loturi a procedurii, ci dimpotrivă. Mai mult decât atât, este de interes ca la nivelul întregului județ aceste activități să fie derulate de un singur operator.

Prin urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a stabilit în mod corect nevoia delegării gestiunii activității de colectare și transport a deșeurilor la nivelul întregului județ printr-un singur contract.

Cât privește invocarea de către contestatoare a faptului că neîmpărțirea pe loturi limitează posibilitatea participării la procedură a majorității operatorilor economici din domeniu, nu poate fi primită, Consiliul considerând că împărțirea pe loturi nu poate fi determinată de un astfel de aspect. Divizarea acelorași activități doar pentru a permite participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici nu este unul din criteriile pe care se face împărțirea pe loturi. În astfel de situații, legiuitorul a permis asocierea operatorilor economici, astfel încât cerințele necesar a fi îndeplinite pentru a se putea participa la procedură să permită și accesul operatorilor economici care nu ar avea posibilitatea să asigure individual îndeplinirea lor.

Într-adevăr, modul de elaborare a documentației de atribuire nu trebuie să limiteze participarea operatorilor economicila procedură, însă, câtă vreme împărțirea pe loturi nu corespunde nevoilor autorității contractante și nu se impune o astfel de măsură în raport cu cele mai sus constatate, stabilirea unui anumit nivel al pregurilor în cadrul cerințelor de calificare nu poate să atragă neesitatea împărțirii pe loturi a achiziție.

Prin urmare, Consiliul consideră că, prin atribuire acestor servicii prin încheierea unui singur contract, nu au fost încălcate principile stabilite la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, nici în ceea ce privește discriminarea și nici în ceea ce privește tratamentul egal ori proporționalitatea.

De asemenea, este considerată ca fiind lipsită de temei și cea de a doua critică, respectiv cea legată de necesitatea eliminării din obiectul contractului și din documentația de atribuire a operațiunilor de

măturat, spălat, stropire și întreținere a căilor publice din orașul .....

În acest sens, Consiliul are în vedere că în conformitate cu dispozițiile art. 2 alin. (3) din Legea nr. 101/2006, printre serviciile de salubrizare se numără atât activitățile de colectare și transport a deșeurilor municipale, cât și măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice.

Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a include atât colectarea și transportul deșeurilor, cât și măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice în cadrul unui astfel de contract de delegare de gestiune.

Prin Regulamentul serviciului de salubrizare, cap. Dispoziţii generale, Sectiunea 1 Domeniul de aplicare, la art. 1 alin. (1) este menționat că: Prevederile prezentului regulament se aplică serviciului public de salubrizare al judeţului ....., respectiv activităţile de colectare, transport şi transfer al deşeurilor municipale, inclusiv administrarea şi operarea Staţiei de transfer Insurăţei, Administrarea şi Operarea Staţiei de sortare şi Staţiei TMB Vădeni, administrarea şi operarea Depozitului ecologic Muchea, Administrarea şi Operarea Statiei de sortare şi a Depozitului de deseuri Ianca (care va fi denumit în continuare Serviciul), înfiinţat şi organizat pentru satisfacerea nevoilor populaţiei, ale instituţiilor publice şi ale operatorilor economici de pe teritoriul judeţului ..... precum şi pentru activitatile de măturat, spălat, stropire şi întreţinerea căilor publice din municipiul .....

Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a încheia un astfel de contract de delegare a gestiunii pentru fiecare dintre activitățile enumerate la art. 2 lit. f), respectiv servicii de măturat, spălat, stropire şi întreţinerea căilor publice.

Nelegalitatea procedurii invocată de contestatoare este considerată de Consiliu neîntemeiată.

Conform informațiilor regăsite la adresa de internet privind descrierea proiectului http://ecodunareabraila.ro/index.php/ proiectul-smid/despre-proiect, Consiliul constată următoarele: Consiliul Judetean ..... implementeaza in cadrul Programului Operational Sectorial ”Mediu” - Axa prioritara 2, Domeniul Major de interventie 1, proiectul ”Sistem de management integrat al deseurilor in judetul .....”.

Proiectul este finantat prin Fondul European de Dezvoltare Regionala, conform Contractului de finantare nr.4476/RP/27.09.2013, incheiat intre Ministerul Mediului si Schimbarilor Climatice, in calitate de Autoritate de Management si Consiliul Judetean ....., in calitate de Beneficiar.

.....

Asociatia de Dezvoltare Intercomunitara „ ECO DUNAREA „ ..... impreuna cu firma de Asistenta Tehnica pregateste documentatia pentru atribuirea Contractului de Delegare (Regulamentul Serviciului, Caiet de Sarcini, Model Contract, Indicatori Contract, Fisa de Date etc).

Procedura de licitatia pentru atribuirea Contractului de Delegare va avea loc probabil la inceputul anului 2016.

In cadrul Contractului este cuprinsa si activitatea de maturat stradal in Municipiul .....

Scopul proiectului este acela de a stabili un set de masuri care sa conduca treptat la un standard de viata ridicat al populatiei, precum si la un mediu mai putin poluat.

Scopul proiectului este reprezentat de completarea infrastructurii si a echipamentelor existente cu investitii care sa conduca la asigurarea unui sistem de management integrat al deseurilor la nivel de judet, prin care se va realiza atingerea standardelor minime pentru conformarea cu cerintele legislative ale UE referitoare la sectorul de mediu, precum si respectarea angajamentelor Romaniei asumate prin Tratatul de Aderare la Uniunea Europeana.

Prin urmare, încă de la demararea proiectului s-a avut în vedere ca în cadrul acestuia să fie incluse și serviciile de salubrizare de natura celor contestate.

Fiind inclusă în cadrul proiectului, respectiv în acordul de asociere, este evident că autoritatea contractantă poate organiza și procedura de atribuire aferentă. Studiul de oportunitate relevă acest fapt.

Faptul că aceste servicii se prestează numai la nivelul Municipiului ..... nu este de natură a atrage nelegalitatea procedurii. Includerea acestor activități doar la nivelul unei singure localități, având acceptul acționarilor asociației, nu poate constitui motiv de nelegalitate, ori de excludere din cadrul contractului ce se urmărește a fi încheiat.

Cât privește presupusa modificare indusă de necesitatea prestării activităților în discuție, din punct de vedere al dotării, Consiliul constată, de asemenea, lipsa de temei a criticilor.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că aceste activități făcând parte din obiectul contractului de delegare este normal ca operatorii economici care doresc obținerea lui să dețină și echipamentele necesare derulării lor.

Modificarea obiectului unui contract nu poate fi pusă în discuție funcție de dotarea deținută de un operator economic sau altul.

Cel mult, în situația de față ar putea fi pusă în discuție cel mult oportunitatea împărțirii pe loturi, însă societatea contestatoare nu a solicitat luarea unei astfel de măsuri, nefiind aduse nici argumente în acest sens. Petenta a urmărit eliminarea activităților din obiectul contractului, și nu achiziționarea lor într-un lot separat.

Prin urmare, criticile contestatoarei legate de acest aspect se constată a fi nefondate.

De asemenea, sunt considerate nefondate și criticile contestatoarei legate de cifra de afaceri.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere prevederile fișei de date, cap. III.2.2) Capacitatea economică și financiară, cerința 1, potrivit cărora autoritatea contractantă a solicitat:

Informatii privind cifra de afaceri.

Conditie minima: Ofertantul trebuie sa demonstreze ca cifra de afaceri generala a fost in medie de minim 61.597.000 lei pentru ultimii 3 ani financiari anteriori depunerii ofertei.

De asemenea, Consiliul a avut în vedere că valoarea estimată totală, a contractului este de: 308.221.300, lei fără TVA, iar valoarea anuala medie 38.527.663 lei, fara TVA.

Sunt considerate relevante prevederile art. 175 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016:

Cerinţele privind situaţia economică şi financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziţie publică/acordului-cadru; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depăşească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru.

După cum se poate constata prevederea legală aplicabilă stabilește un nivel al cifrei de afaceri care ar putea fi solicitat cu mult peste cel stabilit. Prin Strategia de contractare, publicată în SEAP, autoritatea contractantă a stabilit valoarea cifrei de afaceri de minim 61.597.000 lei.

Prin urmare, stabilirea cifrei de afaceri la nivelul a cel puțin dublului valorii estimate anuale medie a serviciilor efectiv prestate în cadrul contractului nu poate fi considerată ca nelegală.

Afirmațiile contestatoarei legate de faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite o cifră de afaceri de 38.527.663 lei, fără TVA, cât este valoarea anuală medie a unui contract nu este susținută de nicio prevedere legală și nu poate fi impusă autorității contractante, date fiind condițiile existente în situația de față. Raportat la prevederea legală aplicabilă, nu se poate constata o încălcarea a principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) din lege.

Cât privește invocarea de către contestatoare a dispozițiilor art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul consideră că aceste prevederi nu sunt de naută a demonstra că modul în care autoritatea contractantă a stabilit nivelul cifrei de afaceri solicitat este unul eronat.

Cât privește susținerile achizitoarei că ar fi putut solicita a cifră de afaceri de până la 492.778.592 lei, Consiliul le consideră eronate dat fiind faptul că stabilirea cerinței la nivelul întregului contract, derulat pe 8 ani, de două ori valoarea acestuia, ar veni în contradicție cu prevederile legale aplicabile, îndeosebi cele ale art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, deoarece în discuție nu ar mai fi dovedirea capacității operatorului economic de a executa contractul, ci introducerea unor condiții cu caracter restrictiv care ar înlătura orice concurenţă reală contrar prevederilor legale aplicabile.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ..... SA, în contradictoriu cu ....

La analiza criticilor SC ..... SA formulate împotriva documentației de atribuire întocmite de autoritatea contractantă, Consiliul constată temeinicia, în parte, criticilor.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere, pe lângă criticile aduse de contestatoare, conținutul documentației de atribuire, documentele anterioare acesteia în baza cărora a fost demarată procedura de atribuire și prevederile legale incidente.

Astfel, se constată că o primă critică este îndreptată împotriva prevederilor caietului de sarcini, potrivit cărora:

Operatorul va trebui să asigure colectarea deşeurilor reciclabile din deşeurile menajere astfel încât să poate atinge etapizat, până în 2020, un nivel de pregătire pentru reutilizare şi reciclare de minim 60%. Astfel:

- până la sfârşitul anului ..... – deşeurile reciclabile colectate separat vor atinge 20% din cantitatea de deşeuri totală de deşeuri colectate;

- până la sfârşitul anului 2018 – deşeurile reciclabile colectate separat vor atinge 40% din cantitatea de deşeuri totală de deşeuri colectate;

- până la sfârşitul anului 2020 - deşeurile reciclabile colectate separat vor atinge 60% din cantitatea de deşeuri totală de deşeuri colectate.

În soluționarea cauzei sunt considerate relevante dispozițiile art. 17 din Legea nr. 211/2011:

(1) Autorităţile administraţiei publice locale au obligaţia ca începând cu anul 2012 să asigure colectarea separată pentru cel puţin următoarele tipuri de deşeuri: hârtie, metal, plastic şi sticlă.

(2) Producătorii de deşeuri şi autorităţile administraţiei publice locale au următoarele îndatoriri:

a) să atingă, până în anul 2020, un nivel de pregătire pentru reutilizare şi reciclare de minimum 50% din masa totală a cantităţilor de deşeuri, cum ar fi hârtie, metal, plastic şi sticlă provenind din deşeurile menajere şi, după caz, provenind din alte surse, în măsura în care aceste fluxuri de deşeuri sunt similare deşeurilor care provin din deşeurile menajere;

b) să atingă, până în anul 2020, un nivel de pregătire pentru reutilizare, reciclare şi alte operaţiuni de valorificare materială, inclusiv operaţiuni de umplere rambleiere care utilizează deşeuri pentru a înlocui alte materiale, de minimum 70% din masa cantităţilor de deşeuri nepericuloase provenite din activităţi de construcţie şi demolări, cu excepţia materialelor geologice naturale definite la categoria 17 05 04 din Hotărârea Guvernului nr. 856/2002, cu completările ulterioare.

Consiliul consideră că diferențele de procente existente între prevederile legale și cele instituite prin caietul de sarcini nu pot fi comparate în mod direct, deoarece în caietul de sarcini sunt în discuție deşeurile reciclabile colectate separat din cantitatea de deşeuri totală de deşeuri colectate, iar prevederile legale invocate stabilesc nivelul de pregătire pentru reutilizare şi reciclare masa totală a cantităţilor de deşeuri.

Pe de altă parte, contrar susținerilor autorității contractante, prevederile legale stabilesc anumite ținte care trebuie îndeplinite, a căror depășire nu este interzisă de lege.

Prin urmare, formularea din caietul de sarcini nu este strictă cum susține contestatoarea, autoritatea contractantă stabilind anumite valori care trebuie atinse. Sub nicio formă depășirea pragurilor

indicate nu ar trebui să ducă la sancționarea prestatorului acestor servicii, pragurile impuse reprezentând procentele minime.

În discuție nu este stabilirea unor praguri superioare celor impuse prin Legea nr. 211/2011, deoarece colectarea selectivă a deșeurilor nu reprezintă nivelul de pregătire pentru reutilizare al acestora. Prin urmare, nu poate conduce nici la atragerea de sancțiuni și nici nu conferă unor astfel de cerințe un caracter nelegal.

În sprijinul acestei constatări sunt și prevederile Anexei 1 din Legea nr. 211/2011, privind semnificația unor termeni utilizați, care la pct. 7 prevede colectarea separată - *colectare separată - colectarea în cadrul căreia un flux de deşeuri este păstrat separat în funcţie de tipul şi natura deşeurilor, cu scopul de a facilita valorificarea sau tratarea specifică a acestora*, în timp ce la pct. 15 prevede că: *pregătirea pentru reutilizare - operaţiunile de verificare, curăţare sau valorificare prin reparare, prin care produsele ori componentele produselor care au devenit deşeuri sunt pregătite pentru a fi reutilizate fără nicio altă operaţiune de pretratare*, definiții preluate ca atare din Directiva 2008/98/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

În aceste condiții devine evident faptul că cele două noțiuni sunt diferite, precum și faptul că este necesar ca, pentru a obține o anumită cantitate de deșeuri pregătită pentru reutilizare și reciclare, cantitatea de deșeuri colectată separat trebuie să fie mai mare. Nu există niciun argument din partea contestatoarei care să pună la îndoială diferența de 10% suplimentară ce a fost impusă de autoritatea contractantă, considerată de aceasta minim acceptabilă pentru atingerea pragurilor stabilite prin Legea nr. 211/2011.

Prin urmare, Consiliul consideră eronată aprecierea contestatoarei cu privire la nelegalitatea cerinței din acest punct de vedere, respectiv al nivelului acestor praguri.

Cât privește transferul responsabilității către operator, Consiliul are în vedere faptul că în discuție este încheierea unui contract de achiziție publică pentru delegarea gestiuni.

În acest sens sunt considerate relevante prevederile art. 29 alin. (1) din Legea nr. 51/2006, potrivit cărora:

(1) Gestiunea delegată este modalitatea de gestiune în care autorităţile deliberative ale unităţilor administrativ-teritoriale ori, după caz, asociaţiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilităţi publice, în numele şi pe seama unităţilor administrativ-teritoriale membre, atribuie unuia sau mai multor operatori toate ori numai o parte din competenţele şi responsabilităţile proprii privind furnizarea/prestarea serviciilor de utilităţi publice, pe baza unui contract, denumit în continuare contract de delegare a gestiunii. Gestiunea delegată a serviciilor de utilităţi publice implică concesionarea către operatori a sistemelor de utilităţi publice aferente serviciilor delegate, precum şi dreptul şi obligaţia acestora de a administra şi de a exploata aceste sisteme.

Conform prevederilor art. 2 lit. e) din Legii nr. 51/2006, delegarea gestiunii unui serviciu de utilităţi publice reprezintă *acţiunea prin care o unitate administrativ-teritorială atribuie unuia sau mai multor operatori, în condiţiile prezentei legi, furnizarea/prestarea unui serviciu ori a unei activităţi*

din sfera serviciilor de utilităţi publice a cărui/cărei răspundere o are. Delegarea gestiunii unui serviciu/unei activităţi de utilităţi publice implică operarea propriu-zisă a serviciului/activităţii, punerea la dispoziţie a sistemului de utilităţi publice aferent serviciului/activităţii delegat/delegate, precum şi dreptul şi obligaţia operatorului de a administra şi exploata sistemul de utilităţi publice respectiv. Delegarea gestiunii poate fi efectuată şi de asociaţiile de dezvoltare intercomunitară având ca scop serviciile de utilităţi publice, în numele şi pe seama unităţilor administrativ-teritoriale membre, în baza unui mandat special acordat de acestea.

Prin urmare, devine evident că în baza acestor prevederi autoritatea contractantă poate delega inclusiv obligațiile sale privind colectare separată a deșeurilor.

De asemenea, Consiliul consideră relevant pentru soluționarea cauzei din acest punct de vedere, faptul că autoritatea contractantă a decis încheierea unui contract de achiziție publică, și nu unul de concesiune. Această decizie a sa presupune că a decis ca o parte semnificativă a riscului de operare, să nu fie transferată operatorului economic, conform dispozițiilor art. 230 din Legea nr. 98/2016:

(1) Prin studiul de fundamentare menţionat la art. 229 alin. (1), autoritatea contractantă are obligaţia să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părţi semnificative a riscului de operare către operatorul economic, astfel cum este definit în legea privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare nu va fi transferată operatorului economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziţie publică.

În aceste condiții, chiar dacă art. 29 alin. (1) din Legea nr. 51/2006 permite transferul a toate sau numai a o parte din competențele și responsabilitățile achizitoarei, prin încheierea unui contract de achiziție publică un astfel de transfer este limitat, în sarcina autorității contractante rămânând riscurile semnificative, cum prevede expres art. 230 din Legea nr. 98/2016, care coordonează atribuire contractelor de achiziție publică.

În consecință, fiind un contract de achiziție publică, autoritatea contractantă nu poate transfera unul dintre cele mai importante/ semnificative riscuri, precum este cel de atingere a pragurilor de colectare, în sarcina operatorului. Într-o astfel de situație transferul riscurilor de operare nu ar mai avea caracterul semnificativ impus de legiuitor. E adevărat că pentru atingerea acestor praguri operatorul trebuie implicat, dar implicarea acestuia nu poate fi făcută prin transferul unui asemenea responsabilități și, implicit a unui asemenea risc în sarcina lui. Dacă dorea ca acestei responsabilități/risc să fie transferate în sarcina operatorului, atunci achizitoarea trebuia să decidă atribuirea unui contract de concesiune, cu respectarea dispozițiilor Legii nr. 100/2016.

Totodată, Consiliul constată că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut:

- cap. 3.2.2. *Conținutul ofertei tehnice*, pct. C - *Planul de organizare a activității*, printre altele că*: În oferta tehnică, Ofertantul trebuie să prezinte un Plan*

de organizare a activitatii detaliat si coerent, care sa prezinte cel putin: modalitatea şi resursele de realizare a campaniilor de informare şi conştientizare pentru eficientizarea activităţilor de salubrizare.

- 13.18.2 Comunicarea cu Clientii:

Utilizatorii serviciilor de colectare si transport a deseurilor vor fi informati in campania de informare a Autoritatii Contractante ca orice comentariu, reclamatie sau cerere a unui client sau membru al publicului privind Serviciile va fi adresata Operatorului.

În acest scop, Operatorul va infiinta un serviciu telefonic funcțional permanent. Numărul de telefon folosit în acest scop trebuie trimis Autorităţii Contractante.

Operatorul are obligatia sa informeze Autoritatea Contractanta asupra lor si a modul de rezolvare. La sfarsitul fiecarei perioade de raportare, Operatorul va transmite numarul cererilor, reclamatiilor sau plangerilor cu privire la prestarea serviciului.

Operatorul are obligația să informeze utilizatorii asupra regulilor de utilizare a serviciilor, respectiv să îi înștiințeze pentru a indica un eventual comportament indezirabil (probleme legate colectarea separată greşită a deşeurilor, umplerea până la refuz sau alte nerespectări ale regulilor).

Înştiinţarea originală trebuie să fie lăsată în cutia poştală a proprietarului sau trimisă persoanei responsabile (administratorul clădirii). O copie a înştiinţării trebuie păstrată de Operator şi folosită pentru raportul oferit Autorităţii Contractante. Aceasta poate solicita copii ale înştiinţărilor pentru documentare.

În niciun caz, Operatorul nu poate condiționa prestarea serviciului de existența unei reclamații de la utilizatori.

De asemenea, împreuna cu Autoritatea Contractanta, Operatorul va asigura rezolvarea tuturor problemelor ce apar in gestionarea obiectivelor, in relatia cu operatorii instalatiilor de gestionare a deseurilor.

Operatorul are obligaţia realizării unor campanii de informare, conştientizare şi educare a populatiei ariei administrativ-teritoriale deservite, în privinta protectiei mediului prin reciclarea / valorificarea deseurilor cat si privind procesul de gestionare a deşeurilor. Valoarea alocată anual pentru activităţi de informare, publicitate și conștientizare a publicului nu trebuie să fie mai mică de 100.000 Lei, actualizată începînd din al doilea an contractual cu rata anuală a inflației; Activitatile minime aferente campaniilor vor fi:

¬ organizarea şi susţinerea de campanii de informare şi conştientizare a publicului, inclusiv în şcoli, privind prevenirea generării deşeurilor şi colectarea selectivă a deşeurilor municipale minim 4 campanii anual;

¬ realizarea de campanii de informare a publicului cu ajutorul media (radio, televiziune şi presa scrisă locală) privind: prevenirea generării deşeurilor, colectarea separată a deşeurilor, compostarea individuală a deşeurilor biodegradabile (in scopul atingerii tintelor prevazute in Legea 211/2011), colectarea fluxurilor speciale (deşeuri periculoase din deşeurile menajere, deşeuri voluminoase, deşeuri de construcţii şi demolări (si altele, la decizia operatorului)) - minim 4 campanii anual;

¬ realizarea de ghiduri practice privind: prevenirea generării deşeurilor, compostarea individuală a deşeurilor biodegradabile, colectarea separată a deşeurilor menajere, deşeuri periculoase din deşeuri menajere, deşeuri voluminoase – minim 1 ghid/an.

¬ Campaniile de colectare a deșeurilor periculoase menajere:

♣ cel putin 4/an

♣ Programul campaniilor anunţat la începutul fiecărui an. – anunturi la radio locale, TV locale, publicatii locale zilnice, saptamanale sau lunare; realizare si distribuire fluturasi informativi – cel putin câte unul la fiecare gospodarie individuală din mediul urban si rural

♣ Cu cel puţin o săptămână înainte de derularea fiecărei campanii de colectare: anunturi la radio locale, TV locale, publicatii locale zilnice sau saptamanale; realizare si distribuire fluturasi informativi – cel putin câte unul la fiecare gospodarie individuală din mediul urban si rural

¬ Campaniile de colectare a deșeurilor voluminoase

♣ cel putin 4/an

♣ Programul campaniilor anunţat la începutul fiecărui an. – anunturi la radio locale, TV locale, publicatii locale zilnice, saptamanale sau lunare; realizare si distribuire fluturasi informativi – cel putin câte unul la fiecare gospodarie individuală din mediul urban si rural

♣ Cu cel puţin o săptămână înainte de derularea fiecărei campanii de colectare: anunturi la radio locale, TV locale, publicatii locale zilnice sau saptamanale; realizare si distribuire fluturasi informativi – cel putin câte unul la fiecare gospodarie individuală din mediul urban si rural.

Toate aceste prevederi stabilesc cerințe minime cu privire la modul de derulare a relațiilor dintre operator și utilizatori, campaniile de publicitate, precum și implicarea operatorului, scopul final fiind, pe lângă activitatea de colectare și transport a deșeurilor, de a determina o pondere cât mai mare a deșeurilor colectate separat din totalul deșeurilor. Prin urmare, s-a asigurat implicarea operatorului în atingerea acestor praguri, dar responsablitatea atingerii lor nu poate fi transferată acestuia, și nici riscul aferent.

Toate prevederile Legii nr. 101/2006, invocate de contestatoare în sprijinul afirmațiilor sale, demonstrează, într-adevăr, atribuțiile autorității contractante cu privire la colectarea separată a deșeurilor și, deși nu interzic delegarea atribuțiilor sale cu privire la această activitate, tipul de contract ales a fi încheiat de achizitoare nu permite transferul acestei obligații în sarcina operatorului.

Pentru toate aceste motive, Consiliul constată a fi îndreptățită solicitarea contestatoarei în ceea ce privește necesitatea eliminării obligației ca operatorul să asigure îndeplinirea pragurilor de colectare impuse în documentația de atribuire. Faptul că autoritatea contractantă a impus anumite praguri/ținte care dorește să fie atinse în colectarea separată a deșeurilor nu poate fi restricționat, dar, fiind un contract de achiziție publică, operatorul poate doar concura la atingerea acestora și nu să fie responsabil de atingerea lor. Această responsabilitate, precum și toate consecințele care decurg din aceasta, sunt în sarcina exclusivă a autorității contractante. În aceste condiții se impune corelarea tuturor prevederilor caietului de sarcini astfel încât să fie eliminată responsabilitatea operatorului de a asigura atingerea acestor praguri de colectare a deşeurilor, precum și consecințele ce rezultă dintr-o astfel de obligație/responsabilitate cu privire la riscuri și eventuale penalități pentru neatingerea lor.

În ceea ce privește următoarea critică, respectiv cea legată de prevederile caietului de sarcini, pagina nr. 29, apreciate ca restrictive, necorelate și nelegale, Consiliul constată că sunt lipsite de temei.

Astfel, în discuție sunt cerințele caietului de sarcini privind punctele de pre-colectare, legat de care în caietul de sarcini s-a prevăzut că:

Punctele de pre-colectare existente şi dotarea acestora sunt cele din Anexa 5 la prezentul Caiet de Sarcini. Autoritatea Contractantă va pune la dispoziţie Operatorului, după încheierea contractului de delegare, lista locaţiilor pentru punctele de pre-colectare noi, care vor fi amenajate conform Anexa 10.
În funcţie de necesităţile din teren, în termen de 2 luni de la semnarea contractului de delegare, Operatorul va identifica necesarul suplimentar de recipienţi pentru colectarea deşeurilor şi va transmite în acest sens un raport Autorităţii Contractante.
Suplimentarea cu recipienţi de colectare sau înlocuirea lor, în aceste puncte de pre-colectare, va fi asigurată de operatorul de salubrizare, după necesităţi, în cadrul programului lui de investiţii. Calculul necesarului de recipienţi suplimentari va avea la bază standardul SR 13387:1997 – Salubrizarea localităților. Deşeuri urbane. Prescripţii de proiectare a punctelor pentru precolectare, precum şi informaţiile furnizate în Anexa 3 şi Anexa 4 pentru fiecare zonă în parte.
Costurile de achiziţionare ale recipienţilor puşi la dispoziţie de operatorii de salubrizare vor fi incluse în tariful ofertat pentru prestarea activităţii de colectare separată şi transport a deşeurilor menajere.

Urmare a notificării prealabile autoritatea contractantă a publicat legat de aceste prevederi următoarea clarificare:

”Costurile de achiziţionare ale recipienţilor puşi la dispoziţie de operatorii de salubrizare vor fi incluse în tariful ofertat pentru prestarea activităţii de colectare separată şi transport a deşeurilor menajere.” de la pag. 29 a Caietului de sarcini se elimină.
Paragraful de mai sus se inlocuieste după cum urmează:
"Identificarea unor echipamente suplimentare de colectare se va face in termen de 2 luni de la semnarea contractului, costurile necesare vor fi incluse in programul de investitii pe durata contractului, iar aceste investitii vor respecta prevederile art. 28 din Legea 101/2006”.

Contestatoarea consideră incompletă remedierea achizitoarei.

Consiliul constată că măsura de remediere înlătură caracterul necorelarea informațiilor invocată de contestatoare, fiind prevăzut expres faptul că aceste costuri vor fi incluse în planul de investiții.

Pe de altă parte, nu poate fi identificat un caracter nelegal ori restrictiv al prevederilor caietului de sarcini, atât timp cât numărul de puncte de pre-colectare actual este cunoscut conform Anexei 5, iar conform Anexei 10 se cunoaște și numărul de puncte de colectare și numărul de containere care va fi pus la dispoziție de achizitoare.

Cât privește susținerile contestatoarei legate de premisa existenței unei necesități în realizarea unor astfel de investiții, Consiliul consideră că sunt lipsite de temei, ofertații fiind cei care trebuie să stabilească dacă, pe lângă containerele puse la dispoziție de achizitoare este necesară suplimentarea sau nu a numărului de recipienți.

Prin urmare, criticile legate de aceste prevederi ale caietului de sarcini se constată a fi nefondate.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de valoarea estimată a contractului, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că, pe de o parte, valoarea estimată nu cuprinde doar valoarea serviciilor care fac obiectul contractului ce se dorește a fi încheiat prin derularea

procedurii de față, iar pe de altă parte, susținerea că nu au ar fi fost luate în calcul toate costurile necesare derulării contractului nu este dovedită.

Ca prim aspect, Consiliul are în vedere că întreaga pledoarie a contestatoarei nu are legătură cu informațiile concrete existente în cadrul Strategiei de contractare și nici în Studiul de oportunitate privind procedura de față.

Legat de susținerile contestatoarei privind asumarea costurilor/chetuielilor care vor depăși cele estimate în cadrul respectivului proiect, respectiv modificări legislative, creșteri salariale, sancțiuni, investiții, Consiliul are în vedere că modificarea tarifelor este permisă și se poate face numai în condițiile prevăzute de art. 13-15 din Ordinul președintelui ANRSC nr. 109/2007.

Conform Strategiei de contractare, valoarea esimată a fost calculată astfel:

Estimarea valorii contractului este prezentata mai jos si este compusa din estimarea valorii urmatoarelor activitati de salubrizare:

1. Colectarea si transportul deseurilor municipale in judetul .....

2. Maturat, stropit, spalat si intretinere cai publice in Municipiul .....

3, Costul "Taxei pentru deseurile inerte si deseurile nepericuloase incredintate de catre terti in vedere eliminarii finale prin depozitare spatii autorizate in acest scop conform art. 9 alin. 1 lit c) din OUG nr. 196/2005 cu modificarile si completarile ulterioare.

Conform Studiului de oportunitate în Tabelul 39 este prezentată evoluția tarifelor pentru gestiunea deșeurilor în cadrul județului .....

Devine evident faptul că informațiile din cele două documente trebuie coroborate, precum și faptul că valoarea estimată este cea stabilită prin Strategia de contractare și publicată în SEAP în anunțul de participare.

Ori, contestatoarea nu prezintă niciun argument care să determine faptul că modul în care a stabilit achizitoarea valoarea estimată este eronat și nu permite derularea contractului la parametrii stabiliți prin caietul de sarcini.

De asemenea, sunt aduse critici legate de o eventuală suplimentare a unităților de compostare în mediul rural, acolo unde UAT-urile nu pot asigura unități de compostare.

În acest sens, sunt considerate relevante următoarele prevederi ale caietului de sarcini:

- În mediul rural vor fi amenajate puncte de colectare selectivă ... De asemenea sistemul va conţine şi o componentă de compostare individuală a deşeurilor biodegradabile în gospodării, asigurându-se recipiente pentru fiecare gospodărie din mediul rural.

- Deşeurile biodegradabile generate de populaţia din mediul rural vor fi compostate în gospodăriile proprii care vor fi dotate cu unităţi de compostare individuale. Prin proiect au fost achiziţionate 41008 de astfel de unităţi, fiecărui UAT din mediul rural fiindu-i repartizat un anumit număr de unităţi de compostare în funcţie de numărul de gospodării. Predarea unităţilor de compostare individuale catre populatie se va face de catre fiecare UAT.

- i. Investiţii finanţate din alte surse (ale Operatorului de salubrizare)

Investiţiile prioritare a căror realizare va fi realizată de către viitorul Operator sunt grupate după cum urmează:

- *Recipienţi pentru colectarea deşeurilor menajere, deşeuri din pieţe agroalimentare, deşeuri similare din comerţ, industrie şi instituţii, deşeuri similare din comerţ, industrie şi instituţii, deşeuri din parcuri, unităţi de compostare individuală din zona localitaţilor Ianca, Însurăţei şi Făurei...*

În ceea ce priveşte recipienţii pentru colectarea deşeurilor reziduale, deşeuri din pieţe agroalimentare, deşeuri asimilabile din comerţ şi industrie şi instituţii la nivelul oraşului Însurăţei, respectiv Făurei au fost inventariate următoarele echipamente de colectare: ... Echipamente necesare pentru orașul Însurăței ... unități de compostare individuale ... 1073 ... Echipamente necesare pentru orașul Făurei ... unități de compostare individuale ... 1463 ... Astfel, pentru oraşul Ianca operatorul de salubrizare va pune la dispoziţie unităţi de compostare individuală în număr de 1073 pentru zona de case.

- Recipienţi pentru colectarea deşeurilor reziduale, reciclabile, stradale, unităţile de compostare individuală sunt achiziţionate prin proiect pentru UAT-uri, excepţie făcând echipamentele din oraşele Insurăţei şi Făurei, pentru care echipamentele de colectare se vor pune la dispoziţie de operatorul de salubrizare. Pentru orasul Ianca operatorul de salubrizare va pune la dispozitie 1073 unităţi de compostare individuală pentru zona de case.

Prin urmare, autoritatea contractantă a stabilit în mod clar nivelul investițiilor în ceea ce privește unitățile de compostare. De altfel, Anexa 11 cuprinde toate utilajele care vor trebui puse la dispoziție de operator, iar autoritatea contractantă a precizat și informații legate de recipienții necesari, inclusiv numărul de unități de compostare.

Contestatoare susține faptul că investițiile minime în recipiente și în utilaje nu ar fi fost cuprinse în valoarea estimată a contractului, fără însă a prezenta un calcul detaliat care să susțină afirmațiile sale. Mai mult decât atât, contestatoarea omite faptul că, potrivit Studiului de oportunitatea și Strategiei de colectare, perioada de derulare a contractului de 8 ani a fost stabilită tocmai pentru a permite amortizarea costurilor legate de investițiile realizate.

Contrar susținerilor contestatoarei, autoritatea contractantă a prevăzut expres modalitatea în care se va face recuperarea costurilor, prin amortizarea lor din tarifele practicate. Ori, neexistând nicio analiză din partea contestatoarei, care să confirme contrariul celor stabilite de achizitoare, Consiliul nu se poate transforma în mandatar al contestatoarei și să realizeze o astfel de analiză.

Similar sunt considerate nefondate criticile contestatoarei legate de amenajarea unui punct de stocare temporară dotat cu recipiente/containere în număr suficient pentru gestionarea deșeurilor menajere periculoase. În caietul de sarcini, Anexa 4a, achizitoarea a furnizat informații legate de cantitățile de deșeuri periculoase preconizate a fi gestionate, prin urmare, numărul de recipiente pentru fiecare locație poate fi stabilit de fiecare operator economic.

Consiliul consideră nefondate și afirmațiile contestatoarei privind colectarea deșeurilor voluminoase, autoritatea contractantă furnizând în cadrul caietului de sarcini informații clare legate de colectarea și

transportul deșeurilor voluminoase, cu titlu gratuit (trimestrial, costuri incluse în tarif pentru colectarea și transportul deșeurilor menajere) și colectare deșeurilor menajere la cerere:

- Colectarea si transportul deşeurilor voluminoase Operatorul de salubrizare are obligaţia de a desfăşura activităţile de colectare și transport a deşeurilor voluminoase (mobilier, covoare, obiecte mari de folosință îndelungată altele decât deșeurile de echipamente electrice și electronice etc.) provenite de la populaţie, instituţii publice şi operatori economici, în condiţiile legii, în ariile administrativ-teritoriale care fac obiectul procedurii (conform Anexei 3 la prezentul Caiet de sarcini).

Operatorul va derula campanii de colectare a deșeurilor voluminoase, cu titlu gratuit, cu o frecvență trimestrială, utilizând vehicule din dotarea proprie.

Costurile pentru organizarea şi desfăsurarea campaniilor de colectare a deşeurilor voluminoase vor fi cuprinse în tariful pentru colectarea şi transportul deşeurilor menajere de la populaţie.

- De asemenea, colectarea deşeurilor voluminoase se va realiza şi în sistemul "la cerere". Generatorul de deşeuri va informa Operatorul prin apel telefonic despre faptul că doreşte să elimine un deşeu voluminos. Vor stabili de comun acord o dată şi un interval orar în care generatorul va scoate deşeul respectiv la bordură iar Operatorul va veni şi îl va colecta.

Plata pentru sistemul de colectare „la cerere" va fi bazata pe tarifare separat, conform tarifelor ofertate. Aplicarea tarifului se va realiza in urma incheierii unui contract de prestari-servicii intre operator si generatorul de deșeu, folosindu-se preturile unitare din fundamentarea tarifului, iar pentru campaniile de colectare plata este inclusă în tariful/taxa de salubrizare.

De altfel, similare sunt și criticile contestatoarei formulate în continuare, bazate pe simple afirmații că valoarea estimată nu ar include diverse costuri, dar fără însă a fi prezentat, în concret, pe baza unei analize, de ce anume consideră că respectivele costuri nu au fost luate în considerare și motivele pentru care apreciază că tarifele maximale luate în calcul de achizitoare la stabilirea valorii estimate nu sunt acoperitoare astfel încât să permită amortizarea tuturor investițiilor și cheltuielile generate de îndeplinirea contractului ce ar urma a fi realizate și derularea contractului în condițiile stabilite prin caietul de sarcini.

Similar, sunt considerate nefondate criticile contestatoarei legate de estimarea valorii aferente prestării serviciilor de curățenie stradală, plecând de la premisa că în cadrul valorii estimate indicate de achizitoare s-au aflat tarife aflate în vigoare la nivelul anului 2011. Ori contestatoarea nu prezintă niciun moment vreo analiză care să ateste că valoarea estimată stabilită de achizitoare nu ar fi acoperitoare pentru a asigura prestarea acestui serviciu.

Într-adevăr, costurile salariale de la nivelul anului 2011 la nivelul ..... s-au modificat semnificativ, dar pentru a demonstra că valoarea estimată nu este acoperitoare pentru a asigura prestarea serviciului la nivelul solicitat prin caietul de sarcini, contestatoarea trebuia să dovedească afirmațiile sale și să demonstreze că, la nivelul actual al salarizării minime legale, nu poate fi prestat serviciul solicitat.

Contrar susținerilor contestatoarei, prin punctul de vedere autoritatea contractantă a susținut că în calculului valorii estimate s-a luat în considerare tarifele actuale utilizate, inclusiv redevența cuprinsă în acestea.

Contestatoare susține că redevența de 1% nu este acoperitoare pentru majorarea salariilor, dar omite să ia în calcul faptul că, în Strategia de contractare nr. 731/10.07....., se menționează că este media tarifelor practicate de terți în contracte anterioare. Ori, având în vedere aceste susțineri, declarațiile contestatoarei nu sunt suficiente pentru a demonstra faptul că valoarea estimată a acestor servicii ar fi insuficientă pentru prestarea lor în condițiile impuse prin caietul de sarcini. Lipsa unei analize concrete care să releve o astfel de insuficiență a valorii estimate pentru prestarea acestor servicii face ca să fie lipsite de temei afirmațiile contestatoarei.

Pentru toate aceste motive, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei legate de valoarea estimată a contractului.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de neclaritatea, caracterul restrictiv, incomplet, contradictoriu și nelegal al documentației de atribuire legat de riscurile estimate, durata de derulare a contractului, Consiliul constată temeinicia, în parte, a acestora.

În caietul de sarcini autoritatea contractantă a prevăzut Riscul 8 – *Colectorii informali (risc de cerere)*, pe care l-a descris *Colectorii informali care extrag deșeurile reciclabile din recipienţii de colectare separată*, și care a fost alocat 100% delegatarului (autorității contractante). Managementul riscului pentru acest risc a fost descris ca fiind: *Acest risc are repercursiuni directe asupra activităţii Delegatului de colectare, pentru că poate produce daune asupra recipienţilor de colectare.*

În plus, perpetuarea unei asemenea operaţii are impact asupra sistemului integrat de gestionare a deșeurilor, deoarece deșeurile reciclabile colectate separat și ulterior sortate aduc venituri în sistem prin valorificare la operatoriii economici.

În situaţia în care această practică se perpetuează, veniturile în sistem scad. În această situaţie Delegatul are obligaţia de a anunţa în scris Autoritatea contractantă pentru ca aceasta să ia măsurile ce se impun.

Totodată, Operatorul are sarcina de a asigura etanşeitatea recipientelor de colectare, inclusiv prin măsuri de securizare a accesului la punctele de colectare

În urma notificării prealabile, achizitoarea a precizat că își menține cerința, precizând faptul că securizarea recipienților nu se referă la pază și protecție, ci se referă la asigurarea că ele sunt închise etanș, iar punctele de colectare se mențin închise, acolo unde sunt deja prevăzute sisteme de închidere de către autoritatea contractantă/UAT-uri.

Ori, din conținutul caietului de sarcini, se constată că lipsesc tocmai informațiile legate de semnificația sintagmei *măsuri de securizare a accesului la punctele de colectare*, motiv pentru care se constată necesitatea ca achizitoarea să nu facă completările prevederilor caietului de sarcini în ceea ce privește managementul

riscului 8, conform răspunsului la notificare și punctului de vedere la contestație.

Contrar susținerilor contestatoarei nu au fost aduse informații noi cu privire la etanșeitatea recipienților, această caracteristică fiind susținută atât de prevederile inițiale ale managemetului acestui risc, cât și de alte prevederi ale caietului de sarcini: înlocuirea de către operator a recipienților de precolectare care prezintă defecţiuni sau neetanşeităţi; după golire, recipienţii trebuie să ajungă la locul de unde operatorul le-a ridicat sau la locul lor obişnuit, iar operatorul se va asigura că *în urma colectării deşeurilor recipienţii rămân protejaţi, în spaţiul amenajat pentru ei, cu roţile blocate şi cu sistemul de închidere funcţional. Capacul trebuie mereu închis după golire*...

De asemenea, niciun moment nu a fost pus în discuție modificarea riscului precizat în cadrul tabelului, ca fiind 100% în sarcina autorității contractante, precizările din managementul riscului nefiind de natură a modifica alocarea riscului.

Nici răspunsul la notificarea prealabilă și nici punctul de vedere la contestație nu au modificat alocarea risculiui din sarcina autorității contractante.

În ceea ce privește Riscul 9 – Impurificarea foarte mare a deșeurilor colectate separat (risc de cerere), descris ca fiind *În general, este acceptat un anumit grad de impurificare (greşeli) în cazul fiecărui recipient de colectare separată a deșeurilor. În situaţia în care gradul de impurificare este foarte mare, conduce la reducerea semnificativă a cantităţii de deșeuri valorificate,* se constată că alocarea riscului a fost stabilită la 50% - 50% pentru delegatar și delegat. Managementul riscului pentru acest risc a fost descris ca fiind: *Operatorul are obligaţia de a identifica cu exactitate locaţiile unde se constată acest lucru şi de a anunţa Autoritatea contractantă pentru a fi luate măsurile ce se impun.*

În cazul în care gradul de impurificare este foarte ridicat iar deşeurile nu mai pot fi valorificate, colectarea acestora se va realiza impreuna cu colectarea deşeurilor amestecate.

Raţionamentul de mai sus se aplică exclusiv situaţiilor punctuale (recipiente în care la un moment dat este identificată o impurificare foarte mare).

In acelaşi timp, Operatorul are obligaţia de a informa şi conştientiza populaţia în vederea colectării separate cât mai eficiente la sursă a deşeurilor, precum şi de a asigura infrastructura necesară pentru realizarea acestei colectări.

Consiliul consideră că nu se impune modificarea alocării riscurilor conform solicitării contestatoarei, deoarece în preîntâmpinarea unor astfel de situații este implicată în aceeași măsură ca și achizitoare. Prin caietul de sarcini au fost stabilite praguri care trebuie atinse gradual până în anul 2020, ori lipsa sa de implicare în a manageria astfel de riscuri precum acesta, cu informarea achizitoarei și conștientizarea populației ar putea duce la neatingerea acestora. Delegarea gestiunii serviciului de colectare presupune inclusiv asumarea responsabilităților legate de eliminarea într-o măsură cât mai mare a situațiilor în care gradul de impurificare a deșeurilor este

foarte mare. Notificarea achizitoarei cu privire la situațiile apărute și indicarea exactă a locațiilor este o măsură absolut necesară atât pentru a determina achizitoarea la a lua măsuri care nu pot fi luate de contestatoare, cât și la luarea măsurilor care derivă din atribuțiile asumate prin contract. Astfel, implicarea sa în diminuarea cantității de deșeuri impurificate va conduce și la o eventuală diminuare, dacă este cazul, a unor eventuale costuri suplimentare.

Prin urmare, criticile contestatoarei cu privire la acest aspect se constată a fi nefondate.

Cele reținute cu privire la criticile aduse Riscului 9 sunt valabile și în cazul Riscului 10, motiv pentru care criticile aduse se constată a fi, de asemenea, nefondate.

În referire la criticile aduse riscurilor 11, 12, 14 și 15, Consiliul constată că autoritatea contractantă prin remedierile aduse a modificat alocarea riscului, în sensul că acesta a fost alocat 100% delegatarului.

În referire la Riscul 11 - *Cantitatea de deșeuri ce trebuie colectată este mai mare decât cea planificată (Risc de cerere)*, Consiliul reține că necesarul de autospeciale a fost prevăzut în Anexa 11 a caietului de sarcini, autoritatea prevăzând expres în Notă că: *se va asigura un surplus de 15% la capacitatea necesară calculată pentru vehiculele de transport*.

În ceea ce privește modificarea tarifelor prevăzută la riscurile 12, 14 și 15, Consiliul constată necesitatea corelării specificațiilor din managementul riscului cu prevederile art. 13-16 ale Ordinului președintelui ANRSC nr. 109/2007.

Fiind stabilit cadrul legal în care pot fi modificate tarifele practicate, achizitoarea trebuie să își formuleze cerințele prin raportare la aceasta.

Prin urmare, criticile contestatoarei legate de alocarea riscului sunt rămase fără obiect, prin remedierile publicate în SEAP achizitoarea modificând cota de alocare pentru delegatar la 100% și se constată a fi întemeiate criticle legate de modul de redactare a Managementului riscului pentru riscurile 12, 14 și 15.

Astfel, nu există niciun impediment din acest punct de vedere pentru întocmirea Programului de gestionare a riscurilor asumate, măsurile luate de achizitoare (alocare risc 100% pentru cele 4 riscuri) și cele care vor fi luate (corelarea managementului riscului cu prevederile legale) înlăturând deficiențele sesizate.

Cât privește cuprinderea în Programul de gestionare a altor riscuri, Consiliul constată că autoarea contestației s-a limitat doar la enumerarea lor și nu la a demonstra necesitatea unei astfel de acțiuni, motiv pentru care solicitarea sa va fi respinsă.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de tarifele maximale prevăzute și prevederile caietului de sarcini aferente, Consiliul constată temeinicia criticilor.

În acest sens, se constată că, achizitoarea deși a eliminat din caietul de sarcini prevederile conform cărora fișa de date conține informații legate de tarifele maxime acceptate pentru fiecare activitate, a păstrat în continuare prevederea că Tarifele pot fi supuse ajustării doar cu aprobarea Autorităţii Contractante în conformitate cu prevederile legale în vigoare, şi fără a se aduce prejudicii mecanismului financiar şi planului tarifar al Sistemului Integrat de Management al Deşeurilor în judetul .....
Cum orice modificare a tarifelor nu poate fi făcută decât în limitele stabilite de Ordinul președintelui ANRSC nr. 109/2007, Consiliul constatând necesitate eliminării din cadrul prevederii mai sus amintite a sintagmei fără a se aduce prejudicii mecanismului financiar şi planului tarifar al Sistemului Integrat de Management al Deşeurilor în judetul ....., va admite contestația din acest punct de vedere și va obliga autoritatea contractantă la efectuarea acestei modificări.

În referire la perioada de mobilizare, Consiliul consideră criticile formulate de contestatoare lipsite de temei.

În acest sens, au fost avute în vederile prevederile caietului de sarcini potrivit cărora: *Se convine ca sfarsitul perioadei de mobilizare (Data inceperii activitatii) este la data la care toate conditiile de la literele a) – m) din paragraful de mai sus sunt indeplinite in mod cumulativ, dar nu mai mult de 6 luni de la data semnarii contractului de delegare. Ca excepție, Delegatarul are dreptul de a prelungi din proprie inițiativă perioada de mobilizare astfel încât începerea efectivă a activităților de colectare să fie corelată cu începerea funcționării tuturor instalațiilor de deșeuri la care operatorul transportă deșeurile colectate care fac obiectul prezentului caiet de sarcini.*

Rezultă astfel că perioada de mobilizare, contrar susținerilor contestatoarei, este foarte clar definită, respectiv aceasta nu poate depăși 6 luni de la data semnării contractului. Pe cale de excepție ar putea fi prelungită această perioadă doar de către delegatar și doar dacă este necesară corelarea acestei perioade cu începerea funcționării tuturor instalațiilor de deșeuri la care operatorul transportă deșeurile colectate.

Prin urmare, nu există niciun impediment în evaluarea ofertelor din acest punct de vedere, cu atât mai mult cu cât perioada de mobilizare nefiind un factor de evaluare, asumarea unui termen mai redus nu aduce niciun avantaj. Condițiile impuse de autoritatea contractante pentru perioada de mobilizare sunt clar precizate în caietul de sarcini, astfel că nu se poate constata existența vreunei neclarități cu privire la perioada de maximum 6 luni pe care o pot asuma participanții la procedură.

În ceea ce privește indicatorii de performanță, Consiliul constată, temeinicia criticilor.

Consiliul s-a pronunțat deja cu privire la necesitatea atingerii pragurilor stabilite de autoritatea contractantă în colectarea separată a deșeurilor, etapizat, până în anul 2020, stabilind fără echivoc că

obligația atingerii acestor praguri în cazul unui contract de achiziție publică nu poate fi a operatorului.

Prin urmare, cele reținute anterior sunt aplicabile.

Cât privește sancțiunile precizate în Tabelul 1 Indicatori de performanță cu penalități, din Anexa 8, Consiliul consideră că stabilirea de penalități pentru neatingerea acestor praguri nu poate fi trecută în sarcina operatorului, responsabilitatea atingerii acestor preguri, așa cum s-a stabilit mai sus fiind a achizitoarei.

Având în vedere similaritatea invocată de contestatoare în ceea ce privește indicatorii de performanță din *Tabel 2 Indicatori de performantă și valori asociate indicatorilor pentru serviciul de colectare si transport*, pct. 1.2, lit. h), j), l), o) și p), chiar dacă nu au fost făcute precizări suplimentare (petenta limitându-se la enumerarea lor), Consiliul constată că aceștia privesc nu doar activitatea de colectare, ci și întreg procesul de salubrizare, inclusiv valorificarea prin reutilizare. De asemenea, raportarea se face la nivelul pragurilor stabilite de autoritatea contractantă, dar care nu pot fi responsabilitatea operatorului economic într-un contract de achiziție publică. Cum această responsabilitate nu poate fi transferată operatorului care colectează deșeurile, luând în considerare și cele reținute anterior, constată necesitatea eliminării unor astfel de indicatori de performanță.

În referire la criticile legate de lipsa informațiilor referitoare la unitățile de ecarisaj, Consiliul constată că au rămas fără obiect, achizitoarea publicând în SEAP, la data de 30.08.2016, documentul intitulat Lista unitati neutralizare (PLANUL PENTRU LISTELE INDIVIDUALE ALE UNITĂŢILOR SAU OPERATORILOR APROBAŢI/ ÎNREGISTRAŢI ÎN CONFORMITATE CU PREVEDERILE REGULAMENTULUI (CE) NR. 1069/2009).

În ceea ce privește criticile contestatoarei împotriva prevederilor fișei de date legate de capacitatea financiară a ofertanților, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că în fișa de date a achiziției, cap. III.2.2) *Capacitatea economică și financiară*, cerința 2, autoritatea contractantă a prevăzut că: *Ofertantul trebuie sa demonstreze ca la momentul semnarii contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci ori alte mijloace financiare suficiente pentru realizarea cashflow-ului de sustinere a contractului pentru primele 6 luni de derulare a contractului, in valoare de cel putin 19.200.000 lei (valoarea raportata la valoarea estimata totala a contractului).*

Consiliul constată că autoritatea contractantă a calculat valoarea solicitată în cadrul acestei cerințe prin raportare la prevederile Notificării ANAP nr. 258/..... cu privire la fișa de date: Formula după care se va calcula cash-flow-ul: (valoare estimata a contractului/perioada de derulare a contractului - fără a se lua în calcul perioada de garanție)× perioada solicitată de a.c.

Conform acestei formule rezultă valoarea pentru cash-flow, ca fiind [308.221.300/(8x12)]x6=19.263.831,25 lei.

Prin urmare, solicitarea unei valori a cash-flow-ului de 19.200.000 lei s-a făcut cu respectarea prevederilor existente în cadrul Notificării ANAP amintite, care stabilesc că: *Nivelul minim impus pentru cash-flow să fie corelat cu necesitățile financiare ale candidatului/ofertantului pentru demararea implementării contractului, până la realizarea primelor plăți*.

Consiliul constată că, în perioada de 6 luni, reprezentând perioada de mobilizare, autoritatea contractantă a stabilit necesitatea îndeplinirii anumitor activități:

In perioada de mobilizare vor fi desfasurate minim urmatoarele activitati:

a. angajarea personalului necesar la un grad de cel putin 85%, posturile cheie trebuie toate ocupate; se va detalia modul în care operatorul întelege să folosească personal cu experienţă local pentru realizarea activităţilor propuse.Se va prezenta modalitatea în care personalul nou recrutat va fi instruit şi calificat cu privire la atribuţiile şi sarcinile postului de lucru

b. procurarea utiliajelor si echipamentelor necesare (pentru categoriile de deseuri care fac obiectul contractului) si amplasarea lor in teritoriu – cumparare, inchiriere, leasing;

c. amenajarea si autorizarea activitatilor in conformitate cu cerintele legale pentru toate punctele de lucru (inclusiv bazele de lucru);

d. amenajarea si autorizarea unei baze de lucru pentru doua zone de colectare în parte (..... si Ianca), care să permită gararea autospecialelor, întreţinerea acestora şi să faciliteze accesul mai rapid spre UAT-urile din care se va face colectarea si transportul deseurilor municipale;

e. includerea noii arii de operare in sistemul de management calitate – mediu – securitate ocupationala si, eventual, sa adaptaze procedurile operationale si procedurile de lucru;

f. organizarea serviciului de contractare si colectare a tarifului;

g. preluarea de la Autoritatea Contractanta a bunurilor date în administrare (inclusiv testarea acestora, daca este cazul)

h. distribuirea recipientelor (date în administrare şi achiziţionate) la punctele de colectare si catre generatorii de deșeuri, dupa cum va fi cazul (gratuit, contra cost sau pe baza de contract de comodat). Containerele pentru deşeuri reciclabile pentru populaţie se vor distribui din spatiile adecvate pentru stocare temporara, puse la dispozitie de Autoritatea Contractanta (prin conducerile unitatilor administrativ-teritoriale din aria de deservire) si in baza listelor intocmite si puse la dispozitie de conducerile unitatilor administrativ-teritoriale din aria de deservire la data semnarii contractului

i. planificarea si efectuarea un audit intern a sistemelor de management calitate – mediu – securitate ocupationala.

j. obținerea licenței eliberate de Autoritatea de Reglementare prin care operatorului i se acordă dreptul furnizării/prestării serviciului de salubrizare (activităţile componente ale acestuia a căror gestiune i-a fost delegată) pentru zona de delegare;

k. obtinerea tuturor avizelor/autorizaţiilor/licentelor necesare pentru desfăsurarea activităţilor contractului;

l. instalarea si intretinerea unui sistem informatic computerizat, unde vor fi stocate si procesate datele legate de functionarea acestuia, cu respectarea tuturor cerintelor prevazute in Caietul de sarcini. In cadrul sistemului informatic Delegatul va implementa si mentine o Baza de Date a Operatiunilor.Sistemul informational trebuie sa poata genera rapoarte zilnice, lunare, trimestriale si anuale prin agregarea si procesare a numarului mare de inregistrari primite zilnic;

m. încheierea acordurilor cu operatorii economici care vor presta servicii în vederea îndeplinirii scopului contractului, cum ar fi: operatorul instalaţiilor de gestionare a deşeurilor unde vor fi transportate deşeurile coléctate, operatorul unităţii de ecarisaj care preia cadavrele animalelor de pe domeniul public, operatorul specializat în colectarea anvelopelor uzate, operatorul autorizat pentru preluarea deşeurilor de construcţii-demolări;

Prin urmare, suma stabilită de achizitoare ar trebui să asigure derularea tuturor acestor activități, având în vedere că, în perioada de mobilizare, nu vor putea fi făcute încasări.

Cât privește afirmațiile contestatoarei potrivit cărora perioada de mobilizare poate fi diferită de la un ofertant la altul, Consiliul consideră că este lipsită de relevanță în stabilirea cuantumului mijloacelor financiare solicitate a fi deținute, deoarece raportarea trebuie făcută la termenul maxim stabilit pentru perioada de mobilizare, fiind perioada asiguratoare că toate condițiile precizate mai sus vor fi îndeplinite în acest termen.

Contrar susținerilor contestatoarei constituirea cash-flow-ului nu poate fi acoperită de garanția de bună execuție, rolul celor două instrumente fiind diferit, solicitarea cash-flow-ului are rolul de a sigura derularea contractului până la efectuarea primei plăți. Constituirea cash-flow-ului nu are nicio legătură cu cifra de afaceri solicitată în sensul că solicitarea unei anumite cifre de afaceri ar determina că nu mai este necesară constituirea unui cash-flow.

Contestatoare omite să ia în considerare rolul acestui cash flow, respectiv îndeplinirea tututor cerințelor în perioada de de mobilizare, și asigurarea derulării contractului până la efectuarea primelor plăți în cadrul acestuia. Nu trebuie omis faptul că primele plăți nu vor fi efectuate la finalul acestei perioade, cel mai devreme acestea urmând a fi efectuate în două luni de la terminarea ei.

Prin urmare, criticile contestatoarei cu privire la acest aspect sunt considerate lipsite de temei.

În referire la criticile aduse de contestatoare lipsei din documentația de atribuire a mențiunii referitoare la faptul că odată cu intrarea în activitate a operatorului conform contractului, acesta va opera pe raza administrativ teritorială a tuturor UAT-urilor prevăzute în aria teritorială de delegare, Consiliul consideră că sunt îndreptățite.

Într-adevăr, în caietul de sarcini există informații cu privire la situația actuală în ceea ce privește delegarea serviciilor de salubrizare în județul ....., în sensul prezentării datelor furnizate de către unităţile administrativ-teritoriale (UAT) din judeţul ..... în anul 2016, însă nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu se precizează expres cele precizate de achizitoare în răspunsul său la notificarea prealabilă, respectiv faptul că: o dată cu intrarea în activitate a operatorului, conform contractului, acesta va opera pe raza administrativ teritorială a tuturor UAT-urilor prevăzute în aria teritorială de delegare.

Prin urmare, Consiliul consideră necesară completarea caietului de sarcini, cap. ii Situația actuală în ceea ce privește delegarea serviciilor de salubrizare în județul ....., cu răspunsul mai sus citat.

În referire la cea din urmă critică, respectiv cea privind clauzele contractuale, Consiliul constată temeinicia, în parte, a acestora.

În ceea ce privește cerința ca plățile să poată fi făcute și către subcontractanții declarați, Consiliul consideră că efectuarea lor este posibilă, în baza art. 218 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dacă aceștia solicită.

Consiliul constată, pe de o parte, faptul că autoritatea contractantă a luat în considerare efectuarea unor astfel de plăți dacă există subcontractanți și dacă aceștia solicită.

Sunt considerate reelvante în acest sens dispozițiile art. 218 alin. (2), (3) și (4) din Legea nr. 98/2016:

În sensul alin. (1), subcontractorii îşi vor exprima la momentul încheierii contractului de achiziţie publică sau la momentul introducerii acestora în contractul de achiziţie publică, după caz, opţiunea de a fi plătiţi direct de către autoritatea contractantă. Autoritatea contractantă efectuează plăţile directe către subcontractanţii agreaţi doar atunci când prestaţia acestora este confirmată prin documente agreate de toate cele 3 părţi, respectiv autoritate contractantă, contractant şi subcontractant sau de autoritatea contractantă şi subcontractant atunci când, în mod nejustificat, contractantul blochează confirmarea executării obligaţiilor asumate de subcontractant.

(3) Atunci când un subcontractant îşi exprimă opţiunea de a fi plătit direct, autoritatea contractantă are obligaţia de a stabili în cadrul contractului de achiziţie publică clauze contractuale obligatorii ce prevăd transferul de drept al obligaţiilor de plată către subcontractant/subcontractanţi pentru partea/părţile din contract aferentă/aferente acestuia/acestora, în momentul în care a fost confirmată îndeplinirea obligaţiilor asumate prin contractul de subcontractare, în conformitate cu prevederile alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita, la încheierea contractului de achiziţie publică sau atunci când se introduc noi subcontractanţi, prezentarea contractelor încheiate între contractant şi subcontractant/subcontractanţi nominalizaţi în ofertă sau declaraţi ulterior, astfel încât activităţile ce revin acestora, precum şi sumele aferente prestaţiilor, să fie cuprinse în contractul de achiziţie publică.

Conform acestora o astfel de opțiune se realizează doar la încheierea contractului, atunci când se stabilesc și clauzele contractuale obligatorii ce prevăd transferul de drept al obligaţiilor de plată către subcontractant/subcontractanţi pentru partea/părţile din contract aferentă/aferente acestuia/acestora.

Pe cale de consecință, Consiliul consideră că nu este necesară modificarea draft-ului de contract publicat în SEAP odată cu restul documentației de atribuire pentru acest motiv la acest moment.

În ceea ce privește prevederile art. 5 alin. (1) lit. h) din contract, care stabilesc dreptul delegatarului *să modifice unilateral partea reglementară a Contractului (respectiv Regulamentul Serviciului şi Caietul de Sarcini al Serviciului, Anexele nr. 1 şi nr. 2 la Contract) pentru motive ce ţin de interesul naţional sau local şi/sau în caz de Modificare Legislativă, cu posibilitatea pentru Delegat de a primi o*

compensaţie în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ ca urmare a acestor modificări, Consiliul constată că nu există niciun argument care să justifice existența unei astfel de clauze în cadrul unui contract de delegare de gestiune, ci doar voința achizitoarei, fără a fi stabilită semnificația unor termeni precum interes național sau local ori afectarea echilibrului contractual. Prin urmare, în lipsa unei justificări din punct de vedere legal al unei astfel de clauze contractuale, Consiliul constată necesitatea eliminării ei.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de clauzele contractuale de la art. 10 alin. (3) și (4), Consiliul constată că sunt întemeiate, în parte.

În acest sens, Consiliul are în vedere că nu s-a dispus eliminarea riscurilor 11, 12, 14 și 15, ci corelarea specificațiilor din managementul riscului cu prevederile art. 13-16 ale Ordinului președintelui ANRSC nr. 109/2007. Prin urmare este necesară corelarea acestor clauze de la alin. (3) și (4) cu aceleași preveri ale ordinului, fără a fi introduse alte elemente decât cele stabilite în cadrul acestuia.

Contrar susținerilor autorității contractante nu este evidentă respectarea prevederilor acestui ordin atât timp cât la aliniatele respective se regăsesc stabilite criterii de modificare a tarifelor care exced acestuia.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la prevederile art. 10 alin. (6), Consiliul constată că aceasta nu a adus niciun argument care să ateste motivele pentru care respectivele prevederi contravin Legii nr. 51/2006.

În lipsa unor alte informaţii şi susţineri, contestatoarea neaducând dovezi care să confirme că, în fapt, au fost încălcate prevederile legale aferente, cu toate că sarcina probei revine aceluia care reclamă (*actor incumbit probatio*), obligaţie prevăzută de Codul de procedură civilă la art. 249, Consiliul nu se poate transforma în mandatar al contestatoarei.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondat acest capăt de cerere.

În referire la prevederile art. 28 alin. (1), (4) (5) și (8), Consiliul constată lipsa de temei a criticilor aduse.

În ceea ce privește alin. (1) Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut că: *Delegatul declară şi garantează ca acceptă şi încheie prezentul Contract pe propriul său risc tehnic, economic şi financiar şi că este răspunzător atât în fața Delegatarului cât şi, în unele situaţii, faţă de Autorităţile Competente pentru obligaţiile asumate, prestarea Serviciului şi exploatarea Bunurilor de Retur conform prevederilor prezentului Contract. Nici Delegatarul, nici ADI, nici Autorităţile Competente nu vor fi răspunzători în niciun fel faţă de terți pentru îndeplinirea de către Delegat a obligaţiilor asumate în baza prezentului Contract şi pentru prestarea de către acesta a*

Serviciului. Delegatul confirmă în special că a luat în considerație, în conformitate cu şi bazându-se pe termenii şi condiţiile prezentului Contract, înaintea încheierii prezentului Contract, obligaţiile, riscurile şi/sau pericolele de orice fel care pot exista sau pot apărea în legătură cu prestarea Serviciului, operarea Bunurilor de Retur, şi, în general, în legătură cu obligaţiile asumate prin prezentul Contract.

Consiliul constată că această clauză confirmă încă odată transferul autorității contractante a responsabilității către operator, motiv pentru care nu a identificat existența unui motiv de nelegalitate, nici că ar avea un caracter restrictiv, neclar, contradictoriu care ar face necesară eliminarea ei.

Referitor la alin. (4) și (5) nu este formulat niciun argument pentru care ar fi necesară modificarea/eliminarea acestor clauze, motiv pentru care se constată a fi nefondate criticile aduse de contestatoare.

În ceea privește criticile aduse alin. (8), Consiliul are în vedere conținutul acestuia: *Sumele primite de către Delegatar ca penalitati vor putea fi utilizate pentru achitarea amenzilor/contributiilor prevazute la art. 9 alin.(1) lit. (p) din OUG 196/2005 privind Fondul pentru mediu, primite de catre Delegatar ca urmare a neindeplinirii serviciilor/ obiectivelor de catre Delegat*.

Așa cum s-a stabilit anterior, Consiliul a considerat eronată stabilirea de penalități pentru neatingerea pragurilor de colectare stabilite în caietul de sarcini, atingerea acestor praguri fiind responsabilitatea achizitoarei.

Prin urmare, Consiliul constată necesitatea eliminării acestei clauze.

Referitor la prevederile art. 22 alin. (5), Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit că: *Asigurarea de răspundere civilă va include o clauză prin care asiguratorul acceptă că termenii asigurării se aplică Delegatarului şi Delegatului, angajaţilor, agenţilor, funcţionarilor acestora ca în cazul în care o asigurare separată ar fi fost încheiată pentru fiecare dintre ei.*

Consiliul consideră abuzivă o astfel de clauză, contractul de asigurare fiind un contract încheiat între operator și asigurător, motiv pentru care constată necesitatea eliminarii ei.

În ceea ce privește prevederile art. 36, Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit că:

ARTICOLUL 36 – MODIFICAREA UNILATERALĂ A PĂRŢII REGLEMENTARE A CONTRACTULUI DE CĂTRE DELEGATAR

Delegatarul poate modifica unilateral cerinţele legate de modul de gestiune şi de prestare a Serviciului care sunt prevăzute în Regulamentul Serviciului sau Caietul de Sarcini al Serviciului, ataşate ca Anexele nr. 1 şi nr. 2 la prezentul Contract, prin modificarea acestor documente şi înlocuirea respectivelor anexe, prin act adiţional la Contract, cu noul Regulament al Serviciului şi/sau noul Caiet de Sarcini al Serviciului după caz. In cazul în care aceste modificări afectează echilibrul contractual se vor aplica prevederile Articolului 34 ("Menţinerea echilibrului contractual").

Ca prim aspect, Consiliul constă că, în cadrul art. 34, contrar susținerilor achizitoarei din punctul de vedere la contestație, nu se regăsește nicio prevedere legată de compensarea operatorului.

De asemenea, constată că modificarea contractului este stabilită în mod expres de legiuitor la art. 221 din Legea nr. 98/2016. Ori, în cadrul acestuia nu există noțiunea de modificare unilaterală a contractului pentru astfel de motive cum sunt acestea reglementate la art. 36, care exced acestor prevederi.

De altfel, Consliul constată că achizitoarea nu aduce nicun argument în favoarea necesității de includere a unei astfel de clauze în cadrul contractului.

Prin urmare, Consiliul va admite criticile contestatoarei referitoare la acest aspect, constatând necesitatea eliminării acesteia.

În privința prevederilor art. 38 – Rezilierea contractului, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut că:

38.1.1. Delegatarul va avea dreptul (dar nu şi obligaţia) să rezilieze prezentul Contract, în momentul survenirii oricăruia dintre următoarele evenimente („Obligaţii Încălcate”):

j) neplata de către Delegat a tarifelor datorate către alţi operatori de salubrizare pentru sortarea, transferul, tratarea sau depozitarea Deșeurilor, în caz de mai mult de 2 facturi neplătite la termen într-un interval de 6 luni consecutive.

Consiliul consideră că această clauză astfel formulată este necesară a fi completată în sensul condiționării existenței unui astfel de motiv de neplata de către UAT-uri a contravalorii serviciilor prestate.

Existența unei astfel de situații, în care nu au fost achitate serviciile prestate de operator, nu poate atrage rezilierea contractului pentru neplata a mai mult de două facturi către alţi operatori de salubrizare pentru sortarea, transferul, tratarea sau depozitarea deșeurilor într-un interval de 6 luni consecutive. O astfel de măsură ar fi disproporționată, mai ales dacă operatorul are de încasat la rândul său sumele aferente colectării deșeurilor.

Prin urmare, Consiliul va admite, în parte, criticile contestatoarei și va obliga autoritatea contractantă la modificarea clauzei în discuție în sensul precizării că o astfel de sancțiune ar putea apărea doar dacă UAT-urile au efectuat plata facturilor către operator.

Cât privește neclaritatea art. 50 (*Părţile convin ca la încetarea din orice cauze a Contractului, prevederile privind obligaţiile Delegatului de menţinere a continuităţii Serviciului pentru o perioadă de maxim 90 (nouăzeci) de Zile, precum şi Articolul 52 (“Legea aplicabilă şi soluţionarea litigiilor”), Articolul 28 (“Răspunderea, penalităţi şi despăgubiri în sarcina Delegatului”), Articolul 32 (“Recuperarea debitelor”), Articolul 40 (“Confidenţialitate”), Articolul 42 (“Taxe”), Articolul 51 (“Declaraţii şi garanţii”) vor rămâne în vigoare şi îşi vor produce efectele în legătură cu toate aspectele contractuale care pot apărea sau se pot menţine în continuare după Data Încetării Contractului.*), invocată de contestatoare, Consiliul constată lipsa de temei a acestora, autoritatea contractantă precizând expres care dintre clauzele contractuale vor produce efecte și după încetarea contractului. Funcție de conținutul

fiecăreia dintre clauze, acestea își vor putea produce efecte și după încetarea contractului.

În ceea ce privește art. 51 alin. (1) lit. c) din contract, Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit că *Pe Durata Contractului actul constitutiv al Delegatului nu va fi modificat sau completat în vreun mod care ar face executarea prezentului Contract nelegală sau în contradicţie cu actul constitutiv sau alt document statutar al Delegatului*.

Întrucât autoritatea contractantă nu poate interveni în administrarea și gestionarea activității unui operator economic, prestator de servicii, Consiliul constată necesitatea eliminării acestei clauze.

Pentru toate acest motive, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată SC ..... SA, în contradictoriu cu ...., și va dipune modificarea documentației de atribuire în sensul celor reținute în motivare.

În privința cheltuielilor de judecată solicitate, Consiliul constată că au fost depuse la dosarul cauzei facturile fiscale seria B CT nr. 465 din 22.08....., în valoare de 5.459,84 lei și seria B CT nr. 466 din 22.08....., în valoare de 5.459,84 lei, respectiv și OP 2228/ 04.09....., reprezentând contravaloare facturi nr. 465/466/ 22.08....., în suma de 10.919,58 lei. Având în vedere că au fost luate măsuri de remediere în parte de către achizitoare și s-a constatat a fi întemeiate criticile formulate de contestatoare doar în parte, Consiliul va diminua corespunzător această sumă raportat la documentele întocmite și complexitatea cauzei, și va obliga autoritatea contractantă la plata sumei de 5.000 lei către contestatoare.

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

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca nefondată contestația depusă de asocierea ..... SA, în contradictoriu cu ....

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestaţia formulată de SC ..... SA, formulată în contradictoriu cu .... Obligă autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în termen de 15 zile la primirea deciziei, în conformitate cu cele reținute în motivare. Modificările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici în cadrul aceluiași termen.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, admite solicitarea contestatoarei SC ..... SA de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației și obligă .... la plata către SC ..... SA a sumei de 5.000 lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……..	**…**	**…**

Redactată în 5 exemplare, conţine 54 pagini.