CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Privind contestația nr. 7983/03.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46851/03.11.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ... – administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, aferentă lotului 1, emisă de ..., cu sediul în Baia Mare, str. Gheorghe Șincai nr. 46, județul Maramureș, în calitate de autoritate contractantă în procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de servicii, divizat pe loturi, având ca obiect *„Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare pentru activitățile de colectare separata și transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare, ...”*, s-a solicitat Consiliului:

- obligarea autorității contractante să ia măsurile de remediere a documentației de atribuire, în sensul revocării, modificării sau completării acesteia, pentru înlăturarea motivelor de nelegalitate indicate în cuprinsul contestației;

- obligarea autorității contractante la prelungirea termenul limită de depunere a ofertelor, cu perioada corespunzătoare efectuării remedierilor și cu timpul necesar ofertanților să adapteze ofertele față de remedierile adoptate.

Prin Încheierea nr. ... s-a admis solicitarea SC ... SRL de suspendare a procedurii de licitație deschisă, pentru lotul 1, organizată de ....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică conținutul documentației de atribuire.

În preambul, contestatoarea învederează faptul că este interesată de participarea la procedura de atribuire strict cu privire la prestarea serviciului aferent Lotului 1, astfel că toate referirile din cuprinsul contestației referitoare la Procedura de atribuire, Documentația de atribuire, Contract s.a. vizează elementele relevante atribuirii Contractului pentru Lotul 1.

Pentru început, contestatoarea susține că menținerea actualei date de depunere a ofertelor conduce la o încălcare a dreptului ofertanților de a participa în mod efectiv la procedură, impunându-se obligarea autorității contractante la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, astfel încât să fie respectat termenul de 30 de zile prevăzut de art. 54 alin. (1) din Legea nr. nr. 100/2016, calculat de la data publicării în SEAP a deciziei definitive a CNSC.

Pe fond, contestatoarea prezintă următoarele:

A. Privitor la stabilirea în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de bonitate/acces la resurse, contestatoarea solicită eliminarea obligației concesionarului de a prezenta dovezile de bonitate/acces la resurse, impusă prin prevederile punctului III.2.2. din fișa de date a achiziției, întrucât aceasta este nelegală, constituind o limitare nejustificată și un impediment nelegal a exercițiului dreptului de participare la procedura de atribuire, iar în cazul în care se consideră necesară menținerea acesteia, valoarea sumelor ce se impune a fi dovedite să se determine raportat la valoarea estimată a contractului pe primul an (indicată la pag. 5 din clarificarea nr. 1950/17.10.2017), rezultând suma de 2.484.339,25 lei.

În acest sens, contestatoarea precizează că, prin notificarea prealabilă, a arătat autorității contractante nelegalitatea menționată, motivând că nu s-a oferit nicio justificare pentru prevederea acesteia și pentru modul în care a determinat nivelul/valoarea ce trebuie probată, iar, achizitoarea, prin răspunsul oferit, a refuzat să adopte măsuri de remediere cu privire la acest aspect, arătând că suma de 2.685.600 lei, reprezentând cash-flow pentru primele 3 luni de contract, a fost determinată prin împărțirea duratei contractului de 96 de luni la valoarea estimată a contractului.

Cu toate acestea, prin clarificarea nr. 1950/17.10.2017, autoritatea contractantă a arătat, la pag. 5, că valoarea anuală a contractului este în creștere de la an la an, pentru anul 2018 fiind de 9.937.357 lei. În acest caz, valoarea cash-flow-ului necesar pentru 3 luni este de doar 2.484.339,25 lei, sumă cu 200.000 lei mai mică decât a fost în mod nejustificat solicitată.

Chiar și așa, petenta consideră că Legea nr. 100/2016 și HG nr. 867/2016 nu reglementează dreptul autorităților contractante de a solicita o astfel de dovadă, acest instrument nefiind specific unui

contract de tipul celui preconizat, iar stabilirea respectivei obligații impune, în sarcina ofertanților, îndeplinirea unei condiții extrem de restrictive și nejustificate care afectează competitivitatea ofertelor.

În condițiile în care operatorul câștigător, semnatar a contractului, este obligat să respecte indicatorii de performanță și să își asume sancțiunile pentru nerespectarea acestora, iar indicatorii de performanță vizează în special elemente privind prestarea conformă a serviciului, documentația de atribuire conține suficiente elemente care să garanteze prestarea conformă a serviciului de către operator, pe toată durata contractului, inclusiv primele 3 luni.

Aceiași este concluzia și dacă se au în vedere prevederile art. 73 alin. (1) lit. a) marcatorul 1 din caietul de sarcini, ce pune în sarcina operatorului *„riscul privind neîncasarea tarifelor de utilizare pentru serviciul delegat”.*

În concluzie, contestatoarea solicită eliminarea obligației concesionarului de a prezenta dovezile de bonitate/acces la resurse impusă prin prevederile punctului III.2.2. din fișa de date întrucât aceasta este nelegală, constituind o limitare nejustificată și un impediment nelegal a exercițiului dreptului de participare la procedura de atribuire, iar, în cazul în care se consideră necesară menținerea acesteia, valoarea sumelor ce se impune a fi dovedite, să se determine raportat la valoarea estimată a contractului pe primul an (indicată la pag. 5 din Clarificarea nr. 1950/17.10.2017), rezultând suma la suma de 2.484.339,25 lei.

B. Referitor la nelegalitatea instituirii în sarcina delegatului a obligației de colectare șl transport a deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioara și/sau exterioară a acestora, raportat la obiectul declarat al contractului, contestatoarea susține că documentația de atribuire prevede o serie de obligații în sarcina delegatului privind colectarea și transportul deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioară și/sau exterioară a acestora, activitate distinctă de cele ce fac obiectul contractului, stabilite la cap. II.1.5) din fișa de date a achiziției, prevăzută în mod distinct prin art. 2 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 101/2006. Astfel de referiri se regăsesc la:

- cap. art. II.3.a) din fișa de date a achiziției, realizarea acestei activități putând constitui dovadă a experienței similare;
- cap. 71 alin. (3) din caietul de sarcini, privind plata acestui serviciu de către generatori;
- pag. 44. lit. C, marcajul 3, referitor la planul de organizare a activității.

Contestatoarea arată că prin notificarea prealabilă formulată, a atenționat autoritatea contractantă cu privire la această situație și a faptului că pentru această activitate nu sunt publicate în cuprinsul documentației de atribuire informațiile necesare pentru fundamentarea unui tarif. Mai exact, cu privire la această activitate,

contestatoarea apreciază că se impune să fie publicate cantitățile estimate, specificațiile tehnice privind realizarea acestei activități, resursele care ar trebui asigurate pentru aceste activitate, tarife maxime, modalitatea de facturare etc. Mai arată că răspunsul autorității a constat în eliminarea din contract a obligației operatorului cu privire la colectarea deșeurilor constând în *„deșeuri de mici dimensiuni provenite din reamenajarea și reabilitarea locuințelor”*, păstrând celelalte obligații criticate, fără completările solicitate, cu precizarea doar a faptului că *„activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări, altele decât cele de dimensiuni mici colectate în pubela de reziduale, va fi facturată direct generatorilor, pe baza volumului de deșeuri colectat”*.

Petenta menționează că, deși nu se opune unei astfel de modalități de facturare, rămâne însă problema determinării tarifului la care se vor factura generatorilor aceste servicii, tarife ce se impune a fi determinate prin ofertele depuse pe baza unor cantități estimate de autoritatea contractantă, cantități ce nu sunt cuprinse de documentația de atribuire.

Pentru aceste motive, SC ... SRL solicită obligarea autoritatea contractantă să specifice în mod expres faptul că acest serviciu face parte din obiectul contractului, și, de asemenea, să se arate dacă activitatea a fost cuprinsă în valoarea estimată a acestuia, să fie publicate cerințele tehnice de realizarea a acestor servicii, cantitățile anuale estimate, tarifele maximale și orice alte informații necesare pentru fundamentarea ofertelor.

Alternativ, contestatoarea solicită eliminarea din documentația de atribuire a oricărei referiri la activitățile de salubrizare privind colectarea și transportul deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioară și/sau exterioară a acestora, pentru care nu se solicită tarife și cu privire la care nu se arată modalitatea de recuperare a costurilor.

C. În ceea ce privește nelegalitatea modului de reglementare a activității de colectare a anvelopelor uzate, contestatoarea arată că, privitor la dispoziția din caietul de sarcini, la pag. 45, lit. F, „Acorduri cu alți operatori”, de atașare la oferta tehnică de acorduri încheiate cu operatorul specializat în colectarea anvelopelor uzate și ca în cadrul acestor acorduri să se stipuleze cantitatea estimată a fi eliminată anual și tariful operatorilor economici care realizează respectivele operații, a solicitat autorității contractante să completeze documentația de atribuire prin indicarea cantităților estimate de anvelope uzate generate anual la nivelul ariei de delegare, astfel încât participanții la procedură să poată încheia acordurile solicitate, iar aceasta a refuzat să adopte măsuri de remediere.

Motiv pentru care, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să publice informațiile necesare pentru a permite operatorilor participanți la procedură să fundamenteze un tarif sau alternativ, să elimine din documentația de atribuire obligativitatea

indicării în acordurile încheiate cu operatorii specializați a cantităților estimate de anvelope.

D. Privitor la nelegalitatea modului de reglementare a riscului de operare, descris la art. 73 alin. 1, lit. a, marcajul 2 din caietul de sarcini, contestatoarea consideră că riscul privind obținerea unor venituri sub proiecțiile financiare constituie o componentă a riscului de operare, atâta timp cât nu depășește o marjă rezonabilă, iar, la momentul conceperii documentației de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a oferi participanților informații pe cât posibil reale și exacte cu privire la elementele de demografie și de generare a deșeurilor obiect al contractului, pe baza cărora să își fundamenteze ofertele, dar trebuie să li se permită și să-și determine și estimeze cât mai exact posibil riscurile.

Or, în condițiile în care există o manifestare a riscului de scădere a veniturilor ca efect al unor schimbări demografice și al reducerii prestațiilor contractuale, ce depășește un grad rezonabil al tuturor previziunilor realizate, petenta susține că nu se mai poate vorbi strict despre survenirea riscului de operare, ci se intră pe tărâmul modificării elementelor de structură ale contractului, care trebuie să permită modificarea tarifelor.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să modifice acest risc, astfel încât să se prevadă că este risc de exploatare *„scăderea veniturilor până la un nivel de 15% din proiecțiile financiare ca urmare a schimbărilor demografice și reducerii prestațiilor contractuale”*, iar, în situația în care scăderea veniturilor este mai mare de 15% față de veniturile previzionate, să se prevadă, prin documentația de atribuire, dreptul operatorului de a solicita și de a obține modificarea tarifelor astfel până la revenirea în această marjă.

E. Referitor la nelegalitatea art. 7.2.20 din modelul contractului, *„Delegatul va avea următoarele obligații: Să respecte indicatorii de performanță și calitate stabiliți prin contractul de delegare a gestiunii și/sau prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare”*, în ciuda răspunsului primit la notificarea prealabilă adresată autorității contractante, faptul că *„hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare va fi aprobată ulterior momentului atribuirii contractului de delegare a gestiunii și se referă, în principal la suprafețe pe care se află amplasate punctele de colectare colectivă a deșeurilor”*, contestatoarea apreciază clauza criticată ca fiind nelegală, întrucât, în primul rând, fiind vorba despre un contract de gestiune delegată, nu pot exista hotărâri de dare în administrare emise de autoritățile publice cu privire la gestiunea serviciului, acestea fiind acte ce dau naștere gestiunii directe, iar, în al doilea rând, întrucât încalcă prevederile art. 29 alin. (11) lit. i) din Legea nr. 51/2006, conform cărora *„contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la: i) indicatorii de*

performanta privind calitatea și cantitatea serviciului și modul de monitorizare și evaluare a îndeplinirii acestora".

Astfel, pentru motivele invocate, contestatoarea solicită eliminarea din cuprinsul art. 7.2.20 din modelul contractului a sintagmei *„sau prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare"*.

F. În ceea ce privește nelegalitatea art. 15.4 din modelul contractului, *„Fără a afecta prevederile de mai sus, Deleqatarul poate decide suspendarea executării Contractului, în situația în care există suspiciuni cu privire la eventuale neconformități ale Delegatului în îndeplinirea cerințelor de performanță și calitate stabilite prin prezentul contract și anexele sale, notificând în acest sens Delegatul cu cel puțin 5 zile înainte. Prevederile de mai sus nu vor exonera Delegatul de plata penalităților prevăzute prin prezentul Contract"*, contestatoarea consideră acest drept al delegatarului ca fiind insuficient descris, lăsând loc abuzului și arbitrariului. Mai mult, acest drept este superfluu raportat la celelalte mijloace de garantare a executării conforme a obligațiilor asumate de către delegat și nu stabilește consecințele efective ale unei astfel de suspendări.

În acest sens, petenta arată că, potrivit art. 16 din modelul contractului - „*Monitorizarea contractului și controlul*", autoritatea contractantă are o întreagă procedură la dispoziție prin care poate monitoriza îndeplinirea de către delegat a indicatorilor de performanță, mijloacele de constatare a acestora, sancțiunile și procedura de contestare a lor etc., existând acest mecanism al monitorizării, nu înțelege utilitatea dreptului autorității de suspendare a contractului, cu atât mai mult cu cât, fiind vorba despre prestarea unui serviciu de utilitate publică, cu caracter de continuitate date de legislația specifică în vigoare, suspendarea acestuia poate avea consecințe grave asupra populației deservite.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită eliminarea acestui text contractual din modelul contractului.

G. Privitor la nelegalitatea art. 25.2 din modelul contractului, *„Prevederile contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public"*, contestatoarea consideră această clauză nelegală din două motive:

- întrucât încalcă în mod absolut principiul forței obligatorii a contractului. Raportat la modul de reglementare a clauzei, dreptul de modificare unilaterală a contractului permis autorității contractante este unul nelimitat, nefiind condiționat de nimic. Clauza nu prevede elementele de determinare a cauzelor ce impun modificarea contractului, determinarea rațiunilor tehnice, economice ce impun apărarea interesului public rămânând la latitudinea autorității contractante;

- textul nu prevede în favoarea operatorului dreptul la o justă și prealabilă despăgubire pentru paguba pricinuită ca efect al modificării

survenite, respectiv dreptul operatorului de a solicita și obține modificarea tarifelor în vederea reparării respectivului prejudiciu.

În opinia contestatoarei, prin răspunsul la notificarea prealabilă formulat, cu privire la această chestiune, autoritatea contractantă nu a adoptat o măsură de remediere de fond, ci doar una formală, neprevăzând dreptul operatorului la modificarea contractului sau după caz la o justă și prealabilă despăgubire.

În susținere, contestatoarea evocă decizia CNSC nr. ..., și solicită autorității contractante remedierea acestei clauze, în sensul indicării motivelor și condițiilor în care autoritatea contractantă are dreptul de a modifica unilateral contractul.

Prin punctul de vedere nr. 2002/10.11.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 48682/15.11.2017, autoritatea contractantă precizează următoarele:

A. Privitor la nelegalitatea stabilirii în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de bonitate/acces la resurse, autoritatea contractantă susține că, prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 1968/26.10.2017, a justificat necesitatea stabilirii criteriilor de bonitate/acces la resurse, prin faptul că în primele 3 luni consecutive ale derulării contractului există posibilitatea neîncasării tarifului de salubritate, datorită termenelor care reies din specificul activității - obiect al contractului, precum și din prevederile contractuale referitoare la încasarea de către delegat a contravalorii serviciului prestat, urmărind prin această cerință ca operatorul economic ofertant să înțeleagă complexitatea și importanța contractului, fiind responsabil de buna desfășurare a serviciilor.

Autoritatea contractantă arată că va modifica valoarea solicitată a bonității pentru lotul 1, de la 2.685.600 lei, la 2.484.339,25 lei.

B. Referitor la nelegalitatea instituirii în sarcina delegatului a obligației de colectare șl transport a deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare si reabilitare interioara si/sau exterioara a acestora, raportat la obiectul declarat al contractului, autoritatea contractantă menționează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 1968/26.10.2017, nu a eliminat din contract obligația operatorului cu privire la colectarea deșeurilor, constând în *„deșeuri de mici dimensiuni provenite din reamenajarea și reabilitarea locuințelor”*, așa cum greșit se afirmă în cuprinsul contestației, ci, a eliminat textul *„deșeuri de mici dimensiuni provenite din reamenajarea și reabilitarea locuințelor”* din cadrul caietului de sarcini (Modul de prezentare a ofertei tehnice, lit. C. Planul de organizare a activității, marcajul 3), considerând că acestea nu constituie un flux special de deșeuri. Mai mult decât atât, se specifică în cuprinsul răspunsului faptul că autoritatea contractantă a avut în vedere punerea în sarcina delegatului doar acele deșeuri de mici dimensiuni, provenite din reamenajarea/reabilitarea locuințelor, ajunse în mod accidental în pubela de reziduale.

Totodată, în cadrul aceluiași răspuns, prin precizarea faptului că *„activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări, altele decât cele de dimensiuni mici colectate în pubela de reziduale, va fi facturată direct generatorilor, pe baza volumului de deșeuri colectat”,* caietul de sarcini, cap. IV - Aspecte contractuale, Secțiunea 1-a - Sistemul de plăți, art. 71, alin. (3)), s-a avut în vedere tocmai evidențierea faptului că activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări de mari dimensiuni constituie o activitate complet separată, care poate fi gestionată de către Delegat în afara prezentului contract, conform propriilor proceduri de lucru și tarife.

C. În ceea ce privește nelegalitatea modului de reglementare a activității de colectare a anvelopelor uzate, autoritatea contractantă menționează că, prin răspunsul nr. 1968/26.10.2017 la notificarea prealabilă nr. 1968/26.10.2017, a specificat faptul că anvelopele uzate nu fac parte din fluxul normal de deșeuri municipale și al celor asimilabile, prezența acestora la punctele de colectare neputând fi înregistrată decât în mod accidental. Prin cerința prevăzută în caietul de sarcini (Modul de prezentare a ofertei tehnice, lit. F. Acorduri cu alți operatori economici, marcajul 1), se dorește asigurarea doar a asupra faptului că eliminarea acestor deșeuri se va face în mod corespunzător, prin predarea lor către un operator specializat. Datorită apariției sporadice a anvelopelor uzate în cadrul fluxului de deșeuri municipale, nu au putut fi făcute determinări ale cantităților acestora, motiv pentru care s-a solicitat ca acordul încheiat cu operatorul specializat să stipuleze și o cantitate estimată de către ofertant, în baza propriei experiențe.

D. Referitor la nelegalitatea modului de reglementare a riscului de operare descris la art. 73 alin. (1) lit. a) marcajul 2 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 100/2016, prin studiul de fundamentare realizat, a constatat că o parte semnificativă a riscului de operare va fi transferată operatorului economic, prezentul contract fiind considerat unul de concesiune tocmai în baza riscurilor care vor fi integral preluate de către delegat.

E. Privitor la nelegalitatea art. 7.2.20 din modelul contractului, autoritatea contractantă învederează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 1968/26.10.2017, a specificat faptul că hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare va fi aprobată ulterior momentului atribuirii contractului de delegare a gestiunii și se referă, în principal, la suprafețele pe care se află amplasate punctele de colectare colectivă a deșeurilor. Astfel, criticile contestatarei sunt nefondate, deoarece hotărârea administrației publice locale de dare în administrare, în mod cât se poate de firesc, poate fi emisă numai după atribuirea contractului de delegare, și la fel de firesc poate fi doar în limitele stabilite prin contract.

F. În ceea ce privește nelegalitatea art. 15.4 din modelul contractului, autoritatea contractantă subliniază faptul că, în acest caz, suspendarea executării contractului de către delegatar, se referă la eventuale neconformități ale delegatului în îndeplinirea cerințelor de performanță și calitate stabilite prin prezentul contract și anexele sale. Tocmai în acord cu procedura de monitorizare prevăzută la art. 16 din clauzele contractuale, așa cum este amintită și de contestatoare, s-a prevăzut această clauză pentru cazuri extreme, ca o măsură mai avantajoasă decât continuarea prestării serviciilor contrar termenilor contractuali.

G. Privitor la nelegalitatea art. 25.2 din modelul contractului, autoritatea contractantă arată că, în înțelesul Legii nr. 51 din 8 martie 2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, republicată, *„serviciile comunitare de utilități publice, denumite în continuare servicii de utilități publice, sunt definite ca totalitatea activităților reglementate prin prezenta lege și prin legi speciale, care asigură satisfacerea nevoilor esențiale de utilitate și interes public general cu caracter social ale colectivităților locale, cu privire la (...) salubrizarea localităților”*, iar in literatura juridică de specialitate, interesul public este definit ca fiind acel interes ce vizează ordinea de drept și democrația constituțională, garantarea drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare, realizarea competențelor autorităților publice.

Astfel, în sensul celor precizate, autoritatea contractantă consideră ca fiind absolut necesară menținerea prevederilor clauzei 25.2 din clauzele contractuale.

Prin adresa nr. 8012/16.11.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 48977/16.11.2017, SC ... SRL transmite Concluzii scrise, precizând următoarele:

A. Referitor la critica privind caracterul excesiv a cerințelor de bonitate/acces la resurse, contestatoarea solicită, în principal, constatarea caracterului excesiv și disuasiv din punct de vedere concurențial al cerinței, argumentația autorității contractante apărând neîntemeiată. Astfel, argumentul principal la baza acestei solicitări este riscul neîncasării facturilor, or, întrucât riscul de neplată a serviciului este prin definiție un risc de operare și întrucât riscul semnificativ de operare în cazul concesiunii este asumat de operator, nu este necesară impunerea unei garanții privind posibilitatea suportării acestuia de către operator. Iar, argument secund, faptul că suma solicitat a fi dovedită este necesară pentru ca operatorul economic să înțeleagă complexitatea și importanța contractului. Or, atâta timp cât ofertantului i se cere să facă dovada unei experiențe similare și cât tip datele privind valoarea și cerințele tehnice ale serviciului au fost făcute publice, toți potențialii ofertanți înțeleg în mod rezonabil obligațiile pe care urmează să și le asume prin depunerea ofertei.

Din acest motiv, apreciază contestatoarea, solicitarea suplimentară a unei dovezi de bonitate apare ca fiind superfluă, constituind un element de limitare nejustificată a concurenței.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită, în principal, obligarea autorității contractante să elimine, în integralitate, cerința privind bonitatea/accesul la resurse și, în subsidiar, obligarea autorității contractante să realizeze demersurile de publicare în SEAP a remedierii privind valoarea bonității (redusă de la 2.685.600 lei la 2.484.339,25 lei), astfel cum aceasta a fost asumată prin punctul său de vedere.

B. Cu privire la nelegalitatea cerinței privind deșeurile rezultate din reamenajarea șl reabilitarea interioară și/sau exterioară, contestatoarea învederează că își menține solicitarea de eliminare din documentația de atribuire a oricărei referiri la activitățile de salubrizare privind colectarea si transportul deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare si reabilitare interioara și/sau exterioară a acestora, indiferent de dimensiunile acestora.

Astfel, atâta timp cât prin documentația de atribuire se prevede că activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări, altele decât cele de dimensiuni mici colectate în pubela de reziduale, va fi facturată direct generatorilor, pe baza volumului de deșeuri colectat, înseamnă că această activitate este reglementată contractual, motiv pentru care, în continuare, se pune probleme ne-complinirii de către autoritatea contractantă a cerințelor legale privind informarea ofertanților cu privire la elementele tehnice și financiare aferente susținerii de către viitorul operator a acestei activități. Mai mult, indiferent că este vorba despre deșeuri de mici dimensiuni sau de mari dimensiuni, activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări, este definită separat de Legea nr. 101/2006, motiv pentru care se impune să fie prevăzută distinct în obiectul contractului și în cuprinsul documentației de atribuire.

Totodată, contestatoarea susține că deșeurile provenite din amenajări, indiferent de dimensiuni, făcând parte dintr-o o categorie de deșeuri definită separat prin HG nr. 862/2002, nu pot fi amestecate cu deșeuri menajere reziduale, ci trebuie să fie gestionate (precolectate, colectate, transportate, tratate/depozitate) în mod separat.

Pentru aceste motive și pentru cele exprimate prin contestație, SC ... SRL solicită admiterea acestei critici de nelegalitate.

C. Raportat la cele arătate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere formulat, contestatoarea nu mai insistă în susținerea criticii referitoare la nelegalitatea modului de reglementare a activității de colectare a anvelopelor uzate.

Cu privire la restul aspectelor contestate, petenta precizează că își menține poziția exprimată deja prin contestație, solicitând admiterea acesteia.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de servicii, divizat pe loturi, având ca obiect „Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare pentru activitățile de colectare separata și transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare, ...", clasificare CPV: 90511000-2 Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev.2) 90500000-2 Servicii privind deșeurile menajere și deșeurile (Rev.2) 90511200-4 Servicii de colectare a gunoiului menajer (Rev.2) 90512000-9 Servicii de transport de deșeuri menajere (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. ..., valoarea estimată totală, fără TVA, fiind de 87.197.072,00 lei, fără TVA, împărțită astfel: Lotul 1 – 85.941.428 lei, fără TVA, Lotul 2 – 1.255.644 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost atașată anunțului de concesionare nr. ....

În cadrul procedurii, în ceea ce privește lotul 1 - *Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare pentru activitățile de colectare separată și transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare din ...*, după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, criticile contestatoarei vizează următoarele cerințe impuse de autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, în ceea ce privește lotul 1, respectiv:

A. Nelegalitatea stabilirii în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de bonitate/acces la resurse

B. Nelegalitatea instituirii în sarcina delegatului a obligației de colectare șl transport a deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioara și/sau exterioară a acestora, raportat la obiectul declarat al contractului

C. Nelegalitatea modului de reglementare a activității de colectare a anvelopelor uzate

D. Nelegalitatea modului de reglementare a riscului de operare, descris la art. 73 alin. 1, lit. a, marcajul 2 din caietul de sarcini

E. Nelegalitatea art. 7.2.20 din modelul de contract

F. Nelegalitatea art. 15.4 din modelul de contract

G. Nelegalitatea art. 25.2 din modelul de contract

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul constată următoarele:

A. Referitor la susținerile contestatoarei în argumentarea nelegalității stabilirii în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de bonitate/acces la resurse, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, la pct. III.2.2.1., s-au impus următoarele:

„Pentru fiecare lot in parte:

Bonitate/acces la resurse

Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de prestare a serviciilor pentru primele 3 luni de derulare a contractului de operare, in valoare de:

- Lotul nr 1 – 2.685.600 lei.

- Lotul nr 2 – 62.700 lei

Modalitatea de îndeplinire:

Scrisoare din partea băncilor/ societăți finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul atesta ca va avea acces sau are disponibile resurse reale in cuantumul si perioada solicitate. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pentru primele 3 luni, ofertantul/candidatul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni: - lichidități pe care se angajează ca le va utiliza pe parcursul implementării contractului, sau - apelarea la o instituție de creditare in vederea obținerii unei facilitați de finanțare (linie de credit sau alt instrument de finanțare), sau - obținerea, in condițiile prevăzute de lege, un împrumut de la un alt operator economic (cu care poate avea sau nu vreo legătura prin participațiile la capitalul social). Disponibilitatea de susținere a contractului, indiferent sub ce forma este dovedita, va trebui sa conțină numele proiectului, suma si perioada solicitata".

De asemenea, în soluționare sunt reținute și cele expuse în Strategia de contractare nr. 1896/20.09.2017, pct. 3.3, lit. c), respectiv *„La calcularea acestei sume s-au luat în considerare termenele care reies din specificul activității – obiect al contractului, dar și din prevederile contractuale referitoare la încasarea de către Delegat a contravalorii serviciului prestat. Astfel, delegatul va presta serviciul utilizatorilor din aria delegării timp de 30 de zile calendaristice, după care va factura contravaloarea acestuia. Ulterior, situația de plată, precum și documentele justificative, verificate și acceptate de către ..., se comunică fiecărei unități administrativ-teritoriale în parte în vederea efectuării plății. Facturile vor fi plătite în cel mult 45 de zile de la data transmiterii de către Delegat la unitatea administrativ-teritorială (...)"*. Totodată, Consiliul reține că, potrivit modelului de contract, art. 4.5 *„Facturile vor fi plătite în cel mult 45 de zile de la data transmiterii de către Delegat la unitatea administrativ- teritorială. (...)*".

Având în vedere cele anterior expuse, Consiliul constată că, prin impunerea acestei cerințe, autoritatea contractantă a urmărit ca operatorii economici să demonstreze că au posibilitatea de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți apărute în derularea acestuia, prin intermediul potențialului organizatoric și financiar de care dispun.

În opinia Consiliului, această cerință nu are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire, așa cum se susține prin contestație, ci este o măsură de siguranță luată de către autoritatea contractantă în vederea derulării contractului, în concordanță cu dispozițiile art. 30 alin. (2) din HG nr. 867/2016 conform cărora *„Entitatea contractantă are dreptul de a impune ca criteriu minim de calificare, în raport cu situaţia economică şi financiară a ofertanţilor/candidaţilor, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului*."

Cât privește susținerile contestatoarei conform cărora o astfel de cerință este nelegală raportat și la faptul că prin caietul de sarcini s-a prevăzut în sarcina operatorului *„riscul privind neîncasarea tarifelor de utilizare pentru serviciul delegat*", Consiliul constată că cele două prevederi ale documentației nu se elimină reciproc, având în vedere că solicitarea privind bonitatea este impusă numai pentru primele 3 luni de derulare a contractului, în timp ce riscul prevăzut la art. 73 alin. (1) lit. a), marcatorul 1, din caietul de sarcini, se aplică pentru întreaga perioadă de desfășurare a contractului, care, potrivit art. 3.1 din modelul de contract, *„se încheie pe o perioadă de 8 ani, respectiv 96 de luni*".

Față de aceste aspecte, solicitarea contestatoarei privind eliminarea obligației concesionarului de a prezenta dovezile de bonitate/acces la resurse, impusă prin pct. III.2.2. din fișa de date, urmează să fie respinsă.

Referitor la același aspect, Consiliul reține că, cu titlu subsidiar, contestatoarea solicită ca, în cazul în care se consideră necesară menținerea acestei cerințe, valoarea sumelor ce se impune a fi dovedite să se determine raportat la valoarea estimată a contractului pe primul an (indicată la pag. 5 din Clarificarea nr. 1950/17.10.2017), rezultând suma de 2.484.339,25 lei. Prin concluziile scrise transmise ulterior primirii punctului de vedere al autorității, aceasta reiterează solicitarea sa în sensul *„obligării autorității contractante să realizeze demersurile de publicare în SEAP a remedierii privind valoarea bonității (redusă de la 2.685.600 lei la 2.484.339,25 lei)*".

Având în vedere afirmațiile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere conform cărora *„va modifica valoarea solicitată bonității pentru Lotul 1, de la 2.685.600 lei la 2.484.339,25 lei*", Consiliul reține că aceasta a înțeles deja să adopte măsuri de remediere în sensul celor solicitate în subsidiar de către contestatoare, asumându-și modificarea valorii conform celor expuse mai sus, modificare care urmează să fie realizată ulterior emiterii deciziei Consiliului, dat fiind că, la acest moment, procedura este suspendată.

B. În ceea ce privește critica societății contestatoare privind nelegalitatea instituirii în sarcina delegatului a obligației de colectare

și transport a deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioara și/sau exterioară a acestora, raportat la obiectul declarat al contractului, cu trimitere la mențiunile documentației de atribuire regăsite la:

„a*) art. II.3.a) din fișa de date a achiziției, realizarea acestei activități putând constitui dovadă a experienței similare;*

b) art. 71 alin. (3) din caietul de sarcini, privind plata acestui serviciu de către generatori;

c) pag. 44. lit. C, marcajul 3, referitor la planul de organizare a activității"

Consiliul reține că, prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1968/26.10.2017, lit. I, a fost eliminat din caietul de sarcini – Modul de prezentare a ofertei tehnice, lit. C. Planul de organizare a activității, marcajul 3, textul *„deșeuri de mici dimensiuni provenite de reamenajarea și reabilitarea locuințelor*", prin urmare referirile evidențiate în contestație la lit. c), citate mai sus.

De asemenea, se observă că, atât prin intermediul adresei cuprinzând măsurile de remediere, cât și prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă a învederat faptul că la specificarea cerințelor respective a avut în vedere *„punerea în sarcina Delegatului doar acele deșeuri de mici dimensiuni, provenite din reamenajarea/reabilitarea locuințelor, ajunse în mod accidental în pubela de reziduale*", precum și că *„activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări de mari dimensiuni constituie o activitate complet separată*".

Astfel, referitor la aceasta activitate, Consiliul constată că autoritatea a avut în vedere doar situația în care deșeurile respective, de mici dimensiuni, ajung în mod accidental în pubela de reziduale și nu constituie un flux special de deșeuri, fără însă să prezinte niciun fel de detaliu cu privire definirea sintagmei *„deșeuri de mici dimensiuni, provenite din reamenajarea/reabilitarea locuințelor*".

Definirea acesteia, este, în opinia Consiliului, cu atât mai necesară cu cât nu reprezintă o activitate principală a contractului.

În soluționare, sunt reținute și dispozițiile art. 51 alin. (5) și (7) din Legea nr. 100/2016, conform cărora *„(5) În cuprinsul documentaţiei de atribuire entitatea contractantă defineşte obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii prin descrierea necesităţilor autorităţii contractante şi a caracteristicilor solicitate pentru lucrările sau serviciile care urmează a fi concesionate şi stabileşte criteriile de atribuire, precum şi modul de repartizare a riscurilor;*

(7) Informaţiile furnizate prin documentaţia de atribuire trebuie să fie suficient de precise, clare şi complete pentru a permite operatorilor economici să determine natura şi obiectul concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, iar pe baza acestora să decidă transmiterea unei oferte sau neparticiparea la procedura de atribuire".

Date fiind criticile contestatoarei, contextul procedurii, dispozițiile art. 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016, precum și necesitatea respectării principiului transparenței, Consiliul stabilește că se impune completarea documentației de atribuire prin prezentarea unor explicații clare, complete și fără echivoc referitoare la definirea sintagmei *„deșeuri de mici dimensiuni, provenite din reamenajarea/ reabilitarea locuințelor*", ajunse în mod accidental în pubela de reziduale, precum și orice alte informații în acest sens necesare pentru fundamentarea ofertelor.

Cât privește solicitarea autoarei contestației de eliminare *„din documentația de atribuire a oricărei referiri la activitățile de salubrizare privind colectarea și transportul deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioară și/sau exterioară a acestora, pentru care nu se solicită tarife și cu privire la care nu se arată modalitatea de recuperare a costurilor*", Consiliul reține că, potrivit susținerilor autorității contractante, care precizează clar că *„activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări de mari dimensiuni constituie o activitate complet separată*", această activitate nu face obiectul contractului de față.

De asemenea, este reținut faptul că potrivit art. 71 alin. (3) din caietul de sarcini, capitolul IV- Aspecte contractuale, Secțiunea 1-a Sistemul de plăți, respectiv *„De asemenea, plata pentru activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări altele decât cele de dimensiuni mici colectate în pubela de reziduale va fi facturată direct generatorilor pe baza volumului de deșeuri colectat*".

Astfel, se constată că, deși este precizat faptul că această activitate va fi facturată direct generatorilor, posibilitatea gestionării ei în afara prezentului contract de către Delegat, conform propriilor proceduri de lucru și tarife, nu rezultă din documentele concesiunii, în speță, din modul de formulare a prevederii caietului de sarcini, anterior citată.

În aceste condiții, Consiliul constată că se impune completarea art. 71 alin. (3) capitolul IV- Aspecte contractuale, Secțiunea 1-a Sistemul de plăți din caietul de sarcini și cu cele precizate de către autoritatea contractantă prin punctul său de vedere, și anume adăugarea acestor mențiuni, respectiv *„De asemenea, plata pentru activitatea de colectare și transport a deșeurilor din construcții și demolări altele decât cele de dimensiuni mici colectate în pubela de reziduale va fi facturată direct generatorilor pe baza volumului de deșeuri colectat, fiind gestionată de către Delegat în afara prezentului contract, conform propriilor proceduri de lucru și tarife*".

Referitor la cerința privind experiența similară, Consiliul observă că, potrivit cap. III.2.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat *„Pentru fiecare lot în parte: Ofertantul va face dovada că în ultimii 3 ani a prestat, în*

cadrul a cel puțin unui contract, servicii similare cu cele care fac obiectul prezentului contract, respectiv:

- colectare separata si transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare provenind din activități comerciale, din industrie si instituții, inclusiv fracții colectate separat, fără a aduce atingere fluxului de deșeuri de echipamente electrice și electronice, baterii și acumulatori;

- colectarea și transportul deșeurilor voluminoase provenite de la populație, instituții publice și agenți economici, neasimilabile celor menajere;

- colectarea separată și gestionarea separată a deșeurilor periculoase provenite din deșeuri municipale și similare, cu excepția celor cu regim special;

- organizarea prelucrării, neutralizării și valorificării materiale a deșeurilor;

- colectarea și transportul deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioară și/sau exterioară a acestora."

În opinia Consiliului, toate serviciile enumerate mai sus sunt similare, astfel că, acceptarea, ca experiență similară, și a contractelor de „*colectare și transport al deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioară și/sau exterioară a acestora*", nu este abuzivă și nici nu conduce la concluzia că aceste activități fac parte din obiectul contractului supus concesionării, ci doar că autoritatea contractantă consideră aceste servicii ca fiind similare celor în cauză. În acest sens sunt reținute și justificările autorității din cuprinsul Strategiei de contractare nr. 1896/20.09.2017, pct. 3.3, lit. D) conform cărora „*solicitarea unei astfel de cerințe minime de calificare are rolul de a asigura selecția unor operatori cu un minim de experiență similară în domeniul salubrizării localităților*".

C. Referitor la constatarea nelegalității modului de reglementare a activității de colectare a anvelopelor uzate, Consiliul va lua act de poziția contestatoarei exprimată prin adresa nr. 8012/16.11.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 48977/16.11.2017, prin care aceasta arată că, raportat la punctul de vedere al autorității contractante, „*nu mai insistă în susținerea acestei critici*".

D. Cât privește constatarea nelegalității modului de reglementare a riscului de operare descris la art. 73 alin. 1 lit. a), marcajul 2 din caietul de sarcini, Consiliul reține următoarele:

Potrivit art. 73 alin. 1 lit. a) din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut ca Riscuri asociate contractului:

„*Principalele riscuri de operare <u>asumate integral</u> de către concesionar (Delegat) se constituie din:*

a) Riscul de cerere în condițiile în care indicatorii de performanță și calitate sunt integral respectați, respectiv:

- Riscul privind neîncasarea tarifelor de utilizare pentru serviciul prestat

– <u>Venituri sub proiecțiile financiare ca urmare a schimbărilor demografice și reducerii prestațiilor contractuale</u>

- Diminuarea în termeni reali a veniturilor preconizate din oricare motive neprevizionate

b) Riscul de ofertă constând în nerespectarea indicatorilor de performanță și calitate ai serviciului pe întreaga durată a contractului. Riscurile de această natură sunt transferate Delegatului prin mecanismul de sancțiuni aplicabile Delegatului în cazul nerespectării indicatorilor de performanță și calitate asumați prin contract".

În analizarea acestei critici, Consiliul reține incidența în cauză a dispozițiilor art. 6 alin. (3) și (4) din Legea nr. 100/2016, potrivit cărora:

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

a) este generat de evenimente care nu se află sub controlul părților la contractul de concesiune;

b) implică expunerea la fluctuațiile pieței;

c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor.

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

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

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

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

Astfel, Consiliul constată că riscul privind obținerea unor venituri sub proiecțiile financiare ca urmare a schimbărilor demografice și reducerii prestațiilor contractuale este un risc de operare, astfel cum a fost definit de legiuitor, fiind un risc de cerere generat de evenimente care nu se află sub controlul părților la contractul de concesiune cu implicarea expunerii la fluctuațiile pieței, iar, prin asumarea lui, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor.

De asemenea, în soluționare, Consiliul reține că legiuitorul nu a prevăzut nicio eventuală „marjă rezonabilă", așa cum susține contestatoarea, față de care un astfel de risc să poată fi modificat, iar,

pe de altă parte, potrivit documentelor concesiunii, riscul de cerere și riscul de ofertă sunt preluate integral de delegat, așa cum rezultă și din art. 9 Riscuri asociate contractului. Restabilirea echilibrului contractual, alin. 9.2 din modelul de contract.

Față de cele expuse mai sus, solicitarea contestatoarei cu privire la acest aspect, va fi respinsă.

E. În ceea ce privește critica societății contestatoare referitoare la clauza prevăzută la art. 7.2.20 din modelul de contract, conform căreia *„Delegatul va avea următoarele obligații: Să respecte indicatorii de performanță și calitate stabiliți prin contractul de delegare a gestiunii și/sau prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare*”, Consiliul constată temeinica acesteia, apreciind că impunerea, ca obligație în sarcina viitorului contractant a respectării unor condiții care urmează să fie stabilite prin intermediul unui act emis ulterior încheierii contractului încalcă principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, care presupune punerea la dispoziția celor interesați a tuturor informațiilor care țin de desfășurarea procedurii, respectiv contractului. În acest sens, Consiliul reține că, în virtutea acestui principiu, ofertanții trebuie să cunoască toate elementele pentru a putea decide asupra oportunității participării la procedură, astfel că menționarea, în cuprinsul modelului de contract, a obligației de respectare a unor indicatori *„de performanță și calitate stabiliți prin contractul de delegare a gestiunii și/sau prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare*”, care urmează să fie aprobată ulterior încheierii contractului, este disproporționată.

Argumentul autorității contractante cu privire la acest aspect, în sensul că hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare poate fi, în mod firesc, doar în limitele stabilite prin contract, nu este suficient pentru justificarea menținerii cerinței în cauză, atât timp cât, din cuprinsul acesteia, nu rezultă în mod clar și neechivoc faptul că respectiva hotărâre se referă, în principal, la suprafețele pe care se află amplasate punctele de colectare colectivă a deșeurilor și nici că prevederile acesteia vor fi limitate la cele stabilite prin contract.

Față de cele anterior expuse, Consiliul va admite această critică a contestatoarei și va obliga autoritatea contractantă să remedieze documentația fie prin eliminarea din cuprinsul art. 7.2.20 din modelul de contract a sintagmei *„și/sau prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare*”, fie prin completarea acestui articol cu sintagma *„și prin hotărârea autorității administrației publice locale de dare în administrare, care va avea în vedere aceeași indicatori de performanță și calitate stabiliți prin contractul de delegare a gestiunii*”.

F. De asemenea, și cu privire la clauza prevăzută la art. 15.4 din modelul de contract, respectiv *„Fără a afecta prevederile de mai sus, Delegatarul poate decide suspendarea executării Contractului, în*

situația în care există suspiciuni cu privire la eventuale neconformități ale Delegatului în îndeplinirea cerințelor de performanță și calitate stabilite prin prezentul contract și anexele sale, notificând în acest sens Delegatul cu cel puțin 5 zile înainte. Prevederile de mai sus nu vor exonera Delegatul de plata penalităților prevăzute prin prezentul Contract" Consiliul va reține temeinicia criticilor contestatoarei, având în vedere că modul de redactare al acesteia nu este suficient pentru a reglementa clar motivele pentru care o astfel de suspendare poate interveni. În soluționare, Consiliul reține că, în cazul în care apar anumite neînțelegeri cu privire la eventuale neconformități în îndeplinirea cerințelor contractului, ele trebuie soluționate conform condițiilor stabilite, neputându-se accepta ca autoritatea contractantă să beneficieze de un drept discreționar în acest sens. Pe de altă parte, luând în considerare specificul contractului, contrar opiniei autorității contractante, Consiliul apreciază că măsura suspendării executării lui, în condițiile clauzei art. 15.4 anterior citată, în baza doar a unor *„suspiciuni cu privire la eventuale neconformități*" nu este mai avantajoasă nici pentru părți și nici pentru beneficiari, atât timp cât caracterul culpabil al prestatorului în neîndeplinirea obligațiilor sale conform contractului, nu a fost stabilit fără echivoc, prin parcurgerea etapelor privind soluționarea litigiilor.

Față de cele anterior expuse, Consiliul stabilește că se impune eliminarea clauzei prevăzută la art. 15.4 din modelul de contract.

G. Referitor la clauza prevăzută la art. 25.2 din modelul contractului, respectiv *„Prevederile contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public"*, Consiliul reține că prin adresa nr. 1968/26.10.2017, lit. T, autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri de remediere:

„În clauzele contractuale în loc de

25.1 Clauzele obligatorii ale prezentului Contract vor putea fi modificate prin acordul părților, prin încheierea de acte adiționale.

25.2 Prevederile contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public

Se va citi:

25.1 Clauzele specifice ale prezentului Contract vor putea fi modificate prin acordul părților, prin încheierea de acte adiționale.

25.2 Clauzele obligatorii ale contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public".

În soluționare, se observă că, deși autoritatea a înțeles să modifice clauza respectivă, nici prin modul ulterior de redactare nu se elimină arbitrariului din partea ei, prin nedefinirea, în mod clar, a condițiilor care conduc la necesitatea unei astfel de modificări a clauzelor contractului.

De asemenea, este constatat faptul că nici argumentele autorității contractante, din cuprinsul punctului de vedere, nu sunt în măsură să clarifice/justifice necesitatea și legalitatea clauzei criticate. Dreptul autorității publice contractante de a modifica unilateral partea reglementară a contractului se fundamentează pe dreptul său exclusiv de a constata modificarea interesului public și de a adapta în consecință serviciul public, iar contractantul nu va putea contesta oportunitatea măsurii. În opinia Consiliului, acest drept al administrației nu poate fi exercitat însă în mod discreționar, ci numai dacă respectiva modificare este cerută de o mai bună adaptare a contractului la necesitățile satisfacerii interesului public. Autoritățile publice competente organizează serviciile publice, în regim de drept public, în scopul satisfacerii unui interes public. În măsura în care autoritatea contractantă constată o modificare a interesului public, aceasta poate, prin acte administrative de autoritate, să modifice condițiile de desfășurare a serviciului public ori chiar să desființeze serviciul public, modificând sau, după caz, punând capăt contractului. Însă, apreciază Consiliul, acest drept nu poate fi restrâns sau limitat prin contractul administrativ.

Pe de altă parte, raportat la faptul că, într-o astfel de situație, nu se poate reține nicio culpă în sarcina delegatului, o asemenea de clauză contravine regulilor de drept, prin afectarea principiului forței obligatorii a contractului.

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a prevăzut în mod clar, precis și neechivoc, în cadrul documentației de atribuire modalitatea de modificare a contractului și nici vreo compensație aferentă Delegatului.

În concluzie, Consiliul, constatând temeinicia criticilor contestatoarei cu privire la acest aspect, va admite această critică și va dispune obligarea autorității contractante în definirea exactă a motivelor și condițiilor în care autoritatea are dreptul de a modifica unilateral contractul, precum și eventualele drepturi compensatorii pentru delegat în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ ca urmare a acestor modificări.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, va obliga autoritatea contractantă ... ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să aducă modificările menționate în considerentele prezentei decizii la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la această procedură de atribuire, prin publicarea lor în SEAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 85 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să aducă modificările menționate în considerentele prezentei decizii la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la această procedură de atribuire, prin publicarea lor în SEAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 85 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în .. exemplare, conține ... pagini.