C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

I. Prin contestația nr. 3180/23.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50189/23.11.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adreselor nr. 988/14.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă și nr. 998/20.11.2017 de adoptare a măsurilor de remediere, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Contract de delegare prin concesiune a gestiunii activităților de colectare și transport a deșeurilor municipale și altor fluxuri de deșeuri, componente ale serviciului de salubrizare de pe raza județului ...”, s-a solicitat obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere în ce privește punctele 8, 9, 12 și 17 din notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017 și la prelungirea datei limită de depunere a ofertelor, iar în subsidiar, în măsura în care nu este posibilă corectarea/înlăturarea neregulilor, anularea procedurii de atribuire.

II. Prin contestația nr. E15954/04.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51580/04.12.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 1-26/29.11.2017, emise de către aceeași autoritatea contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, continuarea procedurii de atribuire în cazul dispunerii remedierilor, iar în situația în care nu se dispun măsurile de remediere solicitate, anularea acesteia, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, cu consecința prelungirii datei limită de depunere a ofertelor.

III. Prin contestația nr. 7388/04.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51698/05.12.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. 1033/04.12.2017, emise de către aceeași autoritatea contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită anularea adreselor nr. 1001/21.11.2017 și nr. 1014/27.11.2017, de răspuns la solicitările de clarificări și a adresei nr. 1033/04.12.2017, de răspuns la notificarea prealabilă, remedierea documentației de atribuire prin obligarea autorității contractante la acceptarea ca operatorul ...nomic să dispună de autospecialele cu care prestează, prin chirie, comodat sau altă formă legală, care să îi permită prestarea serviciilor ce fac obiectul concesiunii, iar autospecialele nu pot fi bunuri de retur, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

IV. Prin contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51897/05.12.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 1025/29.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, emisă de către aceeași autoritate contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere astfel cum au fost solicitate prin notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017 și la prelungirea datei limită de depunere a ofertelor, iar în subsidiar, în măsura în care nu este posibilă corectarea/înlăturarea neregulilor, anularea procedurii de atribuire.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. 4291/2017, nr. 4412/2017, nr. 4429/2017 și nr. 4443/2017, contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50189/23.11.2017, nr. 51580/04.12.2017, nr. 51698/05.12.2017 și nr. 51897/05.12.2017, urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. 4291/2017.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

I. 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 ... critică decizia autorității contractante de respingere a unor solicitări de remediere a documentației de atribuire, cerute prin notificarea prealabilă.

Astfel, contestatorul susține că, urmare a publicării documentației aferente respectivei proceduri de atribuire, a formulat notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017, prin care a solicitat:

- la pct. 8: *„Art. 69 din caietul de sarcini arată că «Punctele de colectare și dotarea acestora sunt cele din anexa nr. 3 la caietul de sarcini. Colectarea deșeurilor menajere de la populație se va face atât din punctele fixe de colectare (amenajate în zonele de blocuri cu densitate mare), cât și din poartă în poartă de la gospodăriile individuale atât din mediul urban, cât și din mediul rural. Acolo unde, din cauza configurației arterelor rutiere, nu se poate ajunge cu mijlocul de transport la toate gospodăriile individuale, sau dacă acestea nu au în dotare pubele, deșeurile vor fi aduse de către utilizatorii casnici la punctele fixe de colectare, de unde vor fi preluate de către Operator»”.*

Față de aceste prevederi, precum și de ansamblul documentației de atribuire publicată, contestatorul semnalăm că aceasta nu cuprinde:

(i) Informații referitoare la modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT; dacă distribuirea recipientelor se realizează direct de operator sau de către UAT-uri;

(ii) În situația în care distribuirea se realizează direct de operator, informării referitoare la adresele pentru amplasarea recipientilor;

(iii) Hărțile cu amplasamentele platformelor fixe de colectare;

(iv) Adresele și cantitățile estimate pentru fiecare agent ...nomic din fiecare UAT pentru a fi în măsură să stabilim traseelor mașinilor având în vedere că la art. 88 din caietul de sarcini precizați că pentru unitățile de vânzare cu amănuntul cu suprafața mai mică de 400 mp și cu maxim doi angajați, deșeurile de ambalaje vor fi colectate separat în punctele de colectare stradală, împreună cu deșeurile de la populație.

Solicităm completarea documentației publicate cu cele sus-menționate.”

- la pct. 9: *„Anexa 6 la caietul de sarcini cuprinde cantitățile de deșeuri similare estimat a fi colectate, pe zone, iar nu pe UAT-uri.*

Văzând conținutul Anexei 6 la caietul de sarcini, solicităm completarea acesteia cu indicarea cantităților estimate pe UAT-uri.”

- la pct. 12: *„Punctul 19 din matricea riscurilor*

	RISCURI GENERALE			
1.	*Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat*	*Gradul scăzut de încasare a tarifului conduce la dificultăți financiare, operare n...nforma și imposibilitatea derulării programului de întreținere, înlocuire și dezv...are a activelor.*	*100%*	*Delegatul este deplin responsabil de gradul de colectare și trebuie sa asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare, astfel încât gradul de colectare sa nu reprezinte un risc*

Art. 169 din caietul de sarcini: «La alocarea riscurilor a fost aplicată ca regulă generală, aceea că riscul trebuie suportat de către partea care îl poate atenua în cea mai mare măsură și/sau care poate controla cel mai bine consecințele».

Solicităm modificarea matricei riscurilor ce face obiectul Studiului de fundamentare, în sensul de a se specifica, la punctul 19, ca Delegatarul, iar nu Delegatul este pe deplin responsabil de gradul de recuperare a

contravalorii serviciilor de salubrizare/de gradul de colectare și trebuie să asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare.

Aceste riscuri intră în sarcina Delegatarului, de vreme ce acesta are obligația de a plăti contravaloarea serviciului, iar imposibilitatea UAT-ului de a asigura resursele financiare pentru plata serviciului, nu poate reprezenta un risc asumat de Operator, deoarece nu ține de vreo acțiune/inacțiune a operatorului, cel mult, Operatorul poate finanța o perioadă scurtă de timp prestarea serviciului, dar nu poate presta acest serviciu „sine die" fără ca UAT-urile să achite contravaloarea serviciului."

- la pct. 17: *„Vă rugăm să completați documentația prin precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice."*

În continuare, contestatorul arată că prin adresa nr. 988/14.11.2017, de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a învederat intenția de a lua măsuri de remediere în ce privește punctele 8, 9 și 17, după cum urmează:

„Răspuns nr. 8: În ceea ce privește modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, se vor efectua măsuri de remediere, în sensul modificării art. 72 din caietul de sarcini astfel: «Numărul de recipiente care trebuie puse la dispoziție de către operator, pentru colectarea deșeurilor menajere colectate separat este prezentat în anexa 3.2 la prezentul caiet de sarcini. Recipientele vor avea marcaj CE vor fi noi/nefolosite și vor fi distribuite de acesta astfel: [...]

În ceea ce privește hărțile solicitate, se vor lua măsuri de remediere în sensul publicării acestora [...].»

Răspuns nr. 9: Se va remedia situația indicată.

Răspuns nr. 17: Se vor lua măsuri de remediere."

Astfel, contestatorul precizează că prin adresa nr. 988/14.11.2017, de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a învederat că va lua măsuri de remediere, în sensul că:

(i) va modifica art. 72 din caietul de sarcini, prin precizarea modului de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea recipientelor se realizează direct de operator sau de către UAT-uri;

(ii) va publica hărțile cu amplasamentele platformelor fixe de colectare;

(iii) va completa Anexa 6 la caietul de sarcini cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, iar nu pe zone;

(iv) va preciza indicele de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice.

În ce privește punctul 12 din notificarea prealabilă, contestatorul menționează că prin adresa nr. 988/14.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a că: *„Răspuns nr. 12: Nu se vor lua măsuri de remediere. Se consideră că delegatul este singurul răspunzător de încasarea contravalorii facturilor având în vedere mijloacele legale existente. Prin prisma naturii contractului - concesiune - se consideră că acesta este un risc de operare, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 100/2016 privind concesiune de lucrări și concesiunile de servicii*", iar

ulterior, în data de 20.11.2017, autoritatea contractantă a publicat adresa nr. 998/20.11.2017 de adoptare a măsurilor de remediere, în care precizează, cu referire la punctele 8, 9 și 17 din notificarea prealabilă, următoarele:

„8. Anexăm prezentei tabelul cu punctele de colectare, dotările și capacitățile acestora, iar adresele punctelor de colectare se regăsesc în Anexa 3.1 la caietul de sarcini.

9. Anexăm prezentei Anexa 6 completată cu cantitățile estimate pentru deșeurile similare. [...]

14. Indicii de generare pentru anul 2017, utilizați în Studiul de fezabilitate la elaborarea analizei cost-beneficiu sunt următorii: mediul urban: 0,97 kg/loc/zi; mediul rural: 0,51 kg/loc/zi."

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă, practic, a răspuns solicitării de prezentare (i) a modului de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea acestora se realizează direct de operator sau de către UAT-uri, (ii) a hărților cu amplasamentele platformelor fixe de colectare, respectiv (iii) a completării Anexei 6 la caietul de sarcini cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, prin anexarea unei situații a platformelor de colectare, respectiv prin invocarea unei anexe 6 completate, ce nu a fost atașată documentului principal reprezentat de adresa nr. 998/20.11.2017.

De asemenea, contestatorul consideră că la solicitarea de prezentare a indicilor de generare a deșeurilor, care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, autoritatea contractantă a prezentat indicii de generare pentru anul 2017, aspect ce nu îi fusese solicitat.

Astfel, ... contestă modalitatea în care autoritatea contractantă a remediat neregulile sesizate, întrucât:

1. deși autoritatea contractantă specifică faptul că, în ce privește modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, se vor efectua măsuri de remediere, în sensul modificării art. 72 din caietul de sarcini, prin adresa nr. 998/20.11.2017 nu s-a adoptat nicio măsură de remediere în sensul modificării art. 72 din caietul de sarcini și precizării modului de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea acestora se realizează direct de operator sau de către UAT-uri.

Astfel, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la luarea măsurii de remediere constând în obligarea acesteia să precizeze modul de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea acestora se realizează direct de operator sau de către UAT-uri.

2. deși se specifică că, în ce privește hărțile solicitate, se vor lua măsuri de remediere, în sensul publicării acestora, prin adresa nr. 998/20.11.2017 nu s-a adoptat nicio măsură de remediere, autoritatea contractantă nu a atașat adresei respective hărțile solicitate.

Singurul document care a fost atașat adresei nr. 998/20.11.2017 este un tabel cu situația platformelor de colectare, cu precizarea că adresele punctelor de colectare se regăsesc în anexa 3.1 la caietul de sarcini. Or, nici tabelul respectiv și nici Anexa 3.1 la caietul de sarcini nu pot ține locul hărților, întrucât acestea nu cuprind adrese concrete/exacte, ci zone/cartiere

ale orașelor/comunelor, ce nu constituie indicații precise cu privire la locațiile unde vor fi amplasate platformele fixe de colectare.

Contestatorul învederează că hărțile solicitate cu amplasamentele platformelor fixe de colectare sunt necesare atât pentru formularea unei oferte tehnice bazată pe trasee, distanțe, timpi parcurși, consumuri etc., cât și pentru finalizarea unei oferte financiare, în concordanță cu aceasta. De asemenea, prezentarea hărților solicitate constituie o obligație legală a autorității contractante, instituită prin Anexa la Ordinul nr. 111/2007 privind aprobarea caietului de sarcini-cadru al serviciului de salubrizare a localităților.

Cu privire la acest aspect, contestatorul arată că respectivul caiet de sarcini, prevede la art. 19: *„Traseele de transport al deșeurilor municipale sunt cele prezentate în anexa nr. ... (se trece numărul anexei la caietul de sarcini care va cuprinde harta zonei de deservire, cu indicarea traseului de transport al deșeurilor municipale la stația de sortare, transfer sau depozit, după caz)*", astfel că obligația de prezentare a zonei de deservire cu indicarea traseului de transport, revine autorității contractante și solicită obligarea acesteia la luarea măsurii de remediere constând în publicarea hărților cu amplasamentele platformelor fixe de colectare.

Astfel, contestatorul precizează că în lipsa acestor hărți sau a datelor pe care aceste hărți ar trebui să le cuprindă (localizarea punctelor de colectare distanțe), pe baza cărora pot fi determinate costurile de operare (consumuri de combustibili etc), nu este posibil ca autoritatea contractantă să fi estimat în mod rezonabil costurile aferente activității și să fi determinat valoarea estimată a contractului.

3. deși prin adresa nr. 988/14.11.2017, autoritatea contractantă specifică că va remedia situația constând în lipsa din Anexa 6 la caietul de sarcini a cantităților estimate pe UAT-uri, iar prin adresa nr. 998/20.11.2017 se precizează că se anexează Anexa 6 completată cu cantitățile estimate pentru deșeurile similare, această anexă continuă să lipsească.

Astfel, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la luarea măsurii de remediere constând în prezentarea Anexei 6 la caietul de sarcini completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și nu pe zone.

4. deși prin notificarea prealabilă s-a solicitat precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice și prin adresa nr. 988/14.11.2017 s-a specificat că se vor lua măsuri de remediere, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 998/20.11.2017 de adoptare a măsurilor de remediere, a prezentat indicii de generare pentru anul 2017 utilizați în Studiul de fezabilitate la elaborarea analizei cost-beneficiu.

Astfel, contestatorul solicită anularea adresei nr. 998/20.11.2017, de adoptare a măsurilor de remediere în ce privește măsura de remediere dispusă la punctul 14 din aceasta și obligarea autorității contractante la luarea măsurii de remediere constând în precizarea indicelui de generare a deșeurilor, care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, astfel cum a solicitat inițial.

... observă faptul că și prin adresa nr. 990/14.11.2017 de răspuns la clarificări, la solicitarea de prezentare a indicelui de generare, autoritatea contractantă a prezentat tot indicii de generare din anul 2017, răspuns absolut n...ncludent și nerelevant prin raportare la solicitarea formulată și, având în vedere data depunerii ofertelor fixată pentru luna decembrie 2017 și perioada care se va scurge până la desemnarea unui ofertant câștigător, primul an de contract va fi 2018, iar aceasta avea obligația să facă calcule pentru identificarea indicatorilor aferenți anului 2018, întrucât și estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, s-a realizat tot pentru anii de execuție ai contractului de delegare, iar nu pentru anii anteriori.

5. se contestă inclusiv răspunsul nr. 12 din adresa nr. 988/14.11.2017, de răspuns la notificarea prealabilă, prin care s-a precizat că nu se vor lua măsuri de remediere, întrucât delegatul este singurul răspunzător de încasarea contravalorii facturilor, iar prin prisma naturii contractului - concesiune - se consideră că acesta este un risc de operare.

Conform contractului de delegare, contestatorul susține că facturile se emit de către operatorul serviciului către UAT-uri, operatorul serviciului neîncheind contracte cu utilizatorii. Practic, plata contravalorii serviciului se efectuează de către UAT-uri. Având în vedere că UAT-urile fac plata și operatorul serviciului nu încheie contracte cu utilizatorii, ci tot UAT-urile recuperează contravaloarea serviciului de la utilizatori, UAT-urile sunt singurele care pot fi responsabile de existența unui *„grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială a sumelor contractate de către Delegat”.*

Practic, dacă UAT-urile nu achită contravaloarea serviciului către operatorul serviciului, tot acestea sunt singurele responsabile de neplată, care se traduce în existența unui *„grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare [...]”,* contestatorul apreciind că este inadmisibil ca UAT-rile să pretindă că ar putea fi în imposibilitatea de a plăti operatorului contravaloarea serviciului, iar operatorul serviciului să trebuiască să finanțeze pe toată perioada contractului de delegare, costurile de operare, fără ca acest risc să fie măcar limitat în timp ca manifestare.

În acest sens, contestatorul amintește de prevederile art. 14 din Legea nr. 273/2006 a finanțelor publice locale și art. 30 din Legea nr. 500/2002 a finanțelor publice, pe care le citează.

Prin urmare, raportat la prevederile legale enunțate mai sus și față de regula care a stat la baza definirii riscului (art. 169 din caietul de sarcini: la alocarea riscurilor a fost aplicată ca regulă generală aceea că riscul trebuie suportat de către partea care îl poate atenua în cea mai mare măsură și/sau care poate controla cel mai bine consecințele), riscul enunțat la poziția 19 din matricea riscurilor, nu are cum să fie suportat de către Operator, în aprecierea contestatorului, din următoarele considerente:

(i) potrivit prevederilor legale mai sus prezentate, finanțarea serviciului de salubrizare, în cazul de față, se face din taxe speciale de salubrizare pe care persoanele fizice și juridice le vor plăti către bugetele locale ale UAT-urilor, ceea ce înseamnă că acestea au obligația stabilită prin lege și asumată de a constitui sumele necesare plății serviciului de salubrizare a localităților și utilizării acestora în acest scop.

(ii) ori, în condițiile în care autoritatea contractantă instituie un risc care să fie transmis în sarcina Operatorului privind activitatea de încasare a taxelor speciale de salubrizare de la populația care beneficiază de serviciul prestat de operator, se pune întrebarea dacă autoritatea contractantă deține resursele financiare pentru derularea contractului a cărui atribuire se urmărește prin această procedură de atribuire.

(iii) prevederile art. 30 din Legea nr. 500/2002 sunt clare, în sensul că obligația de colectare a taxelor speciale de salubrizare aparține statului, prin instituțiile sale, în speță direcțiile de impozite și taxe locale aflate în subordinea consiliilor locale ale UAT-urilor membre ale ....., iar acest atribut nu poate fi delegat unui terț (operator al serviciului de salubrizare).

Prin urmare, față de regula care a stat la baza alocării riscurilor, contestatorul arată că alocarea riscului de la poziția 19 din Matricea riscurilor în sarcina Operatorului, este nelegală, inaplicabilă și se contrazice chiar cu regula stabilită prin caietul de sarcini și reluata mai sus (art. 169), întrucât:

(i) colectarea taxelor speciale este atributul exclusiv al UAT-urilor, prin instituțiile subordonate și este evident că nu este la îndemâna Operatorului să îl atenueze, deoarece nu are cu plătitorii de taxe un raport juridic direct/individualizat pentru a putea lua măsuri față de cei care nu achită contravaloarea serviciului;

(ii) UAT-urile, prin structurile de colectare a impozitelor și taxelor locale, au capacitatea de a lua măsuri inclusiv coercitive privind încasarea contravalorii taxelor aferente serviciului de la utilizatorii care beneficiază de serviciului asigurat de operator și contractat de UAT-uri/ ... (în numele locuitorilor);

(iii) operatorul nu poate controla, în niciun fel, consecințele neplății taxelor de către beneficiarii serviciului, deoarece nu are o relație contractuală cu aceștia, ceea ce înseamnă că nu este în măsură să colecteze acele sume.

Cel mult, s-ar putea discuta despre un risc care să se distribuie în procente egale (câte 50%) între Delegatar și operatorul serviciului sau despre o perioadă limitată în timp, în care operatorul serviciului să-și asume riscul neplății către el de către UAT-uri și să finanțeze în continuare costurile de operare.

Concluzionând, pentru cele arătate, ... solicită C.N.S.C. obligarea...-... la luarea măsurilor de remediere în ce privește punctele 8, 9, 12 și 17 din notificarea sa prealabilă nr. 2975/09.11.2017, astfel:

- precizarea modalității de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea se face direct de operator sau de UAT-uri;
- publicarea hărților cu amplasamentele platformelor fixe de colectare;
- prezentarea Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și nu pe zone;
- anularea adresei nr. 998/20.11.2017 de adoptare a măsurilor de remediere în ce privește pct. 14 din aceasta;
- precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, astfel cum s-a solicitat inițial;

- anularea adresei nr. 988/14.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, în ce privește răspunsul nr. 12;

- modificarea matricei riscurilor ce face obiectul Studiului de fundamentare, în ce privește punctul 19, în sensul de a se specifica că Delegatarul, iar nu Delegatul, este pe deplin responsabil de gradul de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare.

De, asemenea, având în vedere că luarea măsurilor de remediere modifică documentația de atribuire, iar operatorii ...nomici au nevoie de un timp suplimentar pentru a finaliza propunerile financiare și tehnice în conformitate cu acestea, prin raportare la prevederile art. 70 alin. (3) și (7) din Legea nr. 100/2016, art. 53 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 100/2016 și art. 153 din Legea nr. 98/2016, ... solicită și obligarea...-... la prelungirea datei limită de depunere a ofertelor, iar în subsidiar, în măsura în care nu este posibilă corectarea/înlăturarea neregulilor, anularea procedurii de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 1041/06.12.2017, înregistrat la C.N.S,C. cu nr. 52447/08.12.2017, ... solicită respingerea contestației ..., ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă prezintă, pe fondul cauzei, argumentele sale invocate în combaterea susținerilor contestatorului, astfel:

I. Referitor la neindicarea modalității de distribuire a recipientelor

În urma notificării prealabile formulate, autoritatea contractantă a precizat că operatorul va pune la dispoziție recipientele respective, respectiv că se va modifica art. 72 astfel: *„Numărul de recipiente care trebuie puse la dispoziție de către Operator, pentru colectarea deșeurilor menajere colectate separat este prezentat în anexa nr. 3.2 la prezentul caiet de sarcini. Recipientele vor avea marcaj CE, vor fi noi /nefolosite și vor fi distribuite de acesta astfel:...”*.

Astfel, din analiza art. 72 din Anexa 3.2 la caietul de sarcini, rezultă numărul de pubele aferente fiecărui UAT, iar prin răspuns, autoritatea contractantă arată că a indicat în mod clar că operatorul va efectua această distribuire. Interpretarea coroborată a Anexei 2 la caietul de sarcini, unde în coloana a 3-a se precizează numărul de gospodării din mediul urban și rural, iar numărul de gospodării din mediul rural este identic cu numărul de pubele indicat, și a Anexei 3.2, conduce la concluzia că aceste pubele vor distribuite fiecărei gospodării.

Din corelarea tuturor informațiilor furnizate, este evident că prin răspunsul transmis, autoritatea contractantă concluzionează că operatorul va distribui pubelele fiecărei gospodării din mediu rural.

Față de cele expuse mai sus, autoritatea contractantă consideră solicitarea contestatorului ca nefondată.

II. În ceea ce privește lipsa publicării hărților privind punctele de colectare, autoritatea contractantă menționează că la data înaintării către C.N.S.C. a punctului de vedere, prin clarificarea din 29.11.2017, au fost publicate hărți ale punctelor de colectare, precum și date care permit ofertanților să identifice locația acestora.

Față de cele expuse mai sus, autoritatea contractantă consideră solicitarea contestatorului ca rămasă fără obiect.

III. Lipsa prezentării Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, iar nu pe zone.

Autoritatea contractantă susține că Anexa 6 la caietul de sarcini a fost completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, fiind încărcată în SEAP la data de 06.12.2017 și, față de cele expuse mai sus, consideră solicitarea contestatorului ca rămasă fără obiect.

IV. Neindicarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice.

Autoritatea contractantă arată că prin notificarea privind măsurile de remediere luate, publicată în SEAP la data de 20.11.2017, la punctul 14, s-a indicat contestatorului care sunt indicii de generare pentru populație. Aceștia sunt indicii de generare care s-au avut în vedere la dimensionarea sistemului integrat de gestionare a deșeurilor și s-a făcut referire la anul 2017, deoarece s-a aflat în cursul anului 2017, iar participanții trebuiaiu să își prezinte oferta în funcție de aceste cantități estimate la momentul elaborării documentației.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă consideră că solicitarea de a se comunica acest indice este irelevantă, deoarece prin documentație a fost precizată cantitatea de deșeuri. Indicii de generare sunt folosiți doar în momentul în care cantitatea de deșeuri nu se cunoaște și se indică doar numărul populației. Prin documentație s-au furnizat date privind cantitatea de deșeuri anuală care trebuie colectată aferentă fiecărui UAT, de asemenea populația, iar pe baza acestor date se pot stabili cantitățile medii pe orice unitate de timp, care trebuie colectate.

În ceea ce privește indicele referitor la persoanele juridice, autoritatea contractantă menționează că prin documentația de atribuire, s-a comunicat care este cantitatea estimată aferentă acestei categorii de beneficiari, neexistând niciun alte indice de generare și, față de cele expuse mai sus, consideră această solicitare a contestatorului ca nefondată.

V. În ceea ce privește refuzul de modificare a matricei riscurilor - punctul 19, autoritatea contractantă evocă prevederile caietului de sarcini, în care riscul este denumit ca fiind: *„Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat*", iar prin definiție se stabilește că acest risc constă în: *„Gradul scăzut de încasare a tarifului conduce la dificultăți financiare, operare n...nformă și imposibilitatea derulării programului de întreținere, înlocuire și dezv...are a activelor."*

Astfel, la momentul elaborării riscului, autoritatea contractantă arată că a avut în vedere, pe de-o parte, hotărârea CJUE în cauza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler din 10 martie 2011, care la punctul 37 statuează că riscul de exploatare (specific contractelor de concesiune) presupune printre altele riscul de insolvabilitate a debitorilor prețului serviciilor furnizate și riscul de lipsă a acoperirii integrale a cheltuielilor de exploatare prin încasări. Pe de altă parte, din denumirea și definiția riscului și prevederile contractului, nu rezultă sub nicio formă situația expusă de contestator. Operatorul are raporturi contractuale doar cu unitatea administrativ teritorială. În nici o secțiune aferentă respectivului

risc nu se face vreo mențiune referitoare la populație sau la neplata taxei de către aceștia.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă menționează că acest risc, precum și orice alte prevederi trebuie interpretate sistematic și este clar că acest risc este limitat în timp, din moment ce prevederile art. 10 alin. (4) din Contract prevăd posibilitatea operatorului de a întrerupe furnizarea serviciului și de a solicita recuperarea debitelor.

Astfel, prin acest risc se solicită operatorilor să își asume prestarea serviciului și să efectueze o operare conformă, indiferent de gradul de recuperare la un moment dat al creanțelor, care la un moment ulterior, vor fi recuperate, conform prevederilor legale în vigoare.

Față de cele expuse mai sus, autoritatea contractantă consideră această solicitare a contestatorului ca nefondată.

Având în vedere argumentele expuse anterior, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestația ... ca nefondată și să dispună continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 376/07.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 52326/07.12.2017, ... transmite răspunsul său față de punctul de vedere nr. 1041/06.12.2017 al autorității contractante, solicitând respingerea argumentele invocate de aceasta și admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Astfel, contestatorul precizează, referitor la modalitatea de distribuire a recipienţilor, că prin adresa nr. 988/14.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă formulată, autoritatea contractanta a învederat intenția sa de a lua măsuri de remediere - Răspuns nr. 8, în sensul de a preciza modul de distribuire a recipienţilor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea acestora se realizează direct de operator sau de către UAT-uri.

Însă, cu toate acestea, contestatorul susține că prin adresa nr. 998/20.11.2017, de adoptare a măsurilor de remediere nu s-a luat nicio măsură în sensul modificării art. 72 din caietul de sarcini și precizării modului de distribuire a recipienţilor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea acestora se realizează direct de operator sau de către UAT-uri, ci s-a precizat doar că operatorul va pune la dispoziție recipientele.

Faptul că operatorul va pune la dispoziție recipientele, nu înseamnă, în aprecierea contestatorului, că tot acesta le distribuie, ci există posibilitatea de a le pune la dispoziție fiecărui UAT în parte, urmând ca acestea din urmă să se ocupe de activitatea de distribuire. Nici interpretarea coroborată cu Anexa 2 la caietul de sarcini nu este lămuritoare, întrucât niciunde nu se prevede modalitatea de distribuire a recipienţilor (cum se realizează distribuirea, program, dacă se realizează pe bază de documente justifice sau altele).

Așadar, având în vedere că neclaritatea persistă, că nu s-a luat măsură remedierii, în sensul modificării art. 72 din caietul de sarcini și precizării modului de distribuire a recipienţilor, astfel cum s-a comunicat prin adresa nr. 988/14.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, că distribuirea implică o activitate ce presupune utilizarea a sute de camioane, respectiv sute de zile de muncă pentru angajații operatorilor, iar aceștia trebuie să cunoască modalitatea în care li se cere să realizeze și să-și planifice activitatea de distribuire, ... solicită admiterea contestației, astfel

cum a fost formulată, în sensul obligării autorității contractante să precizeze, la nivelul documentației de atribuire, pentru a fi clar, modul de distribuire a recipienţilor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea recipienţilor se realizează direct de operator sau de către UAT-uri.

În ce privește problema publicării hărților, astfel cum susține și autoritatea contractantă, odată cu clarificarea din 29.11.2017, au fost publicate hărți ale punctelor de colectare, precum și date care permit ofertanților să identifice locația acestora, astfel că ... precizează că nu mai insistă în solicitarea obligării autorității contractante la publicarea hărțile cu amplasamentele platformelor fixe de colectare.

În ce privește problema publicării Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, contestatorul arată că, așa cum susține și autoritatea contractantă, la data de 06.12.2017 a fost publicată în SEAP Anexa 6 la caietul de sarcini completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, motiv pentru care contestatorul susține că nu mai insistă în solicitarea obligării acesteia la respectiva publicare.

În ce privește neindicarea indicelui de generare și având în vedere susținerile autorității contractante, în sensul că indicii de generare care s-au avut în vedere sunt cei aferenți anului 2017, iar în ce privește persoanele juridice, nu există nici un alt indice de generare (ci doar cantități estimate), contestatorul menționează că nu mai insistă în solicitarea de anulare a adresei nr. 998/20.11.2017 de adoptare a măsurilor de remediere în ce privește măsură de remediere dispusă la punctul 14 din această adresă, respectiv obligarea autorității contractante la luarea măsurii de remediere constând în precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice.

În ce privește refuzul de modificare a matricei riscurilor - punctul 19, astfel cum susține și autoritatea contractantă și cum a arătat și prin contestația formulată, operatorul are raporturi contractuale doar cu UAT-urile, facturile se emit și plățile se efectuează către/de către UAT-uri, operatorul serviciului neîncheind contracte cu utilizatorii/beneficiarii serviciului - persoane fizice sau juridice.

Având în vedere că UAT-urile plătesc Delegatului (acestea recuperând sumele de la utilizatorii/beneficiarii serviciului - persoane fizice sau juridice), contestatorul consideră că tot UAT-urile sunt singurele care pot fi responsabile de neplată, ...că de existența unui *„grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială a sumelor contractate de către Delegat*”. Practic, prin punctul 19 din matricea riscurilor, i se cere Delegatului să-și asume riscul constând în neplata de către Delegatar sau în nerecuperarea de către Delegatar a contravalorii serviciilor de la utilizatorii/beneficiarii serviciului - persoane fizice sau juridice.

Or, într-un asemenea context, contestatorul arată că pe parcursul executării Contractului de delegare, se poate ajunge în situația ca Delegatarul să refuze să efectueze plăți către Delegat sau să nu facă niciun demers pentru recuperarea taxelor de la utilizatori persoane fizice sau

juridice, iar Delegatul să continue să finanțeze din surse proprii, furnizarea serviciului.

Față de regula care a stat la baza definirii riscului (art. 169 din caietul de sarcini: La alocarea riscurilor a fost aplicată ca regulă generală aceea că riscul trebuie suportat de către partea care îl poate atenua în cea mai mare măsură și/sau care poate controla cel mai bine consecințele), contestatorul apreciază că riscul enunțat la poziția 19 din matricea riscurilor nu are cum să fie suportat de către Delegat, mai ales că colectarea taxelor speciale de la utilizatorii persoane fizice/juridice este atributul exclusiv al UAT-urilor, prin instituțiile subordonate nefiind la îndemână Operatorului să atenueze riscul neplății de către aceștia, deoarece operatorul nu are cu plătitorii de taxe un raport juridic direct/individualizat pentru a putea lua măsuri față de cei care înțeleg să nu achite contravaloarea serviciului. UAT-urile, prin structurile de colectare a impozitelor și taxelor locale, au capacitatea de a lua măsuri, inclusiv coercitive privind încasarea contravalorii taxelor aferente serviciului de la utilizatorii care beneficiază de serviciului asigurat de operator, iar Operatorul nu poate controla, în niciun fel, consecințele neplății taxelor de către beneficiarii serviciului.

Cu privire la susținerile autorității contractante, în sensul că *„Este clar că acest risc este limitat în timp din moment ce prevederile art. 10 alin. (4) din Contract prevăd posibilitatea operatorului de a întrerupe furnizarea serviciului și de a solicita recuperarea debitelor”*, contestatorul semnalează faptul că inclusiv aceasta recunoaște absurditatea nelimitării în timp a perioadei în care operatorul ar trebui să-și asume riscul neplății către el de către UAT-uri și să finanțeze în continuare costurile de operare, iar pentru claritatea asumării riscului și eliminarea oricăror contr...cții, aceasta are obligația de a preciza expres, în cuprinsul matricei riscurilor, la punctul 19, că operatorul își asuma riscul neplății pentru o perioadă limitată, de un anumit număr maxim de zile.

Așadar, având în vedere:

- că, potrivit contractului de delegare, UAT-urile plătesc către operator contravaloarea serviciului de salubrizare;

- că Operatorul nu-și poate asuma la infinit faptul că UAT-urile nu mai pot plăti, respectiv incapacitatea acestora de a încasa taxele speciale de salubritate de la beneficiarii serviciului prestat de Operator;

- că Operatorul nu poate finanța din resurse proprii, la infinit, costurile de operare,

... resolicită anularea adresei nr. 988/14.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, în ce privește Răspunsul nr. 12, precum și obligarea autorității contractante la luarea masurilor de remediere constând în modificarea matricei riscurilor ce face obiectul Studiului de fundamentare în ce privește punctul 19, în sensul de a se specifica că Delegatarul, iar nu Delegatul, este pe deplin responsabil de gradul de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare de la beneficiarii serviciului (persoane fizice/juridice) și trebuie să asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare. Poate fi rezonabil de acceptat ca, pentru o perioadă limitată de timp, Operatorul să asigure finanțarea costurilor de operare în caz de neplată la termenele scadente a facturilor de către UAT-uri, cu aplicarea de penalități de întârziere, după care să se poată solicita

rezilierea contractului, dar este imposibil ca Operatorul să finanțeze costurile de operare pe perioada derulării contractului și să procedeze ulterior la recuperarea acestora.

II. 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 ... critică decizia autorității contractante de respingere a unor solicitări de remediere a documentației de atribuire, cerute prin notificarea prealabilă.

Contestatorul evocă în preambul legitimitatea interesului său și calitatea de persoană vătămată, prin raportare la prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și arată că, urmare a publicării documentației aferente respectivei proceduri de atribuire, a formulat notificarea prealabilă nr. E15460/23.11.2017, la care, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 1026/29.11.2017.

Astfel, față de răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, ... arată că se referă numai la legalitatea și netemeinicia pct. 3 din cadrul filei 2 al răspunsului, astfel:

Prin intermediul notificării prealabile, contestatorul a arătat următoarele, cu privire la: *„Răspuns clarificare nr. 3 din documentul răspuns clar.6, postat în SEAP la data de 21.11.2017, orele 16:19 - Răspuns clarificare nr. 3:*

Autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur.

Conform art. 28 din Legea nr. 101/2006 «Investițiile în infrastructura specifică serviciilor de salubrizare care se realizează din fonduri proprii ale operatorilor de drept privat constituie bunuri de retur». Conform art. 2 lit. k) din Legea nr. 51/2006, prin infrastructură se înțelege «ansamblul sistemelor de utilități publice destinate furnizării/prestării serviciilor de utilități publice», iar prin sistem de utilități publice, astfel cum este definit la lit. j) se înțelege «ansamblul bunurilor mobile și imobile, dobândite potrivit legii, constând din terenuri, clădiri, construcții și instalații tehnologice, echipamente și dotări funcționale, specific unui serviciu de utilități publice, prin ale cărui exploatare și funcționare se asigură furnizarea/prestarea serviciului». Se consideră că autogunoierele, și de asemenea pubelele puse la dispoziție de operator, ca investiții din fonduri proprii, sunt incluse în categoria echipamentelor și a dotărilor funcționale. Sunt bunuri mobile a căror exploatare și funcționare asigură furnizarea/prestarea serviciului, fiind astfel incluse în sistemul de utilitate publică, care constituie infrastructura serviciului, în cazul de față, cel de salubritate. Din interpretarea sistematică a prevederilor legale invocate, se consideră investițiile operatorului că sunt bunuri de retur."

și a solicitat *„anularea răspunsului clarificare nr. 3 din documentul răspuns clar.6, postat în SEAP în data de 21.11.2017, orele 16:19, având în vedere că autospecialele delegatului au regim de bunuri proprii. Conform art. 1 din Contractul de delegare prin concesiune a gestiunii activităților de colectare și transport a deșeurilor municipale și altor fluxuri de deșeuri, componente ale serviciului de salubrizare de pe raza județului ..., parte integrantă a documentației de atribuire, «Bunuri de Preluare» - înseamnă acele bunuri care la Data Încetării Contractului pot reveni Delegatarului, în măsura în care acesta din urmă își manifestă intenția de a prelua bunurile*

respective în schimbul plății unei compensații, în condițiile Legii și ale prezentului Contract; «Bunuri de Retur» - înseamnă acele bunuri care, la Data Încetării Contractului, revin sau intră în proprietatea Delegatarului, de plin drept, în principiu gratuit (cu excepția cazurilor prevăzute de prezentul Contract), în bună stare, exploatabile și libere de orice sarcini, ipoteci, gajuri sau garanții ori obligații similare; «Bunuri Proprii» - înseamnă acele bunuri care aparțin Delegatului și care rămân în proprietatea sa după Data Încetării Contractului.

Cu alte cuvinte, vă solicitam să acceptați evidența, ...că faptul că autospecialele delegatului sunt bunuri proprii".

Contestatorul precizează că față de această solicitare, autoritatea contractantă nu a operat remedieri, considerând că a inclus costurile aferente achiziționării autospecialelor, dar această măsură este nelegală și contravine prevederilor art. 28 din Legea nr. 101/2006 privind salubritatea: *„Art. 28. (1) Sursele de finanțare a lucrărilor de investiții se asigură, potrivit prevederilor art. 44 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, republicată.*

(2) Investițiile realizate de operatori de drept privat din fonduri proprii pentru reabilitarea, modernizarea și dezv...area sistemului public de salubrizare, se vor amortiza de către aceștia pe durata contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubrizare.

(3) Investițiile în infrastructura specifică serviciilor de salubrizare, care se realizează din fonduri proprii ale operatorilor de drept privat, constituie bunuri de retur; bunurile astfel realizate rămân în proprietatea operatorilor pe toată durata contractului de delegare a gestiunii și revin de drept, la expirarea contractului, gratuit și libere de orice sarcini, unităților administrativ-teritoriale, fiind integrate domeniului public al acestora. În contractul de delegare a gestiunii se vor menționa bunurile de retur, respectiv modul de repartiție a categoriilor de bunuri realizate de operator până la încetarea, din orice cauză, a contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubrizare."

Față de aceste considerente, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației astfel cum a fost formulată, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, continuarea procedurii de atribuire în cazul dispunerii remedierilor, iar în situația în care nu se dispun măsurile de remediere solicitate, anularea acesteia, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, accesul la documentele dosarului achiziției publice, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, cu consecința prelungirii datei limită de depunere a ofertelor.

Prin adresa nr. 53086/4412/C7/12.12.2017, Consiliul a înștiințat contestatorul că dosarului achiziției publice se poate studia la sediul său, la care, contestatorul a dat curs la data de 14.12.2017, dar nu a formulat sau depus concluzii scrise.

În punctul său de vedere nr. 1049/11.12.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 52788/11.12.2017, ... solicită respingerea contestației formulată de către ..., ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă arată, cu privire la faptul că autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur, că ... consideră că aceste bunuri au regimul bunurilor proprii, invocând o serie de prevederi din art. 1 ale modelului de contract.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă susține că prin interpretarea propusă de contestator, se realizează o interpretare punctuală, care nu este relevantă, deoarece niciuna dintre respectivele prevederi contractuale nu se referă în mod exclusiv la autogunoiere. Aceste prevederi stabilesc în principiu care este regimul oricăror bunuri (indiferent dacă sunt de retur, preluare sau proprii) „implicate" în contract.

Astfel, prin considerentele înaintate de contestator, nu se face o corectă aplicare a modalității de interpretare a contractului, iar prevederile contractului și, implicit, efectele acestuia trebuie interpretate ținând cont și de dispozițiile legale aplicabile, respectiv art. 1272 din Codul civil: *„Contractul valabil încheiat obligă nu numai la ceea ce este expres stipulat, dar și la toate urmările pe care practicile statornicite între părți, uzanțele, legea sau echitatea le dau contractului, după natura lui."*

Autoritatea contractantă precizează că la momentul formulării răspunsului la notificarea prealabilă, s-au avut în vedere dispozițiile legale aplicabile, astfel: art. 28 din Legea nr. 101/2006, art. 2 lit. k) și j) din Legea nr. 51/2006 și se consideră că autogunoierele și pubelele puse la dispoziție de operator, ca investiții din fonduri proprii ale operatorilor și sunt incluse în categoria echipamentelor și a dotărilor funcționale, componente ale sistemului de utilități publice și, pe cale de consecință, componente ale infrastructurii. De asemenea, sunt bunuri mobile a căror exploatare și funcționare asigură furnizarea/prestarea serviciului și se vor amortiza de către aceștia pe durata contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubrizare, conform art. 28 alin. (2) din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubrizare a localităților.

Din interpretarea sistematică a prevederilor legale mai sus menționate, autoritatea contractantă consideră că investițiile operatorului sunt bunuri de retur și acesta are dreptul să își recupereze toate costurile respective prin amortizarea lor.

Având în vedere argumentele expuse anterior, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

III. 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 ... critică decizia autorității contractante de respingere a solicitării de remediere a documentației de atribuire, cerute prin notificarea prealabilă.

Contestatorul precizează că are un interes legitim în legătură cu această procedură de atribuire, este un potențial ofertant și este interesat de legalitatea desfășurării acesteia, precum și de detaliile legate de modul de prestare a serviciilor, pentru a putea întocmi o ofertă conformă și competitivă.

Astfel, față de actele atacate, contestatorul a depus notificare prealabilă, susținând că s-a modificat documentația de atribuire, prin adăugarea unei cerințe noi - deținerea autospecialelor în proprietate, la care autoritatea contractantă a răspuns că nu va lua măsuri de remediere.

Concretizând, contestatorul precizează că prin adresa nr. 1001/21.11.2017, autoritatea contractantă a răspuns la o solicitare de clarificări: „*Solicitare clarificare nr. 3 - Autospecialele delegatului au regim*

de bunuri de preluare sau de bunuri proprii?", astfel: *„Răspuns clarificare nr. 3: Autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur.*

Conform art. 28 din Legea nr. 101/2006 «Investițiile în infrastructura specifică serviciilor de salubrizare care se realizează din fonduri proprii ale operatorilor de drept privat constituie bunuri de retur». Conform art. 2 lit. k) din Legea nr. 51/2006, prin infrastructură se înțelege «ansamblul sistemelor de utilități publice destinate furnizării/prestării serviciilor de utilități publice», iar prin sistem de utilități publice, astfel cum este definit la lit. j) se înțelege «ansamblul bunurilor mobile și imobile, dobândite potrivit legii, constând din terenuri, clădiri, construcții și instalații tehnologice, echipamente și dotări funcționale, specific unui serviciu de utilități publice, prin ale cărui exploatare și funcționare se asigură furnizarea/prestarea serviciului». Se consideră că autogunoierele, și de asemenea pubelele puse la dispoziție de operator, ca investiții din fonduri proprii sunt incluse în categoria echipamentelor și a dotărilor funcționale. Sunt bunuri mobile a căror exploatare și funcționare asigură furnizarea/prestarea serviciului, fiind astfel incluse în sistemul de utilitate publică, care constituie infrastructura serviciului, în cazul de față, cel de salubritate. Din interpretarea sistematică a prevederilor legale invocate, se consideră că investițiile operatorului sunt bunuri de retur."

Cu privire la acest răspuns, contestatorul precizează că a transmis o nouă solicitare, cerând să se clarifice regimul autospecialelor, în situația în care acestea sunt puse la dispoziție fără a fi în proprietatea operatorului, prin contract de închiriere, comodat sau altă formă legală, la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 1014/27.11.2017, afirmând că o altă modalitate de deținere a autospecialelor decât proprietatea, ar determina n...nformitatea ofertei.

Prin răspunsul astfel formulat, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă modifică documentația de atribuire inițială, prin adăugarea unei cerințe noi. Astfel, în documentația inițială nu a existat nicio cerință care să impună deținerea autospecialelor cu care se prestează serviciile în proprietate, de către operator. Cerința deținerii în proprietate, cu excluderea altor posibilități, a apărut în răspunsul la o solicitare de clarificări și este o cerință nelegală.

De altfel, contestatorul consideră că și clarificarea din data de 11 modifică documentația de atribuire, prin includerea autospecialelor ofertantului în categoria bunurilor de retur, întrucât acestea nu constituie și nu pot constitui, conform legii, bunuri de retur - ele pot fi bunuri de preluare sau bunuri proprii ale operatorului.

În continuare, contestatorul menționează că cerința introdusă constituie un obstacol nejustificat, care împiedică realizarea unei concurențe efective între operatorii ...nomici, întrucât pentru executarea acestui contract este necesar un număr foarte mare de autospeciale. Cerința ca aceste autospeciale să fie deținute în proprietate și interdicția de a fi deținute prin închiriere, comodat etc. împiedică sau impune dificultăți majore pentru potențialii ofertanți care nu dețin în proprietate un parc de utilaje atât de mare sau autospecialele, deși le dețin în număr mare, sunt deja alocate altor contracte. Deci și operatorii mici, care beneficiază de sprijinul unui operator mai mare și intenționează să intre pe piața de

salubrizare zonală, dar și operatorii mari care nu dețin o rezervă de 50-60 autospeciale pe care să le aducă imediat în județului ..., întâmpină un obstacol nejustificat în calea participării la procedura de atribuire. Conform legislației în vigoare, operatorul poate folosi, pentru prestare, autospeciale deținute cu orice titlu. Nu este necesară deținere în proprietate, nici din motive juridice, nici din motive tehnice sau practice. Transferul de proprietate de la prestator la beneficiar, la încetarea contractului, nu creează niciun avantaj pentru beneficiar, sau, oricum, avantajul este deosebit de incert, dar și imoral.

Cu privire la acest aspect, contestatorul evocă prevederile art. 20 alin. (7) din H.G. nr. 867/2016: *„Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor ...nomici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate care să împiedice realizarea unei concurențe efective între operatorii ...nomici.”*

Referitor la faptul că mijloacele de transport ale deșeurilor nu fac parte din infrastructura de salubrizare a localităților, contestatorul evocă prevederile art. 4 alin. (1) din Legea nr. 101/2006, care arată că mijloacele de colectare și transport al deșeurilor nu fac parte din infrastructura tehnico-edilitară specifică serviciului de salubrizare. Legea precizează că ele fac parte doar din sistemul public de salubrizare, care este format din infrastructuri tehnico-edilitare specifice serviciului de salubrizare, împreună cu mijloacele de colectare și transport a deșeurilor.

Având în vedere cele menționate, cât și faptul că un operator de salubrizare nu poate fi obligat să dețină în proprietate mijlocele de colectare și transport, contestatorul arată că a cerut remedierea cerinței impuse prin Răspunsul solicitare clarificări nr. 10, transmis cu adresa nr. 1014/27.11.2017 pentru acceptarea ca mijloacele de colectare și transport să poată fi deținute și sub altă formă decât proprietate, situație în care nu pot fi bunuri de preluare.

Argumentarea din paragraful nr. 3 din cadrul „Răspuns solicitare clarificări 6”, transmis cu adresa nr. 1001/21.11.2017 de autoritatea contractantă, constituie un caz de „Lex tertia”, în aprecierea contestatorului, deoarece s-a combinat un text din Legea nr. 101/2006, cu o definiție din Legea nr. 51/2006, în condițiile în care aceeași noțiune este definită adecvat în Legea nr. 101/2006. Bunurile cu care se prestează serviciile nu fac parte din obiectul concesiunii și nu pot fi preluate de către autoritatea contractantă în proprietate.

În mod analog, contestatorul arată că, dacă s-ar accepta o astfel de concluzie, în situația unei concesiuni de lucrări, dacă este vorba de o construcție, atunci s-ar putea pretinde constructorului ca la sfârșitul sau cu ocazia încetării contractului din orice cauze, să se predea macaraua și celelalte utilaje beneficiarului contractului. Se face referire la încetarea din orice cauză, inclusiv din vina autorității contractante. Deci dacă aceasta refuză să plătească în mod abuziv prestațiile, iar operatorul va fi nevoit să rezilieze contractul, atunci bunurile sale cu care presta serviciile în cadrul acestuia, vor trece în proprietatea autorității contractante, chiar dacă aceasta este de rea credință. Astfel, autoritatea contractantă își creează o poziție contractuală dominantă și asimetrică în raport cu prestatorul. Autoritatea contractantă conferă contractului un caracter deosebit de oneros

pentru prestator, care poate să își piardă bunurile, în condițiile în care reprezentanții autorității dau dovadă de o gravă turpitudine. Nimeni nu ar trebui să poată obține beneficii contractuale bazat pe nerespectarea clauzelor contractuale, mai ales dacă este vorba de obligațiile de plată a prestațiilor. Există și în situația unei îmbogățiri fără just temei, iar statul și-ar însuși bunuri ale unui privat fără un temei legal sau moral.

În considerarea celor evocate, contestatorul arată că respectiva calitate de delegatar, care ar urma să dobândească bunurile de retur la sfârșitul contractului, este deținută de mai multe UAT-uri, inclusiv de către județul ..., iar în condițiile în care toate acestea sunt persoane juridice, se pune întrebarea ca bunurile respective cum și cui ar urma să fie transmise. Dacă autoritatea contractantă decide să nu plătească deloc prestațiile, atunci contractul devine unul de furnizare și nu unul de concesiune, iar dacă autospecialele au fost amortizate deja, furnizarea se va face gratuit, aceasta putând fi obligată doar să plătească prestațiile sau valoarea rămasă neamortizată.

Astfel, contestatorul face mențiunea că, atunci când a făcut referire la investițiile în infrastructura de salubrizare, legiuitorul a dorit să se refere la cea definită în Legea nr. 101/2016, fiind normal ca aceasta să rămână în proprietatea autorității contractante, însă nu a dorit să permită ca aceasta să poată fi extinsă arbitrar și la autospecialele prestatorului.

Concluzionând, ... apreciază că ... trebuie să remedieze documentația de atribuire pentru a permite ofertanților să elaboreze oferte conforme, care să conducă la încheierea de contracte și la prestarea ulterioară a unor servicii de calitate, în baza acestor contracte și solicită C.N.S.C. anularea adreselor nr. 1001/21.11.2017 și nr. 1014/27.11.2017 de răspuns la solicitările de clarificări și a adresei nr. 1033/04.12.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, remedierea documentației de atribuire prin obligarea autorității contractante la acceptarea ca operatorul ...nomic să dispună de autospecialele cu care prestează, prin chirie, comodat sau altă formă legală, care să îi permită prestarea serviciilor ce fac obiectul concesiunii, iar autospecialele nu pot fi bunuri de retur, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

În punctul său de vedere nr. 1047/11.12.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 52787/11.12.2017, ... solicită respingerea contestației formulată de către ..., ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

I. Autoritatea contractantă arată că, în ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia s-a modificat documentația de atribuire prin adăugarea unei cerințe noi - deținerea autospecialelor în proprietate, consideră că aceasta este nefondată, deoarece prin interpretarea clauzelor contractului și a prevederilor legale aplicabile, necesitatea deținerii în proprietate a autospecialelor subzistă din chiar momentul publicării documentației și se presupune că prevederile legii sunt cunoscute și că nimeni nu poate invoca necunoașterea legii.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că necesitatea deținerii autospecialelor în proprietate, este dată de faptul că acestea sunt considerate bunuri de retur, conform argumentației prezentate prin răspunsul 3 la clarificarea 6 publicată la data de 21.11.2017 în SEAP și care a fost făcută pe baza prevederilor legale. Nu a fost adusă nicio modificare a

documentației de atribuire, deoarece prin răspunsul la clarificare s-a precizat că, în conformitate cu prevederile legale și contractuale aplicabile, bunurile respective sunt bunuri de retur. Iar această situație nu trebuie considerată ca având un caracter de noutate, deoarece se presupune că era cunoscută.

Deținerea autospecialelor este dată de faptul că la momentul finalizării contractului, ținând cont de regimul bunurilor de retur, acestea trebuie trecute în proprietatea autorității delegante, iar operatorul nu poate asigura transmiterea proprietății bunului, dacă acesta la rândul său nu deține la momentul respectiv bunul în proprietate și, în consecință, autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatorului sunt nefondate.

II. În ceea ce privește faptul că cerința introdusă constituie un obstacol nejustificat, care împiedică realizarea unei concurențe efective între operatorii ...nomici, autoritatea contractantă susține că aplicarea unor prevederi legale nu are cum să conducă la crearea unor obstacole și, deoarece s-a considerat că necesitatea deținerii în proprietate are la bază, în principal, prevederile legale, nu s-a creat un obstacol nejustificat.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că prin documentația de atribuire, inclusiv prin clarificări, nu s-au solicitat specificații tehnice, raportate al deținerea autogunoierelor, ci s-a făcut o interpretare corectă a dispozițiilor legale și contractuale, care conduc la concluzia că la momentul finalizării contractului, investițiile operatorilor constituie bunuri de retur. Ofertanții au libertatea de a-și stabili modul de obținere a proprietății asupra bunurilor care constituie investiții, însă trebuie să asigure, ulterior, transferul proprietății către autoritatea delegantă.

Față de cele expuse, autoritatea contractantă solicită să se constate că și în acest caz, susținerile contestatorului sunt nefondate.

III. Referitor la susținerea contestatorului potrivit căreia mijloacele de transport al deșeurilor nu fac parte din infrastructura de salubrizare a localităților.

Autoritatea contractantă precizează că la momentul formulării răspunsului la notificarea prealabilă, s-au avut în vedere dispozițiile legale aplicabile, respectiv art. 28 din Legea nr. 101/2006, art. 2 lit. k) și j) din Legea nr. 51/2006 și se consideră că autogunoierele și pubelele puse la dispoziție de operator, ca fiind investiții din fonduri proprii ale operatorilor sunt incluse în categoria echipamentelor și a dotărilor funcționale componente ale sistemului de utilități publice, și pe cale de consecință, componente ale infrastructurii. De asemenea, sunt bunuri mobile a căror exploatare și funcționare asigură furnizarea/prestarea serviciului și se vor amortiza de către aceștia pe durata contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubrizare, conform art. 28 alin. (2) din Legea nr. 101/2006.

Susținerea contestatorului că mijloacele de transport al deșeurilor nu fac parte din infrastructura serviciului este nefondată, în aprecierea autorității contractante, care evocă faptul că într-adevăr nu fac parte din infrastructura tehnico-edilitară a serviciului ale cărei componente sunt enumerate exemplificat (având în vedere că se folosește termenul „precum”) la art. 2, dar fac parte din sistemul de utilități publice. Atât timp cât toate costurile operatorilor sunt amortizate prin tarif, ceea ce presupune și acoperirea costurilor de investiții aferente achiziționării acestor bunuri,

este normal ca acestea să devină bunuri de retur. Cu atât mai mult cu cât prevederile art. 25 alin. (5) din Legea nr. 51/2006 stabilesc că *„Bunurile realizate de operatori în conformitate cu programele de investiții impuse prin contractul de delegare a gestiunii constituie bunuri de retur care revin de drept, la expirarea contractului, gratuit și libere de orice sarcini, unităților administrativ-teritoriale și sunt integrate domeniului public al acestora*”, fără a se face nicio distincție între bunuri mobile sau imobile.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că referirea la *lex tertia* este nesusținută, deoarece nu ne aflăm în fața unui asemenea caz, ci doar în cazul unei interpretări sistematice a unor texte din legi, care se află în strictă interdependență, având în vedere că una dintre ele reglementează cadrul general al serviciilor publice, iar alta cadrul special al serviciului public de salubrizare.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă precizează că solicitarea contestatorului de a nu considera autospecialele/autogunoierele bunuri de retur, este nefondată și, pe cale de consecință, și cea de a putea dispune prin chirie, comodat sau altă formă legală este nefondată, singura formă legală fiind aceea care asigură transferul proprietății bunului cu respectarea regimului bunurilor de retur.

Având în vedere argumentele expuse anterior, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

IV. 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 ... critică decizia autorității contractante de respingere a solicitărilor sale de remediere a documentației de atribuire, solicitate prin notificarea prealabilă.

Contestatorul precizează că, urmare a publicării documentației aferente procedurii de atribuire, a transmis autorității contractante solicitarea de clarificări nr. 3078/17.11.2017, la care aceasta a răspuns prin adresele nr. 1001/21.11.2017 și nr. 1002//21.11.2017 („Răspuns solicitare clarificări 6” și „Răspuns solicitare clarificări 7”).

Având în vedere că prin aceste adrese de răspuns la solicitările de clarificări, nu s-a clarificat lipsa unor cerințe legale din cuprinsul Studiului de fundamentare, respectiv s-au făcut completări la documentația de atribuire deja publicată, specificându-se că *„Autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur*”, contestatorul a formulat notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017, fată de care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 1025/29.11.2017, ce face obiectul prezentei contestații.

1. Studiul de fundamentare nu îndeplinește cerințele legale

Contestatorul arată că a formulat notificarea prealabilă nr. 3211/24.1.2017 prin raportare la adresa autorității contractante nr. 1002/21.11.2017 intitulată „Răspuns solicitare clarificări 7” și că prin solicitarea nr. 2 din adresa nr. 3078/17.11.2017 de solicitare clarificări formulată de acesta, a cerut să se clarifice, prin raportare la o serie de prevederi legale invocate, unde în cuprinsul studiului de fundamentare/prin ce elemente/prin ce clauze se îndeplinesc cerințele legale impuse de Legea nr. 100/2016, respectiv H.G. nr. 867/2016 (pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor

de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii) și anume:

„(i) demonstrarea oportunității realizării proiectului;

(ii) analiza fezabilității tehnice;

(iii) analiza fezabilității ...nomice și financiare;

(iv) analiza aspectelor de mediu;

(v) aspectele sociale și aspectele instituționale ale proiectului în cauză;

(vi) analiza care să permită definirea și cuantificarea în termeni ...nomici și financiari a riscurilor de proiect, analiză care conform actului normativ sus-menționat, presupune derularea următoarelor etape: a) întocmirea costului comparativ de referință; b) determinarea structurii preliminare a concesiunii; c) realizarea analizei ...nomico-financiare;

(vii) rezultatele studiului de fundamentare a deciziei de concesionare, care să justifice necesitatea și oportunitatea concesiunii și să demonstreze că: a) proiectul este realizabil; b) proiectul răspunde cerințelor și politicilor entității contractante; c) au fost luate în considerare diverse alternative de realizare a proiectului; d) varianta de realizare a proiectului prin atribuirea unui contract de concesiune este mai avantajoasă în raport cu varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de achiziție publică; e) proiectul beneficiază de susținere financiară, menționând, dacă este cazul, care este contribuția entității contractante;

(viii) estimarea cheltuielilor și veniturilor pe întreaga durată a unui proiect."

Astfel, contestatorul precizează că prin adresa nr. 1002/21.11.2017 intitulată *„Răspuns solicitare clarificări 7"*, autoritatea contractantă a specificat următoarele: *„Răspuns clarificare nr. 2: Prezenta procedură se derulează în conformitate cu prevederile analizei instituționale elaborate pentru proiectul ... ..., proiect care a fost elaborat și implementat până în prezent. La nivelul Analizei instituționale care constituie o anexă a proiectului, s-a stipulat că ulterior implementării, atribuirea contractelor de delegare se va face prin procedură competitivă. În lipsa acestei prevederi, delegarea serviciilor s-ar fi realizat prin atribuire directă către un operator deținut de unitățile administrativ teritoriale beneficiare ale proiectului, similar cum s-a procedat în sectorul de apă și canalizare. Atribuirea directă fiind permisă doar cu modificarea prevederilor Analizei instituționale.*

În consecință, proiectul care trebuie avut în vedere este Proiectul ... ... (nu procedura de achiziție în sine), dar la momentul elaborării acestuia Legea nr. 100/2016 nu era în vigoare.

Proiectul ... ... a făcut obiectul aprobării unei aplicații de finanțare pe POS MEDIU, înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 100/2016, (cu fonduri europene în exercițiul financiar al Comisiei Europene din perioada 2007-2013). Prin documentația care a fost elaborată pentru aprobarea proiectului au fost analizate toate aspectele esențiale indicate de dvs., lipsa sau neîndeplinirea vreuneia dintre cerințe neputând conduce decât la neaprobarea proiectului de către Comisia Europeană. În acest sens, puteți consulta Ghidul solicitantului POS Mediu - Axa 2. Având în vedere că în prezent proiectul este deja implementat, toate construcțiile fiind finalizate, se poate constata că toate cele indicate de dvs. (ex: oportunitate,

fezabilitate, impact de mediu etc.) au fost aprobate de finanțatorul proiectului, respectiv Comisia Europeană.

Având în vedere că în conformitate cu Legea nr. 101/2006, cu modificările și completările ulterioare, art. 2 alin (4) «Proiectele finanțate din fonduri europene nerambursabile se implementează în conformitate cu prevederile contractului de finanțare», întreaga Documentație de Atribuire a fost întocmită cu respectarea Contractului de Finanțare și a documentelor anexă, în baza cărora a fost aprobat proiectul.

Având în vedere că la momentul elaborării proiectului, Legea nr. 100/2016 nu era în vigoare, calificarea contractului ca fiind de concesiune s-a efectuat în baza studiului de fundamentare, unde s-a constatat că, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 100/2016 sunt riscuri de operare, conform matricei riscurilor (secțiunea 7.2) prezentate în studiul de fundamentare, care sunt în sarcina operatorului/concesionarului."

Așadar, contestatorul observă că prin răspunsul la clarificări emis de autoritatea contractantă, aceasta nua clarificat cum/în ce mod/prin care clauze ale Studiului de fundamentare se respectă prevederile legale existente în ce privește conținutul acestuia, motiv pentru care a formulat notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017, prin care a solicitat remedierea neregulii, în sensul de a se publica un Studiu de fundamentare care să respecte pe deplin prevederile legale aplicabile.

Contestatorul evocă faptul că prin adresa nr. 1025/29.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a specificat următoarele: *„Nu se vor lua măsuri de remediere. Stabilirea modului de atribuire a contractului, prin concesiune, s-a realizat ținând cont că în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 100/2016, pe baza matricei de repartiție a riscurilor se transferă operatorului o parte semnificativă a riscului de operare. Vă solicită să aveți în vedere că prin proiect trebuie să se aibă în vedere Proiectul Sistem Integrat de management a deșeurilor din județul ... și nu procedura de atribuire a prezentului contract, iar analizele (de oportunitate, de fezabilitate etc.) indicate de dvs. au fost efectuate la momentul aprobării proiectului de către Autoritatea de Management a POS Mediu, proiectul fiind finanțat prin POS Mediu, din fonduri europene nerambursabile. Precizăm că oferta nu se va elabora pe baza studiului indicat de dvs., ci pe baza datelor deja existente",* iar față de această motivare, semnalează faptul că se face o confuzie majoră între documentele care au stat la baza finanțării proiectului ... ... și documentele care ar trebui să stea la baza atribuirii contractelor de delegare a gestiunii activităților ... . Între cele două categorii de documente, este evident că trebuie să existe o relație de complementaritate, respectiv Studiul de fundamentare pentru delegare trebuie să respecte principiile și instituțiile Studiului de fezabilitate care a stat la baza finanțării ... ..., iar dacă sunt sesizate erori/n...ncordanțe/aspecte de nelegalitate, acestea pot fi corectate, cu informarea prealabilă a finanțatorului, în cazul în care se aduc modificări substanțiale proiectului ... .

Prin urmare, ... sesizează că susținerile/apărările autorității contractante sunt nefundamentate, întrucât se susține că Studiul de fezabilitate al ... ... ar reprezenta, în fapt, Studiul de fundamentare, dar așa cum a arătat mai sus, aceste documente (Studiul de fezabilitate al ... ... și

Studiul de fundamentare al delegării) sunt două documente distincte, care pot fi cel mult complementare, iar cerințele legiuitorului în ceea ce privește conținutul Studiului de fundamentare sunt imperative; aceste cerințe relative la conținutul Studiului de fundamentare nu au fost respectate de autoritatea contractantă, drept pentru care se impune refacerea Studiului de fundamentare.

Contestatorul menționează că, practic, autoritatea contractantă înțelege:

(i) să precizeze că s-a respectat doar una dintre prevederile legale relative la conținutul Studiului de fundamentare (art. 6 din Legea nr. 100/2016),

(ii) să facă trimitere la analize de oportunitate și fezabilitate ce au fost efectuate în trecut și nu au fost puse la dispoziție; oricum, este lipsit de relevanță că acestea ar exista, de vreme ce nu au făcut parte din Studiul de fundamentare pe care autoritatea contractantă avea obligația de a-l publica;

(iii) să precizeze că *„oferta nu se va elabora pe baza studiului indicat de dvs., ci pe baza datelor deja existente*", aspect din care se înțelege că se cere să nu se țină seamă de Studiul de fundamentare la elaborarea ofertei, deși acesta constituie un document obligatoriu în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, contestatorul învederează că, relativ la Studiul de fundamentare, Legea nr. 100/2016 are o serie de prevederi, prin art. 11 – 17, pe care le citează.

Văzând Studiul de fundamentare atașat documentației de atribuire, contestatorul apreciază că acesta cuprinde trimiteri la prevederile legale care reglementează obligativitatea publicării unui studiu de fundamentare, aspecte generale referitoare la organizarea și funcționarea serviciului și la clauzele contractului de delegare, indicarea serviciilor care fac obiectul delegării, aspecte ce țin de durata contractului și de sistemul de plată aplicabil, drepturi și obligații ale părților, matricea riscurilor, însă, prin raportare la prevederile legale redate anterior, se poate constata că acesta nu cuprinde demonstrarea oportunității realizării proiectului, analiza fezabilității tehnice și ...nomico-financiară, analiza aspectelor de mediu, sociale și instituționale ale proiectului în cauză, rezultatele studiului de fundamentare a deciziei de concesionare care să justifice necesitatea și oportunitatea concesiunii, precum și estimarea cheltuielilor și veniturilor pe întreaga durată a proiectului.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 5 din Legea nr. 100/2016 și menționează faptul că a fost respectat art. 6 din acest act normativ, că ar exista o analiză de oportunitate și fezabilitate ce nu au fost puse la dispoziție și nu au constituit parte din Studiul de fundamentare, iar autoritatea contractantă cere să nu se țină seama de Studiul de fundamentare la elaborarea ofertei, deși acesta constituie un document obligatoriu în cadrul procedurii, toate acestea nu prezintă relevanță și nu justifică nelegalitatea Studiului de fundamentare.

Având în vedere data publicării documentației de atribuire, noiembrie 2017, și prevederile legale invocate, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația să întocmească și să publice, ca element al documentației de atribuire, un Studiu de fundamentare care să respecte

toate cerințele minime legale impuse, motiv pentru care solicită obligarea acesteia la luarea măsurii de remediere, constând în publicarea unui Studiu de fundamentare care să respecte pe deplin prevederile legale aplicabile.

Totodată, având în vedere că luarea acestei măsuri de remediere reprezintă, în fapt, o completare a documentației de atribuire, iar operatorii ...nomici ar avea nevoie de timp pentru a-și finaliza propunerea financiară și tehnică, în conformitate și cu Studiul de fundamentare nou publicat, prin raportare la prevederile art. 53 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 100/2016 și art. 153 din Legea nr. 98/2016, contestatorul solicită și prelungirea datei limită de depunere a ofertelor.

În subsidiar, în măsura în care nu este posibilă corectarea/înlăturarea neregulilor semnalate, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire.

II. Încălcarea prevederilor legale referitoare la bunurile de retur.

Cu privire la acest aspect, contestatorul evocă răspunsul autorității contractante din adresa nr. 1001//21.11.2017 intitulată „Răspuns Clarificări 6", prin care, la „Răspuns clarificare nr. 3", s-a precizat că: *„Autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur.*

Conform art. 28 din Legea nr. 101/2006 «Investițiile în infrastructura specifică serviciilor de salubrizare care se realizează din fonduri proprii ale operatorilor de drept privat constituie bunuri de retur». Conform art. 2 lit. k) din Legea nr. 51/2006, prin infrastructură se înțelege «ansamblul sistemelor de utilități publice destinate furnizării/prestării serviciilor de utilități publice», iar prin sistem de utilități publice, astfel cum este definit la lit. j) se înțelege «ansamblul bunurilor mobile și imobile, dobândite potrivit legii, constând din terenuri, clădiri, construcții și instalații tehnologice, echipamente și dotări funcționale, specific unui serviciu de utilități publice, prin ale cărui exploatare și funcționare se asigură furnizarea/prestarea serviciului». Se consideră că autogunoierele, și de asemenea pubelele puse la dispoziție de operator, ca investiții din fonduri proprii sunt incluse în categoria echipamentelor și a dotărilor funcționale. Sunt bunuri mobile a căror exploatare și funcționare asigură furnizarea/prestarea serviciului, fiind astfel incluse în sistemul de utilitate publică, care constituie infrastructura serviciului, în cazul de față, cel de salubritate. Din interpretarea sistematică a prevederilor legale invocate, se consideră investițiile operatorului sunt bunuri de retur."

Față de acest răspuns, contestatorul arată că a formulat notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017, prin care a solicitat, în principal, eliminarea din categoria bunurilor de retur a utilajelor și echipamentelor care nu sunt puse la dispoziția operatorului de către autoritatea contractantă și trecerea lor în categoria bunurilor de preluare, la care, aceasta a răspuns prin adresa nr. 1025/29.11.2017, astfel: *„În cazul în care bunurile sunt în proprietatea operatorului și se asigură îndeplinirea condițiilor specifice bunurilor de retur în special în ceea ce privește, transferul proprietății, programul de investiții va fi considerat îndeplinit. Similar se va aprecia și în cazul leasingului. Implicit se impune ca prin contractul de leasing să se asigure transferul proprietății bunului respectiv de la societatea de leasing către operator, pentru a se asigura ulterior și îndeplinirea condițiilor specifice bunurilor de retur [...]*

Transferul bunurilor se va efectua pe baza prevederilor legale și contractuale. [...]

Unitatea administrativ-teritoriala va dobândi bunurile de retur. [...]

În condițiile descrise de dvs. se consideră că programul de investiții nu este/a fost realizat, închirierea sau comodatul poate viza doar bunuri - utilaje, echipamente - care sunt necesare derulării corespunzătoare a contractului, dar care nu sunt considerate ca investiții conform prevederilor contractuale. [...]

A se vedea răspunsul la clarificarea 1.1 Contractele de leasing trebuie să fie finalizate de către operator. [...] Nu se acceptă remedierea solicitată, având în vedere prevederile legale amintite în clarificarea inițială, când s-a precizat regimul acestor bunuri. [...] Nu se acceptă remedierea solicitată."

Relativ de bunurile de retur și investițiile efectuate, contestatorul evocă, în continuare prevederile art. 4, art. 9 și art. 17 din Contractul de delegare, precum și art. 72, art. 73 și cerințele referitoare la modul de întocmire/prezentare a propunerii tehnice din caietul de sarcini, pe care le citează și apreciază că din cuprinsul acestora rezultă că documentația de atribuire este în sensul că:

(i) containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele de transport necesare prestării serviciului fac parte din categoria investițiilor ce intră în sarcina operatorului de salubrizare;

(ii) utilajele și echipamentele necesare, deci toate cele sus menționate (containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele de transport necesare prestării serviciului) nu sunt puse la dispoziția operatorului de către Delegatar, ci se procură de către operatorul serviciului prin cumpărare, închiriere, leasing sau comodat.

Având în vedere că, potrivit prevederilor contractuale, toate acestea se procură de operatorul serviciului prin cumpărare, închiriere, leasing sau comodat conform caietului de sarcini, contestatorul consideră că este imposibil ca acestea să facă parte din categoria bunurilor de retur, întrucât nu se poate transmite autorității contractante un bun asupra căruia operatorul nu are un drept de proprietate, ci doar un drept de folosință.

Astfel, contestatorul arată că afirmațiile autorității contractante din adresa nr. 1001//21.11.2017 intitulată „Răspuns Clarificări 6" la „Răspuns clarificare nr. 3", sunt absolut contrare caietului de sarcini, care specifică clar că procurarea utilajelor și echipamentelor necesare se realizează prin cumpărare, închiriere, leasing sau comodat și, în acest sens, solicită obligarea acesteia la înlăturarea acestei nereguli, constând în faptul că containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele, pe de o parte, se specifică că au natura unor bunuri de retur și, pe de altă parte, că se procură prin cumpărare, închiriere, leasing sau comodat.

... apreciază că, în mod greșit, containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele au fost introduse în categoria bunurilor de retur. În realitate, acestea nu pot fi bunuri de retur, ci au natura unor bunuri de preluare pentru motivele arătate în cele ce urmează:

- în materia concesiunilor de servicii cu o valoare de peste 23.227.215 lei, Legea nr. 100/2016, împreună cu Normele Metodologice de aplicare a acesteia, au caracter special în raport cu prevederile generale referitoare la

serviciul public de salubrizare, reglementat de Legea nr. 101/2006 ce se completează cu Legea nr. 51/2006.

- art. 96 alin. (5) din Normele de aplicare la Legea nr. 100/2016 arată că *„prin bunuri de retur se înțelege totalitatea bunurilor care au fost puse la dispoziția concesionarului de către entitatea contractantă, în scopul executării lucrărilor sau furnizării serviciilor care fac obiectul contractului de concesiune și care revin de plin drept, gratuit și libere de orice sarcini concedentului la încetarea contractului de concesiune*".

- întrucât aceste prevederi stabilesc, limitativ, că doar bunurile care au fost puse la dispoziția concesionarului de către entitatea contractantă constituie bunuri de retur, aceasta nu este îndreptățită să introducă și alte bunuri în această categorie.

- nici art. 4 și art. 28 alin. (3) din Legea nr. 101/2006 nu permite încadrarea containerelor, recipientelor, autogunoierelor, autovehiculelor de transport necesare prestării serviciului în categoria bunurilor de retur, pe care le citează.

Față de cele arătate în subsecvent, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la luarea măsurii de remediere constând în eliminarea din categoria bunurilor de retur a containerelor, recipientelor, autogunoierelor, autovehiculelor de transport, utilajelor și echipamentelor care nu sunt puse la dispoziția operatorului de către aceasta și trecerea lor în categoria bunurilor de preluare, întrucât, prin precizarea făcută în răspunsul la notificarea prealabilă (*„În condițiile descrise de dvs. se consideră că programul de investiții nu este/a fost realizat, închirierea sau comodatul poate viza doar bunuri - utilaje, echipamente - care sunt necesare derulării corespunzătoare a contractului, dar care nu sunt considerate ca investiții conform prevederilor contractuale*"), este limitată participarea la procedura de atribuire numai a acelor ofertanți care vor achiziționa prin vânzare-cumpărare echipamentele/utilajele prezentate în programul de investiții, ceea ce va conduce la limitarea concurenței.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere astfel cum au fost solicitate prin notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017 și la prelungirea datei limită de depunere a ofertelor, iar în subsidiar, în măsura în care nu este posibilă corectarea/înlăturarea neregulilor, anularea procedurii de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 1050/12.12.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 53465/14.12.2017, ... solicită respingerea contestației formulată de către ..., ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă arată că la data de 02.11.2017 a fost publicat anunțul de concesionare numărul 2937, ce avea în conținut și studiul de fundamentare, iar prin contestația formulată se aduc critici în ceea ce privește Studiul de fundamentare și regimul bunurilor care constituie investițiile operatorului.

Cu privire la Studiul de fundamentare, autoritatea contractantă arată că a avut în vedere următoarele documente: solicitarea nr. 2 din cadrul adresei nr. 3078/17.11.2017 de solicitare clarificări (prin care s-au solicitat clarificări referitoare la cuprinsul studiului de fundamentare), adresa nr. 1002/21.11.2017 intitulată „Răspuns solicitare clarificări 7" (prin care s-a comunicat răspunsul la solicitarea de clarificare înaintată), precum și

notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017 (prin care s-a solicitat remedierea neregulii, în sensul de a se publica un Studiu de fundamentare care să respecte pe deplin prevederile legale aplicabile).

În ceea ce privește regimul investițiilor, autoritatea contractantă susține că a avut în vedere următoarele documente: adresa nr. 1001/21.11.2017, emisă ca urmare a formulării unei solicitări din partea unui alt participant la procedură, intitulată „Răspuns Clarificări 6” și unde la „Răspunsul la clarificarea nr. 3”, s-a menționat că acestea constituie bunuri de retur, precum și notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017 prin care s-a solicitat, în principal, eliminarea din categoria bunurilor de retur a utilajelor și echipamentelor care nu sunt puse la dispoziția operatorului de către autoritatea contractantă.

Astfel, față de solicitarea referitoare la Studiul de fundamentare, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității, precizând că prin solicitarea nr. 2 din adresa nr. 3078/17.11.2017 s-a solicitat de către contestator, în esență, modificarea Studiului de fundamentare, care a fost publicat la data de 02.11.2017.

La data de 21.11.2017, autoritatea contractantă a precizat că s-a comunicat că prin respectivul studiu s-a efectuat o analiză în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 100/2016 și, implicit, că nu se vor efectua niciun fel de modificări ale acestuia.

Având în vedere prevederile art. 6 din legea 101/2016, potrivit cărora persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă în termen de 10 zile (având în vedere valoarea estimată a acestei proceduri de atribuire) începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, autoritatea contractantă precizează că solicitarea contestatorului a fost efectuată cu depășirea termenului legal, deoarece prin răspunsurile la clarificări nu s-a adus nicio modificare documentației inițial publicate, iar demersul contestatorului vizează de fapt modificarea Studiului de fundamentare publicat la data de 02.11.2017.

Pe fondul solicitării modificării Studiului de fundamentare, ... susține că la momentul aprobării acestuia, s-a apreciat că pentru a califica contractul care urma a fi atribuit ca fiind de achiziție publică sau concesiune, esențial este dacă se realizează transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul ...nomic, conform art. 8 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, iar acest lucru s-a realizat prin capitolul 5 din Studiu. Acesta s-a axat strict pe respectiva problematică, deoarece restul problemelor au fost abordate la momentul elaborării Proiectului ... și nu mai puteau face obiectul vreunei alte analize și aprobări, din partea altor părți decât a celor care l-au aprobat și finanțat, respectiv Comisia Europeană și Statul Român prin Ministerul Mediului.

Autoritatea contractantă menționează că toate celelalte aspecte invocate de contestator au fost analizate la momentul elaborării Proiectului ..., fiind aprobate prin însăși semnarea contractului de finanțare, atât de către Ministerul Mediului, prin AM POS Mediu, cât și de Comisia Europeană, având în vedere că proiectul a fost finanțat prin fonduri nerambursabile, printr-un program operațional implementat la nivelul întregii țări - programul operațional sectorial (POS) de mediu. Se are în

vedere faptul că prin ghidurile de elaborare a proiectelor POS Mediu, se impune ca aprobarea proiectelor să răspundă tuturor punctelor indicate ca lipsuri de contestator.

Astfel, conform Ghidului Solicitantului - Axa Prioritară 2 - POS Mediu „Dezv...area sistemelor de management integrat al deșeurilor și reabilitarea siturilor istorice contaminate" (http://old.fonduri-ue.ro/res/filepicker_users/cd25a597fd-62/Finantari/POSMediu/DMI-2.1 /Ghidul.Soticitantului-DMI-2.1-2010.pdf), modul de concepere, implementare și operaționalizare a proiectului trebuia să răspundă următoarelor cerințe:

- oportunitatea realizării proiectului a fost stabilită prin chiar programul operațional - anexa 1 a Ghidului incluzând la poziția 11, acest proiect;

- fezabilitatea tehnică a fost analizată având în vedere că in conformitate cu ghidul acesta este componentă a studiului de fezabilitate (pag. 19 din Ghid);

- fezabilitatea ...nomico-financiară s-a analizat în momentul elaborării analizei cost beneficiu, care a inclus toate elementele de cost, costul capitalului și toate costurile de exploatare și întreținere aferente (pag. 23 din Ghid), implicit și costurile și veniturile pe perioada contractului de concesiune;

- analiza aspectelor de mediu s-a realizat prin evaluarea impactului asupra mediului (pag. 24 din Ghid);

- analiza riscurilor de proiect s-a realizat la nivelul analizei cost-beneficiu, prin elaborarea Analizei sensibilității și a riscului (pag. 24 lit. c) din Ghid);

- aspectele sociale și aspectele instituționale ale proiectului s-au stabilit prin analiza instituțională (pag. 21 din Ghid). Această componentă este deosebit de importantă, deoarece în urma elaborării acesteia s-a decis, în conformitate cu condiţionalităţile POS Mediu, că pentru a se asigura funcționarea sistemului de gestionare a deșeurilor, este nevoie de un cadru instituțional specific și de organizarea unor proceduri de licitație pentru desemnarea operatorilor de salubritate.

Implicit, prin aprobarea proiectului și semnarea contractului de finanțare, s-a considerat că proiectul corespunde cerințelor mai sus menționate, stabilite și prin prevederile art. 12 din Legea nr. 100/2016.

Aceste cerințe sau condiționalități au fost aprobate de Statul Român și Comisia Europeană și nu mai puteau face obiectul vreunei alte aprobări sau modificări, din partea altor entități, în cadrul studiului de fundamentare. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă evocă prevederile art. 2 alin. (12) din Legea 101/2016 și consideră că, înaintarea unor date sau analize, de orice natură ar fi acestea, spre aprobare, presupune cel puțin teoretic posibilitatea de modificare a acestora, dar în cazul de față acestea nu mai puteau fi modificate sub nicio formă, deci demersul ar fi fost fără obiect.

În continuare, autoritatea contractantă precizează că prin analizele menționate anterior și prin aprobarea proiectului, atestată de încheierea contractului de finanțare, se dă astfel răspuns tuturor cerințelor instituite prin lege enunțate și de către contestator. Acestea, după cum a mai susținut, nu puteau face obiectul vreunei aprobări ulterioare, celor emise de Comisia Europeană și de Statul Român, deci eventuala punere în discuție a

acestora la nivelul Studiului de fundamentare ar fi fost fără obiect. Singurul aspect care putea fi adus în discuție se referea strict la modul de alocare a riscurilor între părțile viitorului contract de delegare. Conform studiului de fundamentare, analiza eventualului transfer a riscului de operare s-a realizat prin capitolul 5 din acesta, concluzionându-se că are loc un transfer semnificativ al riscului de operare, contractul care urmează a fi delegat fiind unul de concesiune.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că prin datele furnizate în cadrul documentației se permite tuturor ofertanților să elaboreze oferte și, în acest sens, solicită să se constate că un număr important de agenți ...nomici și-au manifestat interesul pentru atribuirea contractului de delegare și niciunul nu a considerat că presupusa n...nformitate a Studiului de fundamentare conduce la imposibilitatea depunerii unei oferte, iar, în principiu, singurul impediment existent se referă la regimul investițiilor operatorului.

În ceea ce privește regimul bunurilor care constituie investiții ale operatorului, autoritatea contractantă menționează că argumentația care a stat la baza considerării investițiilor operatorului, a fost prezentată prin răspunsul la clarificare și prin punctele de vedere formulate deja și nu va fi reluată.

Astfel, autoritatea contractantă evocă faptul că ... face, cu caracter de noutate, referiri la prevederi ale caietului de sarcini menționate în secțiunea B. Mobilizarea și operaționalizarea activității, unde se precizează: b) procurarea utilajelor și echipamentelor necesare (pentru categoriile de deșeuri care fac obiectul contractului) și amplasarea lor în teritoriu - cumpărare, închiriere, leasing, comodat, considerând că *„acestea se procură de operatorul serviciului prin cumpărare, închiriere, leasing sau comodat conform caietului de sarcini”* și *„este imposibil ca acestea să facă parte din categoria bunurilor de retur, întrucât nu se poate transmite autorității contractante un bun asupra căruia operatorul nu are un drept de proprietate, ci doar un drept de folosință.”*

... consideră că interpretarea contestatorului nu este una corectă, având în vedere că nu se face o interpretare sistematică a prevederilor caietului de sarcini și a legislației aplicabile.

Astfel, pentru derularea activităților specifice contractului, este necesar să se realizeze investițiile solicitate prin caietul de sarcini, care ar avea, în opinia autorității contractante, regimul bunurilor de retur, dar și o serie de alte echipamente și utilaje care ar putea fi considerate ca necesare de diferiți ofertanți în conformitate cu politicile și metodologiile proprii de derulare a activităților. De exemplu, echipamente specifice întreținerii autovehiculelor, o serie de alte autovehicule cu ajutorul cărora să se supravegheze/monitorizeze activitatea angajaților proprii, sisteme informatice necesare realizării bazei de date, conform secțiunii a 9-a din caietul de sarcini, etc.

Autoritatea contractantă apreciază că, chiar dacă în secțiunea B, posibil și în alte secțiuni ale documentației de atribuire, se prevede posibilitatea de a deține bunurile în baza unor contracte de comodat sau închiriere, ofertanții trebuie să distingă dacă respectivele bunuri sunt bunuri de retur, caz în acestea vor fi deținute sub anumite forme specifice care să

permită transferul proprietății sau nu sunt bunuri de retur, caz în care bunurile pot fi deținute prin orice forme, în conformitate cu prevederile legale și contractuale aplicabile fiecărei categorii de bunuri.

Având în vedere argumentele expuse anterior, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației formulată de ... ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 381/14.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 53421/14.12.2017, ... transmite răspunsul său cu privire la punctul de vedere nr. 1050/12.12.2017 al autorității contractante și prin care solicită respingerea argumentelor invocate de aceasta și admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Cu titlu preliminar, contestatorul arată că punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă este nemotivat din punct de vedere legal, respectiv nu precizează care sunt argumentele legale care au stat la baza refuzului de soluționare a cererii de clarificare și remediere a unor elemente de importanță în procesul de elaborare a ofertei, cum este Studiul de fundamentare și clarificarea referitoare la prevederile legale a „bunurilor de retur". Dacă obligativitatea prezentării Studiului de fundamentare apare întrucât acesta constituie un document obligatoriu al documentației de atribuire, necesitatea clarificării bunurilor de retur este în strânsă legătură cu investițiile care urmează să fie realizate de ofertanți și cu procurarea utilajelor și echipamentelor de colectare, respectiv modalitatea de procurare și implicit de cuantificare financiară a costurilor cu procurarea acestora și amortizarea lor.

Referitor la excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă cu privire la solicitarea referitoare la Studiul de fundamentare, contestatorul învederează că, față de documentația de atribuire publicată, acesta a transmis solicitarea de clarificări nr. 3078/17.11.2017, care, prin solicitarea nr. 2, a cerut să se clarifice, prin raportare la o serie de prevederi legale invocate, unde în cuprinsul studiului de fundamentare/prin ce elemente/prin ce clauze se îndeplinesc cerințele legale impuse de Legea nr. 100/2016, respectiv H.G. nr. 867/2016, iar în situația în care nu se reușește identificarea elementelor impuse de lege la nivelul Studiului de fundamentare, s-a solicitat completarea acestuia cu elementele respective.

Deci, contestatorul susține că este vorba despre o solicitare de clarificări față de conținutul Studiului de fundamentare/documentației de atribuire, în ansamblul său, față de care autoritatea contractantă avea obligația să ofere lămuriri/să arate unde anume se regăsesc acele elemente prevăzute de lege la nivelul Studiului de fundamentare sau avea obligația să precizeze dacă se regăsesc în vreun alt document aferent procedurii de atribuire, respectiv să completeze elementele Studiului, în caz că nu corespunde prevederilor legale.

În continuare, contestatorul citează „Răspunsul clarificare nr. 2" din adresa autorității contractante nr. 1002/21.11.2017 intitulată „Răspuns solicitare clarificări 7" și arată faptul că aceasta nu a clarificat cum/în ce mod/prin care clauze ale Studiului de fundamentare se respectă prevederile legale existente, în ce privește conținutul acestuia și nici să completeze Studiul de fundamentare cu elementele lipsă, în raport cu prevederile legale, ci a precizat că acele elemente nu erau obligatorii sau se regăsesc în

cuprinsul altor documente care nu au fost publicate odată cu documentația de atribuire.

Practic, contestatorul susține că prin acest răspuns la clarificări a luat cunoștință de poziția autorității contractante, în sensul că acele elemente lipsesc/nu vor fi adăugate, pe motiv că nu sunt necesare, conform prevederilor legale sau că ele s-ar regăsi în cuprinsul altor documente ce nu au fost publicate sau că *„la momentul elaborării proiectului Legea 100/2016 nu era în vigoare*".

De aceea, contestatorul precizează că notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017 a fost formulată față de adresa nr. 1002/21.11.2017 intitulată „Răspuns solicitare clarificări 7" și, văzând data emiterii răspunsului la clarificări, 21.11.2017, apreciază că notificarea prealabilă, înregistrată la autoritatea contractantă în data de 27.11.2017, respectă termenul de 10 zile impus de Legea nr. 101/2016 pentru formularea notificării prealabile.

Pentru aceste motive, contestatorul solicită respingerea excepției tardivității, invocată de autoritatea contractantă.

Referitor la fondul solicitării cu privire la Studiul de fundamentare, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu neagă lipsa din Studiul de fundamentare publicat, a elementelor impuse de prevederile legale, ci susține, în principal, că aceste elemente au fost analizate la momentul elaborării Proiectului ... și nu mai era necesară vreo re-aprobare, respectiv publicarea lor. Or, aceasta face o gravă confuzie între documentele care au stat la baza finanțării proiectului ... și documentele care ar trebui să stea la baza atribuirii contractului de delegare. Între cele două categorii de documente trebuie să existe o relație de complementaritate, în sensul că cel de-al doilea rând de documente trebuie să respecte principiile și instituțiile documentelor ce au stat la baza finanțării proiectului ..., însă existența unor documente ce au stat la baza finanțării și nu au fost puse la dispoziție, nu justifică faptul că Studiul de fundamentare publicat nu îndeplinește cerințele prevăzute de lege.

Astfel, contestatorul amintește că Studiul de fundamentare este un document obligatoriu al procedurii de delegare, conform art. 5 alin. (1) din Legea nr. 100/2016. Dacă documentele aferente finanțării proiectului ... ar cuprinde exact elementele impuse de prevederile legale cu privire la conținutul Studiului de fundamentare, autoritatea contractantă avea obligația de a le prelua la nivelul unui Studiu de fundamentare care sa fie adus la cunoștința tuturor operatorilor ...nomici interesați, astfel încât aceștia să depună o ofertă în conformitate și cu acest document.

Prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă face trimitere la un Ghid al solicitantului, prin care încearcă să arate că proiectul, pentru a fi aprobat, ar fi trebuit să răspundă exact unor cerințe despre care contestatorul a pretins că ar fi trebuit să se regăsească la nivelul Studiului de fundamentare.

Or, contestatorul învederează că Ghidul solicitantului constituie doar un îndrumar/un document, prin care se arată ce elemente trebuie să cuprindă proiectul, ce analize trebuie să se efectueze, ce prevederi legale trebuie să fie respectate. Cuprinzând doar informații relative la modul în care trebuie conceput proiectul, simpla existență a acestui Ghid al

solicitantului, nu are cum să țină loc de Studiu de fundamentare întocmit cu îndeplinirea tuturor cerințelor impuse de prevederile legale, mai ales că nu a fost pus nicicând la dispoziție vreun contract de finanțare sau vreun document de aprobare a proiectului.

De altfel, contestatorul susține că autoritatea contractantă nici nu era obligată să pună la dispoziție documente ce țin de aprobarea finanțării proiectului ..., ci avea obligația să publice un Studiu de fundamentare care să respecte prevederile legale redate prin contestația formulată, iar dacă aceste elemente s-ar fi regăsit în cuprinsul altor documente, era liberă să le preia la nivelul Studiului de fundamentare publicat/adus la cunoștința operatorilor ...nomici interesați.

Astfel, contestatorul apreciază că niciunul din argumentele autorității contractante, nici existența informațiilor ce trebuiau prevăzute în Studiul de fundamentare la nivelul documentelor aferente proiectului ... și nici faptul aprobării proiectului și încheierea Contractului de finanțare, nu pot justifica faptul că Studiul de fundamentare, prin conținutul său, nu respectă prevederile legale.

În concluzie, față de cele arătate și prin raportare la prevederile legale redate prin contestația formulată, ... consideră că era obligatoriu ca Studiul de fundamentare să cuprindă o serie de elemente, pe care le reiterează și solicită înlăturarea argumentelor autorității contractante, întrucât niciunul dintre acestea nefiind de natură să justifice nelegalitatea Studiului de fundamentare, precum și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Referitor la bunurile de retur, ... subliniază că, prin contestația formulată nu a făcut referire la prevederile caietului de sarcini „B. Mobilizarea și operaționalizarea activității cu caracter de noutate, ci referirile la caietul de sarcini s-au regăsit inclusiv în notificarea prealabilă formulată, la pag. 6-7.

În al doilea rând, contestatorul observă, chiar din modul în care înțelege autoritatea contractantă să se exprime: „*în secțiunea B, posibil și în alte secțiuni ale documentației, se prevede posibilitatea de a deține bunurile în baza unor contracte de comodat sau închiriere*”, „*pentru derularea [...] contractului este necesar să se realizeze investițiile [...] dar și o serie de alte echipamente și utilaje*”, „*de exemplu, echipamente specifice [...] etc.*”, că lucrurile nu sunt clare în ce privește (i) care sunt, într-un final, bunurile de retur; (ii) care sunt echipamentele/utilajele care nu au natura unor bunuri de retur, din moment ce aceasta folosește exprimări de tipul „de exemplu”, „etc.”, or, operatorul ...nomic ce pregătește o ofertă, trebuie să cunoască extrem de clar, iar nu prin simple exemplificări, care sunt echipamentele pe care are obligația să le dețină în proprietate și care sunt echipamentele pe care le poate închiria.

Așadar, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la înlăturarea acestei nereguli, constând în faptul că containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele, pe de o parte, se specifică că au natura unor bunuri de retur și, pe de altă parte, că se procură prin cumpărare, închiriere, leasing sau comodat.

Totodată, ... reiterează motivele pentru care containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele nu pot fi bunuri de retur și nu pot face parte din această categorie, așa cum a motivat și în contestație și învederează că

prin precizarea făcută de către autoritatea contractantă prin răspunsul la notificarea prealabilă („*În condițiile descrise de dvs. se consideră că programul de investiții nu este/a fost realizat, închirierea sau comodatul poate viza doar bunuri - utilaje, echipamente - care sunt necesare derulării corespunzătoare a contractului, dar care nu sunt considerate ca investiții conform prevederilor contractuale. [...]*”), se limitează participarea la procedura de atribuire doar a acelor ofertanți care vor achiziționa prin vânzare-cumpărare echipamentele/utilajele prezentate în programul de investiții, ceea ce va conduce la limitarea și restrângerea și împiedicarea participării acelor ofertanți care pot face dovada că dețin acele echipamente în alt mod (închiriere, leasing, etc.).

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. înlăturarea argumentelor...-... și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „*Contract de delegare prin concesiune a gestiunii activităților de colectare și transport a deșeurilor municipale și altor fluxuri de deșeuri, componente ale serviciului de salubrizare de pe raza județului ...*”, cod CPV 90511000-2 Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev.2), 90500000-2 Servicii privind deșeurile menajere (Rev.2) și 90512000-9 Servicii de transport de deșeuri menajere (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de concesionare nr. ....

Conform anunțului de concesionare și a documentației de atribuire, valoarea estimată a contractului de servicii este de 230.109.996 lei, fără TVA.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ..., ... și ... au transmis autorității contractante notificările prealabile nr. 2975/09.11.2017, nr. E15460/23.11.2017, nr. 7288/27.11.2017 și nr. 3211/24.11.2017, la care aceasta a răspuns prin adresele nr. 988/14.11.2017, nr. 1026/29.11.2017, nr. 1033/04.12.2017 și nr. 1025/29.11.2017, precizând faptul că adoptă parțial măsuri de remediere.

Preliminar, ca urmare a verificărilor efectuate și a analizării conținutului tuturor celor 4 contestații ce constituie obiectul dosarelor nr. 4291/4412/4429/4443/2017, Consiliul are în vedere că, în cadrul contestațiilor formulate de către ... (contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 51897/05.12.2017, aferentă dosarului nr. 4443/2017), ... și de către ..., sunt formulate critici cu un caracter similar/identic, acestea vizând aspectul referitor la caracterul de „bunuri de retur” al containerelor, recipientelor, autogunoierelor, autovehiculelor, motiv pentru care, în soluționarea acestora, Consiliul urmează să se pronunțe, în mod unitar, cu privire la aceste critici similare/identice, fără să facă trimitere la denumirea contestatorilor care le-au formulat, acest aspect urmând a fi efectuat la momentul concluziilor.

Totodată, separat de verificarea criticilor similare/identice din conținutul contestațiilor indicate anterior în considerente, referitoare la caracterul de „bunuri de retur” al containerele, recipientele, autogunoierele, autovehiculele nu pot fi bunuri de retur Consiliul va efectua și verificarea

celorlalte critici formulate de contestatori, urmând să pună concluzii pentru fiecare critică în parte.

Procedând la analiza criticilor **distincte** formulate de către ... (în cele două contestații, aferente dosarelor 4291 și 4443/2017), ... și ..., prin luarea în considerare a susţinerilor părţilor, a înscrisurilor aflate la dosarul cauzei şi a dispoziţiilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice, Consiliul constată că acestea se referă la obligarea entității contractante să precizeze modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea se face direct de operator sau de UAT-uri; publicarea hărților cu amplasamentele platformelor fixe de colectare; prezentarea Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și nu pe zone; precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, astfel cum s-a solicitat inițial și la modificarea matricei riscurilor ce face obiectul Studiului de fundamentare, în ce privește punctul 19 (solicitări ale ... formulate în contestația aferentă dosarului 4291/2017), precum și legate de faptul că entitatea contractantă nu a completat Studiul de fundamentare din cuprinsul documentației de atribuire.

În referire la contestația formulată de ... (nr. 3180/23.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 50189/23.11.2017), Consiliul are în vedere că aceasta a vizat conținutul documentației de atribuire, criticile formulate fiind legate de aspectele referitoare la obligarea entității contractante să precizeze modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, respectiv dacă distribuirea se face direct de operator sau de UAT-uri; publicarea hărților cu amplasamentele platformelor fixe de colectare; prezentarea Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și nu pe zone; precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, astfel cum s-a solicitat inițial și la modificarea matricei riscurilor ce face obiectul Studiului de fundamentare, în ce privește punctul 19, în sensul de a se specifica că Delegatarul, iar nu Delegatul, este pe deplin responsabil de gradul de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare.

În soluționare, Consiliul reține faptul că prin adresa nr. 1041/06.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 52447, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de către ..., precizând următoarele:

- referitor la publicarea hărților cu amplasamentele platformelor fixe de colectare, aspect evocat și prin notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017, pct. 8, conform căreia „ [...] Față de aceste prevederi, precum și de ansamblul documentației de atribuire publicată, semnalăm că aceasta nu cuprinde:[...] (iii) Hărțile cu amplasamentele platformelor fixe de colectare;” prin pct. 8 din adresa nr. 988/14.11.2017, s-a răspuns solicitării operatorului ...nomic, după cum urmează: *„În ceea ce privește hărțile solicitate, se vor lua măsuri de remediere în sensul publicării acestora.”*

Astfel, se constată că prin Clarificarea din 29.11.2017, publicată în SEAP, entitatea contractantă a publicat hărțile punctelor de colectare, precum și date care permit ofertanților să identifice locația acestora.

-în ceea ce privește prezentarea Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și nu pe zone, formulată prin notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017, pct. 9, conform căreia *„Anexa 6 la caietul de sarcini cuprinde cantitățile de deșeuri similare estimat a fi colectate, pe zone, iar nu pe UAT-uri. [...] solicităm completarea acesteia cu indicarea cantităților estimate pe UAT-uri*", prin pct. 9 din adresa nr. 988/14.11.2017, entitatea contractantă a răspuns în sensul că *„Se va remedia situația indicată*."

Astfel, se are în vedere că Anexa 6 la caietul de sarcini a fost completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri, fiind încărcată pe SEAP la data de 06.12.2017;

-legat de precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice, aspect formulat prin notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017, pct. 17, conform căruia *„Vă rugăm să completați documentația prin precizarea indicelui de generare a deșeurilor care s-a luat în calcul la estimarea cantităților provenite de la persoane fizice urban și rural și persoane juridice*", prin pct. 17 din adresa nr. 988/14.11.2017, entitatea contractantă a răspuns că: *„Se vor lua măsuri de remediere*".

Astfel, entitatea contractantă arată că prin notificarea privind măsurile de remediere, publicată in SEAP la data de 21.11.2017, la pct. 14, s-au indicat indicii de generare pentru populație.

Luând în considerare cele reținute anterior în considerente, Consiliul are în vedere faptul că, prin adresa nr. 376/07.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 52326/07.12.2017, ... a transmis răspunsul său cu privire la măsurile de remediere luate de entitatea contractantă, precizând că, în ce privește criticile sale, ce au vizat obligarea entității contractante la publicarea hărților, a Anexei 6 la caietul de sarcini, completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și indicarea indicelui de generare, *„nu mai insistă în solicitarea sa*".

Astfel, Consiliul constată că prin precizările făcute în cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă a achiesat la solicitările formulate de contestatorul ..., iar acesta nu își mai menține respectivele critici, motiv pentru care nu va reține, în soluționare, respectivele critici.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge criticile referitoare la publicarea hărților, publicarea Anexei 6 la caietul de sarcini completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și neindicarea indicelui de generare din contestația formulată de către ..., în contr...ctoriu cu ..., ca rămase fără obiect.

De asemenea, constatând că ... persistă în susținerea criticii sale legată de neindicarea, de către entitatea contractantă, a modalității de distribuire a recipientelor, formulată prin notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017, pct. 8, Consiliul reține faptul că, prin pct. 8 din adresa nr. 988/14.11.2017, în fapt, entitatea contractantă a clarificat aspectul criticat de contestator.

În acest sens, se reține în soluționare că întrebarea de clarificare din notificarea prealabilă nr. 2975/09.11.2017, pct. 8, a avut următorul conținut *„Art. 69 din caietul de sarcini arată că «Punctele de colectare și dotarea*

acestora sunt cele din anexa nr. 3 la caietul de sarcini. Colectarea deșeurilor menajere de la populație se va face atât din punctele fixe de colectare (amenajate în zonele de blocuri cu densitate mare), cât și din poartă în poartă de la gospodăriile individuale atât din mediul urban, cât și din mediul rural. Acolo unde, din cauza configurației arterelor rutiere, nu se poate ajunge cu mijlocul de transport la toate gospodăriile individuale, sau dacă acestea nu au în dotare pubele, deșeurile vor fi aduse de către utilizatorii casnici la punctele fixe de colectare, de unde vor fi preluate de către Operator». *Față de aceste prevederi, precum și de ansamblul documentației de atribuire publicată, semnalăm că aceasta nu cuprinde:*

(i) Informații referitoare la modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT; dacă distribuirea recipientelor se realizează direct de operator sau de către UAT-uri;[...]".

Se are în vedere faptul că la această solicitare de clarificări, entitatea contractantă a răspuns prin pct. 8 din adresa nr. 988/14.11.2017, în care a arătat: *„Răspuns nr. 8: În ceea ce privește modalitatea de distribuire a recipientelor în fiecare UAT, se vor efectua măsuri de remediere, în sensul modificării art. 72 din caietul de sarcini astfel: «Numărul de recipiente care trebuie puse la dispoziție de către operator, pentru colectarea deșeurilor menajere colectate separat este prezentat în anexa 3.2 la prezentul caiet de sarcini. Recipientele vor avea marcaj CE vor fi noi/nefolosite și* ***vor fi distribuite de acesta*** *astfel: [...]*".

Astfel, raportat la cele redate anterior și contrar susținerilor contestatorului ... conform cărora *„s-a precizat doar că operatorul ...nomic va pune la dispoziție recipientele*" (susținere din adresa nr. 376/07.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 52326/07.12.2017), Consiliul constată că, prin răspunsul furnizat, entitatea contractantă a clarificat aspectul în divergență, respectiv dacă distribuirea recipienților se realizează direct de operator sau de către UAT-uri, formularea acesteia fiind că *„Recipientele vor avea marcaj CE vor fi noi/nefolosite și* ***vor fi distribuite de acesta*** *astfel: [...]"*., așadar operatorul ...nomic va efectua această distribuire.

În consecință, pentru considerentele anterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, critica formulată de către ... în ceea ce privește neindicarea, de către entitatea contractantă, a modalității de distribuire a recipientelor.

În referire la contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 51897/05.12.2017, formulată de către ..., Consiliul constată că, prin aceasta, se critică, printre altele, și răspunsul formulat de entitatea contractantă la clarificarea nr. 2 din adresa nr. 1002/21.11.2017.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că la întrebările formulate de către contestator, în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, entitatea a răspuns prin adresa nr. 1002/21.11.2017, postată în SEAP în data de 22.11.2017 sub denumirea de „clarificare nr.7.pdf.p7s".

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 2 contestat, formulat de către entitatea contractantă prin raportare la întrebarea aferentă, Consiliul constată că prin acestea ... nu a modificat prevederile documentației de atribuire, publicată în SEAP împreună cu anunțul de concesionare nr. ..., ci a lămurit anumite aspecte din conținutul documentației de atribuire, care nu pot fi asimilate unor modificări de substanță a unor cerințe minime.

Astfel, raportat la întrebarea nr. 2 din solicitarea contestatorului de clarificări nr. 3078/17.11.2017, respectiv: „Solicitare clarificare nr. 2:[...]

Vă rugăm să clarificați unde în cuprinsul studiului de fundamentare se regăsesc următoarele elemente impuse de dispozițiile legale sus enunțate:

(i) demonstrarea oportunității realizării proiectului;

(ii) analiza fezabilității tehnice;

(iii) analiza fezabilității ...nomice și financiare;

(iv) analiza aspectelor de mediu;

(v) aspectele sociale și aspectele instituționale ale proiectului în cauză;

(vi) analiza care să permită definirea și cuantificarea în termeni ...nomici și financiari a riscurilor de proiect, analiză care conform actului normativ sus-menționat, presupune derularea următoarelor etape: a) întocmirea costului comparativ de referință; b) determinarea structurii preliminare a concesiunii; c) realizarea analizei ...nomico-financiare;

(vii) rezultatele studiului de fundamentare a deciziei de concesionare, care să justifice necesitatea și oportunitatea concesiunii și să demonstreze că: a) proiectul este realizabil; b) proiectul răspunde cerințelor și politicilor entității contractante; c) au fost luate în considerare diverse alternative de realizare a proiectului; d) varianta de realizare a proiectului prin atribuirea unui contract de concesiune este mai avantajoasă în raport cu varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de achiziție publică; e) proiectul beneficiază de susținere financiară, menționând, dacă este cazul, care este contribuția entității contractante;

(viii) estimarea cheltuielilor și veniturilor pe întreaga durată a unui proiect.

În măsura în care nu veți reuși să identificați aceste elemente în cuprinsul studiului de fundamentare, vă rugăm să completați.”

Consiliul reține că prin răspunsul formulat ,entitatea contractantă a precizat următoarele:

„Răspuns clarificare nr. 2: Prezenta procedură se derulează în conformitate cu prevederile analizei instituționale elaborate pentru proiectul ... ..., proiect care a fost elaborat și implementat până în prezent. La nivelul Analizei instituționale care constituie o anexă a proiectului, s-a stipulat că ulterior implementării, atribuirea contractelor de delegare se va face prin procedură competitivă. În lipsa acestei prevederi, delegarea serviciilor s-ar fi realizat prin atribuire directă către un operator deținut de unitățile administrativ teritoriale beneficiare ale proiectului, similar cum s-a procedat în sectorul de apă și canalizare. Atribuirea directă fiind permisă doar cu modificarea prevederilor Analizei instituționale.

În consecință, proiectul care trebuie avut în vedere este Proiectul ... ... (nu procedura de achiziție în sine), dar la momentul elaborării acestuia Legea nr. 100/2016 nu era în vigoare.

Proiectul ... ... a făcut obiectul aprobării unei aplicații de finanțare pe POS MEDIU, înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 100/2016, (cu fonduri europene în exercițiul financiar al Comisiei Europene din perioada 2007-2013). Prin documentația care a fost elaborată pentru aprobarea proiectului au fost analizate toate aspectele esențiale indicate de dvs., lipsa sau neîndeplinirea vreuneia dintre cerințe neputând conduce decât la neaprobarea proiectului de către Comisia Europeană. În acest sens, puteți consulta Ghidul solicitantului POS Mediu - Axa 2. Având în vedere că în prezent proiectul este deja implementat, toate construcțiile fiind finalizate, se poate constata că toate cele indicate de dvs. (ex: oportunitate,

fezabilitate, impact de mediu etc.) au fost aprobate de finanțatorul proiectului, respectiv Comisia Europeană.

Având în vedere că în conformitate cu Legea nr. 101/2006, cu modificările și completările ulterioare, art. 2 alin (4) «Proiectele finanțate din fonduri europene nerambursabile se implementează în conformitate cu prevederile contractului de finanțare», întreaga Documentație de Atribuire a fost întocmită cu respectarea Contractului de Finanțare și a documentelor anexă, în baza cărora a fost aprobat proiectul.

Având în vedere că la momentul elaborării proiectului, Legea nr. 100/2016 nu era în vigoare, calificarea contractului ca fiind de concesiune s-a efectuat în baza studiului de fundamentare, unde s-a constatat că, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 100/2016 sunt riscuri de operare, conform matricei riscurilor (secțiunea 7.2) prezentate în studiul de fundamentare, care sunt în sarcina operatorului/concesionarului."

Astfel, Consiliul constată că entitatea contractantă a respectat prevederile art. 160 alin. (2) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, răspunzând în mod clar și complet, în termen de una, respectiv două zile de la formularea solicitărilor de clarificări și a publicat răspunsurile, însoțite de întrebările aferente, în SEAP, fără a dezvălui identitatea operatorilor ...nomici care au solicitat clarificările, aducându-le astfel la cunoștința tuturor celor interesați, fără însă a modifica prevederile documentației de atribuire publicată în SEAP împreună cu anunțul de concesionare nr. ....

Într-o atare situație, Consiliul constată că aspectele criticate de contestatorul ..., respectiv cele cu privire la faptul că entitatea contractată nu a clarificat o serie de aspecte și nu a completat Studiul de fundamentare din cuprinsul documentației de atribuire, reprezintă critici tardive în raport cu data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, respectiv 02.11.2017, unde s-a publicat respectivul studiu.

Sub acest aspect, sunt relevante și susținerile ...-... din punctul de vedere nr. 1050/12.12.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53465/14.12.2017, conform cărora operatorul ...nomic a solicitat, în esență, modificarea Studiului de fundamentare, publicat în SEAP la data de 02.11.2017. Or, prin răspunsul entității contractante atacat prin contestație, nu s-a adus atingere cerințelor în sine, ci s-a efectuat o analiză în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 100/2016 și că, implicit, nu se vor efectua niciun fel de modificări ale acestuia. Astfel, înțelesul și obiectul cerințelor de referință au rămas aceleași.

În aceste condiții, Consiliul constată că, deși ... a indicat răspunsul nr. 2 din adresa autorității contractante nr. 1002/21.11.2017 denumită „Răspuns solicitare clarificări 7", ca fiind *actul autorității contractante considerat nelegal*, în fapt, aspectele criticate prin prezenta contestație vizează conținutul documentației de atribuire, respectiv conținutul Studiului de fundamentare, care nu a fost modificat prin respectivele clarificări, ci doar precizări suplimentare, caz în care sunt incidente prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „*În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire*".

Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de concesiune în cauză (230.109.996 lei) și tipul acestuia (contract de servicii),

Consiliul constată că termenul pe care îl avea la dispoziție ..., pentru a formula o notificare prealabilă, cu privire la conținutul documentației de atribuire, era de 10 zile, de la data de 02.11.2017, care reprezintă data publicării acesteia în S.E.A.P., respectiv data de 13.11.2017.

În acest context, Consiliul constată caracterul tardiv al criticii ce vizează conținutul Studiului de fundamentare formulată prin notificarea prealabilă nr. 3211/24.11.2017, motiv pentru care nu va proceda la analizarea acestui aspect de fond avut în vedere de ... în contestația formulată nr. 3337/05.12.2017 și înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 51897/05.12.2017.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca tardivă, critica adusă cu privire la modificarea/completarea Studiului de fundamentare, formulată de ..., în contr...ctoriu cu ....

Luând în considerare cele menționate anterior, Consiliul constată că au rămas în analiză criticile formulate de către ..., prin contestația nr. 3180/23.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 50189/23.11.2017 (aferentă dosarului nr. 4291/2017), ce vizează aspectul legat de punctul 19 din matricea riscurilor, din caietul de sarcini, a cărui modificare este solicitată, în sensul de a se specifica, la punctul 19, că delegatarul, iar nu delegatul, este pe deplin responsabil de gradul de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare/de gradul de colectare și trebuie să asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare, precum și criticile formulate de către ... (contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 51897/05.12.2017, aferentă dosarului nr. 4443/2017), ... și de către ..., ce vizează aspectul legat de caracterul de „bunuri de retur” al containerelor, recipientelor, autogunoierelor, autovehiculelor.

Verificând aspectul referitor la punctul 19 din matricea riscurilor, din caietul de sarcini, Consiliul are în vedere, pe de-o parte, argumentele prezentate de către ... și de către entitatea contractantă iar, pe de altă parte, dispozițiile legale incidente.

În acest sens, prezintă relevanță în soluționare, argumentele prezentate de contestatorul ... în susținerea solicitării sale de obligare a entității contractante la modificarea punctului 19 din matricea riscurilor, din caietul de sarcini, al cărui conținut va fi redat în continuare

	RISCURI GENERALE			
1.	*Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat*	*Gradul scăzut de încasare a tarifului conduce la dificultăți financiare, operare n...nforma și imposibilitatea derulării programului de întreținere, înlocuire și dezv...are a activelor.*	*100%*	*Delegatul este deplin responsabil de gradul de colectare și trebuie sa asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare, astfel încât gradul de colectare sa nu reprezinte un risc*

Totodată, ... a făcut referire și la art. 169 din caietul de sarcini, unde se prevede că «*La alocarea riscurilor a fost aplicată ca regulă generală, aceea că riscul trebuie suportat de către partea care îl poate atenua în cea mai mare măsură și/sau care poate controla cel mai bine consecințele*».

Astfel, în solicitarea adresată entității contractante, prin notificarea prealabilă, la pct. 12, acesta a argumentat că se impune modificarea matricei riscurilor ce face obiectul Studiului de fundamentare, în sensul de a se specifica, la punctul 19, ca Delegatarul, iar nu Delegatul este pe deplin responsabil de gradul de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare/de gradul de colectare și trebuie să asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare.

Argumentul avut în vedere de către ... constă în faptul că, în opinia sa, aceste riscuri intră în sarcina Delegatarului, de vreme ce acesta are obligația de a plăti contravaloarea serviciului, iar imposibilitatea UAT-ului de a asigura resursele financiare pentru plata serviciului, neputând reprezenta un risc asumat de Operator, deoarece nu ține de vreo acțiune/inacțiune a operatorului, cel mult, Operatorul poate finanța o perioadă scurtă de timp prestarea serviciului, dar nu poate presta acest serviciu „sine die" fără ca UAT-urile să achite contravaloarea serviciului."

Pe de altă parte, în soluționare, Consiliul are în vedere și răspunsul dat de entitatea contractantă, prin adresa nr. 988/14.11.2017 la notificarea prealabilă, la pct. 12 fiind menționat că „*Nu se vor lua măsuri de remediere. Se consideră că delegatul este singurul răspunzător de încasarea contravalorii facturilor, având în vedere mijloacele legale existente. Prin prisma naturii contractului – concesiune – se consideră că acesta este un risc de operare, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii*."

Așadar, divergența între părți constă în modalitatea de alocare a riscului *„Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat",* identificat de entitatea contractantă și menționat în documentație (punctul 19 din matricea riscurilor).

Asupra acestui aspect, sunt incidente prevederile art. 51 din Legea nr. 100/2016, privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, 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.***

(6) În cadrul descrierii elementelor prevăzute la alin. (5) entitatea contractantă stabileşte care sunt cerinţele minime pe care ofertele trebuie să le îndeplinească."

Totodată, prezintă relevanță în cauză dispozițiile HG nr. 867/2016, care prevăd următoarele:

„ART. 11 (1) Potrivit prevederilor art. 7 şi 8 din Lege, entitatea contractantă are obligaţia de a elabora un studiu de fundamentare a deciziei de concesionare atunci când intenţionează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract de concesiune pe termen lung.

(2) Entitatea contractantă are posibilitatea de a elabora un studiu de fundamentare a deciziei de concesionare atunci când intenţionează să atribuie un

contract de concesiune cu o durată mai mică de 5 ani, în cazul în care este necesar, în funcţie de complexitatea contractului.

ART. 12 (1) Studiul de fundamentare prevăzut la art. 11 alin. (1) trebuie să se axeze pe analiza unor elemente relevante în care se includ: aspectele generale, fezabilitatea tehnică, fezabilitatea ...nomică şi financiară, aspectele de mediu, aspectele sociale şi aspectele instituţionale ale proiectului în cauză.

(2) În cazul unui proiect care presupune realizarea de lucrări, la baza studiului de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să stea studiul de fezabilitate sau documentaţia de avizare a lucrărilor de intervenţii, după caz.

(3) În sensul prevederilor alin. (2), prin proiect se înţelege ansamblul lucrărilor/construcţiilor care urmează să fie executate şi, după caz, al serviciilor care urmează să fie prestate în legătură cu aceste lucrări/construcţii, pe parcursul derulării contractului de concesiune.

*ART. 13 (1) Studiul de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să cuprindă o analiză care să permită definirea şi cuantificarea în termeni ...nomici şi financiari a riscurilor de proiect**,** luând în considerare, totodată, şi **variantele identificate de repartiţie a riscurilor între părţile viitorului contract de concesiune,** precum şi analiza privind încadrarea contractului în categoria celor de concesiune.*

(2) În scopul realizării analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă poate să utilizeze, ca model, matricea preliminară de repartiţie a riscurilor de proiect cuprinsă în anexa nr. 1.

(3) În sensul alin. (2), matricea preliminară de repartiţie a riscurilor reprezintă un instrument pentru reprezentarea, compararea şi, respectiv, ierarhizarea riscurilor pentru un proiect de concesiune, pe baza unei liste generale de referinţă a riscurilor identificate.

(...)

ART. 15

Rezultatele studiului de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să justifice necesitatea şi oportunitatea concesiunii şi să demonstreze că:

a) proiectul este realizabil;

b) proiectul răspunde cerinţelor şi politicilor entităţii contractante;

c) au fost luate în considerare diverse alternative de realizare a proiectului;

d) varianta de realizare a proiectului prin atribuirea unui contract de concesiune este mai avantajoasă în raport cu varianta prin care proiectul este prevăzut a fi realizat prin atribuirea unui contract de achiziţie publică;

e) proiectul beneficiază de susţinere financiară, menţionând, dacă este cazul, care este contribuţia entităţii contractante.

ART. 16 (1) La realizarea studiului de fundamentare trebuie ţinut seama de estimarea cheltuielilor şi veniturilor pe întreaga durată a unui proiect, la care trebuie luate în calcul nu numai costurile legate de construcţie, ci şi totalul cheltuielilor şi veniturilor aferente operării şi întreţinerii de-a lungul perioadei proiectului.

(2) Estimarea prevăzută la alin. (1) are un dublu scop:

a) de a furniza o perspectivă atentă asupra tuturor costurilor, veniturilor şi riscurilor care pot apărea pe parcursul duratei de viaţă a proiectului;

b) de a furniza un reper pentru perioada de derulare a contractului de concesiune.

(3) Estimarea costurilor proiectului trebuie începută la o dată de referinţă care este, de regulă, data demarării procedurii de atribuire a contractului de concesiune, în acest caz această estimare neincluzând şi costurile deja suportate de entitatea contractantă, legate de pregătirea proiectului.

(4) Prin excepţie de la prevederile alin. (3), în cazul în care entitatea contractantă intenţionează recuperarea costurilor deja suportate, legate de pregătirea proiectului, aceste costuri se includ în valoarea estimată a proiectului, entitatea contractantă având obligaţia de a le evidenţia în mod distinct în documentaţia de atribuire.

(5) În cazul prevăzut la alin. (4), entitatea contractantă precizează în documentaţia de atribuire şi în modelul de contract obligaţia viitorului concesionar de a rambursa costurile deja suportate de concedent, legate de pregătirea proiectului, precum şi condiţiile în care se va realiza această rambursare.

(6) În aplicarea prevederilor alin. (5), entitatea contractantă poate condiţiona intrarea în vigoare a contractului de concesiune de rambursarea, de către concesionar, a costurilor deja suportate, legate de pregătirea proiectului respectiv."

Prin raportare la textele legale incidente, Consiliul are în vedere că în Studiul de fundamentare aferent procedurii în cauză, ... a prevăzut la Capitolul 5- Riscuri că *„Analizarea existenței riscurilor impune identificarea riscurilor care au impact în relația dintre părțile contractuale. Prin matricea de risc anexată se constată că Delegatarului îi este transferat o parte semnificativă a riscului de operare de natură ...nomică, în legătură cu exploatarea serviciilor respective*", la punctul 19 „Riscuri generale", regăsindu-se riscul *„Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat"*, **alocarea riscului fiind 100% repartizată delegatului.**

De asemenea, Consiliul reține în soluționare că prin adresa nr. 988/14.11.2017 (pct. 12), la notificarea prealabilă, entitatea contractantă a menționat că, prin prisma naturii contractului – concesiune – consideră că riscul menționat anterior este un risc de operare, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, care prevăd că "(1) *Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părţi semnificative a riscului de operare de natură ...nomică, în legătură cu exploatarea lucrărilor şi/sau a serviciilor respective.*

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

(3) Riscul de operare este riscul care îndeplineşte, în mod cumulativ, următoarele condiţii:

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

b) implică expunerea la fluctuaţiile pieţei;

c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiţii normale de exploatare, recuperarea costurilor investiţiilor efectuate şi 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."

Totodată, prezintă relevanță în speță și dispozițiile art. 8 din Legea nr. 100/2016, conform cărora "(1) *Prin studiul de fundamentare prevăzut la art. 7 alin. (1) entitatea contractantă are obligaţia să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părţi semnificative a riscului de operare către operatorul ...nomic._ (2) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, va fi transferată operatorului ...nomic, contractul va fi considerat contract de concesiune, urmând a se aplica prevederile prezentei legi. (3) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, nu va fi transferată operatorului ...nomic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziţie publică sau contract sectorial, după caz*;

- art. 13 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 "(1) Studiul de fundamentare a deciziei de concesionare trebuie să cuprindă o analiză care să permită definirea şi cuantificarea în termeni ...nomici şi financiari a riscurilor de proiect, luând în considerare, totodată, şi variantele identificate de repartiţie a riscurilor între părţile viitorului contract de concesiune, precum şi analiza privind încadrarea contractului în categoria celor de concesiune".

Se constată din dispozițiile legale citate că, inclusiv tipul contractului, respectiv de achiziție publică sau de concesiune, se stabilește în funcție de parte semnificativă a riscului de operare care va fi transferată operatorului ...nomic.

În speță, se constată că alocarea riscului „Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat", este 100% repartizată delegatului.

Or, prin raportare la dispozițiile art. 13 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016, se constată că entitatea contractantă nu a efectuat „(...) *o **analiză** care să permită definirea şi cuantificarea în termeni ...nomici şi financiari a riscurilor de proiect(...)"*, ci a avut în vedere doar repartiţia riscului în discuție, respectiv 100% repartizată delegatului, specificând că „Delegatul este deplin responsabil de gradul de colectare și trebuie să asigure fondul de rulment necesar acoperirii tuturor costurilor de operare, astfel încât gradul de colectare să nu reprezinte un risc."

Astfel, Consiliul nu poate determina ce anume a avut în vedere entitatea contractantă atunci când a definit și cuantificat riscul „*Gradul redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială a sumelor contractate de către Delegat*" și când a alocat repartizarea acestuia în sarcina exclusivă a delegatului.

Într-o atare situație, constatându-se aceste omisiuni din conținutul studiului de fundamentare (capitolul V-Riscuri), ce vizează riscul identificat de entitatea contractantă la punctul 19, risc față de care nu poate fi verificată **analiza** ce trebuia efectuată, conform legii, de către entitatea contractantă, prin **cuantificarea în termeni ...nomici şi financiari a riscului,** Consiliul va obliga ... să completeze studiul de fundamentare, matricea riscurilor, prin efectuarea unei analize a riscului „Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat", conform art. 13 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016.

În analiza pe care o va efectua, entitatea contractantă va fi obligată să aibă în vedere și propunerile formulate de către ... în cadrul adresei nr. 376/07.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 52326/07.12.2017, prin care acest contestator a transmis răspunsul său față de punctul de vedere nr. 1041/06.12.2017, al entității contractante, respectiv faptul că *„poate fi rezonabil de acceptat ca, pentru o perioadă limitată de timp, Operatorul să asigure finanțarea costurilor de operare în caz de neplată la termenele scadente a facturilor de către UAT-uri, cu aplicarea de penalități de întârziere, după care să se poată solicita rezilierea contractului, dar este imposibil ca Operatorul să finanțeze costurile de operare pe perioada derulării contractului și să procedeze ulterior la recuperarea acestora*", urmând ca, în analiza pe care o va efectua, ... să se pronunțe și cu privire la această propunere.

În consecință, pentru aceste considerente, Consiliul nu se va pronunța pe argumentele prezentate de părți pentru modificarea/nemodificarea riscului în discuție, acestea urmând a fi avute în vedere de entitatea contractantă în analiza pe care o va efectua.

În contextul de fapt și de drept expus anterior, Consiliul apreciază că este întemeiată critica formulată de către contestatorul ... în contestația nr. 3180/23.11.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 50189/23.11.2017, sub aspectul menționat, urmând ca, în baza art. 26 alin. (2) și (4) din Legea nr. 101/2016, aceasta să fie admisă, impunându-se obligarea...-..., ca în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să completeze studiul de fundamentare, matricea riscurilor, în conformitate cu dispozițiile legale sus menționate, prin efectuarea unei analize a riscului *„Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat*", conform art. 13 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016.

În ceea ce privește criticile cu un caracter similar/identic, formulate de către ... (contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 51897/05.12.2017, aferentă dosarului nr. 4443/2017), ... și de către ..., ce vizează aspectul legat de caracterul de „***bunuri de retur***" al autospecialelor delegatului, Consiliul are în vedere următoarele aspecte relevante:

În documentația de atribuire, Secțiunea IV „Contractul de delegare prin concesiune a gestiunii activităților de colectare și transport a deșeurilor municipale și altor fluxuri de deșeuri, componente ale serviciului de salubrizare de pe raza județului ...", la capitolul I „Definiții și interpretare", s-au prevăzut, printre altele, următoarele definiții:

*„**Bunuri de Preluare**"-înseamnă acele bunuri care la Data Încetării Contractului pot reveni Delegatarului, în măsura în care acesta din urmă își manifestă intenția de a prelua bunurile respective în schimbul plății unei compensații, în condițiile Legii și ale prezentului Contract";*

***„Bunuri de Retur**"-înseamnă acele bunuri care, la Data Încetării Contractului, revin sau intră în proprietatea Delegatarului, de plin drept, în principiu gratuit (cu excepția cazurilor prevăzute de prezentul contract), în bună stare, exploatabile și libere de orice sarcini, ipoteci, gajuri sau garanții ori obligații similare";*

***„Bunuri proprii"**-înseamnă acele bunuri care aparțin Delegatului și care rămân în proprietatea sa după Data Încetării Contractului."*

Așadar, entitatea contractantă a definit clar bunurile utilizate în derularea contractului, informațiile fiind aduse la cunoștința celor interesați de la demararea procedurii de atribuire.

Prezintă relevanță în cauză și clauzele contractuale din modelul de contract, respectiv cele prevăzute la art. 17-*BUNURILE UTILIZATE ÎN DERULAREA CONTRACTULUI și la art. 37 –CLAUZELE DE ÎNCETARE A CONTRACTULUI, care au următorul conținut:*

„ARTICOLUL 17 - BUNURILE UTILIZATE ÎN DERULAREA CONTRACTULUI

Categoriile de bunuri ce vor fi utilizate de către Delegat în derularea Contractului sunt următoarele:

17.1. Bunurile de Retur

Acestea sunt:

a) bunurile Delegatarului puse la dispoziţia Delegatului, prin concesionare, pe întreaga Durată a Contractului, în scopul prestării Serviciului. Acestea sunt şi rămân în proprietatea Delegatarului pe întreaga Durată a Contractului. Delegatul primeşte posesia şi dreptul de folosinţă asupra acestor bunuri, pe întreaga durată a Contractului.

b) bunurile rezultate din investiţiile prevăzute de prezentul Contract în sarcina Delegatului. Acestea rămân proprietatea Delegatului pe întreaga Durată a executării Contractului.

17.1.2. Inventarul Bunurilor de Retur existente la Data Semnării Contractului este prevăzut în ***Anexa nr. 4 la prezentul Contract****. Pentru Bunurile de Retur prevăzute la art. 17.1.1. lit. a) de mai sus se încheie un proces-verbal de predare-primire între Delegat şi Delegatar, care constituie Anexa nr. 5 la prezentul Contract. În situaţia în care pe parcursul executării Contractului Delegatarul investeşte în Bunuri de Retur noi de natura celor prevăzute la art. 17.1.1. lit. a) de mai sus, acestea vor fi concesionate Delegatului, iar Anexele nr. 4 şi nr. 5 vor fi actualizate corespunzător. Sunt Bunuri de Retur, fără însă a se limita la acestea: containerele şi platformele puse la dispoziţie.*

Bunurile de Retur, proprietate publică sunt supuse inventarierii anuale şi se evidenţiază distinct în patrimoniul Delegatului.

17.1.3. ***Toate Bunurile de Retur*** *revin de drept Delegatarului, la încetarea Contractului din orice cauză, libere de orice sarcini şi gratuit.* ***Excepţie*** *de la regula transferului cu titlu gratuit fac* ***doar acele bunuri realizate prin investiţii prevăzute în prezentul Contract în sarcina Delegatului****, bunuri care în situaţia încetării Contractului înainte de termen revin Delegatarul cu plata de către acesta a valorii neamortizate a respectivelor bunuri.*

17.1.4. Delegatul are obligaţia de a efectua lucrări de întreţinere, modernizare, reparaţii şi/sau înlocuire a Bunurilor de Retur pe Durata Contractului, conform Caietul de Sarcini, al Serviciului (Anexa nr. 2 la prezentul Contract). Delegatul se va asigura că toate Bunurile de Retur sunt exploatate, întreţinute şi asigurate în conformitate cu instrucţiunile de fabricaţie şi că sunt folosite conform normelor de siguranţă.

17.1.5. Investiţiile făcute pentru înlocuirea Bunurilor de Retur deteriorate sau furate şi care sunt realizate din fonduri proprii ale Delegatului, rămân în proprietatea sa pe toată Durata Contractului şi revin de drept, la Data încetării Contractului, gratuit şi libere de orice sarcini, Delegatarului, fiind integrate domeniului public.

17.1.6. Investiţiile realizate de Delegat din fonduri proprii pentru reabilitarea, modernizarea şi dezv...area Bunurilor de Retur, se vor amortiza de către acesta pe Durata Contractului.

17.1.7. Delegatul nu va folosi nicio parte a unui bun sau a spaţiilor de lucru pentru care a fost acordat dreptul de concesiune, în alt scop decât prestarea Serviciului, fără aprobarea scrisă şi prealabilă a Delegatarului care este proprietarul respectivului bun/spaţiu.

17.1.8. Delegatului îi este interzis să constituie garanţii reale asupra oricărui element aferent Bunurilor Delegatului.

17.1.9. Delegatul nu poate închiria sau ceda, sub nicio formă juridică, folosinţa Bunurilor de Retur şi elementelor lor componente.

17.1.10. Delegatul este obligat să exploateze şi să întreţină Bunurilor Delegatarului, cu diligenţa unui bun proprietar.

17.1.11. Pentru casarea Bunurilor de Retur din categoria celor descrise la Art. 17.1.1 lit. a) - mijloace fixe sau bunuri de inventar, pe care Delegatarul le-a concesionat Delegatului. Părţile au obligaţia de a aplica la timp procedurile legale pentru casarea bunurilor publice.

17.1.12. Delegatul va permite accesul reprezentanţilor Delegatarului şi/sau al ... în spaţiile/clădirile utilizate în executarea prezentului Contract, pentru a-şi putea exercita drepturile de monitorizare în conformitate cu prevederile Contractului.

17.2. ***Bunuri de Preluare, a căror listă indicativă (generică) este prevăzută în Anexa nr. 6 la prezentul Contract.***

17.2.1. La încetarea prezentul Contract din orice cauză, Delegatarul are dreptul de a dobândi Bunurile de Preluare, cu plata unei sume de bani egală cu valoarea contabilă neamortizată actualizată a acestora, stabilită de comun acord sau de un evaluator independent, desemnat de Părţi.

17.2.2. În termen de cel mult 15 (cincisprezece) Zile de la Data încetării, Delegatarul va notifica Delegatului care sunt Bunurile de Preluare pe care doreşte să le dobândească.

17.2.3. Delegatul va transfera proprietatea şi posesia asupra Bunurilor de Preluare către Delegatar după primirea plăţii valorii acestora stabilită conform Art. 17.2.1 de mai sus.

17.3. ***Bunuri Proprii care aparţin Delegatului şi nu vor fi transferate Delegatarului la încetarea Contractului****. Delegatul are drepturi depline de a dobândi, înstrăina, greva cu sarcini sau de a dispune în orice alt mod de Bunurile Proprii."*

ART. 37 –CLAUZELE DE ÎNCETARE A CONTRACTULUI

(...)

„(4) La încetarea Contractului, din orice cauză, bunurile care au fost utilizate de Delegat în derularea Contractului vor fi repartizate după cum urmează:

a) Bunurile de Retur vor reveni Delegatarului de plin drept, gratuit (cu excepţia situaţiei în care Contractul încetează înainte de termen, când Delegatul are dreptul la o indemnizaţie egală cu suma neamortizată din investiţiile realizate de el în Bunurile de Retur din categoria celor prevăzute la Art. 17.1.1. lit. b) din prezentul Contract) şi libere de orice sarcini.

b) Bunurile de Preluare vor putea să revină Delegatarului, în măsura în care acesta îşi va exprima intenţia de a prelua aceste bunuri, în schimbul plăţii, către Delegat, a contravalorii acestora, stabilită conform Articolului 17.2 din prezentul Contract.

c) Bunurile Proprii, cu excepţia Bunurilor de preluare, vor rămâne proprietatea Delegatului.

(5) La data încetării Contractului sau la data convenită pentru predare („Data de Predare"), Delegatul va transfera, fără niciun drept de retenţie, fără costuri şi cheltuieli pentru Delegatar, toate drepturile, titlurile de proprietate şi garanţiile legate de Bunurile de Retur, incluzând, cu condiţia să facă parte sau să

fie utilizate în prestarea Serviciului, toate drepturile, titlurile şi garanţiile Delegatului privind Bunurile de Preluare pentru care Delegatarul şi-a exprimat intenţia de preluare şi a plătit contravaloarea lor până la acea dată.

(6) La Data de Predare, Delegatul va informa Delegatarul despre starea activelor, inclusiv o listă completă a tuturor defecţiunilor ce afectează sau ar putea afecta funcţionarea în condiţii de siguranţă a acestora. Părţile vor încheia un proces-verbal de predare-primire a tuturor Bunurilor de Retur şi a acelor Bunuri de Preluare pe care Delegatarul le preia."

Din toate informațiile redate anterior în considerente, reiese fără dubiu distincția pe care entitatea contractantă a realizat-o cu privire la categoriile de bunuri utilizate în derularea contractelor, fiind relevantă în cauză mențiunea din clauza contractuală 17.1.2 conform căreia „*Sunt Bunuri de Retur, **fără însă a se limita la acestea**: containerele şi platformele puse la dispoziţie."*

Referitor la încadrarea de către entitatea contractantă a autospecialelor în categoria bunurilor de retur, Consiliul reține în soluționare faptul că la solicitarea de clarificări nr. 3, cu următorul conținut „*Autospecialele delegatului au regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii*?", entitatea contractantă a furnizat următorul răspuns „*Autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur.*

Conform art. 28 din Legea nr. 101/2006 «Investițiile în infrastructura specifică serviciilor de salubrizare care se realizează din fonduri proprii ale operatorilor de drept privat constituie bunuri de retur». Conform art. 2 lit. k) din Legea nr. 51/2006, prin infrastructură se înțelege «ansamblul sistemelor de utilități publice destinate furnizării/prestării serviciilor de utilități publice», iar prin sistem de utilități publice, astfel cum este definit la lit. j) se înțelege «ansamblul bunurilor mobile și imobile, dobândite potrivit legii, constând din terenuri, clădiri, construcții și instalații tehnologice, echipamente și dotări funcționale, specific unui serviciu de utilități publice, prin ale cărui exploatare și funcționare se asigură furnizarea/prestarea serviciului». Se consideră că autogunoierele, și de asemenea pubelele puse la dispoziție de operator, ca investiții din fonduri proprii, sunt incluse în categoria echipamentelor și a dotărilor funcționale. Sunt bunuri mobile a căror exploatare și funcționare asigură furnizarea/prestarea serviciului, fiind astfel incluse în sistemul de utilitate publică, care constituie infrastructura serviciului, în cazul de față, cel de salubritate. Din interpretarea sistematică a prevederilor legale invocate, se consideră investițiile operatorului că sunt bunuri de retur." (Clarificarea SEAP nr. 1001/21.11.2017 intitulată „Răspuns solicitare clarificări 6")

Totodată, la solicitarea de clarificări referitoare la bunurile de retur (menționate în adresa nr. 1001/21.11.2017, solicitare clarificare nr. 3), având următorul conținut „*Solicitare clarificare nr. 1: Având în vedere răspunsul nr. 6, având nr. 1001/21.11.2017, în care la solicitarea de clarificare nr. 3 ați răspuns că autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur, vă rugăm să clarificați regimul autospecialelor în situația în care acestea sunt puse la dispoziție fără a fi în proprietatea operatorului, de exemplu în baza unui contract de comodat sau de închiriere"*, ... a răspuns prin **adresa nr. 1014/27.11.2017** (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare Clarificări 10") astfel „*Răspuns clarificare nr. 1: Se consideră că prin această modalitate nu se asigură îndeplinirea cerințelor autorității contractante și nici conformarea cu prevederile legale menționate în răspunsul indicat de dvs. Oferta va fi considerată in acest caz ca n...nformă."*

Așadar, din cele redate anterior, reiese că entitatea contractantă a stabilit, pe de-o parte, caracterul de „bunuri de retur” al autospecialelor, invocând în acest sens prevederile art. 28 din Legea nr. 101/2006 art. 2 lit. k) și lit. j) din Legea nr. 51/2006 iar, pe de altă parte, a precizat că, în situația în care autospecialele sunt puse la dispoziție fără a fi în proprietatea operatorului, de exemplu în baza unui contract de comodat sau de închiriere, prin această modalitate nu se asigură îndeplinirea cerințelor și nici conformarea cu prevederile legale menționate, motiv pentru care oferta va fi considerată in acest caz ca n...nformă.

Relativ la aceste răspunsuri ale entității contractante, prin luarea în considerare a argumentelor prezentate de cei trei contestatori în cererile formulate, Consiliul constată, pe de-o parte, că răspunsul furnizat de ..., **prin Clarificarea SEAP nr. 1001/21.11.2017** a fost incomplet, iar pe de altă parte, răspunsul furnizat prin Clarificarea nr. nr. 1014/27.11.2017 este ambiguu și în contr...cție cu propriile prevederi impuse prin documentația aferentă procedurii, necesitând a fi clarificat.

Astfel, pornind de la definițiile date celor trei categorii de bunuri în discuție, prevăzute în documentația de atribuire, Secțiunea IV „Contractul de delegare prin concesiune a gestiunii activităților de colectare și transport a deșeurilor municipale și altor fluxuri de deșeuri, componente ale serviciului de salubrizare de pe raza județului ...”, la capitolul I „Definiții și interpretare”, Consiliul constată că se disting, în mod clar, categoriile de bunuri care pot fi utilizate în derularea contractului, respectiv bunuri de retur, bunuri de preluare și bunuri proprii ale delegatului.

Mai mult, prezintă relevanță faptul că însăși entitatea contractantă a prevăzut, în mod clar, în clauzele contractuale aferente modelului de contract, categoriile de bunuri ce vor fi utilizate de către delegat în derularea contractului, respectiv:

I.-Bunurile de Retur (art. 17.1), acestea fiind:

a) bunurile Delegatarului puse la dispoziţia Delegatului, prin concesionare, pe întreaga Durată a Contractului, în scopul prestării Serviciului. Acestea sunt şi rămân în proprietatea Delegatarului pe întreaga Durată a Contractului. Delegatul primeşte posesia şi dreptul de folosinţă asupra acestor bunuri, pe întreaga durată a Contractului.

b) bunurile rezultate din investiţiile prevăzute de prezentul Contract în sarcina Delegatului. Acestea rămân proprietatea Delegatului pe întreaga Durată a executării Contractului.

II.-Bunuri de Preluare (art. 17.2), a căror listă indicativă (generică) este prevăzută în Anexa nr. 6 la prezentul Contract.

III.-Bunuri Proprii (art. 17.3) care aparţin delegatului şi nu vor fi transferate delegatarului la încetarea Contractului. Delegatul are drepturi depline de a dobândi, înstrăina, greva cu sarcini sau de a dispune în orice alt mod de Bunurile Proprii.”

Raportat la aceste informații conținute în documentația de atribuire aferentă procedurii, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în cadrul răspunsului din adresa nr. 1001/21.11.2017, a stabilit faptul că, din punctul său de vedere, autospecialele sunt bunuri de retur, încadrarea echipamentelor în discuție în categoria bunurilor de retur fiind opțiunea autorității contractante și putându-se realiza numai în condițiile prevăzute în

documentația de atribuire (inclusiv a clauzelor contractuale-art. 17 din modelul de contract, parte integrantă a documentației de atribuire) și cu respectarea dispozițiilor legale incidente.

Referitor însă la conținutul răspunsului furnizat de ..., prin Clarificarea SEAP nr. 1001/21.11.2017, Consiliul constată că acesta a fost unul incomplet, motiv pentru care, în soluționare, nu pot fi analizate argumentele prezentate de către ... în ceea ce privește încadrarea autospecialele delegatului în categoria bunurilor proprii, în condițiile în care se constată că însăși autoritatea contractantă a omis să răspundă la ce a fost întrebată.

Sub acest aspect, se constată, deși întrebarea ce i-a fost adresată se referea la lămurirea dacă autospecialele delegatului au regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii, ... a răspuns că aceste echipamente intră în categoria bunurilor de retur, prezentând și o serie de argumente în acest sens, fără însă a răspunde punctual la ce a fost întrebată.

Astfel, în condițiile în care, din punctul său de vedere, autospecialele delegatului nu pot avea regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii, ... era obligată să răspundă concret și punctual, prin prezentarea de argumente pertinente și legale în acest sens și prin invocarea prevederilor documentației de atribuire pe care le-a avut în vedere.

Or, răspunsul furnizat de entitatea contractantă nu a fost unul explicit și complet, astfel încât aceasta nu a lămurit operatorii ...nomici despre motivele pentru care autospecialele delegatului nu pot avea regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii, Consiliul neputând efectua o verificare a celor contestate în prezenta cauză.

Într-o atare situație, se constată incidența în cauză a prevederilor art. 70 și 71 din Legea nr. 100/2016, privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, care prevăd că „(1*) Entitatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura ofertanţilor/candidaţilor o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, obiectul contractului, repartizarea riscurilor şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire.*

(3) Entitatea contractantă comunică tuturor operatorilor ...nomici orice modificare a elementelor prevăzute în anunţul de concesionare. De asemenea, entitatea contractantă comunică tuturor candidaţilor modul de organizare a procedurii de atribuire şi termenul orientativ de finalizare, precum şi orice modificare intervenită în unul dintre documentele concesiunii" (art. 71),

„(8) În măsura în care solicitările de clarificări sau de informaţii suplimentare privind documentele concesiunii au fost adresate în timp util, răspunsul entităţii contractante la acestea trebuie să fie transmis cu cel puţin 6 zile înainte de termenul stabilit pentru primirea ofertelor/solicitărilor de participare."(art. 70)

Totodată, prezintă relevanță în cauză și dispozițiile art. 2 alin. (1) din actul normativ invocat anterior, care prevede scopul legii, respectiv asigurarea integrității procedurii de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii (lit. b), precum și incidența principiului transparenței în materie de concesiune (art. 3).

Prin raportare la textele legale și ținând seama de considerentele anterioare, Consiliul constată că, în elaborarea răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 3, entitatea contractantă nu a furnizat toate informațiile solicitate de operatorul ...nomic care i-a adresat întrebarea, răspunsul fiind incomplet în condițiile în care ... nu a lămurit operatorii ...nomici despre

motivele pentru care autospecialele delegatului nu pot avea regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii.

Într-o atare situație, Consiliul obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să completeze răspunsul furnizat prin Clarificarea nr. 1001/21.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare clarificări 6”), în sensul de a aduce lămuriri legate de motivele pentru care autospecialele delegatului nu pot avea regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii, urmând ca, în cadrul aceluiași termen, aceste completări să fie aduse la cunoștința tuturor operatorilor ...nomici, prin postarea în SEAP.

În ceea ce privește răspunsul furnizat de entitatea contractantă prin Clarificarea nr. 1014/27.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare clarificări 10”), Consiliul constată că acesta este ambiguu și în contr...cție cu propriile prevederi impuse prin documentația aferentă procedurii, necesitând a fi clarificat.

Pornind de la încadrarea autospecialelor în categoria bunurilor de retur, entitatea contractantă a primit o nouă solicitare de clarificări prin care i s-a solicitat să se clarifice regimul autospecialelor, în situația în care acestea sunt puse la dispoziție fără a fi în proprietatea operatorului, prin contract de închiriere, comodat sau altă formă legală, la care s-a răspuns prin adresa nr. 1014/27.11.2017, afirmându-se că o altă modalitate de deținere a autospecialelor decât proprietatea, ar determina n...nformitatea ofertei.

Relativ la acest aspect, Consiliul reține în motivare următoarele informații relevante din cadrul documentației de atribuire:

„ART. 72

Numărul de recipiente care trebuie puse la dispoziție de către Operator, pentru colectarea deșeurilor menajere colectate separat este prezentat în anexa nr. 3.2 la prezentul caiet de sarcini. Recipientele vor avea marcaj CE și vor fi noi/nefolosite.

Zona de colectareNumăr pubele 120 l puse la dispoziție de DELEGAT
ZONA 1 - Balș 11.463
ZONA 2 - Caracal 24.499
ZONA 3 - Corabia 15.961
ZONA 4 - Scornicești 6.438
ZONA 5 - Slatina 35.294
TOTAL JUDEȚ ... 93.655

ART. 73

Ofertantul va face dovada ca dispune de autovehiculele necesare prestării serviciului.

Calculul autovehiculelor de transport puse la dispoziție de către operator se va face de către acesta pentru fiecare zona în parte. Operatorul va prezenta la planul de organizare a activității din fiecare zonă, numărul și tipul de vehicule arondat acelei zone. Toate autogunoierele vor avea marcaj CE, ITP la zi și sistem GPS care să permită monitorizarea acestora în timp real, ... urmând a avea acces constant și continuu, 24 de ore din 24 la sistemul de monitorizare. Mijloacele de transport puse la dispoziție de Delegat (operator) vor fi adecvate tipului și dimensiunii containerelor achiziționate și/sau puse la dispoziție de către Delegatar și Delegat (containere de 1,1 mc, containere îngropate de 5 mc, containere semi îngropate de 3 mc si pubele de 120 si 240 l).”

„Conținutul ofertei tehnice

Ofertanții vor structura informațiile prezentate în Oferta tehnică conform modelului de mai jos. Orice alte date prezentate, suplimentare față de conținutul cerut, nu vor fi luate în considerare.

[...]

B. Mobilizarea și operaționalizarea activității

Perioada de mobilizare cuprinde perioada dintre Data semnării și Data începerii efective a serviciilor. În timpul Perioadei de mobilizare, Ofertantul va anunța operatorii ...nomici care gestionează instalațiile de tratare și eliminare a deșeurilor, generatorii de deșeuri asimilabile și alți operatori posibil interesați, despre detaliile serviciilor ce vor fi furnizate în baza acestui Contract.

În perioada de mobilizare vor fi desfășurate minim următoarele activități:

a) angajarea personalului necesar la un grad de cel puțin 85%, posturile cheie trebuie toate ocupate;

b) procurarea utilajelor și echipamentelor necesare (pentru categoriile de deșeuri care fac obiectul contractului) și amplasarea lor în teritoriu – cumpărare, închiriere, leasing, comodat;

c) amenajarea și autorizarea activităților în conformitate cu cerințele legale pentru toate punctele de lucru (inclus baza de lucru);

d) să includă noua aria de operare în sistemul de management calitate – mediu – securitate ocupațională și, eventual, să adapteze procedurile operaționale și procedurile de lucru;

e) planificarea și efectuarea unui audit intern a sistemelor de management calitate – mediu – securitate ocupațională.

[…]

C. Planul de organizare a activității

În oferta tehnică, Ofertantul trebuie să prezinte un Plan de organizare a activității detaliat și coerent, care să prezinte cel puțin:

- alocarea de resurse pentru fiecare categorie de deșeuri (vehicule, echipamente, unelte, personal);

- organizarea calendaristica a activității pe parcursul unui an – pentru fiecare UAT din zona de colectare și categorie de deșeuri;

- modul de colectare, ***echipamentele și resursele utilizate pentru fiecare flux special de deșeuri care fac obiectul contractului de delegare*** *(deșeuri periculoase menajere, deșeuri voluminoase și deșeuri din construcții și demolări).*

De asemenea, Planul de organizare a activității trebuie să cuprindă o descriere a procedurii aplicate și a modului de lucru utilizat la determinarea compoziției deșeurilor menajere și a deșeurilor similare. Ofertantul trebuie să precizeze mijloacele și instalațiile puse la dispoziția acestei activități și frecvența pe care o poate susține.

Planul de organizare a activității trebuie să cuprindă și prezentarea modului de derulare a campaniilor de conștientizare și educare a utilizatorilor în ceea ce privește colectarea separată a deșeurilor reciclabile, modul de colectare a fluxurilor speciale de deșeuri și compostarea individuală a deșeurilor biodegradabile menajere."(pag. 31-32 din caietul de sarcini).

Totodată, din modelul de contract, sunt relevante în speță următoarele clauze contractuale, și anume *„ARTICOLUL 4 – CONTRACTUL ŞI DOCUMENTELE CONTRACTUALE*

(1) Prezentul Contract reprezintă întreaga înțelegere contractuală a părților cu privire la obiectul acestuia.

(2) Se consideră că documentele care alcătuiesc Contractul se explică reciproc și se interpretează împreună. În eventualitatea oricăror n...ncordanțe

între cuvinte, termeni, fraze sau abrevieri scrise cu majusculă și definite în cadrul unei Anexe, înțelesul stabilit de Articolul 1 („Definiții și interpretare”) al Contractului va prevala asupra înțelesului din Anexă, dacă contextul acestui Contract permite.

(3) Prezentul Contract are următoarele anexe:

Regulamentul Serviciului (Anexa nr. 1);

Caietul de Sarcini al Serviciului (Anexa nr. 2);

Oferta Delegatului, inclusiv clarificările date de acesta, după deschiderea ofertelor (Anexa nr. 3);

Inventarul bunurilor mobile și imobile, proprietate a Delegatarului, concesionate Delegatului pe întreaga Durată a Contractului, care sunt Bunuri de Retur (Anexa nr. 4);

Procesul verbal de predare-preluare a bunurilor prevăzute în Anexa nr. 4 (Anexa nr. 5);

Lista indicativă a Bunurilor de Preluare (Anexa nr. 6);

Programul de Investiții (Anexa nr. 7);

Indicatorii de Performanță (Anexa nr. 8), care includ Indicatorii Tehnici și Indicatorii privind Țintele, împreună cu penalitățile corespunzătoare, după caz;

Asigurările (Anexa nr. 9);

Garanția de Bună Execuție (Anexa nr. 10).

(4) În cazul oricărui conflict sau n...ncordanță între corpul principal al Contractului și orice Anexă, clauza din cuprinsul Contractului va prevala, cu excepția situației în care se specifică altfel în prezentul Contract.

[...]

ARTICOLUL 9 – OBLIGAŢIILE DE INVESTIŢII ALE DELEGATULUI

(1) Delegatul se obligă să efectueze investiții conform Programului de Investiții, care va fi atașat ca Anexa nr. 7 la prezentul Contract, și ținând seama de prevederile de mai jos ale prezentului articol.

(2) În special, Delegatul va realiza următoarele investiții minime: să pună la dispoziția deținătorilor de Deșeuri containerele și recipiente și va furniza autogunoierele necesare furnizării serviciului. Costurile de achiziționare a acestora se includ în tariful ofertat de Delegat pentru prestarea activității de colectare separată și transportul separat al Deșeurilor, conform Ofertei sale (Anexa nr. 3 la prezentul Contract). Investițiile necesare sunt prevăzute în art.72 și art.73 din caietul de sarcini.

(3) Orice modificare la Programul de Investiții, în măsura în care o astfel de modificare este permisă conform Legii aplicabile, nu va fi operată decât după aprobarea propunerilor Delegatului de către .../Delegatar și va fi inclusă în Programul de Investiții prin act ...țional la prezentul Contract, semnat de toate Părțile.”

Prin coroborarea informațiilor de mai sus, inclusiv cu cele de la art. 17 din modelul de contract (al cărui conținut a fost redat în integralitate anterior) cu cele furnizate de entitatea contractantă prin Clarificarea nr. 1014/27.11.2017, Consiliul constată că răspunsul este ambiguu și în contr...cție cu propriile prevederi impuse prin documentația aferentă procedurii, necesitând a fi clarificat.

Astfel, se reține că deși au fost indicate utilajele care vor fi utilizate în derularea contractului de către delegat, pe categorii, ținându-se seama de natura juridică a acestora (bunuri de retur, bunuri de preluare sau bunuri proprii), fiind prevăzute în documentația de atribuire (caietul de sarcini), în mod clar și distinct, inclusiv cerințe privind procurarea de către operatorii ...nomici a utilajelor și echipamentelor necesare (pentru

categoriile de deșeuri care fac obiectul contractului) și amplasarea lor în teritoriu – cumpărare, închiriere, leasing, comodat, prin răspunsul la Clarificări nr. 1014/27.11.2017, entitatea contractantă creează confuzie atunci când impune ca deținerea autospecialelor cu care se prestează serviciile să fie doar în proprietatea operatorului, susținerile contestatorului ... conform cărora prin cerința deținerii în proprietate a autospecialelor, cu excluderea altor posibilități, entitatea își încalcă propriile condiții impuse prin documentația de atribuire fiind întemeiate.

În aceste condiții, susținerile entității contractante, exprimate în punctul de vedere nr. 1050/12.12.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53465/14.12.2017 (contestația formulată de către ...) conform cărora, chiar dacă în secțiunea B, **posibil și în alte secțiuni ale documentației de atribuire,** se prevede posibilitatea de a deține bunurile în baza unor contracte de comodat sau închiriere, ***ofertanții trebuie să distingă*** dacă respectivele bunuri sunt bunuri de retur, caz în acestea vor fi deținute sub anumite forme specifice care să permită transferul proprietății sau nu sunt bunuri de retur, caz în care bunurile pot fi deținute prin orice forme, în conformitate cu prevederile legale și contractuale aplicabile fiecărei categorii de bunuri, nu pot fi primite de către Consiliu, prin raportare la principiul asumării răspunderii entității contractante în derularea procedurii de atribuire, fiind inadecvată atitudinea acesteia.

În acest sens, prezintă relevanță în cauză dispozițiile art. 71 din Legea nr. 100/2016 conform cărora *„(1) Entitatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura ofertanţilor/candidaţilor o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, obiectul contractului, repartizarea riscurilor şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire.*

(2) În sensul alin. (1), entitatea contractantă furnizează:

a) o descriere a obiectului concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii şi a cerinţelor de calificare şi de selecţie - în anunţul de concesionare;

b) o descriere a criteriilor de atribuire şi, după caz, a cerinţelor minime care trebuie îndeplinite, precum şi un termen orientativ de finalizare a procedurii de atribuire - în anunţul de concesionare, în documentaţia de atribuire şi/sau în alte documente ale concesiunii.

(3) Entitatea contractantă comunică tuturor operatorilor ...nomici orice modificare a elementelor prevăzute în anunţul de concesionare. De asemenea, entitatea contractantă comunică tuturor candidaţilor modul de organizare a procedurii de atribuire şi termenul orientativ de finalizare, precum şi orice modificare intervenită în unul dintre documentele concesiunii”, coroborate cu cele ale art. 19 din HG nr. 867/2016, care prevăd că *„(1) Entitatea contractantă, prin comisia de coordonare şi supervizare prevăzută la art. 2 alin. (1), are obligaţia să asigure elaborarea documentaţiei de atribuire, cu respectarea regulilor de elaborare prevăzute în prezenta secţiune.*

(2) Entitatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire, care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor ...nomici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la obiectul contractului de concesiune şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, precum şi toate cerinţele, criteriile şi regulile respectivei proceduri de atribuire.”

Din textele legale citate reiese fără dubiu obligația entității contractante de a furniza **toate** informațiile necesare pentru a asigura

ofertanţilor o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele concesiunii de servicii, inclusiv a răspunsurilor la clarificările ce vizează conținutul documentației, ca în prezenta speță.

Or, abordarea ...-..., de a îndemna operatorii ...nomici să distingă bunurile care intră în categoria „bunurilor de retur” prin raportare la anumite secțiuni din documentația de atribuire, precum și exprimarea de genul *„în secțiunea B, **posibil** și în alte secțiuni ale documentației de atribuire”,* unde sunt trimiși operatorii ...nomic să regăsească respectivele informații, fără să-i lămurească concret și fără să facă o clasificare clară a acestor bunuri, cu trimiteri exacte la secțiunile din documentația de atribuire unde se regăsesc informațiile respective, contravine legislației în materia concesiunilor și principiilor aplicabile modului de derulare a procedurilor, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Într-o atare situație, pentru considerentele anterioare, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (4) 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, Consiliul admite contestațiile formulate de către ..., ... și ... (contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51897/05.12.2017).

Anulează răspunsul din Clarificarea nr. 1014/27.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare Clarificări 10”).

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să răspundă clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificare nr. 1 *„Având în vedere răspunsul nr. 6, având nr. 1001/21.11.2017, în care la solicitarea de clarificare nr. 3 ați răspuns că autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur, vă rugăm să clarificați regimul autospecialelor în situația în care acestea sunt puse la dispoziție fără a fi în proprietatea operatorului, de exemplu în baza unui contract de comodat sau de închiriere*”, din cadrul Clarificării nr. 1014/27.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare Clarificări 10”), prin coroborarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire, referitoare la regimul autospecialelor ce vor fi utilizate în derularea contractului și prin indicarea acestora în cadrul răspunsului furnizat, pentru o informare clară a operatorilor ...nomici, urmând ca, în cadrul aceluiași termen, acest răspuns să fie adus la cunoștința tuturor operatorilor ...nomici, prin postarea în SEAP.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația nr. 3180/23.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50189/23.11.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., în contr...ctoriu cu ..., cu sediul în ..., în referire la punctul 19 din matricea riscurilor prevăzută în caietul de sarcini.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să completeze studiul de fundamentare, matricea riscurilor, prin efectuarea unei analize a riscului „Grad redus de recuperare a contravalorii serviciilor de salubrizare, care duce la încasarea parțială sumelor contractate de către Delegat”, conform art. 13 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 și să posteze în SEAP completările aduse.

Respinge criticile formulate de ..., în referire la publicarea hărților, publicarea Anexei 6 la caietul de sarcini completată cu indicarea cantităților de deșeuri similare estimate pe UAT-uri și neindicarea indicelui de generare, ca rămase fără obiect.

Respinge critica formulată de ..., în referire la neindicarea, de către entitatea contractantă, a modalității de distribuire a recipientelor, ca nefondată.

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contr...ctoriu cu ..., cu sediul în ....

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contr...ctoriu cu ..., cu sediul în ....

Admite, în parte, contestația nr. 3337/05.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51897/05.12.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., în contr...ctoriu cu ..., cu sediul în ..., în referire la Clarificarea nr. 1001/21.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare clarificări 6”).

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să completeze răspunsul furnizat prin Clarificarea nr. 1001/21.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare clarificări 6”), în sensul de a aduce lămuriri legate de motivele pentru care autospecialele delegatului nu pot avea regim de bunuri de preluare sau de bunuri proprii, urmând ca, în cadrul aceluiași termen, aceste completări să fie aduse la cunoștința tuturor operatorilor ...nomici, prin postarea în SEAP.

Anulează răspunsul din Clarificarea nr. 1014/27.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare Clarificări 10”).

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să răspundă clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificare nr. 1 *„Având în vedere răspunsul nr. 6, având nr. 1001/21.11.2017, în care la solicitarea de clarificare nr. 3 ați răspuns că autospecialele delegatului au regim de bunuri de retur, vă rugăm să clarificați regimul autospecialelor în situația în care acestea sunt puse la dispoziție fără a fi în proprietatea operatorului, de exemplu în baza unui contract de comodat sau de închiriere*”, din cadrul Clarificării nr. 1014/27.11.2017 (postată în SEAP sub denumirea „Răspuns solicitare Clarificări 10”), prin coroborarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire, referitoare la regimul autospecialelor ce vor fi utilizate în derularea contractului și prin indicarea acestora în cadrul răspunsului furnizat, pentru o informare clară a operatorilor ...nomici, urmând ca, în cadrul aceluiași termen, acest răspuns să fie adus la cunoștința tuturor operatorilor ...nomici, prin postarea în SEAP.

Resping criticile formulate de ..., în referire la studiul de fundamentare, ca tardiv formulate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactat în 6 (șase) exemplare originale, conține 58 (cincizecișiopt) pagini.