

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin Director General, împotriva documentației de atribuire emisă de, cu sediul, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- în principal, obligarea entității contractante să remedieze neregulile expuse în contestație, cu consecința modificării corespunzătoare a documentației de atribuire, atât în punctele specific contestate, cât și în orice alte aspecte necesare pentru corelarea întregii documentații cu decizia Consiliului;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire;

- acces la dosarul achiziției

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă critici cu privire la:

1. Actualizarea costurilor sistemului și a planului de evoluție a tarifelor maxime

Arată că este absolut necesar ca entitatea contractantă să actualizeze costurile proiectului și planul tarifar, aceasta fiind singura posibilitate de a asigura fezabilitatea proiectului.

Susține că o atare situație (contract profitabil) este o condiție de bază pe care legea o stabilește, nu numai în interesul operatorilor participanți, dar în egală măsură și în interesul autorității contractante și în interesul cetățenilor care beneficiază direct de serviciile ce urmează a fi prestate, care se vor bucura de rezultatele benefice ale finalizării unei proceduri competitive unde vor participa mai multe societăți interesate.

Apreciază că nu este în interesul entității contractante să blocheze competiția și să permită participarea la procedura doar a unor operatori care își întocmesc cu buna știință oferta fără a include costurile reale ale prestării serviciilor, doar pentru a se încadra în valoarea estimată a contractului, neactualizată din 2011, iar în realitate să nu își respecte obligațiile contractuale.

2. Implementarea instrumentului "plătește pentru cât arunci" și sistemul de tarificare

Arată că documentația de atribuire este afectată de mai multe vicii de legalitate:

În primul rând, arată că implementarea instrumentului este o obligație a autorităților publice locale și nu un drept al utilizatorilor, această obligație existând încă de la data de 30 iunie 2019, astfel încât nu este legal ca o procedură de atribuire lansată în 2022 să nu implementeze acest sistem decât în mod parțial și opțional.

În al doilea rând, arată că pentru o corectă implementare a instrumentului "plătește pentru cât arunci" este necesar ca pentru fiecare fracție colectată separat să fie stabilit un tarif distinct în funcție de unul sau mai multe din elementele prevăzute de lege astfel încât fiecare utilizator să plătească diferențiat pentru cantitatea concretă de deșeuri generată din fiecare fracție colectată separat.

În al treilea rând, subliniază faptul că prevederile din documentația de atribuire potrivit cărora utilizatorii din mediul urban sau rural din zona de case și cei non-casnici vor avea posibilitatea să opteze pentru forma în care va fi implementat instrumentul în cauză: prin volum sau prin reducerea frecvenței de colectare, sunt nelegale punând ofertanții în imposibilitatea de a estima în mod rezonabil costurile operării și va conduce la depunerea de oferte întocmite pe baze diferite și deci necomparabile între ele.

În al patrulea rând, arată că se observă că tarifele aplicabile utilizatorilor care "optează" pentru implementarea principiului în discuție nu trebuie să fie calculate și prezentate în cadrul licitației astfel încât să fie introduse în formula de calcul a punctajului, ci urmează a fi stabilite în viitor, în perioada de mobilizare, după semnarea contractului.

Astfel solicită obligarea entității contractante să remedieze și să coreleze documentația de atribuire, respectiv:

- să implementeze instrumentul "plătește pentru cât arunci" în mod corect, adică obligatoriu și pentru toți utilizatorii;
- să stabilească tarife corespunzătoare acestui instrument, iar tarifele să fie prezentate la momentul ofertării și să fie introduse în formula de calcul a factorului de evaluare a ofertelor;
- să decidă în mod clar cu privire la elementul prin care va fi realizată implementarea.

În susținere, invocă Decizia nr. 96/C4/2703/14.01.2021.

3. Motive de contestație legate de tarife

Susține că în privința tarifelor se ridică mai multe aspecte de nelegalitate a documentației de atribuire, separat de cele menționate în legătură cu instrumentul "plătește pentru cât arunci".

3.1. Tarifele care intră în formula de calcul a punctajului

- Nu există tarife pentru "colectare și transport deșeuri menajere"

Arată că nu este clar cum sunt exprimate tarifele din fișa de date, în baza căreia ar urma să se facă evaluarea ofertei: lei/tonă (ca în centralizatorul de ofertă) sau lei/persoană/lună (ca în modelul de contract), astfel apreciază că autoritatea contractantă trebuie să pună la dispoziția ofertanților informații clare, precise și concordante care să le permită să redacteze oferte conforme și să înțeleagă modul în care acestea vor fi punctate și evaluate.

- Formula de calcul a punctajului trebuie să includă toate tarifele oferite

Arată că această formulă nu include fracțiile speciale de deșeuri ce vor fi colectate și pentru care se prevede un tarif distinct.

Astfel, apreciază că nu toate fracțiile colectate separat și nu toate tarifele corespunzătoare acestora ce trebuie prezentate distinct vor fi incluse în formula de calcul a punctajului.

În consecință, solicită obligarea entității contractante să includă în formula de calcul toate tarifele de colectare și transport din cadrul sistemului de management al deșeurilor aplicabile, motivul fiind acela că orice tarif care nu ar fi inclus în formula de calcul a punctajului poate fi oferit la un nivel arbitrar și care să corespundă unor interese nelegitime ale ofertantului.

3.2. Tarif distinct pentru deșeurile biodegradabile

Arată că în Centralizatorul de ofertă (Formularul 7.1) este inclus un singur tarif "colectare și transport deșeuri reziduale și biodegradabile" pentru populație și un singur tarif "colectare și transport deșeuri reziduale și biodegradabile similare" pentru agenții economici.

Astfel, apreciază că va trebui oferit un singur tarif care să se aplice ambelor categorii de deșeuri (reziduale și biodegradabile), deși acestea sunt fracții distincte care potrivit legii trebuie colectate separat, în caz contrar nu se poate vorbi despre o implementare adecvată a instrumentului "plătește pentru cât arunci" în privința deșeurilor biodegradabile.

3.3. Tarif nelegal din formularul 7.2

Consideră ca este nelegală solicitarea prezentării unui tarif suplimentar care nu este cuprins în evaluarea ofertei.

Astfel, solicită corectarea documentației în sensul prevederii ca acest tarif să fie unul dintre tarifele fundamentate prin oferta financiară și incluse în evaluarea ofertei, și anume tariful pentru persoanele juridice.

De asemenea, arată că prevederile secțiunii 2.10 „Colectări ocazionale și servicii suplimentare” nu sunt complete, fiind necesară introducerea în această secțiune a colectărilor ocazionale de deșeuri abandonate.

3.4. Tarifele greșit prevăzute în contract

Precizează că articolul 10 din contract prevede anumite tarife în mod eronat.

Apreciază că este greșit conceptul de a stabili pentru populație tarife pentru orice tip de deșeuri similare, după cum este greșit a stabili pentru utilizatorii non-casnici tarife pentru aceleași deșeuri dar fără a purta denumirea de "similare".

Astfel, susține că aceste tarife nu pot exista, nu vor fi aplicate niciodată și trebuie eliminate din contract.

4. Redevența ca și criteriu de evaluare a ofertelor

Susține că acest factor de evaluare este nelegal deoarece nivelul redevenței este stabilit prin lege, destinația acesteia este stabilită prin lege, iar autoritatea de management pentru contractul de finanțare a emis instrucțiuni clare că redevența nu poate fi factor de evaluare.

Apreciază că nivelul redevenței nu are legătură cu calitatea serviciului, ba chiar mai mult este inclusă în tarif și urmează a fi suportată de utilizatori, care vor plăti tarife mai mari fără ca sumele suplimentare plătite pentru o redevență majorată să se reflecte într-o creștere de calitate a serviciului, în consecință, se impune eliminarea acesteia dintre factorii de evaluare a ofertelor.

5. Garanția de bună execuție excesivă

Apreciază că obligația constituirii garanției de bună execuție în cuantum de 18.5 milioane lei (10% din valoarea contractului), este excesivă și inhibitivă pentru participarea la procedură.

Subliniază faptul că, acest cuantum trebuie stabilit cu respectarea principiului proporționalității, respectiv acesta trebuie corelat cu riscul pe care se presupune că îl acoperă, fără a deveni un obstacol nejustificat în calea participării la licitație a operatorilor economici interesați.

Arată că din această perspectivă este de observat că riscurile de operare sunt preluate de concesionar, astfel încât nu se pune problema de garantare a concedentului pentru a crește riscuri. De asemenea, riscurile privind eventuale daune aduse infrastructurii publice și răspunderea civilă generală sunt acoperite prin obligația concesionarului de a încheia contracte de asigurare (art. 21 din modelul de contract).

În susținere, invocă Decizia CNSC 855/C8/789/26.05.2020.

6. Lipsa informațiilor esențiale, obligatorii potrivit legii pentru întocmirea ofertei:

- Cantitățile generate de utilizatorii non-casnici, defalcate pe componente

Susține că niciunde nu sunt prezentate nici măcar detalii privind împărțirea cantității totale de deșeuri similare în: cantitate de deșeuri reciclabile similare (împărțite pe fracții) și cantitate de deșeuri reziduale și biodegradabile similare.

Apreciază că lipsa informațiilor privind cantitățile la nivel de agent economic/persoana juridică pentru fiecare fracție în parte, precum și inexactitatea cantității totale estimate de 8.544 tone/an care poate varia cu 20% face imposibilă stabilirea traseelor de colectare și implicit a efectuării calculațiilor de costuri pentru stabilirea tarifelor de colectare și transport deșeuri reciclabile similare, fiind practic imposibilă completarea cu acuratețea necesară a fișelor de fundamentare pentru tarifele T3 și T4, din cadrul formularelor pentru propunerea financiară din documentația de atribuire.

Astfel, solicită obligarea entității contractante să prezinte informațiile legate de persoanele juridice în strictă conformitate cu prevederile Ordinului 111/2007 ANRSC și, în același timp să prezinte informația legată de structura deșeurilor menajere similar, pe fracții de deșeuri (cantități și densități).

- Cantitățile generate de deșeuri biodegradabile

Arată că din precizările caietului de sarcini rezultă că biodeșeurile ar trebui cuantificate suplimentar (separat) de cantitățile de deșeuri menajere prezentate în documentația de atribuire.

Astfel, solicită obligarea autorității contractante să își asume în mod clar estimarea cantității de deșeuri biodegradabile ca fiind 56% din cantitatea totală de deșeuri menajere, adică tone/an ($56\% \times \dots$ tone/an) și în mod identic, 56% din cantitatea totală de deșeuri similare, adică tone/an ($56\% \times \dots$ tone/an), indicând în mod clar potențialilor ofertanți că acestea sunt cantitățile ce trebuie luate în considerare în vederea întocmirii ofertei.

- Structura și densitatea pe fracții a deșeurilor

Menționează că în caietul de sarcini nu sunt prezentate informații vitale pentru calculul tarifelor, respectiv structura procentuală pe fracții de deșeuri, atât pentru deșeurile menajere cât și pentru cele similare. În mod similar, nu sunt prezentate nici densitățile acestor fracții.

Apreciază că atâta timp cât fracțiile de deșeuri vor fi colectate separat, informațiile menționate sunt necesare pentru un calcul corect, conform și comparabil între ofertanți a costurilor de colectare și a tarifelor, astfel solicită obligarea autorității contractante să pună la dispoziție informațiile solicitate.

7. Matricea riscurilor

- Riscuri noi ce trebuie introduse în Matricea Riscurilor

Solicită obligarea entității contractante să introducă în matricea de riscuri, parte a caietului de Sarcini următoarele riscuri, având în vedere faptul că în virtutea prevederilor legii nr. 100/2016 și a restului legislației incidente atribuirii prezentului contract, aceasta trebuie să cuprindă principalele riscuri de operare, operatorul având dreptul să fie corect și complet informat referitor la toate riscurile importante ale contractului:

- Risc 1 suplimentar: cantitățile reale de deșeuri colectate de la agenții economici și instituțiile publice se situează sub estimările din caietul de sarcini

Descrierea riscului: cantitățile de deșeuri generate de agenții economici și instituțiile publice se situează sub previziuni

Alocare: 100% Delegatar

Managementul riscului: operatorul va solicita modificarea corespunzătoare a tarifelor în concordanta cu prevederile aplicabile ale Ordinului ANRSC nr. 109/2007.

- Risc 2 suplimentar: Populația se situează sub estimările din caietul de sarcini

Descrierea riscului: populația care se află în contractul de prestare a serviciilor cu operatorul desemnat se află sub previziuni (numărul de persoane specificat în caietul de sarcini)

Alocare: 100% Delegatar

Managementul riscului: operatorul va solicita modificarea corespunzătoare a tarifelor în concordanta cu prevederile aplicabile ale Ordinului ANRSC nr. 109/2007.

- Modificarea unor riscuri care sunt în mod nejustificat alocate delegatului sau pentru care managementul riscului este necorespunzător

- Riscul nr. 8: Modificări de taxe

Apreciază că riscul politici legislative nu poate fi asumat de operator, întrucât acesta nu este un risc de operare și operatorul nu este partea cea mai în măsură să îi atenueze efectele.

Solicită să se modifice următoarele:

- alocarea riscului la delegatar în proporție de 100%;
- înlocuirea descrierii actuale din managementul riscului cu: *"In cazul in care taxele si impozitele vor suferi modificări, se va proceda la modificarea tarifelor de operare in conformitate cu prevederile ordinului 109/2007 ANRSC."*

- Riscul nr 15: Cantitatea de deșeuri ce trebuie colectata este mai mare decât cea planificată

Consideră că nu este legală introducerea de către autoritatea contractanta a următoarelor: un prag nejustificat de mare de 15% pentru cantitățile de deșeuri actuale față de cantitatea estimata în caietul de sarcini; și perioada de 6 luni calendaristice.

Solicită sa se modifice următoarele:

- alocarea riscului la delegatar în proporție de 100%;
- înlocuirea descrierii actuale din managementul riscului cu *"Operatorul va solicita modificarea corespunzătoare a tarifelor in concordanta cu prevederile aplicabile ale Ordinului 109/2007 ANRSC"*.

- Riscurile 17,18 și 19

Arată că această critică este identică cu cea pentru riscul 15, astfel solicită obligarea autorității contractante să modifice managementul riscurilor similar cu riscul 15.

- Riscul nr 21: Cerințe tehnice suplimentare privind reglementările de mediu

Solicită să se înlocuiască descrierea actuală din managementul riscului cu: "În cazul în care pe parcursul derulării contractului de operare actele de reglementare suportă modificări și sunt introduse noi cerințe tehnice aplicabile, se va proceda la modificarea tarifelor de operare în conformitate cu prevederile ordinului 109/2007 ANRSC."

- Riscul nr 26: Inflație mare

Arată că acesta nu poate fi alocat delegatului deoarece nu are posibilitatea gestionării riscului.

Astfel, solicită ca alocarea riscului să fie 50%-50%, iar managementul riscului să cuprindă doar precizarea "Într-o atare situație, este în responsabilitatea operatorului să solicite de îndată ajustarea tarifelor în concordanță cu prevederile Ordinului 109/2007 ANRSC".

8. Numărul și structura recipientelor de colectare și frecvența de colectare trebuie recalculate

Arată că autoritatea contractantă solicită ofertanților să asigure o capacitate de colectare de aproximativ zece ori mai mare decât necesarul.

Susține că în condițiile respectării documentației de atribuire, se poate calcula că, în medie, la fiecare ridicare un recipient va fi umplut numai în proporție de 9%, ceea ce reprezintă o risipă contrară principiului bunei utilizări a fondurilor publice, care se va răsfrânge asupra utilizatorilor prin plata unor tarife nejustificate.

În sprijinul afirmației potrivit căreia documentația de atribuire trebuie remediată sub acest aspect, contestatoarea aduce chiar cerințele autorității contractante din cadrul licitației din anul 2015, când se solicita o capacitate de colectare de doar 33% din cea solicitată în cadrul prezentei proceduri.

Astfel, solicită obligarea entității contractante să coreleze volumul (numărul și structura) recipientelor și frecvența colectării acestora cu cantitatea de deșeuri estimate a se genera, astfel încât să se reducă în mod justificat costurile de operare.

9. Modificarea după atribuire a frecvențelor de colectare

Arată că documentația de atribuire include un mecanism prin care este permisă modificarea frecvențelor de colectare după 6 luni de funcționare a contractului.

Apreciază că posibilitatea modificării după numai 6 luni a frecvențelor de colectare nu se poate accepta în condițiile în care autoritatea contractantă are obligația să cunoască cantitățile de deșeuri

produse, să calculeze volumul de recipiente și frecvențele reale necesare pentru colectarea acestora și să pună la dispoziția ofertanților informații clare și precise cu privire la executarea viitoare a contractului.

În consecință, solicită eliminarea acestei prevederi.

10. Lipsa informațiilor esențiale referitoare la densitatea fracțiilor de deșeuri colectate separat

Arată că entitatea contractantă nu pune la dispoziția ofertanților densitățile tuturor fracțiilor de deșeuri și a ponderii acestor fracții în deșeurile similar celor menajere, valori absolut necesare în vederea dimensionării ofertei cât și în vederea facturării prestațiilor pentru persoanele juridice.

Totodată, arată că documentația nu prevede cântărirea deșeurilor ridicate.

Apreciază ca necesară prezentarea în cadrul documentației a densităților fiecărei fracții de deșeuri și a ponderii acestor fracții în deșeurile similar celor menajere astfel încât să se poată calcula densitatea medie ponderată pentru cele două tarife ce urmează a fi aplicate în executarea contractului pentru categoria de utilizatori persoane juridice.

Solicită obligarea autorității contractante să prezinte aceste informații.

11. Colectarea cu mașini separate a deșeurilor menajere și similare

Arată că în Formularul 7 se cere prezentarea de fișe de fundamentare pentru același tip de deșeuri solicitate de autoritatea contractantă (reciclabil/rezidual) separat pentru utilizatorii casnici și non-casnici.

Susține că atâta timp cât costurile cu mașinile și echipamentele de colectare sunt incluse în fișele de fundamentare, existența unor fișe de fundamentare diferite pentru utilizatori casnici/non-casnici implică faptul că operatorul trebuie să aloce resurse diferite pentru colectarea de la cele două categorii de utilizatori.

Precizează că o astfel de abordare este ineficientă, crește în mod nejustificat costurile de operare și este contrară instrucțiunilor MFE care este finanțatorul proiectului

Pe cale de consecință, apreciază că entitatea contractantă trebuia să solicite fișe de fundamentare a tarifelor comune pentru cele două categorii de utilizatori, separat pentru fiecare fracție de deșeu în parte (luând în calcul fracțiile de deșeuri reziduale, deșeuri biodegradabile și deșeuri reciclabile).

12. Prevederile art. 10 alin. (8)-(10) din contractul de delegare

Arată că dispozițiile din modelul de contract, din cauza redactării defectuoase, creează o aparentă contradicție cu prevederile legale. Astfel, susține că se face o confuzie între ajustarea tarifelor și

modificarea acestora; după cum rezultă din Ordinul nr. 109/2007, cele două noțiuni sunt diferite, dar în contract sunt folosite în mod eronat.

Aceasta apreciază că atâta timp cât procedura de ajustare și modificare a tarifului este prevăzută în detaliu de lege, este suficientă dispoziția de la art. 10 alin. 7, cu precizarea că și acesta trebuie modificat pentru a include și modificarea tarifelor alături de ajustare.

În consecință, solicită modificare în sensul solicitat la alin. (7) și eliminarea alin. (8), (9) și (10) ale art. 10 din contract.

13. Punerea la dispoziție a modalității detaliate de calcul a valorii estimate a contractului

Arată că în Fișa de date, la punctul II.1.5, este prezentată valoarea estimată a contractului în sumă de ... lei, fără ca în documentația de atribuire să fie prezentate detaliile de calcul ale acestei valori, în conformitate cu prevederile legale.

Întrucât prin calculele a obținut o valoare diferită de valoarea estimată prezentată în fișa de date, contestatoarea a efectuat aceleași operațiuni prin utilizarea alternativă a populație aferente anilor 2011 și apoi 2021, așa cum sunt acestea prezentate în Anexa 5 a caietului de sarcini. Valorile contractului obținute prin aceste calcule sunt de: 194 milioane lei, 177 milioane lei și 188 milioane lei, valori semnificativ diferite de valoarea prezentată de autoritatea contractantă.

În consecință, solicită obligarea entității contractante să respecte prevederile legale incidente și să pună la dispoziția ofertanților calculul detaliat al acestei valori.

14. Termenul de răspuns la clarificări

Consideră că alegerea modului de răspuns, respectiv cu 15 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, nu este potrivită cu dimensiunea și complexitatea prezentei proceduri de atribuire, reflectate de altfel de volumul documentației puse la dispoziție, complexitatea și volumul calculelor ce trebuie efectuate în vederea întocmirii ofertei.

Consideră că este absolut necesar ca entitatea contractantă să modifice modalitatea de răspuns la solicitările de clarificări prin furnizarea de răspunsuri punctuale în termen de 3 zile de la formularea unei solicitări, dar nu mai mult de 10 zile înainte de termenul limită pentru depunerea ofertelor.

15. Cererea de acces la dosar- solicită, în temeiul art. 19 din legea nr. 101/2016, acces la dosarul constituit la Consiliu.

În probațiune, este depusă documentația de atribuire.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulate de, ca neîntemeiată.

Consideră că niciunul dintre motivele expuse în contestație nu este întemeiat:

1. Cu privire la actualizarea costurilor sistemului și a planului de evoluție a tarifelor maximale susține că actualizarea din documentație a fost făcută strict pe baza informațiilor primite de la UAT-uri cu privire la populația existentă, tarifele practicate de operatorul depozitului și indicele de producere a deșeurilor care a fost preluat din

Celelalte elemente care intrau în componenta tarifelor nu au fost actualizate, precizându-se în mod clar că în lipsa unei aprobări prealabile a AM a proiectului din cadrul Ministerului Fondurilor Europene asupra planului de evoluție a tarifelor, costurile nu pot depăși valorile din aplicația de finanțare.

2. În ceea ce privește implementarea sistemului plătește cât arunci la nivelul județului, arată că s-au ales în acest sens, procedurile de reducere a volumului și reducere a frecvenței de colectare ce se realizează la solicitarea expresă a utilizatorilor, iar reflectarea acestui fapt în tarif se va realiza de către ofertant prin scăderea tarifului în mod corespunzător, ca element al ofertei sale.

3. Referitor la modul de calcul al tarifelor precizează că având în vedere prevederile legale, acesta trebuie fundamentat separat pentru fiecare fracție de deșeu, iar fundamentarea este făcută de fiecare ofertant în parte, iar la evaluare este luat în considerare tariful final ce se percepe de la utilizator, contestatoarea făcând confuzia dintre tariful perceput de la utilizator și fundamentarea acestuia separat pe fracții.

4. Cu privire la redevență ca și criteriu de evaluare a ofertelor arată că este corect și legal stabilită având la bază prevederile art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Arată că valoarea minima a acesteia este stabilită de art. 29 alin. (11) lit. m) din aceeași lege și conform art. 2 alin. (12) din legea nr. 101/2006 proiectele finanțate din fonduri europene nerambursabile se implementează în conformitate cu prevederile contractului de finanțare.

Susține că niciunde în legislația națională publicată în M.O. nu există texte de lege care să interzică redevență ca fiind un factor de evaluare a ofertei și conform principiului "acolo unde legea nu distinge nici interpretul nu poate distinge", această susținere din contestație este nefondată.

5. Referitor la garanția de bună execuție precizează că întrucât quantumul acesteia nu este stabilit prin actele normative speciale, sunt aplicabile dispozițiile generale din Legea nr. 98/2016 unde este prevăzut faptul că această garanție nu trebuie să depășească 10% din prețul contractului. În cazul documentației de atribuire această garanție de bună execuție a fost stabilită în procent de 10%, ținându-se cont de riscurile și acoperirea costurilor ce s-ar genera în eventualitatea încălcării contractului de către operatorul desemnat, având în vedere și faptul că

trebuie asigurată continuitatea serviciului de colectarea și transport a deșeurilor municipale.

6. Cu privire la lipsa informațiilor esențiale, obligatorii potrivit legii pentru întocmirea ofertei susține că informațiile la care se face referire au fost transpuse în documentație conform datelor furnizate de către Institutul Național de Statistică, respectiv numărul populației, operatorii economici generatori de deșeuri, informații confruntate și cu cele transmise de UAT-urile beneficiare ale serviciului ce urmează a îl concesionat, cantitățile de deșeuri au fost obținute din Planul Național Județean de gestionare a Deșeurilor.

7. Referitor la matricea riscurilor arată că riscurile sunt foarte clar prevăzute în documentația de atribuire și au fost stabilite ținând cont de specificul zonei, precum și în baza actelor normative în vigoare, în concordanță cu Anexa nr. I la normele metodologice din HG nr. 867/2016, denumită. "Matricea preliminară de repartitie a riscurilor de proiect", "Lista generală de referință a riscurilor pentru un proiect de concesiune de lucrări".

8. Numărul și structura recipientelor de colectare și frecvența de colectare nu trebuie recalculate - numărul de recipiente, necesare, precum și capacitatea acestora a fost stabilit și calculat pe baza informațiilor furnizate de fiecare UAT prin raportare la numărul gospodăriilor.

9. Modificarea după atribuire a frecvențelor de colectare are ca scop eficientizarea din punct de vedere economic a serviciului concesionat. Arată că s-a considerat că după o perioadă de 6 luni de la atribuirea contractului, operatorul poate să solicite acest lucru tocmai pentru a putea reduce cheltuielile, tarifele, optimizând serviciul atât din punct de vedere economic cât și al protecției mediului.

10. Lipsa informațiilor esențiale referitoare la densitatea fracțiilor de deșeuri colectate separat - întrucât instrumentul "plătește cât arunci" este cel agreat de către beneficiarii finali și s-a transpus în documentația de atribuire sub modalitatea de reducere a frecvențelor de colectare și reducere a volumului recipientelor de colectare, ținând cont de faptul că tarifele pentru persoanele fizice casnice sunt stabilite sub formă "lei/persoană/lună", iar pentru persoanele non-casnice-juridice, sub forma "lei/tonă" (persoanele non-casnice având obligativitatea să încheie contracte doar pentru deșeurile reziduale și bio-deșeuri), rezultă că densitatea fracțiilor este irelevantă.

11. Colectarea cu mașini separate a deșeurilor menajere și similare – arată că se solicită două fișe de fundamentare, una pentru utilizatorii casnici și una pentru utilizatorii non-casnici, deoarece modul de aplicare al tarifelor este diferit și anume pentru utilizatorii casnici se aplică tariful de lei/persoană/lună, iar pentru utilizatorii non-casnici se aplică tariful de

tonă/lună, aspect ce nu conduce la dublarea traseelor dacă operatorul deține dotările tehnice necesare, având de asemenea obligația de optimizare a traseelor, condițiile din caietul de sarcini fiind condiții minime impuse.

12. Cu privire la prevederile art. 10 alin. (8)-(10) din contractul de delegare arată că aceste clauze contractuale nu sunt confuze și nu generează confuzie în aplicare, reglementând situații juridice diferite.

13. Referitor la punerea la dispoziție a modalității detaliate de calcul a valorii estimate a contractului precizează că entitatea contractantă a stabilit valoarea estimată a contractului în "Strategia de contractare", cap.3.1. Determinarea și justificarea valorii estimative.

14. Termenul de răspuns la clarificări - prin termenul stabilit nu sunt încălcate prevederile legislative în acest sens.

Prin adresa fără număr de înregistrare și nedatată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., contestația, ..., a transmis documentul "Concluzii scrise" răspunzând punctului de vedere al autorității contractante.

Față de aspectele învederate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, contestația formulează observații punctuale.

Contestația atașează Anexa 6.2 la care face referire în contestație și care, dintr-o eroare materială, nu a fost atașat acesteia, în schimb fiind atașată de două ori anexa 6.1.

De asemenea, atașează două noi anexe care includ anumite calcule realizate ca răspuns la punctul de vedere al autorității, fără a constitui noi motive de contestație ci doar exemplificarea celor inițiale.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesiune nr. ..., criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire în SEAP, a formulat contestație, criticând o serie de prevederi ale documentației de atribuire, în subsidiar, solicitând anularea procedurii de atribuire.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că societatea contestatoare arată că documentația de atribuire promovată este nelegală, solicitând obligarea entității contractante să remedieze neregulile expuse în

contestație, cu consecința modificării corespunzătoare a documentației de atribuire.

Consiliul va analiza, astfel, contestația de față prin prisma prevederilor legale incidente, având în vedere și durata de 96 de luni (8 ani) a contractului a cărui atribuire se urmărește.

1 Referitor la cererea contestatoarei, ca entitatea contractantă să actualizeze costurile sistemului și a planului de evoluție a tarifelor maxime, cu luarea în considerare a costurilor actuale, astfel încât să fie respectate prevederile HG nr. 867/2016, ale Legii nr. 51/2006 și ale Ordinului ANRSC nr. 109/2007, Consiliul constată că este întemeiată.

Astfel, este de natura evidenței că estimările din cuprinsul Raportului special nr. 5 – Studiu de oportunitate privind delegarea gestiunii activității de colectare și transport a deșeurilor municipale, - elaborat în cadrul proiectului Asistență tehnică pentru acordarea de sprijin în management și supervizarea lucrărilor pentru proiectul "Sistem integrat de management al deșeurilor solide în județul Caraș-Severin - nu mai reflectă realitatea prețurilor/costurilor anului 2022 și următorilor, având în vedere toate modificările legislative din perioada 2012-2022.

Consiliul reține, în soluționare, că stabilirea tarifelor maxime având la bază costuri actuale, a fost menționată și în adresa MFE – DGPEIM nr. comunicată *Beneficiarilor proiectelor Sistem de management integrat al deșeurilor Consiliile Județene – Asociațiile de Dezvoltare Intercomunitară*, printre care se regăsește și, astfel: *"În cazul proiectelor SMID care nu sunt în operare sau sunt parțial în operare, la elaborarea documentațiilor de atribuire se vor lua în considerare noile modificări legislative, (...), iar tariful maxim estimat pentru fiecare activitate va fi recalculat pe baza costurilor actuale"*.

În baza acestei circulare, MFE a emis adresa nr. ... –filă la dosar- prin care a reluat obligația actualizării calculelor de către beneficiarii SMID și a inclus instrucțiuni detaliate în acest sens.

Constată Consiliul că, în Studiul de fundamentare a deciziei de concesionare a gestiunii unor activități componente ale serviciului de salubritate în, la pag. 49, entitatea contractantă precizează că a fost aprobat un Plan de evoluție a tarifelor până în anul 2034, care stabilește tarifele maxime pentru serviciile de salubritate, fără, însă, a preciza anul de începere a respectivului plan.

De asemenea, în Strategia de contractare, parte a documentației de atribuire, la pag. 9, se regăsesc costurile de operare, calculate pentru perioada 2021-2028, fără a fi luate în calcul costurile din perioada anterioară (2012-2021).

În sensul celor de mai sus evocate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a stabili valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, de a actualiza costurile și planul

tarifar în funcție de toate modificările legislative, din perioada de la data întocmirii Studiului de oportunitate (2012), și până la data inițierii procedurii de atribuire a acestui contract, având în vedere toate costurile implicate, în *prețurile anului curent*, așa cum a stabilit, Ministerul Fondurilor Europene prin Direcția Generală Programe Europene Infrastructura Mare.

2. În ceea ce privește critica referitoare la implementarea prevederilor Legii nr. 211/2011 privind instrumentul "plătește pentru cât arunci", Consiliul o va admite, reținând dispozițiile art. 17 din OUG nr.92/2021, ca fiind relevante în cauză: „(5) Autoritățile administrației publice locale ale unităților administrativ-teritoriale sau, după caz, subdiviziunile administrativ-teritoriale ale municipiilor, respectiv asociațiile de dezvoltare intercomunitară ale acestora, după caz, au următoarele obligații:

a) să asigure colectarea separată cel puțin pentru deșeurile de hârtie, metal, plastic și sticlă din deșeurile municipale, să stabilească dacă gestionarea acestor deșeuri se face în cadrul unui singur contract de delegare a serviciului de salubritate sau pe mai multe tipuri de materiale/contract/contracte distincte pentru toate tipurile de materiale/pe tip de material și să organizeze atribuirea conform deciziei luate; (...)

f) să includă în caietele de sarcini și în contractele de delegare a gestiunii serviciului de salubritate, în aplicarea principiilor prevăzute la art. 3 din Legea serviciului de salubritate a localităților nr. 101/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, tarife distincte pentru activitățile desfășurate de operatorii de salubritate pentru gestionarea deșeurilor prevăzute la lit. a), respectiv pentru gestionarea deșeurilor, altele decât cele prevăzute la lit. a);

(...)

h) să implementeze, cu respectarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare, instrumentul economic "plătește pentru cât arunci", bazat pe unul sau mai multe dintre următoarele elemente:

(i) volum;

(ii) frecvență de colectare;

(iii) greutate;

(iv) saci de colectare personalizați;

i) să stabilească și să aprobe pentru beneficiarii serviciului de salubritate tarife/taxe distincte pentru gestionarea deșeurilor prevăzute la lit. a), respectiv pentru gestionarea deșeurilor, altele decât cele prevăzute la lit. a), și sancțiunile aplicate în cazul în care beneficiarul serviciului nu separă în mod corespunzător cele două fluxuri de deșeuri".

Deci, din coroborarea acestor dispoziții, rezultă că entitatea contractantă este obligată să aplice principiul "plătește pentru cât arunci", respectiv, să stabilească și să impună un sistem de colectare și de tarificare conform cu prevederile legale menționate, implementarea acestui principiu nefiind o chestiune opțională, așa cum a precizat entitatea contractantă, în Caietul de sarcini în secțiunea "Cerințe organizatorice minimale" la pag. 18-19 și la art. 89 din Regulamentul serviciului.

3. În referire la contestarea tarifelor, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, reținându-se în soluționare că, criteriul de atribuire reprezintă conform prevederilor art. 86 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, modalitatea de stabilire a ofertei câștigătoare. Stabilirea factorilor de evaluare și modalitatea de acordare a ponderilor acestora trebuie să aibă legătură directă cu obiectul concesiunii, entitatea contractantă având posibilitatea de a decide care sunt elementele ofertei care urmează a fi punctate, astfel încât, în final, urmare aplicării lor, să-i aducă un avantaj real și evident. Astfel că:

- formula de calcul nu trebuie să conțină toate tarifele ofertate, așa cum susține contestatoarea

- entitatea contractantă nu trebuie să prevadă punctarea unui tarif distinct pentru deșeurile biodegradabile, contestatoarea confundând elaborarea propunerii financiare cu factorii de evaluare stabiliți de către entitatea contractantă, punctați în cadrul criteriului de atribuire.

4. În referire la critica privind eliminarea redevenței ca și factor de evaluare a ofertei, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, întrucât, în legislația în materia achizițiilor publice nu se regăsesc dispoziții care să interzică interzicerea redevenței ca și factor de evaluare a ofertei.

Consiliul nu va reține, în soluționare, susținerile contestatoarei, potrivit căroră, prin Circulara MFE nr. 46327/03.06.2020, filă la dosar, "valoarea redevenței nu poate fi considerată un criteriu de atribuire", întrucât critica autoarei contestației se referă la folosirea redevenței ca și factor de evaluare și nu ca și criteriu de atribuire.

Potrivit dispozițiilor art. 86 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, singurul criteriu de atribuire pentru contractele de concesiune este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, stabilită în baza unor criterii obiective care garantează evaluarea ofertelor în condiții de concurență reală.

Din interpretarea legală a textului art. 44 din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 867/2016 coroborat cu art. 86 alin. (2)-(4) din Legea nr. 100/2016, rezultă că nivelul redevenței poate fi folosit ca și factor de evaluare, criteriu obiectiv care are legătură directă cu obiectul concesiunii.

5. Referitor la critica privind valoarea excesivă a garanției de bună execuție, stabilită de entitatea contractantă, Consiliul o va admite, având în vedere, pe de o parte, că procedura de atribuire se va finaliza cu încheierea unui "contract de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice" ce fac obiectul prestațiilor viitoare, respectiv a unui "contract de concesiune de servicii", prevăzut la art. 29 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 51/2006.

Astfel, potrivit Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, la art. 29 alin. (11), se precizează: *Contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la: (...)*

n) garanția de bună execuție a contractului, cu indicarea valorii, modului de constituire și de executare a acesteia.

Art. 46 alin. (1) din Normele de aplicare a Legii privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, aprobate prin HG nr. 867/2016, cu modificările aduse de HG nr. 419/2018, confirmă dreptul de a solicita o astfel de garanție, precizând modalitatea de constituire a ei: *Garanția de bună execuție se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.*

Din textele legale sus-menționate, rezultă că entitatea contractantă este îndreptățită, legal, să solicite constituirea garanției de bună execuție, însă, în ceea ce privește cuantumul stabilit, pentru această garanție, Consiliul constată că susținerile contestatoarei apar ca fiind întemeiate, având în vedere prevederile art. 12 alin. (4)-(5) din modelul de contract publicat în SEAP, potrivit căruia: *"Neplata a două rate consecutive a redevenței duce la retragerea obligațiilor restante (redevența și majorări de întârziere) din contul de garanție. În termen de 30 de zile de la retragerea obligațiilor restante din contul de garanție, operatorul are obligația să reconstituie garanția la nivelul prevăzut, să achite toate debitele restante, inclusiv întârzierile de întârziere calculate. Nerespectarea obligației de plată a redevenței după 90 de zile de la expirarea termenului de plată atrage desființarea, de drept, a contractului, fără a mai fi necesară punerea în întârziere sau îndeplinirea vreunei alte formalități prealabile ori intervenția instanței de judecată. "* Astfel, riscul neplății redevenței, pe care entitatea contractantă vrea să îl acopere prin stabilirea unei garanții de bună execuție, este mult mai mic decât cel al redevenței totale. În acest sens, Consiliul stabilește că o valoare a garanției de bună execuție egală cu valoarea a trei rate ale redevenței este suficientă pentru a acoperi riscul neplății redevenței după 90 de zile de la expirarea termenului de plată, prevăzute la art. 12 alin. (5) din modelul de contract.

6. Critica privind lipsa informațiilor esențiale obligatorii, potrivit legii, pentru întocmirea ofertei, urmează a fi admisă, motivat de faptul

că, documentația de atribuire nu prevede informațiile reglementate de art. 12 coroborat cu tabelul 2 din Ordinul ANRSC nr. 111/2007.

7. Referitor la criticile cu privire la necesitatea introducerii de riscuri suplimentare, formulată de contestatoare, Consiliul reține următoarele prevederi legale:

- art. 5 lit. i) din Legea nr. 100/2016: **„contract pe termen lung - contractul de concesiune încheiat pe o durată de cel puțin 5 ani, care cuprinde durata de execuție a lucrărilor ori a construcției, dacă acesta are o componentă care constă în execuția de lucrări ori a unei construcții, precum și durata de prestare a serviciilor, stabilite astfel încât contractantul să obțină un profit rezonabil”;**

- art. 7 alin. (1) din Legea nr. 100/2016: **„În orice situație în care o entitate contractantă intenționează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract pe termen lung, care să cuprindă fie executarea de lucrări și operarea rezultatului lucrărilor, fie prestarea, gestionarea și operarea de servicii, entitatea contractantă are obligația de a elabora un studiu de fundamentare prin care se vor demonstra necesitatea și oportunitatea realizării proiectului în acest mod”;**

- art. 8 din Legea nr. 100/2016: **„(1) Prin studiul de fundamentare prevăzut la art. 7 alin. (1) entitatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic. (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 economic, 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 economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică sau contract sectorial, după caz”.**

În speță autoritatea contractantă a elaborat Studiul de fundamentare, în cadrul căruia, la pct. 4.1 se regăsește analiza riscului, iar, anexa 19 a studiului de fundamentare conține identificate riscurile, fiind menționate consecințele și contribuția financiară a delegatului precum și managementul riscului.

Potrivit considerentului 18 din Directiva 23/2014/UE **„Principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile**

efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, chiar dacă riscul îi revine în continuare, parțial, autorității contractante sau entității contractante. Aplicarea de norme specifice care să reglementeze atribuirea **concesiunilor nu s-ar justifica dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă ar prelua riscul eventualelor pierderi suportate de operatorul economic, garantându-i un venit minim cel puțin egal cu investițiile efectuate și cu costurile pe care trebuie să le acopere operatorul economic în legătură cu executarea contractului.** În același timp, ar trebui precizat că anumite **aranjamente remunerate exclusiv de o autoritate contractantă sau de o entitate contractantă ar trebui să fie considerate concesiuni dacă recuperarea investițiilor și a costurilor suportate de operator pentru executarea lucrării sau prestarea serviciului depinde de cererea efectivă sau de disponibilitatea serviciului sau a activului**” iar potrivit considerentului 20 din directivă **„Riscul de operare ar trebui să reiasă din factori care nu depind de părți.** Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către operatorul economic sau de o situație de forță majoră nu sunt hotărâtoare în vederea clasificării drept concesiune, întrucât riscurile respective sunt inerente fiecărui contract, fie că este vorba de un contract de achiziții publice sau de o concesiune. **Un risc de operare ar trebui înțeles drept riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere.** Riscul de cerere trebuie înțeles ca riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul contractului. Riscul de ofertă trebuie înțeles ca fiind riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul contractului, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii. **În scopul evaluării riscului de operare, valoarea actualizată netă a tuturor investițiilor, costurilor și veniturilor concesionarului ar trebui avută în vedere în mod consecvent și uniform”.**

Aceste considerente își au izvorul în jurisprudența CJUE care a identificat criteriile de stabilire a unei concesiuni astfel:

- asumarea de către concesionar a riscului economic al activității;
- veniturile din exploatare ale concesionarului nu provin de la autoritatea concedentă ci de la utilizatori sau terți.

În cauza C-348/10 Curtea a reținut la pct. 44 și 45 următoarele „Dacă modul de remunerare este unul dintre elementele determinante pentru calificarea unei concesionări de servicii, în plus, din jurisprudență reiese că concesionarea de servicii presupune asumarea de către

concesionar a riscului legat de exploatarea serviciilor în cauză. Lipsa transferului către prestator al riscului legat de prestarea de servicii arată că operațiunea respectivă constituie un contract de achiziții publice de servicii, iar nu o concesionare de servicii (a se vedea în special Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 26). Este necesar, așadar, să se verifice dacă prestatorul își asumă riscul legat de exploatarea serviciului. Deși acest risc poate, desigur, să fie, de la început, foarte limitat, calificarea drept concesionare de servicii impune totuși ca autoritatea contractantă să transfere către concesionar totalitatea sau cel puțin o parte semnificativă a riscului la care este expusă (a se vedea în acest sens, în special, Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 29)", la pct. 48-50 „Riscul legat de exploatare trebuie înțeles ca riscul de expunere la hazardul pieței (a se vedea în acest sens Hotărârea Eurawasser, citată anterior, punctul 67), care se poate traduce, printre altele, prin riscul de concurență din partea altor operatori, riscul unei inadecvări între oferta și cererea de servicii, riscul de insolvabilitate a debitorilor prețului serviciilor furnizate, riscul de lipsă a acoperirii cheltuielilor de exploatare prin încasări sau riscul de răspundere pentru un prejudiciu legat de o neîndeplinire a serviciului (a se vedea în acest sens Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 37). În schimb, riscuri precum cele legate de o proastă gestionare sau de erori de apreciere ale operatorului economic nu sunt determinante în vederea calificării unui contract drept contract de achiziții publice sau concesionare de servicii, astfel de riscuri fiind, de fapt, inerente oricărui contract, indiferent dacă acesta corespunde unui contract de achiziții publice de servicii sau unei concesionări de servicii (Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 38). Deși, astfel cum s a menționat la punctul 45 din prezenta hotărâre, riscul economic legat de exploatare poate fi, de la început, foarte limitat ca urmare a modalității de drept public de organizare a serviciului, calificarea drept concesionare de servicii impune totuși ca autoritatea contractantă să transfere către concesionar totalitatea sau cel puțin o parte semnificativă a riscului legat de exploatare la care este expusă" iar la pct. 59 „Directiva 2004/17 trebuie interpretată în sensul că **reprezintă un „contract de servicii”** în sensul articolului 1 alineatul (2) litera (d) din această directivă **un contract prin care un contractant, în temeiul normelor de drept public și al clauzelor contractuale care guvernează prestarea acestor servicii, nu își asumă o parte semnificativă a riscului la care este expusă autoritatea contractantă**".

În cauza C-382/05 Curtea a reținut la pct. 34 „că ne aflăm în prezența unei concesiuni de servicii atunci când modalitatea de remunerare convenită constă în dreptul prestatorului de a-și valorifica propria prestație și presupune ca acesta să își asume riscul legat de exploatarea serviciilor în cauză (a se vedea Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress, C-324/98, Rec., p. I-10745, punctul 58, și Ordonanța din 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec., p. I-4685, punctele 27 și 28, precum și Hotărârea Parking Brixen, citată anterior, punctul 40)”, la pct. 42 „durata lungă a convențiilor în litigiu și împrejurarea că executarea lor este însoțită de investiții inițiale importante în sarcina operatorului nu sunt nici ele determinante în scopul calificării acestor convenții, astfel de caracteristici putându-se regăsi atât în contracte de achiziții publice, cât și în concesiuni de servicii” iar la pct. 44 „pentru a califica un contract ca fiind un contract de achiziții publice sau o concesiune de servicii, nu este determinantă nici împrejurarea că prestațiile oferite de către operator sunt, după caz, de natură să necesite din partea acestuia din urmă o importantă autonomie de executare”.

În cauza C-206/08 Curtea a reținut la pct. 51 „Din compararea acestor două definiții rezultă că diferența dintre un contract de servicii și o concesiune de servicii constă în contraprestația lucrării. Contractul de servicii presupune un echivalent financiar care este plătit direct de autoritatea contractantă prestatorului de servicii (a se vedea în acest sens Hotărârea Parking Brixen, citată anterior, punctul 39), în timp ce, în cazul unei concesiuni de servicii, echivalentul financiar constă în dreptul de a exploata serviciul, fie singur, fie însoțit de un preț” și pct. 53 „În lumina criteriului prevăzut la punctul 51 din prezenta hotărâre, faptul că prestatorul de servicii este remunerat prin plăți ce provin de la terți, în speță de la utilizatorii serviciului respectiv, reprezintă una dintre formele pe care le poate lua exercitarea dreptului, recunoscut prestatorului, de a exploata serviciul”, pct. 59 „Rezultă din jurisprudența Curții că, în cazul în care modul de remunerare convenit rezidă în dreptul prestatorului de a-și valorifica propria prestație, acest mod de remunerare presupune ca acesta să își asume riscul legat de exploatarea serviciilor în cauză (a se vedea Hotărârea citată anterior Parking Brixen, punctul 40, Hotărârea din 18 iulie 2007, Comisia/Italia, punctul 34, precum și Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Comisia/Italia, punctul 29)” și pct. 80 că „în cadrul unui contract cu privire la servicii, autoritatea contractantă nu plătește direct o remunerație cocontractantului, ci acesta din urmă are dreptul să perceapă o remunerație de drept privat de la terți, este suficient, în sine, pentru ca respectivul contract să fie calificat drept „concesiune de servicii” în sensul articolului 1 alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/17, în măsura în care cocontractantul

preia în totalitate sau cel puțin în mare parte riscul de exploatare asumat de autoritatea contractantă, chiar dacă acest risc este de la început foarte limitat datorită modalității de drept public de organizare a serviciului”.

În cauza C-274/09 la pct. 48 Curtea a reținut „în cazul în care remunerarea operatorului economic reținut este integral asigurată de persoane distincte de autoritatea contractantă care a atribuit contractul privind serviciile de salvare, iar acest operator economic este expus unui risc de exploatare, chiar dacă acesta este foarte limitat, din cauza, mai ales, a faptului că valoarea tarifelor de utilizare a serviciilor în cauză depinde de rezultatul negocierilor anuale cu terți și nu este asigurat de o acoperire integrală a costurilor suportate în cadrul unei gestionări a activităților sale conforme principiilor enunțate de dreptul național, contractul menționat trebuie calificat drept contract de „concesionare de servicii”, în sensul articolului 1 alineatul (4) din această directivă”.

Față de aceste aspecte, rezultă că natura/caracterul contractului ce urmează a fi încheiat se determină urmare a analizării studiului de fundamentare reglementat la art. 229 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 din care trebuie să rezulte sau nu, transferarea de către autoritatea contractantă către operatorul economic a unei părți semnificative sau nu din riscul de operare.

În speță, așa cum s-a reținut anterior în cadrul studiului de oportunitate se menționează în mod expres faptul că operatorul preia o parte semnificativă a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective în caz contrar nefiind posibilă încheierea unui contract de concesiune.

Față de aceste aspecte, rezultă că natura/caracterul contractului ce urmează a fi încheiat, a fost stabilit în urma analizării studiului de fundamentare reglementat la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 din care a trebuit să rezulte transferarea de către autoritatea contractantă către operatorul economic a unei părți semnificative sau nu din riscul de operare.

Față de aceste aspecte, criticile contestatoarei sunt neîntemeiate urmând a fi respinse.

8. Consiliul va respinge, ca neîntemeiată critica privind numărul, structura recipientelor de colectare și frecvența de colectare, având în vedere dispozițiile art. 17 din OUG nr.92/2021, care stabilește ca atribut al entității contractante, impunerea instrumentului economic "plătește pentru cât arunci", bazat pe unul sau mai multe dintre următoarele elemente:

(i) volum;

(ii) frecvență de colectare.

9. În referire la critica privind modificarea frecvențelor de colectare, după atribuirea contractului, Consiliul reține, ca aplicabile, următoarele dispoziții din Legea nr. 100/2016:

-art. 3 lit. n) documentația de atribuire - documentul concesiunii care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințele entității contractante sau la elementele concesiunii, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice sau documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele și modul de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile candidaților/ofertanților, studiul de fundamentare;

-art. 51 alin. (7) Informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise, clare și complete pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, iar pe baza acestora să decidă transmiterea unei oferte sau neparticiparea la procedura de atribuire.

- Art. 71. - (1) Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura ofertanților/candidaților o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, obiectul contractului, repartizarea riscurilor și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

- Art. 73. - (1) Cerințele tehnice și funcționale sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile necesare ale lucrărilor/serviciilor care fac obiectul concesiunii.

(2) Cerințele prevăzute la alin. (1) pot, de asemenea, să vizeze procesul specific de producție sau de furnizare a lucrărilor/serviciilor solicitate, cu condiția să fie legate de obiectul concesiunii și proporționale cu valoarea și obiectivele acesteia.

Suplimentar, și art. 20 din Normele 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, aprobată prin HG nr. 867/2016 stabilește următoarele: „(1) Caietul de sarcini trebuie să conțină:

- a) specificații tehnice minime;
- b) obiectivele pe termen lung, mediu și imediate ale proiectului preconizat a se realiza prin concesiune;
- c) informații referitoare la condițiile de exploatare/regimul de utilizare aferente obiectului contractului de concesiune, precum și alte

aspecte ce descriu contextul în care se anticipează că se va derula viitorul contract;

d) modul de operare vizat pentru derularea proiectului preconizat a se realiza prin concesiune, inclusiv, dacă este cazul, investițiile pe care concesionarul va fi obligat să le realizeze și termenul de realizare a acestora;

e) descrierea activităților, condiții generale tehnice și de calitate;

f) dacă există, condiții speciale impuse de natura activităților care vor intra în obiectul contractului de concesiune, cum ar fi condiții de siguranță în exploatare, protecția mediului, protecția muncii, condiții privind folosirea și conservarea patrimoniului sau privind protejarea și punerea în valoare a patrimoniului național, condiții privind protejarea secretului de stat, utilizarea unor materiale cu regim special, condiții speciale impuse de acorduri și convenții la care România este parte;

g) propunerea entității contractante de alocare a riscurilor în cadrul contractului de concesiune;

h) dacă este cazul, opțiunea pentru crearea unei societăți având ca acționari operatorul economic, pe de o parte, și entitatea contractantă, pe de altă parte;

i) clauze financiare și de asigurări;

j) dacă este cazul, regimul bunurilor utilizate și/sau realizate de concesionar în timpul derulării contractului de concesiune;

k) cuantumul garanțiilor care urmează a fi constituite, după caz”.

Astfel încât, Consiliul apreciază că documentația de atribuire publicată trebuie să conțină informații precise privind frecvența de colectare a deșeurilor, ca element în baza căruia se calculează/determină costurile de colectare.

Consiliul reține și că prevederile Ordinului nr. 109/2007 stabilesc condiții clare de modificare și ajustare a prețului concesiunii, la art. 15 fiind prevăzute modificări legislative apărute pe parcursul derulării contractului, situația de față nefiind de natură să se încadreze în respectivele dispoziții.

În acest context, Consiliul va admite solicitarea contestatoarei și va dispune eliminarea, din documentația de atribuire, a prevederii privind modificarea, după atribuirea contractului, a frecvenței de colectare a deșeurilor.

10. Consiliul, în referire la critica privind lipsa informațiilor esențiale referitoare la densitatea fracțiilor de deșuri colectate separat, o va respinge, ca neîntemeiată, ținând cont de faptul că tarifele pentru persoanele fizice casnice sunt stabilite sub formă "lei/persoană/lună", iar pentru persoanele non-casnice-juridice, sub forma "lei/tonă".

11. Critica privind colectarea cu mașini separate a deșeurilor menajere și similare va fi admisă de către Consiliu, având în vedere că, pentru același tip de deșeuri nu se justifică colectarea cu mașini diferite de la utilizatori casnici și non casnici. Evidența colectării deșeurilor și calcularea tarifelor, în funcție de utilizatori, casnici și non casnici, este în sarcina collectorului.

12. În referire la solicitarea privind modificarea dispozițiilor art. 8 alin. (8)-(10) din modelul de contract, Consiliul constată că entitatea contractantă face o confuzie în termeni, dat fiind că Ordinul nr. 109/2007, acesta aprobă Normele metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților. În textul normelor menționate, art. 4 definește termenii folosiți în actul normativ, după cum urmează:

a) aprobarea de tarife - activitatea de analiză și verificare a elementelor de cheltuieli componente ale tarifelor, desfășurată de autoritatea administrației publice locale implicate, cu respectarea normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor, concretizată prin emiterea unei hotărâri;

b) stabilirea de tarife - operațiunea de analiză a nivelului tarifelor și a structurii acestora, conform normelor metodologice elaborate de autoritatea de reglementare competentă, pentru operatorii nou-intrați pe piață sau pentru operatorii care încheie contracte de delegare a gestiunii pentru aceste servicii cu autoritățile administrației publice locale;

c) ajustarea de tarife - operațiunea de analiză a nivelului tarifelor existente și a structurii acestora, conform normelor metodologice elaborate de autoritatea de reglementare competentă, prin care se asigură corelarea nivelului tarifelor stabilite anterior cu evoluția generală a prețurilor și tarifelor din economie;

d) modificarea de tarife - operațiunea de analiză a nivelului tarifelor existente și a structurii acestora, conform normelor metodologice elaborate de autoritatea de reglementare competentă, în situațiile când intervin schimbări majore în structura costurilor care conduc la recalcularea tarifelor existente.

În acest context, Consiliul apreciază că se impune ca entitatea contractantă să coreleze termenii folosiți, în concordanță cu semnificația acestora, potrivit definițiilor date de actul normativ menționat, pentru a evita eventuale neînțelegeri a prevederilor formularului de contract.

13. În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de punere la dispoziție a modalității detaliate de calcul a valorii estimate a contractului, Consiliul reține că aceasta a fost stabilită prin actualizarea analizei cost beneficiu a proiectului „Sistem integrat de management al deșeurilor în județul Caraș-Severin” și a vizat următoarele aspecte principale: nr. de locuitori la nivelul anului 2020, cantitățile de deșeuri

generate, tarife actualizate, alte elemente, care se regăsesc în documentația de atribuire publicată în SEAP, precum și în Strategia de contractare întocmită de autoritatea contractantă, astfel încât va respinge solicitarea contestatoarei, ca neîntemeiată.

14. În referire la termenul de răspuns la clarificări criticat, Consiliul reține că entitatea contractantă a respectat dispozițiile art. 70 alin. (8) din Legea nr. 100/2016 în ceea ce privește termenul limită de răspuns la solicitări de clarificări adresate de operatorii economici, astfel încât va respinge solicitarea contestatoarei, ca neîntemeiată.

Prin urmare, Consiliul reține necesitatea corectării documentației de atribuire, astfel cum s-a evidențiat în considerentele prezentei decizii.

În situația în care entitatea va considera că modificările sunt unele de esență, în temeiul art. 89 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 100/2016, autoritatea contractantă poate dispune anularea procedurii de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în limita considerentelor de mai sus, contestația formulată de, în contradictoriu cu și va obliga entitatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze cerințele documentației de atribuire, astfel cum rezultă din considerentele de mai sus. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către entitatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, înainte de data-limită de depunere a ofertelor, cu prelungirea în mod corespunzător a perioadei de depunere a ofertelor, nu mai puțin de 10 zile - interval apreciat de Consiliu suficient operatorilor economici interesați pentru adaptarea ofertelor în baza măsurilor de remediere care vor fi luate de entitatea contractantă. Art. 1 alin. (5) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 statuează că "Entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a concesiunilor de lucrări sau a concesiunilor de servicii, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile", deci și a regulilor de întocmire a documentațiilor de atribuire, pentru completa informare a viitorilor participanți. Prezenta decizie nu afectează drepturile și obligațiile entității, stabilite la art. 53 din normele metodologice amintite.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite, în limita considerentelor de mai sus, contestația formulată de, în contradictoriu cu și obligă entitatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze cerințele documentației de atribuire, astfel cum rezultă din considerentele de mai sus. Actul de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici de către entitatea contractantă, prin publicarea lui în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce va fi adoptat, înainte de data-limită de depunere a ofertelor, cu prelungirea în mod corespunzător a perioadei de depunere a ofertelor, nu mai puțin de 10 zile - interval apreciat de Consiliu suficient operatorilor economici interesați pentru adaptarea ofertelor în baza măsurilor de remediere care vor fi luate de entitatea contractantă.

Art. 1 alin. (5) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016 statuează că "Entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a concesiunilor de lucrări sau a concesiunilor de servicii, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile", deci și a regulilor de întocmire a documentațiilor de atribuire, pentru completa informare a viitorilor participanți. Prezenta decizie nu afectează drepturile și obligațiile entității, stabilite la art. 53 din normele metodologice amintite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,
MEMBRU,

MEMBRU,

.....

.....

.....