C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 1893/15.01.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., cu sediul în ..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de concesiune având ca obiect „Delegarea operării Depozitului de deșeuri nepericuloase ..., Județul ...”, anunț de concesionare nr. ..., publicat în SEAP la data de 21.12.2017, s-a solicitat:

- modificarea contractului de concesiune în concordanță cu cele stipulate în contestație;
- corectarea fișei de date în concordanță cu cerințele inserate în contestație;
- completarea documentației de atribuire cu documente suplimentare, documente precizate în cuprinsul contestației.
- anularea procedurii în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Prin contestaţia fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 2364/17.01.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., cu sediul în ..., formulată împotriva măsurilor de remediere cuprinse în adresa

UIP/09.01.2018, emisă de aceeași autoritate contractantă în cadrul aceleași proceduri, s-a solicitat:

- modificarea contractului de concesiune în concordanță cu cele stipulate în contestație;
- corectarea fișei de date în concordanță cu cerințele inserate în contestație;
- completarea documentației de atribuire cu documente suplimentare, documente precizate în cuprinsul contestației.
- anularea procedurii în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. 53/C4/173/22.01.2018, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a admis.

Prin contestaţia nr. 874/25.01.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 3532/26.01.2018, înaintată de SC ... SA, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin Director General Economic – ..., formulată împotriva documentației de atribuire, a măsurilor de remediere dispuse prin clarificarea nr. 4 – măsuri de remediere notificare 2, precum și a clarificărilor publicate până la momentul formulării prezentei acțiuni, documente emise de aceeași autoritate contractantă în cadrul aceleași proceduri, s-a solicitat:

- admiterea contestației și, pe cale de consecință obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire;
- anularea procedurii, în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. 69/C4/237/26.01.2018, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a respins, ca rămas fără obiect, procedura fiind deja suspendată, prin Încheierea nr. 53/C4/173/22.01.2018.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările şi completările ulterioare, contestaţiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2018, nr. .../2018 şi nr. .../2018 au fost conexate pentru a se pronunţa o soluţie unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire.

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

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

formulată de către SC ... SRL și de către SC ... SA împotriva procedurii mai sus menționate.

Prin cele două contestații formulate, SC ... SRL solicită: modificarea contractului de concesiune, modificarea fișei de date a achiziției, completarea documentației de atribuire cu documente suplimentare și, în subsidiar, anularea procedurii în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Prin contestaţia fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 1893/15.01.2018, SC ... SRL critică adresa nr. UIP 424/03.01.2017, prin care autoritatea contractantă a comunicat refuzul de a adopta măsurile de remediere solicitate, specificând că va adopta o serie de măsuri de remediere, în parte, a documentației de atribuire, fără a arata care sunt acestea.

Astfel, contestatoarea reiterează, în totalitate, remediile propuse prin notificarea prealabilă, respectiv:

1. Remedii privind clauzele contractului de concesiune

- Distribuirea riscului de operare, în ceea ce privește distribuirea riscului de operare între Delegat și Delegatar. Contestatoarea învederează că modul în care a fost reglementat acest aspect, prin modelul de contract de concesiune, nu respectă prevederile Legii nr. 100/2016.

Petenta invocă în sprijinul solicitării sale prevederile art. 95 - 100 din HG nr. 867/2016 și în special ale art. 97 alin. (1), conform căruia: *„Contractul de concesiune trebuie să cuprindă clauze prin care se stabilește, în mod explicit, modul de distribuire a riscurilor pe întreaga durată a acestuia”.* Din analiza modelului Contractului de concesiune nu rezultă respectarea acestor dispoziții legale, nefiind prezentat în mod detaliat modalitatea de distribuire a riscurilor între Delegat și Delegatar, singura mențiune fiind cea din art. 21 alin. (1) teza I, potrivit căreia: *„Delegatul declară și garantează că acceptă și încheie prezentul Contract pe propriul său risc tehnic, economic și financiar."*

Totodată apreciază că clauza prevăzută la art. 21 alin. (1) teza I se impune a fi circumstanțiată, în sensul în care riscul nu poate fi alocat în sarcina operatorului, cu atât mai mult cu cât, pe parcursul desfășurării contractului sunt stabilite o serie de obligații în sarcina autorității cu impact asupra modului de executare de către operator a propriilor obligații și, mai mult decât atât, susține că autoritatea contractantă nu a asigurat o corectă identificare, cuantificare și distribuire a riscurilor.

Avand în vedere cele de mai sus, petenta solicită obligarea autorității contractante ca, în acord cu dispozițiile legale invocate, să procedeze la modificarea Contractului de concesiune, în sensul stipulării unor clauze prin care se stabilește în mod explicit modul de distribuire a riscurilor pe întreaga durată a acestuia și corelarea clauzei prevăzută la art. 21 alin. (1) teza I cu aceste modificări.

- În ceea ce privește clauza *Drepturile Delegatarului - art. 6 din Contract,* contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la

eliminarea art. 6 alin. (1) lit. 1) potrivit căruia: *„Delegatarul are următoarele drepturi: să sancționeze Delegatul în cazul săvârșirii contravențiilor prevăzute de Regulamentul serviciului public de salubrizare al localităților din Județul ... din Anexa nr. 1 la prezentul Contract și de celelalte acte normative aplicabile Serviciului”.*

Contestatoarea consideră că se impune eliminarea acestei clauze având în vedere că autoritatea contractantă nu are competențe în sancționarea operatorului economic, în situația săvârșirii unor contravenții, neputând să se subroge atribuțiilor clar stabilite prin norme legale altor autorități publice ale statului.

- Obligațiile Delegatului. Potrivit art. 9 pct. 2: Delegatul are următoarele obligații generale: *„Să plătească despăgubiri persoanelor fizice juridice pentru prejudiciile provocate din culpă, inclusiv pentru restricțiile impuse sau deținătorilor de terenuri aflate în perimetrul zonelor de protecție instituite, conform prevederilor legale”.*

Având în vedere că autoritatea contractantă este beneficiarul contractului de concesiune, despăgubirea terțelor persoane, în situația anumitor restricții de ordin legislativ sau de orice altă natură, cade în sarcina acesteia, iar nu a operatorului economic.

Astfel, solicită obligarea autorității contractante la circumstanțierea clauzei mai sus menționate, având în vedere că nu se specifică clar în ce situații operatorul economic are obligația de a despăgubi terțele persoane, totodată neindicându-se la ce restricții se referă și cine ar impune/genera aceste restricții și care ar fi motivul ca sarcina despăgubirii să revină operatorului economic, iar nu autorității contractante.

- Redevența - Potrivit art. 15 alin. (3): *„În cazul în care Delegatul nu efectuează plata redevenței prevăzută la alin. (1) (…) în termenul prevăzut, Delegatul va plăti penalități de întârziere din suma neachitată, în cuantum egal cu nivelul dobânzii datorate, pentru neplata la termen a obligațiilor bugetare, în cazul neachitării facturilor la termen”.*

În acest sens solicită obligarea autorității contractante la modificarea/circumstanțierea acestei clauze contractuale, având în vedere că redevența nu constituie o obligație bugetară în sensul definit de Codul de Procedură Fiscală, care la art. 173 alin. (1) prevede: *„Pentru neachitarea la termenul de scadență de către debitor a obligațiilor fiscale principale, se datorează după acest termen dobânzi și penalități de întârziere”,* iar la alin. (5) și alin. (6) prevede că: *„Dobânzile și penalitățile de întârziere se stabilesc prin decizii, cu excepția situației prevăzute la art. 227 alin. (8). (6) Dobânzile și penalitățile de întârziere pot fi actualizate anual, prin hotărâre a Guvernului, în funcție de evoluția ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României”.*

Având în vedere natura juridică a redevenței ce face obiectul prezentului contract, precum și că potrivit normelor fiscale penalitățile de întârziere și dobânzile se aplică în mod circumstațiat diferitelor situații de

neexecutare a obligațiilor legale impuse în sarcina contribuabililor, petenta solicită obligarea autorității contractante la a indica în mod clar și precis care este cuantumul penalităților de întârziere, în situația în care Delegatul nu efectuează plata redevenței în termenul prevăzut în contract.

Totodată, potrivit art. 15 alin. (4) teza a II a din Contractul de concesiune: *„Delegatul va rămâne obligat și după rezilierea Contractului la plată redevenței datorate până la momentul rezilierii, precum și la plata penalităților de întârziere calculate până la data plății efective”.* Pentru a nu lăsa loc de interpretări, se solicită obligarea autorității contractante în a corela dispozițiile acestei clauze contractuale cu cele ale art. 27 alin. (4) potrivit cărora: *„(...) Delegatul păstrând obligația de a presta Serviciul în continuare pe o durată de cel mult 90 (nouăzeci) de zile, în vederea asigurării continuității Serviciului*, respectiv să introducă termenul de *„cel mult 90 zile”*, ca termen în care Delegatul este obligat să plătească redevența, ulterior momentului rezilierii contractului.

- Prestarea Serviciului. Potrivit art. 16 alin. (1) teza a II a: *„În acest sens, fără a aduce atingere nici unei alte clauze din prezentul Contract, la semnarea procesului verbal de predare-primire a bunurilor concesionate (categorie a Bunurilor de Retur), Delegatul va declara și va garanta că:*

(i) a inspectat, examinat și este satisfăcut de starea generală a clădirilor, vehiculelor, echipamentelor, utilajelor, instalațiilor care compun aceste bunuri concesionate și,

(ii) în general, a obținut toate informațiile care-i sunt necesare cu privire la: riscuri și orice alte eventuale circumstanțe care ar putea influența sau afecta, în mod necesar, capacitatea sa de a-și executa obligațiile decurgând din prezentul Contract și orice alți factori care ar fi afectat decizia sa de a încheia Contractul sau condițiile în care ar fi făcut acest lucru”.

În opinia petentei, se impune circumstanțierea acestei clauze contractuale, având în vedere că Delegatul nu poate garanta că este satisfăcut de starea generală a clădirilor, vehiculelor, echipamentelor, utilajelor etc., luând în considerare că utilizarea acestora va începe ulterior semnării contractului, eventualele vicii ascunse ale bunurilor neputând face obiectul unei declarații de garantare din partea operatorului economic.

De asemenea, consideră că se impune și modificarea pct. ii, având în vedere observațiile privind modul de distribuție al riscului, operatorului economic nefiindu-i aduse la cunoștință riscurile generate de derularea acestui contract, astfel încât acesta nu poate garanta că a obținut toate informațiile privitoare la riscuri. Totodată, operatorul nu poate garanta că a luat la cunoștință de toate circumstanțele care ar putea influența capacitatea sa de a-și executa obligațiile, având în vedere că acestea nu au fost clar specificate și/sau definite prin prezentul Contract de concesiune.

- Prestarea Serviciului - art. 16 alin. (1) și Exonerarea de Răspundere a delegatului art. 21 alin. (3).

Potrivit art. 16 alin. (2) din Contract: *„În cazul în care Delegatul consideră că anumite circumstanțe ar putea împiedica în mod substanțial prestarea Serviciului, atunci Delegatul va notifica imediat Delegatarului, oferind, în scris, detalii cuprinzătoare asupra circumstanțelor, motivelor, durata posibilă a întreruperii și acțiunile avute în vedere pentru remedierea situației, precum și orice alte detalii pe care Delegatarul le solicita în mod rezonabil. Invocarea oricărui motiv care ar putea împiedica în mod substanțial prestarea Serviciului, cu excepția situațiilor de Forță Majoră, nu va atrage nicio modificare a vreunei clauze a acestui Contract și nu va elibera sau exonera în niciun fel Delegatul de obligația de a presta Serviciul conform Contractului și a prevederilor legale în vigoare cu privire la suspendarea sau limitarea prestării Serviciului”.*

Aceleași dispoziții contractuale sunt reluate și în cadrul art. 21 alin. (3), cu referire la Exonerarea de răspundere a Delegatului.

În acest context, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la definirea sintagmei *„în mod substanțial”* menționată în cadrul tezei întâi a art. 16 și a tezei întâi a art. 21 alin. (3), având în vedere ca acesta lasă loc arbitrariului, astfel încât se impune indicarea, în mod explicit, în ce măsură o stare de fapt sau un eveniment ar afecta în mod substanțial prestarea Serviciului sau eliminarea acestei sintagme din cadrul clauzelor ante-menționate.

În ceea ce privește teza a II a articolelor 16 și 21, sintagma *„în mod substanțial”* se referă la ipoteza în care se identifică o situație cu potențial de împiedicare substanțială a prestării serviciului, situație viitoare și incertă. În acest sens, consideră că textul trebuie completat cu mențiunea că, într-o ipoteză ca cea stabilită in art. 16 alin 2 teza a doua, ipoteza nu va atrage nicio modificare a vreunei clauze a prezentului Contract și nu va elibera sau exonera în niciun fel Delegatul de obligația de a presta serviciul, în perioada până la petrecerea evenimentului notificat (conform tezei prime).

- Art. 19 alin. (4) lit. a) - Asigurări

În ceea ce privește Clauza prevăzută la art. 19 alin. (4) lit. a) -Asigurări - conform căreia: *„Delegatul se va asigura că fiecare poliță de asigurare cerută prin prezentul articol care are drept obiect bunuri ce aparțin Delegatarului sau care privește răspunderea civilă a Delegatului: prevede că orice acțiune de revendicare a Delegatarului împotriva asigurătorului va fi acceptată de asigurător ca îndeplinind criteriile de revendicare”*, se impune luarea unor măsuri de remediere având în vedere că aceasta nu este formulată în mod clar și precis iar nerespectarea constituirii polițelor de asigurare de către delegat are ca efect rezilierea contractului și obligația plății de despăgubiri.

În acest sens, clauza va trebui circumstanțiată având în vedere că nu toate acțiunile de revendicare ale Delegatarului pot face obiectul despăgubirii în temeiul unei polițe de asigurare, dacă acestea nu

îndeplinesc anumite criterii, nu sunt întemeiate și nu este probat un eventual prejudiciu, apreciind că se pot naște abuzuri din partea autorității contractante. Astfel, consideră că se impune modificarea acestei clauze în sensul reformulării, prin menționarea în mod clar a cerințelor autorității contractante, deoarece în varianta expusă mai sus se elimină *ab initio* verificarea temeiniciei unei astfel de cereri de revendicare, aspect ce nu poate fi considerat acceptabil în condițiile legislației în materie.

Totodată, solicită obligarea autorității contractante la eliminarea din cadrul articolului 19 - Asigurări - a alineatului 5 conform căruia: *„Asigurarea de răspundere civilă va include o clauză prin care asiguratorul acceptă că termenii asigurării se aplică Delegatarului și Delegatului, angajaților, agenților, funcționarilor acestora ca în cazul în care o asigurare separată ar fi fost încheiată pentru fiecare dintre ei”.*

În opinia petentei, solicitarea privind extinderea obligației încheierii asigurării de răspundere civilă de către Delegat și pentru angajații, agenții și funcționarii Delegatarului este abuzivă, încălcând prevederile legii nr. 100/2016.

- Posibilitatea subcontractării serviciilor furnizate. În ceea ce privește lipsa oricărei reglementări în cadrul contractului privind subcontractarea serviciilor furnizate, contestatoarea consideră că și acest aspect reprezintă o încălcare a textelor legale.

Astfel, conform prevederilor art. 94 din Legea nr. 100/2016, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului să precizeze în ofertă partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.

Subcontractanții propuși sunt ținuți de respectarea acelorași obligații în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, întocmai ca ofertanții, iar art. 102 din HG nr. 867/2016, prevede că autoritatea contractantă are obligația de a stabili clauze contractuale obligatorii privind cesiunea de creanță legată de partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de către subcontractanți, după începerea operării contractului de concesiune.

Având în vedere că prin Fișa de date la capitolul III.2.3. a, s-a stabilit posibilitatea subcontractării serviciilor, petenta solicită obligarea autorității contractante să ia măsurile ce se impun în sensul completării clauzelor contractuale, astfel încât să se asigure implementarea cerințelor art. 102 din HG nr. 867/2016.

- În ceea ce privește Răspunderea Delegatarului - art. 22 din Contract, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea prevederii conform căreia: *„În niciun caz Delegatarul nu va fi răspunzător față de Delegat de vreo Daună ori Daună indirectă sau cheltuială de orice natură pe care Delegatul le-ar putea suporta sau înregistra datorită: (i) producerii unui eveniment de Forță Majoră (ii) stării Bunurilor concesionate sau a amplasamentelor aferente acestora*

sau iii) oricărei nereușite a Delegatului de a realiza veniturile previzionate în baza prezentului Contract".

Această prevedere reprezintă o limitare abuzivă a răspunderii Delegatarului, ce contravine dispozițiilor art. 26 - 27 din Contract, privind Forța Majoră și Menținerea Echilibrului Contractual precum și dispozițiilor Legii nr. 100/2016. De asemenea, având în vedere că Delegatul urmează a exploata depozitul amplasat în comuna ..., construcție edificată anterior încheierii contractului de concesiune, în conformitate cu dispozițiile art. 30 din Legea nr. 10/1995, privind calitatea în construcții, Delegatarul este responsabil potrivit legii pentru viciile ascunse ale construcției, ivite într-un interval de 10 ani de la recepția lucrării, precum și după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existență a construcției, pentru viciile structurii de rezistență rezultate din nerespectarea normelor de proiectare și de execuție în vigoare la data realizării ei.

- Rezilierea contractului în cazul în care nu se achită redevența. În conformitate cu prevederile art. 15 alin. (4): „Neplata redevenței de către Delegatar în termen de 30 (treizeci) de zile de la data scadenței, conferă Delegatarului dreptul de a considera Contractul reziliat de plin drept fără a fi nevoie de nicio altă formalitate sau de intervenția instanței judecătorești. Delegatul va rămâne obligat și după rezilierea Contractului la plata redevenței datorate până la data încetării contractului, precum și la plata penalităților de întârziere calculate până la data plății efective.

Pe de altă parte, în cuprinsul art. 31 alin. 31.1. paragraf 31.1.1. Delegatarul va avea dreptul (dar nu și obligația) să rezilieze prezentul Contract, în momentul survenirii oricăreia dintre următoarele evenimente („Obligații încălcate"): (g) în cazul intârzierii Delegatului cu privire la plata redevenței care se prelungește pe o durată ce determină acumularea de penalități care depășesc contravaloarea redevenței anuale;

Pentru eliminarea neconcordanțelor privind rezilierea în cazul neplății redevenței, contestatoarea propune menținerea prevederilor din cuprinsul art. 31 alin. (3.1.1.) paragraf 3.1.1.1.) litera g) și corectarea dispozițiilor art. 15 alin. (4) astfel încât acestea să corespundă cu art. 31.1. menționat mai sus.

- Procedura din cuprinsul art. 31.1.2. prevăzută în cazul în care are loc o încălcare a obligațiilor. Pentru o mai mare claritate, pentru evitarea neînțelegerilor și pentru menținerea echilibrului contractual, petenta solicită obligarea autorității contactante la clarificarea, în cuprinsul contractului, dacă procedura din cuprinsul art. 31.1.2. este opțională sau obligatorie.
- Rezilierea contractului din culpa Delegatarului (art. 31.2) - Circumstanțierea exercitării dreptului de reziliere a Delegatului, respectiv doar în cazul în care are loc o încălcare importantă, ce are un efect negativ semnificativ asupra drepturilor sau obligațiilor

Delegatului, este în opinia petentei excesivă. Astfel, subliniază că și încălcări repetate ale obligațiilor contractuale ar trebui să dea dreptul Delegatului să rezilieze contractul, propunerea acesteia fiind modificarea art. 31.2.1. astfel: „(*1) Delegatul va avea dreptul (dar nu și obligația) să rezilieze prezentul Contract în caz de încălcare importantă, de către Delegatar a oricăreia din obligațiile asumate în baza prezentului Contract, care are un efect negativ semnificativ asupra drepturilor sau obligațiilor Delegatului, în baza prezentului Contract. (2) De asemenea, apariția unuia sau a mai multor cazuri dintre următoarele se va considera că o încălcare de mică însemnătate a obligațiilor din Contract, în condițiile art. 1551 din Codul Civil, situație în care Delegatul va trimite Delegatarului o notificare scrisă în acest sens și va acorda acestuia din urmă un termen de …… de zile calendaristice pentru remediere, iar în situația în care Delegatarul nu va remedia încălcarea nici după acest termen, se va considera că încălcarea obligațiilor are un caracter repetat și vor fi aplicabile prevederile art. 1551 din Codul Civil”.*

2. Neregularități ale documentației de atribuire.

Având în vedere că în Fișa de date la II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor se precizează: *„Delegarea operării Depozitului de deșeuri nepericuloase ..., Județul ..., ..." care presupune delegarea, prin concesiune, a gestiunii activității de operare a Depozitului județean de deșeuri nepericuloase amplasat în comuna ..., județul ..., inclusiv dreptul și obligația de administrare și de exploatare a infrastructurii aferente acestei activități, constituită din depozit și alte bunuri aferente acestuia (activitate componentă a serviciului de salubrizare, respectiv activitatea de administrare a depozitelor de deșeuri și/sau a instalațiilor de eliminare a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare, prevăzută la art. 2 alin. (3) lit. j) din Legea serviciului de salubrizare a localităților nr. 101/2006)”,*

Iar în Condițiile Contractuale la art. 5. Obiectul contractului, se precizează: *"(i) Obiectul prezentului Contract este delegarea, prin concesiune, a gestiunii activității de operare a Depozitului județean de deșeuri nepericuloase amplasat în comuna ..., Județul ..., inclusiv dreptul și obligația de administrare și de exploatare a infrastructurii aferente acestei activități, constituită din Depozit și alte bunuri aferente acestuia (activitate componentă a serviciului de salubrizare, respectiv activitatea de administrare a depozitelor de deșeuri și/sau a instalațiilor de eliminare a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare, prevăzută la art. 2 alin. (3) lit. j) din Legea nr. 101/2006)".*

Și în Caietul de Sarcini art. 4, par. 4.2. se stipulează: *"Pe toată durata Contractului, Delegatul va îndeplini următoarele cerințe pentru operarea Depozitului de deșeuri nepericuloase ....*
Recepția, cântărirea și înregistrarea la intrarea în depozit, a transporturilor de deșeuri solide municipale, livrate în incinta acestuia.

Depozitarea deșeurilor în spațiul special destinat în incinta depozitului.

Dezvoltarea de capacități suplimentare (incluzând proiectare, execuție și finanțare) pentru depozitare pe amplasamentul depozitului de deșeuri nepericuloase ... - celulele 2 și 3. închiderea provizorie și finală a celulelor epuizate, închiderea finală a depozitului precum și monitorizarea postînchidere a acestuia, conform prevederilor legale în vigoare.

Contractarea serviciului de eliminare a deșeurilor cu operatorii de colectare și transport deșeuri, în baza obligației acestora de a contracta acest serviciu exclusiv cu operatorul depozitului de la ....

Facturarea și urmărirea încasării Serviciului prestat;

Administrarea, exploatarea și întreținerea sistemelor de colectare și tratare a levigatului și a apelor reziduale, a sistemelor de tratare a gazelor de depozit, a echipamentului de cântărire a deșeurilor, a stației de spălare a pneurilor pentru vehiculele de transport deșeuri, a stației de alimentare cu combustibil, a clădirilor si a oricăror alte instalații/echipamente/dotări din incinta depozitului ... cum ar fi, printre altele: rețele subterane/supraterane, puțuri monitorizare, garduri, canale, taluze, instalație de iluminare perimetrală etc.

Instalarea, exploatarea și întreținerea sistemelor de colectare a gazului de depozit.

În măsura în care legislația națională și comunitară va introduce utilizarea instalațiilor de tratare a deșeurilor în vederea reducerii cantității de deșeuri destinate eliminării finale prin depozitare, Delegatul va putea completa infrastructura concesionată cu astfel de instalații, cu aprobarea Delegatarului".

Contestatoarea solicită ca, în vederea conformării cu cerințele art. 20 din HG nr. 395/2016, să se dispună obligarea autorității contractante la corectarea Fișei de Date la II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, cu mențiunea privind serviciul de proiectare și execuție lucrări de construcții și instalații, indicată în celelalte documente ale procedurii de atribuire, astfel cum a fost expusă în paragrafele de mai sus.

- Actualizarea datelor privind deșeurile.

Având în vedere durata contractuală de 252 luni, respectiv 2018-2039, solicită obligarea autorității contractante la actualizarea datelor privind Prognoza deșeurilor municipale pentru întregul județ ..., tabel 2, pag. 9 din caietul de sarcini, care se referă la perioada 2012-2038 și Tabelul 3 - Cantități de deșeuri care ajung la depozit, pag. 10 din caietul de sarcini, care se refera la perioada 2013-2032.

- Conform cap. 26.3, Alocarea Riscurilor - Serviciul de operare a depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., pag. 33 din Caietul de Sarcini, presupune că în ceea ce privește autorizațiile/avizele/licențele de operare, eșecul în obținerea sau

menținerea ulterioară a autorizațiilor, avizelor și/sau licențelor necesare pentru operare, cad în sarcina Delegatului.

Având în vedere că operatorul nu a proiectat și construit CMID ..., iar eșecul în obținerea autorizațiilor, avizelor și/sau licențelor necesare pentru începerea operării se poate datora amplasamentului (construcții, instalații, echipamente etc.), predat la momentul semnării contractului și chiar operatorului care a operat CMID până la semnarea contractului, petenta solicită obligarea autorității contractante la corectarea acestui risc, în sensul suportării acestuia atât de Delegat cât și de Delegatar.

- Clarificarea mențiunii de la art. 40.3 din Caietul de sarcini

Având în vedere mențiunea de la art. 40.3 din Caietul de sarcini, potrivit căreia: *„Delegatul va fi responsabil de asigurarea tuturor utilităților necesare bunei funcționări a activității”*, se solicită obligarea autorității contractante la clarificarea dacă, pentru amplasamentul CMID ..., au fost executate toate racordurile și branșamentele la utilități.

- Completarea documentației de atribuire cu documente suplimentare.

La art. 43.3. din Caietul de Sarcini se menționează: ”Delegatul va primi în timpul perioadei de mobilizare, documentațiile tehnice ale obiectivului - Cartea tehnică a construcției (format electronic), manuale/instrucțiuni de operare și întreținere pentru echipamente/instalații ale producătorului acestora”.

Având în vedere că operatorul va trebui să întocmească oferta sa financiară și tehnică luând în calcul toate cheltuielile privind operarea (forța de muncă, consumuri de combustibil, consumuri de utilități, consumuri cu mentenanța echipamentelor, clădirilor, infrastructurii, amortizări, taxe și impozite etc.) și prevederile art. 71 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, precum și art. 19 din normele metodologice, se solicită obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire cu următoarele documente:

- Cartea tehnică a construcției pentru toate specialitățile (structură, arhitectură, instalații);
- Manualele de operare și întreținere pentru toate echipamentele fixe și mobile;
- Fișele tehnice pentru toate echipamentele fixe și mobile.

- Completarea listei bunurilor de retur

Având în vedere mențiunea din Anexa 2 la Caietul de Sarcini, respectiv că *”Pe amplasamentul depozitului ... există bunuri care nu se regăsesc în lista bunurilor de retur concesionate deoarece acestea au fost achiziționate de către Serviciul Public de Administrare a Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor în județul ..., în vederea asigurării condițiilor de funcționare ale serviciului public, pentru administrarea temporară a depozitului. La momentul predării-primirii bunurilor care fac obiectul concesiunii, lista bunurilor de retur poate fi completată, după caz, și cu acestea”,* se solicită obligarea autorității contractante la completarea Listei bunurilor de retur.

- Transmiterea valorii de inventar pentru bunurile de retur

Pentru stabilirea valorii taxelor de asigurare a taxelor locale, a valorii obligațiilor fiscale precum și a amortizărilor, solicită obligarea autorității contractante la transmiterea valorii de inventar pentru toate bunurile de retur, pentru fiecare dintre acestea.

- Indicarea cantității și volumului de deșeuri depozitat în cadrul Celulei 1

Având în vedere mențiunea de la art. 31.1. din Caietul de Sarcini, se solicită obligarea autorității contractante în a preciza care este cantitatea și, respectiv, volumul de deșeuri depozitat deja în Celula 1 din cadrul CMID ....

Pentru toate aceste motive, autoarea contestației a solicitat Consiliului să dispună, în principal, obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere menționate în cadrul notificării prealabile nr. 25195 din data de 03.01.2018, iar în subsidiar, anularea procedurii în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Prin cea de-a doua contestație formulată de SC ... SRL, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 2364/17.01.2018, se critică adresa nr. UIP/09.01.2018, de comunicare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă, solicitându-se, în principal, obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere menționate în notificarea prealabilă nr. 25195 din data de 03.01.2018, iar în subsidiar, anularea procedurii în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Față de răspunsul autorității contractante, potrivit căruia a fost dispusă remedierea, în parte, a neregulilor sesizate prin notificare, contestatoarea are în vedere următoarele argumente, raportat la punctul de vedere al autorității contractante și la fiecare măsura de remediere întreprinsă.

I. <u>Remedii privind clauzele Contractului de concesiune</u>

- Distribuirea riscului de operare.

Față de motivele invocate în notificarea prealabilă, învederate, de asemenea și în prima contestație depusă la Consiliu și față de motivele de respingere invocate, autoritatea contractantă a precizat că nu se impune remedierea din următoarele motive:

- Toate informațiile semnalate se regăsesc în documentele licitației, care constituie anexă la Contract. În ceea ce privește ocuparea depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., autoritatea contractantă a precizat că a detaliat aceste aspecte la pct. 26 - Alocarea responsabilităților și riscurilor contractuale din caietul de sarcini, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) lit. g) din HG nr. 867/2016.

Contestatoarea învederează că se impune modificarea clauzelor respective, având în vedere că în caietul de sarcini riscul a fost distribuit doar în mod formal, fără ca Delegatul să-și asume efectiv un risc real, existând totodată o neconcordanță între prevederile art. 21 alin. (1) din Contract și pct. 26 din caietul de sarcini, prevederile din cele două documente excluzându-se reciproc.

În acest sens, se invocă prevederile art. 21 alin. (1) din modelul de contract: *„Delegatul declară și garantează că acceptă și încheie prezentul Contract pe propriul său risc tehnic, economic și financiar că este răspunzător atât în fața Delegatarului cât și, în unele situații, față de autoritățile competente pentru obligațiile asumate, prestarea serviciului și exploatarea bunurilor de retur, conform prevederilor prezentului Contract”*, și se concluzionează că, în ciuda mențiunilor din caietul de sarcini, vor prevala dispozițiile contractuale, conform cărora în sarcina Delegatului vor cădea riscurile de operare, ceea ce îl va dezavantaja în mod vădit pe Delegat.

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea reiterează solicitarea din cuprinsul primei contestații, privind obligarea autorității contractante la modificarea contractului de concesiune în sensul stipulării unor clauze prin care se stabilește, în mod explicit, modul de distribuire a riscurilor pe întreaga durata a acestuia, cu respectarea principiului proporționalității și corelarea clauzei prevăzută la art. 21 alin. (1) teza I cu aceste modificări.

- În ceea ce privește solicitarea referitoare la <u>Obligațiile Delegatului - art. 9</u>, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a argumentat că nu se impune remedierea, deoarece Delegatul este ținut răspunzător pentru încălcarea dispozițiilor legale în desfășurarea contractului, dacă prin aceasta a produs un prejudiciu unor terțe persoane.

În opinia petentei, autoritatea contractantă nu a răspuns întocmai la motivele invocate și a făcut trimitere la obligativitatea Delegatului de a răspunde atunci când se încalcă prevederile legale și, în acest mod, a produs un prejudiciu unei terțe persoane, aspect cuprins în prima teză a art. 9 din Contract.

Contestatoarea învederează că a formulat critici doar cu privire la teza a doua a aceluiași articol, care pune în sarcina Delegatului răspunderea față de terțe persoane, în situația anumitor restricții de ordin legislativ sau de orice altă natură. În opinia contestatoarei, această teză a doua cuprinde o clauză neclară, neindicându-se, în mod concret, la ce restricții se referă și cine ar impune/genera aceste restricții, precum și argumentele pentru care Delegatul, și nu beneficiarul lucrării, răspunde în astfel de situații.

Față de aceste motive, SC ... SRL reiterează solicitarea cuprinsă și în prima contestație, aceea a obligării autorității contractante la circumstanțierea clauzei mai sus menționate.

- <u>Redevența - art. 15</u>

Față de motivele invocate în cuprinsul notificării prealabile și în cuprinsul primei contestații în ceea ce privește prevederile art. 15 alin. (4) teza a II a din Contractul de concesiune, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la corelarea dispozițiilor acestei clauze contractuale cu cele ale art. 27 alin. (4), însă autoritatea contractantă a precizat că nu se impune remedierea, întrucât cele două articole indicate

tratează două situații faptice diferite și, ca atare, corelarea acestora ar fi imposibilă.

Față de precizările autorității contractante, contestatoarea învederează că necesitatea modificării art. 15 alin. (4) teza a II, este cu atât mai stringentă cu cât, din conținut nu rezultă momentul la care are loc încetarea Contractului și momentul până la care Delegatul poate fi obligat la plata redevenței.

Având în vedere această situație, reiterează solicitarea privind obligarea autorității contractate la lămurirea cuprinsului art. 15 alin. (4) teza a II a din Contractul de concesiune, în sensul de a indica care este perioada pentru care Delegatul poate fi obligat la plata redevenței și a penalităților aferente, în situația încetării contractului.

- Prestarea Serviciului - art. 16 alin. (1)

În contestație se arată că față de criticile care au făcut obiectul notificării prealabile și al primei contestații, autoritatea contractantă a precizat că nu se impune remedierea, întrucât prin faptul că a consimțit la participarea la procedura de atribuire a unui contract de concesiune privind operarea Depozitului județean de deșeuri nepericuloase, contestatoarea a condus la ideea că a acționat în deplină cunoștință de cauză, că s-a informat anterior asupra transferului în sarcina sa a unei părți semnificative a riscului de operare.

În opinia contestatoarei, argumentele autorității contractante nu pot fi primite, dat fiind că prin aceasta face trimitere la riscul de operare asumat de ea, în timp ce motivele sale de contestare vizează un risc preexistent contractării, respectiv vicii neaparente, pe care legislația privind achizițiile publice nu le pune și nu le poate pune în sarcina Delegatului.

În concluzie, contestatoarea reiterează solicitarea cuprinsă și în prima contestație de a obliga autoritatea contractantă la circumstanțierea prevederilor art. 16 alin. (1) teza a II a din contract.

- Art. 19 alin. (4) lit. a) - Asigurări

Față de motivele invocate în cuprinsul notificării prealabile și în cuprinsul primei contestații, în ceea ce privește clauza prevăzută la art. 19 alin. (4) lit. a) – Asigurări, în contestație se menționează autoritatea contractantă nu a dispus măsuri de remediere pe considerentul că în cuprinsul acestui articol este descris pe larg, în mod clar și precis, obligația Delegatului, cu indicarea detaliată în Anexa nr. 9 că orice orice revendicare a Delegatarului va fi îndreptățită la despăgubiri nu ar fi una abuzivă, iar extinderea răspunderii Delegatului ar fi una legală.

Petenta opinează că autoritatea contractantă nu a motivat, în concret, soluția de respingere ci s-a mărginit la a face afirmații cu caracter general. În acest context, reia argumentele prezentate în prima contestație, cu privire la circumstanțierea acestui articol, respectiv la modificarea acestei clauze în sensul reformulării ei și totodată eliminarea din cadrul art. 19 a alineatului 5.

- Răspunderea Delegatarului - art. 22 din Contract

Față de motivele invocate în notificarea prealabilă și în cuprinsul primei contestații, în ceea ce privește clauza prevăzută la art. 22, autoritatea contractantă nu a dispus măsuri de remediere, considerând că nu se impune remedierea, întrucât a respectat toate normele legale aplicabile, iar recepționarea obiectivului Depozit județean de deșeuri nepericuloase ... s-a realizat cu respectarea tuturor cerințelor de ordin tehnic și economic prevăzute de legislația în domeniu.

În contestație se susține că autoritatea contractantă nu a adus argumente plauzibile pentru care modificările propuse nu ar fi întemeiate, motiv pentru care petenta reiterează argumentele invocate și solicită obligarea autorității contractante la eliminarea din art. 22 a prevederii conform căreia: *„În niciun caz Delegatarul nu va fi răspunzător față de Delegat de vreo Daună ori Daună indirectă sau cheltuială de orice natură pe care Delegatul le-ar putea suporta sau înregistra datorită: (i) producerii unui eveniment de Forță Majoră (ii) stării Bunurilor concesionate sau a amplasamentelor aferente acestora sau (iii) oricărei nereușite a Delegatului de a realiza veniturile previzionate în baza prezentului Contract”.*

- Rezilierea contractului din culpa Delegatarului (art. 31.2)

Față de motivele invocate în notificarea prealabilă și în cuprinsul primei contestații, în ceea ce privește rezilierea contractului din culpa Delegatarului (art. 31.2), autoritatea contractantă a precizat că nu se impune remedierea, întrucât propunerea de modificare făcută de către petentă ar fi confuză, ambiguă și imcompletă, afirmație cu care aceasta susține că nu este de acord și, în concluzie, reiterează solicitarea privind obligarea autorității contractante la modificarea art. 31.2.1., astfel cum a fost propusă.

2. Neregularități ale documentației de atribuire.

Contestatoarea reia critica referitoare la Fișa de date – pct. II. 1.5) *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor*, de obligare a autorității contractante la corectarea acestui aspect, și față de care autoritatea contractantă a răspuns că nu se impune remedierea.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că SC ... S.R.L. a invocat în mod eronat prevederile art. 20 din HG nr. 395/2016, acest act normativ referindu-se la aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 contestatoarea trebuind să invoce prevederile HG nr. 867/2016, care se referă la Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului concesiunilor de lucrări și concesiunilor de servicii din Legea 100/2016, în speță art. 19 alin. (4).

Autoritatea contractantă a considerat că a respectat și s-a conformat cerințelor art. 19 alin. (4) din HG nr. 867/2016, astfel că apreciază că *Descrierea succintă a contractului* în prezenta procedură, coincide cu formularea de la art. 5 alin. (1) Obiectul Contractului din Condiții contractuale. Faptul că la art. 4 pct. 4.2 din caietul de sarcini sunt

precizate pe larg cerințele pe care trebuie să le îndeplinească Delegatul, printre care și *Dezvoltarea de capacități suplimentare (incluzând proiectare, execuție și finanțare) pentru depozitare pe amplasamentul depozitului de deșeuri nepericuloase ... - celulele 2 și 3, închiderea provizorie și finală a celulelor epuizate, închiderea finală a depozitului precum și monitorizarea postînchidere a acestuia, conform prevederilor legale în vigoare,* nu este de natură să justifice solicitarea de corectare a fișei de date.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu s-a conformat prevederilor art. 19 alin. (4) din HG nr. 867/2016, întrucât cerințele din caietul de sarcini nu respectă în totalitate litera acestuia. Astfel, învederează că pentru autoritatea contractantă obligativitatea de Proiectare și construire a Celulelor C2 și C3, în conformitate cu Legea nr. 50/1991 și Legea nr. 10/1995, din fondurile proprii de investiție ale operatorului, este o activitate conexă, neavând nici măcar semnificația unei informații generale.

Spre exemplificare, arată că operatorul, prin mențiunea din caietul de sarcini citată în notificarea prealabilă, este obligat să proiecteze și să construiască două celule de depozitare având o capacitate de 3.020.000 m^3 din totalul de 4.000.000 m^3, în condițiile în care celula C1 deja construită din fondurile autorității are o capacitate de 980.000 m^3, adică 24,5% din capacitatea totală de depozitare. Din acest motiv a solicitat completarea fișei de date, tocmai din considerentul importanței și valorii majore de investiție solicitată a fi executată de către Operatorul CMID.

Contestatoarea precizează că în motivarea de respingere, formulată de către autoritatea contractantă, se precizează că *în fundamentarea tarifului pentru oferta financiară, nu intră în calcul costurile pentru dezvoltarea de capacități suplimentare de depozitare. Dezvoltarea ulterioară a acestei capacități de depozitare depinde de dinamica epuizării capacităților de depozitare existente, de eventualele investiții ale operatorului, de natură să reducă capacitatea de deșeuri depozitată.*

Prin contestație se apreciază că această motivare din partea autorității contractante este cel puțin bizară, nefiind clar cum va fi legal, investiția operatorului pe amplasamentul CMID aflat în proprietatea autorității contractante și în ce condiții va fi recuperată investiția de către operator, dacă aceste costuri nu vor fi cuprinse în fundamentarea tarifului, mai ales că art. 6 din Ordinul nr. 109/2007, precizează foarte clar care anume cheltuieli pot fi incluse în fundamentarea tarifului.

Contestatoarea precizează că își motivează solicitarea de mai sus și pe prevederile art. 12 și art. 98 din HG nr. 867/2016.

De asemenea, apreciază că este neclar cum se va face transferul proprietății Operatorului asupra construcțiilor executate din fonduri proprii, dacă costurile nu sunt incluse în fundamentarea tarifului, precizare care încalcă prevederile art. 100 din HG nr. 867/2016.

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la corectarea pct. II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a

achiziției/achizițiilor din fișa de date, cu menționarea serviciului de proiectare și execuție lucrări de construcții și instalații, indicată în celelalte documente ale procedurii de atribuire. De asemenea, pentru respectarea reglementărilor în vigoare și a obligației de la art. 4 par. 4.2. din caietul de sarcini, contestatoarea consideră că se impune corectarea pct. II.1.5) din fișa de date a achiziției cu închiderea activității: *Dezvoltarea de capacități suplimentare (incluzând proiectare, execuție și finanțare) pentru depozitare pe amplasamentul depozitului de deșeuri nepericuloase ... - celulele 2 și 3, închiderea provizorie și finală a celulelor epuizate, închiderea finală a depozitului precum și monitorizarea postînchidere a acestuia, conform prevederilor legale în vigoare.*

- Actualizarea datelor privind deșeurile

Contestatoarea reiterează că față de motivele invocate în notificarea prealabilă și în cuprinsul primei contestații, motivele de respingere invocate de autoritatea contractantă au fost în sensul că *„toate datele din documentație au la bază informații din documente oficiale publicate de INS, APM și alte instituții ale statului, neavând alte date suplimentare”.*

Drept urmare, aceasta reia solicitarea privind obligarea autorității contractante la transmiterea datelor aferente perioadei 2032-2039, astfel încât să se poată fundamenta tarifele și pentru această perioadă. Contestatoarea apreciază că, deși autoritatea declară că are lipsuri în transmiterea de date vitale pentru stabilirea tarifelor ofertate, respectiv cantitățile de deșeuri, nu ia nicio măsură pentru clarificarea acestui aspect, respectiv cum se va proceda pentru calculul tarifelor în perioada fără date și solicită clarificarea acestui aspect, în așa fel încât, să nu fie încălcat art. 19 alin. (2) din HG nr. 867/2007.

- Completarea documentației de atribuire cu documente suplimentare

În ceea ce privește motivele invocate în notificarea prealabilă și în cuprinsul primei contestații, referitoare la prevederile art. 43.3. din caietul de sarcini, în răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă a considerat că nu se impune remedierea, întrucât a transmis în SEAP toate datele soliciate, iar cartea tehnică va fi predată operatorului după semnarea contractului, în perioada de mobilizare.

În acest context, se solicită obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire cu următoarele documente: Partea desenată a proiectului de arhitectură (Planurile amplasamentului), vizată spre neschimbare, faza DTAC.

Pentru toate motivele expuse în contestație, SC ... S.R.L. solicită, în principal, obligarea autorității contractante de a lua măsurile de remediere solicitate, iar în subsidiar, anularea procedurii, în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Ca urmare a solicitărilor din cuprinsul adresei CNSC nr. 2734/173–C4/19.01.2018, CONSILIUL JUDEȚEAN ... a transmis punctul său de vedere față de contestația depusă de SC ... SRL, prin care solicită

respingerea acesteia, ca neîntemeiată, respingerea solicitării de luare a măsurilor de remediere menționate în cadrul notificarii prealabile nr. 25195/03.01.2018, ca fiind neîntemeiată, respingerea cererii de anulare a procedurii ca fiind nefondată, precum și respingerea oricăror altor cereri formulate.

În formularea prezentului punct de vedere, autoritatea contractantă precizează că a luat act, în baza adresei transmisă de SC ... SRL și înregistrată la autoritate sub nr. 970/16.01.2018, de cererea de renunțare la judecarea contestației depusă de către aceasta la data de 09.01.2018.

Prin notificarea prealabilă primită și înregistrată la sediul autorității sub nr. 25195/27.12.2017, contestatorul a solicitat autorității să dispună luarea tuturor măsurilor necesare, cu privire la documentația de atribuire, constând în adoptarea unor remedii cu privire la clauzele contractului de concesiune, respectiv corectarea unor neregularități în documentația de atribuire, conform motivelor expuse pe larg în cuprinsul notificării prealabile.

Față de notificarea mai sus menționată, autoritatea contractantă, în baza răspunsului la notificarea prealabilă nr. 25195/03.01.2018 - nr. UIP 424/03.01.2018, a comunicat că urmează să adopte o serie de măsuri de remediere, în parte, a documentației de atribuire.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei prin adresa nr. 369/09.01.2018 - nr. UIP 2/09.01.2018, măsurile de remediere la notificarea prealabilă nr. 25195/27.12.2017, cu publicarea concomitentă în SEAP (clarificarea nr. 2 din 09.01.2018).

Contrar prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea nu a mai așteptat comunicarea măsurilor de remediere, și a formulat o contestație la data de 09.01.2018.

Luând cunoștință de măsurile de remediere, contestatorul a comunicat, cu adresa înregistrată la autoritate sub nr. 970/16.01.2018, cererea de renunțare la judecarea contestației inițiale, formulând o nouă contestație, depusă la data de 15.01.2018, pentru lipsa unor măsuri de remediere pe care le-a solicitat inițial.

1. Referitor la cererea de anulare a procedurii, în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, autoritatea apreciază că aceasta este nefondată, întrucât contestatoarea nu a adus niciun fel de dovezi și niciun fel de argumente în justificarea acestui capăt de cerere, respectiv care ar fi, în opinia sa, acele erori sau omisiuni constatate pe parcursul procedurii, pe care autoritatea contractantă ar fi în imposibilitatea de a le remedia, în condițiile în care există această posibilitatea legală, respectiv a remedierii documentației de atribuire.

2. În ceea ce privește motivele de nelegalitate invocate, opinia autorității este că petenta confirmă că i-au fost comunicate măsurile de remediere, în parte, a documentației de atribuie și nu poate constitui motiv de nelegalitate că autoritatea contractantă a apreciat unele măsuri de remediere propuse ca fiind nelegale sau nejustificate, deoarece

pentru fiecare situație în parte în care nu s-a acceptat adoptarea unor astfel de măsuri, au fost prezentate explicații argumentate legal.

În conformitate cu prevederile art. 51 alin. (5) și (6) și art 72 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, autoritatea contractantă consideră că este atributul său exclusiv de a defini obiectul concesiunii, caracteristicile solicitate pentru lucrările sau serviciile care urmează a fi concesionate, stabilirea criteriiior de atribuire, modul de repartizare a riscurilor, cerințele minime pe care ofertele trebuie să le îndeplinească, criterilie de atribuire ale contractelor, forma contractelor.

Având în vedere că în cuprinsul celei de-a doua contestații au fost reluate remediile propuse în notificarea prealabilă, cu indicarea motivelor de respingere invocate de catre autoritatea contractantă, aceasta menționează următoarele:

I. Remedii privind clauzele contractului de concesiune

- În ceea ce privește Distribuirea riscului de operare, autoritatea apreciază solicitarea ca fiind neîntemeiată, menținându-și punctul de vedere exprimat inițial în cadrul măsurilor de remediere la notificarea prealabilă nr. 25195/27.12.2017, neimpunându-se modificarea Contractului de concesiune din următoarele motive:

- Documentele licitației trebuie interpretate în conformitate cu art. 2 alin. (2) din Contract, respectiv *„Se consideră că documentele care alcătuiesc Contractul se explică reciproc și se interpretează împreună”.* Toate informațiile se regăsesc în documentele licitației, care constituie anexă la Contract, devenind astfel, conform art. 94 din Legea nr. 100/2016, parte integrantă a contractului de concesiune. Astfel, potrivit art. 2 alin. (3) din lit. b) din Contract. *„Caietul de Sarcini, face parte din Documentația de Atribuire, inclusiv clarificările autorității contractante făcute înaintea deschiderii ofertelor (Anexa nr. 2)”*. Alocarea principalelor riscuri între Delegatar și Delegat în ceea ce privește operarea Depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., este precizată detaliat la pct. 26 - Alocarea responsabilităților și riscurilor contractuale, din Caietul de Sarcini, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) lit. g) din H.G. nr. 867/2016.

- Obligațiile Delegatului - Art. 9

Potrivit art. 9 pct. 2 din Contract delegatul are, printre alte obligații generale, obligația *„Să plătească despăgubiri persoanelor fizice sau juridice pentru prejudiciile provocate din culpă, inclusiv pentru restricțiile impuse deținătorilor de terenuri aflate în perimetrul zonelor de protecție instituite, conform prevederilor legale”.*

Având în vedere că autoritatea contractantă are calitate de beneficiară a contractului de concesiune, contestatoarea consideră că despăgubirea unor terțe persoane, în cazul anumitor restricții de ordin legislativ sau de orice altă natură, cade în sarcina acesteia și nu a operatorului.

În acest sens, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat inițial în măsurile de remediere la notificarea prealabilă nr. 25195/27.12.2017, din următoarele motive:

Operarea Depozitului de deșeuri nepericuloase ..., după atribuirea contractului de concesiune, se realizează de către operator (concesionar), iar conform prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, *atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătura cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective*.

În prestarea serviciului de operare, Delegatul are ca responsabilitate principală, conform pct. 26.2 din Caietul de Sarcini, să-și desfășoare activitatea în acord cu toate avizele, autorizațiile, legile, actele, regulile statutorii, codurile de bună practică și cu toate obligațiile contractuale aplicabile.

Autoritatea contractantă precizează că terenul pe care este amplasat depozitul ..., cât și drumul de acces la Depozitul ... (DE 790), aparțin domeniului public al comunei ... (transmise în administrarea Consiliului Județean ... pe toată durata existenței depozitului, până la finalizarea monitorizării post-închidere a acestuia), iar aceste terenuri, la rândul lor, se învecinează cu terenurile agricole aparținând altor proprietari.

Delegatul este astfel pe deplin responsabil, în ceea ce privește exploatarea obiectivului în condiții de siguranță, cu respectarea cerințelor stabilite prin documentele de licitație, respectiv prin Autorizația integrată de mediu, Autorizația de gospodărire a apelor, precum și orice alte cerințe legale, astfel încât să nu afecteze prin activitatea sau prin anumite restricții impuse, terțele persoane sau deținătorii de terenuri din zona și să plătească despăgubiri celor afectați pentru prejudiciile cauzate din culpa sa.

Potrivit prevederilor art. 9 pct. 24. din Contractul de delegare, Delegatul are ca obligație generală *„Să efectueze lucrările necesare pentru prestarea Serviciului astfel încât să nu obstrucționeze accesul populației la/dinspre proprietățile private limitrofe depozitului”.* Astfel de situații ar putea fi rezultatul unei exploatări necorespunzătoare de către Delegat a instalațiilor, utilajelor, echipamentelor, blocarea sau restricționarea căilor de acces din incinta sau din afara depozitului, depozitarea necorespunzătoare a deșeurilor, poluarea mediului înconjurător, neîndeplinirea standardelor de performanță în ceea ce privește protecția mediului etc.

- <u>Redeventa - art. 15</u>

Referitor la art. 15 alin. (4) teza a II a din Contractul de concesiune, în ceea ce privește solicitările din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat și în cadrul măsurilor de remediere din următoarele motive:

Solicitarea de corelare a art. 15 alin. (4) teza a II a cu art. 27 alin. (4) din contract, nu este posibilă întrucât cele 2 texte tratează chestiuni diferite. Acest articol se referă la obligația Delegatului care intervine și după rezilierea contractului de a plăti redevența datorată până la momentul rezilierii, precum și la plata penalităților de întârziere calculate până la data plății efective.

Ori, art. 27 alin. (4), invocat în solicitarea contestatoarei, se referă la situația în care părțile eșuează în încercarea de renegociere a termenilor și condițiilor, în scopul restabilirii echilibrului economico-financiar al contractului, dacă dezechilibrul rezultat nu poate fi remediat, atunci oricare dintre părți având dreptul să notifice celeilalte părți încetarea contractului, fără ca vreuna dintre ele să pretindă daune-interese, Delegatul păstrând obligația de a presta Serviciul în continuare pe o durată de cel mult 90 (nouăzeci) de zile, în vederea asigurării continuității Serviciului.

Referitor la solicitarea contestatoarei de lămurire a art. 15 alin. (4) teza a II a din Contractul de de concesiune, autoritatea precizează că, în conformitate cu art. 15 alin. (4) teza a I a din Contractul de concesiune, neplata redevenței de către Delegat în termen de 30 (treizeci) de zile de la data scadenței, conferă Delegatarului posibilitatea să considere contractul reziliat de plin drept, fără a fi nevoie de nicio altă formalitate sau intervenția instanței judecătorești. Redevența este datorată de Delegat, Delegatarului pe toată durata contractului, pentru utilizarea serviciului. Din interpretarea art. 15 alin. (4), raportat la art. 27 alin. (4), rezultă că Delegatul va rămâne obligat și după rezilierea contractului la plata redevenței datorate până la momentul rezilierii, dar și pentru activitatea prestată în cele 90 de zile, în vederea asigurării continuității serviciului precum și a penalităților de întârziere aferente, datorate, calculate până la data plății efective.

- Prestarea serviciului - art. 16

În ceea ce privește solicitările din cuprinsul contestației, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat inițial din următoarele motive:

Conform pct. 43 din Caietul de Sarcini, Preluarea bunurilor-instalații/echipamente/utilaje/dotări, cu documentațiile tehnice aferente se face pe bază de Proces verbal de predare-primire, în urma unor probe de funcționare, cu informarea și instruirea personalului Delegatului asupra modului de utilizare și întreținere a instalațiilor existente:

Clauza prevăzută la art. 16 alin. (1) teza a II a din Contract are rolul de a-l proteja pe Delegatar, în calitate de proprietar al infrastructurii care se concesionează, de faptul că la semnarea procesului verbal de predare-primire a bunurilor concesionate, Delegatul declară, garantează că este satisfăcut de starea generală a clădirilor, vehiculelor, echipamentelor, utilajelor, instalațiilor care compun aceste bunuri concesionate și a obținut, în general, toate informațiile care-i sunt necesare cu privire la: riscuri și orice alte eventuale circumstanțe care ar

putea influența sau afecta, în mod necesar, capacitatea sa de a-și executa obligațiile decurgând din Contract.

Declararea/garantarea se referă, în mod expres doar la faptul că Delegatul a inspectat, examinat și este satisfăcut de starea generală a bunurilor nefăcându-se vorbire de eventuale vicii ascunse ale bunurilor, care ar face obiectul unei declarații de garantare din partea operatorului economic.

În raport de prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, privind concesiunile de lucrari și concesiunile de servicii atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective.

O vedere de ansamblu asupra modului de alocare a responsabilităților principale și a riscurilor contractuale între Delegatar și Delegat este prezentată la pct. 26 din Caietul de Sarcini, anexă la contract. Ori, atâta timp cât Delegatul a consimțit să participe la procedura de atribuire a unui contract de concesiune, poate conduce la ideea ca acesta a acționat în deplină cunoștință și s-a informat anterior asupra acestor aspecte legale, legate de transferul în sarcina sa a unei părți semnificative a riscului de operare

- Art. 19 alin. (4) lit. a) - Asigurari

Referitor la clauza prevăzută la art. 19 alin. (4) lit. a), față de solicitarea din cuprinsul contestației, autoritatea precizează că își menține punctul de vedere exprimat inițial în cadrul măsurilor de remediere la Notificarea prealabilă nr. 25195/27.12.2017, apreciind că nu se impun măsuri de remediere, în sensul reformulării clauzei din Contract mai sus-menționate, întrucât art. 19 descrie pe larg, în mod clar și precis, obligația Delegatului ca pe propria răspundere și cheltuială să obțină și să mențină, pe durata contractului, polițele de asigurare *„cu acoperirea prevăzută de lege și Bunele Practici Comerciale”*, cu indicarea și detalierea acestora în Anexa nr. 9 la Contract.

Obligația Delegatului de a încheia contracte de asigurare pentru pagubele aduse la infrastructura exploatată, în desfășurarea activităților componente ale serviciului, rezidă și din prevederile art. 9 pct. 8 din contract. Totodată, privitor la solicitarea de eliminare din cadrul art. 19 a alineatului (5), deoarece extinderea obligației încheierii și pentru angajații și funcționarii Delegatarului este abuzivă, încălcând prevederile Legii nr. 100/2016, este apreciată de autoritate ca fiind nejustificată, întrucât nu face dovada afirmației de ce această clauza este abuzivă și care articol din Legea nr. 100/2016 este încălcat.

Întrucât Delegatarul este parte în cadrul contractului, având conform pct. 9 din Caietul de Sarcini și art. 6 alin. (1) lit. f) din Contract un drept de monitorizare a activității Delegatului, se impune prezența reprezentanților săi aflați în exercițiul funcțiunii în incinta depozitului, în

scopul de a inspecta înregistrările și documentele păstrate de Delegat privind serviciul, operațiile de depozitare și bunurile concesionate.

- Răspunderea Delegatarului art. 22 din Contract

Autoritatea opinează că, deși contestatoarea reiterează motivele invocate în cuprinsul notificării prealabile prin care a învederat că prevederea art. 22 reprezintă o limitare abuzivă ce contravine dispozițiilor art. 26-27 din Contract, privind Forța Majoră și Echilibrului Contractual precum și Dispozitiile Legii nr. 100/2016, nu a adus niciun fel de probe în justificarea acestei afirmații.

În ceea ce privește solicitarea privind eliminarea din art. 22 a prevederilor de la alineatul (4), autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat inițial în măsurile de remediere, apreciind că solicitarea este nejustificată. Aceasta consideră că a respectat toate normele legale aplicabile, art. 22 din Contract privind Răspunderea Delegatarului fiind în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 100/2016. În acest sens se precizează că esența contractului de concesiune presupune, pe de o parte, punerea de către autoritatea contractantă la dispoziția operatorului a bazei tehnico-materiale de executare a serviciului, la care se adaugă sprijinul necondiționat în obținerea autorizațiilor și în rezolvarea unor situații de dezechilibru contractual, iar pe de altă parte transferul riscurilor, în special al celor economice și de operare, în sarcina operatorului. Ori, încercarea operatorului de a limita preluarea anumitor riscuri, fără a prezenta dovezi concrete (gen vicii ascunse ale construcției depozitului), este apreciată ca fiind nefondată și lipsită de suport legal.

Prin punctul de vedere se precizează că, în ceea ce privește construirea și recepționarea obiectivului Depozit județean de deșeuri nepericuloase ..., finanțat cu fonduri europene, s-a realizat cu respectarea tuturor cerințelor de ordin tehnic și economic prevăzute de legislația în domeniu. Recepția la terminarea lucrărilor a fost realizată de reprezentanții autorității, după verificarea îndeplinirii tuturor obligațiilor stipulate în avizele care au stat la baza eliberării autorizației de construire, în prezent depozitul fiind operabil, având toate autorizațiile legale de funcționare (Protecția Mediului, Apele Române, ISU).

- Rezilierea contractului din culpa Delegatarului (art. 31.2.)

Autoritatea contractantă a respins solicitarea de remediere, cu precizarea că propunerea de modificare a art. 31.2.1. nu se justifică deoarece textul propus la pct. 2. este total confuz, ambiguu și incomplet. Întrucât în prezenta contestație este reiterată aceeași propunere, respectiv de obligare la modificarea art. 31.2.1., autoritatea precizează că își menține punctul de vedere exprimat inițial în Măsurile de remediere, fapt pentru care solicită respingerea acestui capăt de cerere.

Invocarea de către contestator a art. 1551- Reducerea prestațiilor din Codul civil în textul propus este insuficientă, în lipsa circumstanțierii exercitării dreptului de reziliere a Contractului de către Delegat din culpa

Delegatarului și a unei formulări defectuoase și incoerente a textului propus, de modificare a art. 31.2.1. din Contract.

II. NEREGULARITĂȚI ALE DOCUMENTAȚIEI DE ATRIBUIRE

- În cuprinsul notificării prealabile, contestatoarea a solicitat ca măsură de remediere, corectarea Fișei de Date la pct. II.1.5) *Descrierea succintă a contractului sau achiziției/achizițiilor*, cu mențiunea privind serviciul proiectare și execuție lucrări de construcții și instalații, indicate în celelalte documente ale procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a respins solicitarea, cu precizarea că nu se impun măsuri de remediere din următoarele motive:

1. Solicitarea de corectare a Fișei de Date la pct. II.1.5) în vederea conformării cu cerințele art. 20 din HG nr. 395/2016, este apreciată ca fiind neîntemeiată, deoarece textul acestui act normativ a fost greșit indicat, nefiind aplicabil concesiunilor de lucrări și concesiunilor de servicii. HG nr. 395/2016 se referă la aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016.

În conformitate cu prevederile art. 19 alin. (4) din 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 aplicabil acestei proceduri, „*Fișa de date trebuie să conțină cel puțin informații generale standard, însoțite de informații privind formalitățile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, particularizate în funcție de contextul în care se încadrează concesiunea, criteriile de calificare și/sau de selecție, informații privind garanția de participare, modul în care trebuie întocmită și structurată oferta, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum și căile de atac ce pot fi utilizate".*

Autoritatea contractantă apreciază că a respectat și s-a conformat cerințelor art. 19 alin. (4) din H.G. nr. 867/2016.

2. Prin punctul de vedere de învederează că fișa de date la pct. II.1.5) - Descrierea succintă a contractului, coincide cu formularea de la art. 5 alin. (1) Obiectul Contractului din Condiții Contractuale.

Faptul că la art. 4 pct. 4.2. din Caietul de Sarcini sunt precizate pe larg cerințele pe care trebuie sa le îndeplinească Delegatul pentru operarea Depozitului pe toată durata contractului, printre care și Dezvoltarea de capacități suplimentare (incluzând proiectare, execuție și finanțare) pentru depozitare pe amplasamentul depozitului de deșeuri nepericuloase ... - celulele 2 și 3, închiderea provizorie și finală a celulelor epuizate, închiderea finală a depozitului precum și monitorizarea postînchidere a acestuia, conform prevederilor legale în vigoare, nu este de natură să justifice solicitarea de corectare a Fișei de Date.

3. De asemenea, se învederează că în fundamentarea tarifului pentru ofera financiară nu intră în calcul costurile pentru Dezvoltarea de

capacități suplimentare de depozitare. Dezvoltarea ulterioară a acestor capacități de depozitare depinde de dinamica epuizării capacităților de depozitare existente și de eventualele investiții ale operatorului, de natură să reducă cantitatea de deșeuri depozitat.

Referitor la contestația formulată, cu reiterarea solicitării de corectare a Fișei de Date la II.1.5), pentru motivele invocate de contestatoare în cuprinsul notificării prealabile, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat inițial în Măsurile de remediere.

Privitor la solicitarea contestatoarei de a menționa modalitatea de justificare, din punct de vedere legal, a investiției operatorului și în ce condiții va fi recuperată această investiție de către Operatorul SMID, dacă aceste costuri nu vor fi cuprinse în fundamentarea tarifului, autoritatea menționează următoarele:

- Investiția operatorului constând în Dezvoltarea de capacități suplimentare pentru depozitare pe amplasamentul depozitului de deșeuri nepericuloase ... - celulele 2 și 3, respectiv proiectarea și execuția, va fi recuperată prin includerea acestor costuri în fundamentarea tarifului pentru aceste capacități suplimentare, repartizate pe toată perioada estimată de funcționare a acestor capacități suplimentare.

- Art. 8 din Ordinul președintelui ANRSC nr 109/2007, stipulează urmatoarele:

„(1) Tarifele pentru activitățile specifice serviciului de salubrizare a localităților se stabilesc, se ajustează sau se modifică pe baza solicitărilor operatorilor, în conformitate cu prevederile elaborate și aprobate de autoritatea de reglementare competentă.

(2) Operatorul care solicită stabilirea, ajustarea sau modificarea tarifelor pentru activitățile specifice de salubrizare transmite la autoritatea administratiei publice locale următoarele:

a) cererea de stabilire, ajustare sau modificare, care conține: tarifele în vigoare, în cazul ajustării ori modificării, tarifele solicitate și justificarea propunerii de stabilire, ajustare sau modificare. Tarifele pentru populație, propuse, vor fi determinate cu TVA inclus;

b) fișa de fundamentare a tarifului, pe elemente de cheltuieli;

c) memoriu tehnico-economic prin care se justifică oportunitatea stabilirii, ajustării sau modificării tarifelor;

d) alte date și informații necesare fundamentării tarifelor”.

Delegatul are, printre alte obligații generale, pe cele menționate la art. 9 pct. 25 și 26 din Contract. Studiul de fundamentare (oportunitate) privește etapa de planificare, fundamentare și atribuire a unui Contract de Concesiune, nu trebuie confundat și nu face parte din documentația de atribuire.

Conform art. 19 alin. (3) din HG nr. 867/2016, Documentația de atribuire cuprinde fișa de date a concesiunii; specificațiile tehnice, respectiv caietul de sarcini, sau documentul descriptiv, după caz; modelul de contract, conținând clauzele contractuale obligatorii; formularele și modelele de documente.

Potrivit alin. (4) din același act normativ, Fișa de date trebuie să conțină cel puțin informații generale standard, însoțite de informații privind formalitățile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, particularizate în funcție de contextul în care se încadrează concesiunea, criteriile de calificare și/sau de selecție, informații privind garanția de participare, modul în care trebuie întocmită și structurată oferta, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum și căile de atac ce pot fi utilizate.

- Referitor la invocarea de către contestatoare a prevederilor art. 98 alin. (1) din HG nr. 98/2016, autoritatea menționează următoarele:

- Operatorul va realiza venituri din tariful de depozitare perceput operatorilor de salubrizare sau terților, acest tarif fiind generator de profit.

Fundamentarea tarifului se face, în conformitate cu prevederile art. 11 din Ordinul ANRSC nr. 109/2007, pe baza consumurilor normate de combustibil, lubrifianți, materii prime și materiale, utilități respectiv energie, apă și/sau gaze în scop tehnologic și a prețurilor acestora în vigoare, a cheltuielilor cu munca vie, precum și a celorlalte elemente de cheltuieli necesare prestării activității.

Drept urmare, se apreciază că proiectul SMID răspunde tuturor exigențelor bancare, constituind un stimulent pentru concesionar, astfel încât acesta să îndeplinească obiectivele proiectului stabilite de către autoritatea contractantă.

- Referitor la solicitarea privind modalitatea de transfer a proprietății Operatorului asupra construcțiilor executate din fonduri proprii, dacă costurile nu sunt incluse în fundamentarea tarifului, precizare care încalcă prevederile art. 100 din HG 867/2017, Contractul de delegare, la art. 18 - Bunurile utilizate în derularea contractului, definește și indică toate aceste bunuri (bunuri de retur, bunuri de preluare, bunuri proprii), respectiv modalitatea transferului bunurilor între Delegat și Delegatar.

- Investițiile realizate de către operator, pe parcursul derulării contractului, vor fi incluse de către acesta în fundamentarea tarifului, în condițiile expuse mai sus.

- Referitor la reiterarea solicitării de corectare a Fișei de Date la pct. II.1.5) în vederea conformării cu cerințele art. 20 din HG nr. 395/2016, autoritatea menționează următoarele:

- textul acestui act normativ a fost greșit indicat, nefiind aplicabil concesiunilor de lucrări si concesiunilor de servicii, întrucât H.G. nr. 395/2016, se referă la aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016. Astfel, se precizează că DUAE reprezintă un instrument care facilitează participarea operatorilor economici la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale și reduce sarcinile administrative pentru autoritățile/entitățile contractante, fiind instituit la nivelul Uniunii Europene. Conform legislației naționale (Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016), acesta este obligatoriu a fi

utilizat atât de către autoritățile contractante/entitățile contractante, cât și de către operatorii economici participanți la procedurile de atribuire. DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic, potrivit căreia acesta nu se afla într-una dintre situațiile de excludere prevăzute de legislația națională și îndeplinește criteriile de calificare și selecție precizate de autoritatea/entitatea contractantă la nivelul fișei de date a achiziției, precum și, după caz, respectă regulile și criteriile obiective care au fost stabilite în scopul limitării numărului de candidați calificați care urmează să fie invitați să participe în cadrul procedurilor de atribuire care se derulează în mai multe etape.

În cazul procedurilor de atribuire care se desfășoară într-o singură etapă, doar ofertantul aflat pe primul loc în clasamentul intermediar realizat după evaluarea tuturor ofertelor depuse, va trebui să prezinte documentele suport indicate în fișa de date a achiziției, în vederea probării celor asumate prin DUAE.

- Conform prevederilor art. 17 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, *„contractele care au ca obiect atât concesiunea de lucrări, cât și concesiunea de servicii se atribuie în conformitate cu dispozițiile prezentei legi aplicabile pentru tipul de concesiune care caracterizează scopul principal al contractului”.*

- Ori, în raport de aceasta, este atributul autoritatii contractante de a stabili în Fișa de Date, tipul de concesiune care caracterizează scopul principal al contractului.

- Referitor la actualizarea datelor privind tarifele, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu prevederile Ordinului ANRSC nr. 109/2007, tarifele se fundamentează anual. Venitul populației are o importanță semnificativă în generarea deșeurilor. Având în vedere creșterea economică din anul 2017, în general, nivelul ridicat de trai și urbanizarea, generează cantități mari de deșeuri pe cap de locuitor. Prognoza de generare a deșeurilor municipale s-a realizat pornind de la datele existente, pe baza următorilor indicatori:

  - Evoluția populației la nivelul județului;
  - Evoluția gradului de acoperire cu servicii de salubritate;
  - Evoluția indicatorului de generare a deșeurilor menajere.

În ceea ce privește deșeurile stradale, până la punerea în aplicare a Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor în Județul ... (în 2012), cantitatea luată în considerare este cea estimată pentru anul 2007. Începând cu 2013, cantitatea estimată ia în considerare un indicator de generare de 0,1 kg /locuitori x zi.

În punctul de vedere transmis, autoritatea a prezentat în tabelul următor, cum se prezintă cantitățile de deșeuri municipale estimate pentru perioada 2011-2039, respectiv prognoza deșeurilor municipale pe întreg Județul ...;

	Cantitate (tone/an)

	2011	2012	2013	2014	2015	2020	2025	2030	2038	2039
Tip de deșeuri	127.148	127.369	127.535	127.643	127.709	127.093	125.030	123.987	124.083	124.095
Deșeuri asimilabile colectate în amestec din comerț, industrie, instituții	37.768	38.057	38.348	38.639	38.932	40.408	41.919	43.508	46.212	46.550
Deșeuri din grădini și parcuri (inclusiv deșeuri din cimitire)	3.059	3.083	3.108	3.133	3.158	3.286	3.420	3.559	3.793	3.822
Deșeuri din piețe	2.457	2.476	2.496	2.516	2.536	2.639	2.747	2.858	3.046	3.070
Deșeuri stradale	6.767	6.821	6.876	6.931	6.986	7.270	7.566	7.873	8.392	8.457
Deseuri menajere generate și necolectate	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Deșeuri municipale colectate	177.198	177.807	178.362	178.861	179.321	180.697	180.681	181.785	185.526	185.994
Total deșeuri municipale generate	177.198	177.807	178.362	178.861	179.321	180.697	180.681	181.785	185.526	185.994
Tip de deșeuri	Cantitate (tone/an)									
	2011	2012	2013	2014	2015	2020	2025	2030	2038	2039
Deșeuri menajere colectate în amestec de la populație	127.148	127.369	127.535	127.643	127.709	127.093	125.030	123.987	124.083	124.095

Deșeuri asimilabile colectate în amestec din comerț, industrie, instituții	37.768	38.057	38.348	38.639	38.932	40.408	41.919	43.508	46.212	46.550

- Referitor la solicitarea de obligare a autorității contractante la completarea documentației de atribuire cu Partea desenată a proiectului de arhitectură (Planurile amplasamentului), vizată spre neschimbare, faza DATC, autoritatea apreciază că solicitarea este nejustificată și excesivă, întrucât documentele solicitate nu fac parte din documentația de atribuire și nu sunt de natură a-l sprijini pe operator în elaborarea ofertei. Astfel, precizează că în Clarificarea nr. 2, transmisă în SEAP la 09.01.2018, autoritatea contractantă a transmis o serie din documentele solicitate, respectiv memoriu tehnic depozit ..., manualele de operare și întreținere și fișele tehnice pentru toate echipamentele fixe și mobile. Cartea tehnică, în integralitatea ei, va fi predată operatorului după semnarea contractului, în perioada de mobilizare.

În concluzie, JUDEȚUL ... solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL și menținerea, în totalitate, a actelor și documentației contestate și, pe cale de consecință, respingerea oricăror cereri și pretenții, de orice natură ale contestatoarei.

Prin cea de-a treia contestație formulată de SC ... SA se formulează critici împotriva documentației de atribuire aferentă prezentei proceduri, a măsurilor de remediere dispuse prin clarificarea nr. 4, *Măsuri de remediere notificare 2*, precum și a clarificărilor publicate până la data prezentei, solicitându-se admiterea contestației și, pe cale de consecință obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire astfel încât aceasta să corespundă legislației în materie, să nu restricționeze accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici și, implicit, decalarea termenului de depunere a ofertelor astfel încât să se asigure același termen de întocmire a ofertei ca cel de la momentul publicării anunțului de concesiune.

În subsidiar, se solicită anularea procedurii de atribuire având în vedere prevederile art. 89 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Contestatoarea a formulat notificare prealabilă împotriva documentației de atribuire solicitând, în principal modificarea documentației de atribuire, în sensul de a se oferi operatorilor economici informațiile necesare, reale și sustenabile în ceea ce privește modul de întocmire a tarifelor raportate la obiectul contractului astfel încât să nu

se restricționeze concurența, să se asigure sustenabilitatea contractului și echilibrul contractual și, în subsidiar anularea procedurii de atribuire.

În data de 08.01.2018, prin adresa nr. 55, autoritatea contractantă a comunicat că urmează să adopte o serie de măsuri de remediere, iar prin clarificarea nr. 4 (măsuri de remediere notificare 2) autoritatea contractantă a publicat măsurile de remediere față de notificarea formulată.

În contestație se precizează că măsurile de remediere nu înlătură criticile invocate, documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire încălcând, în continuare, dispozițiile legale invocate, menținându-se starea de nesustenabilitate a contractului, dezechilibrul contractual, lipsa anumitor informații necesare în întocmirea ofertei, precum și o serie de restricții care împiedica operatorii economici să-și întocmească ofertele, și cu atât mai puțin oferte credibile, sustenabile și care să determine finalizarea cu bun-sfârșit a contractului, fără vreo pierdere suferită atât de către autoritatea contractantă cât și de către operatorul economic prestator.

Prin prezenta contestație se învederează atât aspectele menționate în cadrul notificării, față de care autoritatea contractantă nu a formulat răspuns, cât și față de aspectele, măsurilor de remediere publicate în SEAP, ulterior formulării notificării ....

I. În Fișa de date și Anunțul de participare la Cap. III.2.2.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională - Cerința 5*, se solicită că pentru dovedirea experienței similare ca ofertanții să facă dovada plății la zi a redevenței, așa cum aceasta este stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală, precum și a existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, cerințe care, în opinia contestatorului, sunt cerințe restrictive care nu permit participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, motiv pentru care se solicită eliminarea acestor cerințe.

1. În contestație se invocă cerința 5 de la cap. III.2.2.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, NOTA: *a) Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții au obligația să facă dovada plății la zi a redevenței, așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală.*

b) Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții trebuie să prezinte dovada existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, în conformitate cu obligațiile contractuale, cu respectarea prevederilor legale și a condițiilor de mediu. Dovada se va face prin orice document provenind de la Autoritatea Contractantă sau Clientul privat respectiv.

Contestatoarea susține că cerința de la lit. a) nu poate fi îndeplinită de operatorii economici proprietari sau administratori de depozite,

deoarece redevența reprezintă un procent sau o valoare fixă din valoarea totală a facturilor emise în cazul în care operarea depozitului face obiectul delegării acestei activități de către proprietar, iar în cazul în care operarea depozitelor se face de către proprietarii acestora și nu face obiectul delegării nu există redevență și, prin urmare, nu se poate impune ca ofertanții să prezinte asemenea documente în dovedirea experienței similare.

În contestație se invocă prevederile art. 75 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, potrivit cărora entitatea contractantă are dreptul de a aplica numai criterii de calificare și selecție nediscriminatorii și proporționate cu obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii. Mai mult, conform art. 75 alin. (3) din același act normativ criteriile de calificare și de selecție trebuie să aibă legătură, să fie proporționate cu nevoia de a asigura capacitatea concesionarului de a executa contractul de concesiune, luând în considerare obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii și scopul de a asigura o concurență reală.

În cazul de față, prin impunerea unor cerințe ce nu sunt proporționate și nici nu determină asigurarea unei concurențe reale, se ajunge la restricționarea acelor operatori economici care, deși pot dovedi experiența similară în activitatea de administrare a depozitelor de deșeuri nepericuloase, nu pot dovedi plata redevenței deoarece sunt proprietarii depozitelor și activitatea de operare a depozitelor nu este concedată.

Prin măsura de remediere 1, autoritatea contractantă admite solicitarea de remediere în sensul eliminării din cadrul Cerinței 5 din Cap. III.2.3. a notei ce cuprinde cerințele privind demonstrarea experienței similare de la lit. a), prin introducerea în text a sintagmei *"dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite"*, după cum urmează: *„Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții au obligația de a face dovada plății la zi a redevenței, dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală”.*

Din reformularea cerinței reiese ca în fiecare contract prezentat pentru dovedirea experienței similare să fie stipulat că operatorul este proprietar sau administrator de depozit, ori, calitatea de proprietar, administrator nu este atestată de contractele de prestare a serviciului de depozitare.

În ceea ce privește cerința de la lit. b), conform căreia pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții trebuie să prezinte dovada existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, contestatoarea apreciază această cerință ca fiind disproporționată, restricționând concurența și contravenind legislației în domeniul depozitării deșeurilor.

Conform art.12 alin. (1) și (8) din Hotararea nr. 349/21.04.2005, actualizată privind depozitarea deșeurilor, controlul alimentării fondului se face de către autoritățile administrației publice locale pentru finanțe locale și nu de alte autorități ale administrației publice locale.

Așadar, petenta opinează că impunerea unor cerințe care determină restricționarea unor operatori economici, nu respectă legislația amintită, astfel încât solicită ca măsură de remediere, eliminarea din cadrul Cerinței 5 din Cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională a notei ce cuprinde cerințele pentru demonstrarea experienței similare de la pct. a) și b).

II. Lipsa analizei în termeni financiari a oportunității delegării serviciilor supuse procedurii, conform obligațiilor legale - fundamentarea deciziei de concesionare (conform Secțiunii 2 din HG nr. 867/2016 și art. 7 - 8 din Legea nr. 100/2016).

Potrivit art. 7 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, în situația în care se intenționează realizarea unui 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.

De asemenea, potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 entitatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic.

Mai mult, conform art. 12 alin. (1) din HG nr. 867/2016, 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 economică și financiară, aspectele de mediu, aspectele sociale și aspectele instituționale ale proiectului în cauză.

Așadar, înainte de a se iniția o procedură de achiziție publică, autoritatea contractantă este obligată să realizeze un studiu de fundamentare care să respecte toate prevederile Secțiunii 2 din HG nr. 867/2016, astfel încât să rezulte informații esențiale care să dovedească că (art. 15 din HG nr. 867/2016): proiectul este realizabil; proiectul răspunde cerințelor și politicilor entității contractante; au fost luate în considerare diverse alternative de realizare a proiectului; 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; proiectul beneficiază de susținere financiară, menționând, dacă este cazul, care este contribuția entității contractante.

De asemenea, potrivit art. 16 alin. (1) alin. (2) și alin. (3) din HG 867/2016:

"(1) La realizarea studiului de fundamentare trebuie ținut seama de estimarea cheltuielilor și veniturilor pe întreaga durată a unui proiect, la care trebuie luate în calcul nu numai costurile legate de construcție, ci și totalul cheltuielilor și veniturilor aferente operării și întreținerii 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 și riscurilor care pot apărea pe parcursul duratei de viață 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 referință care este, de regulă, data demarării procedurii de atribuire a contractului de concesiune, în acest caz această estimare neincluzând și costurile deja suportate de entitatea contractantă, legate de pregătirea proiectului".

Așadar, legislația în domeniu obligă autoritatea contractantă să analizeze, în mod temeinic și serios termenii financiari și economici ai oportunității delegării serviciilor supuse delegării astfel încât să se dovedească sustenabilitatea proiectului raportat la natura juridică a contractului și a procedurii de atribuire ce a fost aleasă (fie contract de concesiune, fie contract se servicii), cu respectarea legislației în domeniu.

Contestatoarea susține că în acest caz, nu există un astfel de studiu care să fie conform cu legislația amintită și care să cuprindă toate elementele impuse de lege pentru a se ajunge la scopul și rezultatul preconizat de legiuitor prevăzut în Secțiunea 2 din HG nr. 867/2016.

Studiul de oportunitate publicat în documentația de atribuire este întocmit cu mult înainte de inițierea procedurii de atribuire și de legislația care stabilește reguli/informații clare pe care trebuie să le cuprindă studiul de fundamentare, se bazează pe o legislație care nu mai este aplicabilă și nu cuprinde informațiile relevante care sunt solicitate în Secțiunea 2 din HG nr. 867/2016, astfel încât nu rezultă cum s-a ajuns la fundamentarea costurilor, tarifelor, veniturilor, riscurilor, modalității de executare a contractului și în special la alegerea procedurii de atribuire și a duratei contractului care apar în documentația de atribuire.

În lipsa acestor elemente esențiale, a justificării procedurii de atribuire și implicit a valorilor menționate în documentația de atribuire și, în special, prin lipsa unei dovezi clare din partea autorității contractante prin publicarea în SEAP a informațiilor solicitate de lege, în lumina noii legislații în domeniu, intervine prezumția de nelegalitate a documentației de atribuire, ceea ce ar duce la anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 89 alin. (1) lit. c) și/sau lit. f) coroborat cu art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

Potrivit legislației anterior menționată, autoritatea contractantă este obligată să dovedească îndeplinirea tuturor condițiilor reglementate

la art. 7 și 8 din Legea nr. 100/2016 și Secțiunea 2 din HG nr. 867/2016, or, în lipsa unor studii care să se raporteze exclusiv la serviciul ce urmează a fi delegat și în lipsa unor informații esențiale/concrete/individualizate la prezenta procedură rezultă că se impune anularea procedurii de atribuire.

Măsura de remediere propusă de contestatoare este:

- În principal, publicarea în documentația de atribuire a studiului dedicat/individualizat doar prezentei proceduri (activitatea de administrare a Depozitului și alte bunuri aferente acestuia), în conformitate cu legislația la care s-a făcut trimitere anterior, concomitent cu prelungirea termenelor procedurale (inclusiv termenul de depunere a ofertelor)/suspendarea procedurii cu perioada dintre data publicării inițiale a documentației de atribuire și data în care aceasta a fost completată cu acest studiu; iar,

- În subsidiar, anularea procedurii de atribuire și/sau inițierea unei alte proceduri prin întocmirea anterior a unui studiu individualizat specific prezentei proceduri și prezentului serviciu ce urmează a fi atribuit.

III. Lipsa cuantificării în termeni economici și financiari a riscurilor, precum și a unei analize a încadrării contractului în categoria celor de concesiune, bazate pe o evaluare și alocare corectă și legală a riscurilor, potrivit art. 7 alin. (1) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, respectiv elaborarea un studiu de fundamentare, art. 12 alin. (1) și art. 16 alin. (1) (2) și (3) din HG 867/2016.

Și în acest caz contestatoarea precizează că legislația în domeniu obligă autoritatea contractantă să analizeze, în mod temeinic și serios, termenii financiari și economici ai sustenabilității delegării serviciilor supuse delegării, astfel încât să se dovedească sustenabilitatea proiectului raportat la natura juridică a contractului și a procedurii de atribuire ce a fost aleasă (fie contract de concesiune, fie contract de servicii), cu respectarea legislației în domeniu.

O primă critică față de documentația de atribuire, vizează faptul că autoritatea contractantă nu a publicat/nu are efectuat un studiu de fundamentare. Studiul de oportunitate publicat în SEAP nu este același lucru cu ce prevede legea în momentul de față, cu atât mai mult cu cât acel studiu a fost întocmit anterior intrării în vigoare a noilor legi.

Așadar, se solicită ca măsură de remediere, publicarea studiului de fundamentare impus de legislația în vigoare raportat la obiectul prezentului contract, iar nu un studiu care include și alte servicii ce privesc alte proceduri.

De asemenea, matricea riscurilor trebuie să rezulte din studiul de fundamentare care este obligatoriu potrivit art. 7 și 8 din Legea nr. 100/2016 și Secțiunea 2 din HG nr. 867/2016, astfel încât în lipsa unui studiu care să cuprindă toate informațiile impuse de lege, este evident că autoritatea contractantă stabilește o matrice a riscurilor într-un mod arbitrar, fără fundament tehnic/economic/financiar.

Importanța cuantificării economice și financiare a riscurilor este incontestabilă, din moment ce este prevăzută în mod imperativ ca element al studiului de fundamentare. Tocmai de aceea, este necesar ca o astfel de analiză să fie inclusă în studiul de fundamentare, tocmai pentru a se verifica modul de sustenabilitate a tarifului ofertat, precum și a se stabili durata și natura contractului ce urmează a fi atribuit.

O astfel de cuantificare trebuia să atribuie valori financiare fiecărui risc și să se precizeze gradul în care producerea unui risc va afecta echilibrul economic al contractului, astfel încât operatorii interesați să participe la procedura să poata evalua, în mod corect și complet, riscurile pe care și le asumă sau nu, în funcție de impactul pe care aceste riscuri le pot avea asupra veniturilor și cheltuielilor contractului.

Pe de altă parte, se afirmă că nu se poate ignora că, potrivit art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2006, tarifele aprobate trebuie să atingă următoarelor obiective: asigurarea prestării serviciului la nivelurile de calitate și indicatorii de performanță stabiliți, realizarea unui raport calitate-cost cât mai bun, asigurarea unui echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante, asigurarea funcționării eficiente a serviciului precum și asigurarea protecției mediului.

Așadar, autoritatea contractantă trebuie să asigure funcționalitatea eficientă a serviciului și să asigure echilibrarea între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante. Prin urmare, nu se poate conchide că doar operatorul este cel care își asumă riscurile, iar pe de altă parte riscurile asumate de operator nu trebuie să fie absurde și să determine împovărarea nejustificată a acestuia, determinând un pericol față de derularea procedurii de atribuire.

Riscurile unui contract de concesiune trebuie să se raporteze la situația de fapt a serviciului respectiv. Ori, în situația în care autoritatea contractantă este cea care garantează corectitudinea/suficiența informațiilor/estimărilor din documentația de atribuire este evident că se ajunge la situația în care este împotriva obiectivelor susmenționate calificarea contractului ca fiind unul de concesiune, în care majoritatea riscurilor sunt preluate de către operatorul economic. În condițiile în care deși majoritatea riscurilor sunt în sarcina operatorului economic, acesta nu poate solicita modificarea tarifului mai devreme de 12 luni de contract, este evident că nu se justifică nici asigurarea funcționalității eficiente a serviciului și nici nu există un echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părți.

Astfel, potrivit art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2006, trebuie să existe un echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante, încât să se asigure funcționalitatea serviciului. În opinia contestatoarei este incert cum intenționează autoritatea contractantă să justifice sustenabilitatea contractului în condițiile impunerii tuturor riscurilor operatorului economic, care, pe lângă faptul că nu poate modifica tariful întrucât așa i s-a impuns) nici nu poate derula contractul fără ca autoritatea contractantă să-și asume vreun risc în acest fel.

Prin urmare, se solicită ca măsură de remediere:
- efectuarea unei analize a tuturor riscurilor care să includă cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor (pentru fiecare risc în parte trebuie estimată valoarea impactului și probabilitatea de apariție, în conformitate cu legislația în vigoare);
- demonstrarea încadrării contractului în categoria contractelor de concesiune, în conformitate cu prevederile art. 6 și ale art. 8 alin. (1) și (2) din Legea nr. 100/2016 și ale art. 13 alin. (1) din H.G. nr. 867/2016, prin întocmirea unui studiu de fundamentare individualizat strict pe datele specifice acestei proceduri.
- în lipsa unui studiu de fundamentare, se solicită modificarea matricei riscurilor prin adaptarea acesteia la realitățile economice/financiare/contractuale ale serviciului ce urmează a fi atribuit în baza studiului obligatoriu impus autorității contractante de legislația amintită și prin eliminarea anumitor riscuri.

IV. Matricea riscurilor este dezechilibrată întrucât, pe de o parte din cadrul matricei lipsesc o serie de riscuri care au o mare influență asupra executării și suportabilității contractului, iar pe de altă parte o serie de riscuri nu ar trebui suportate de operator.

Opinia contestatoarei este că în cazul de față matricea riscurilor prezintă următoarele neregularități:

- nu există nicio cuantificare a riscurilor (deși practica, doctrina și principiul transparenței impun o astfel de cuantificare, autoritatea contractantă a realizat doar o identificare simplistă și incompletă, fără însă a stabili pentru fiecare în parte o valoare concretă a pierderii în cazul în care s-ar implica acest risc și dacă acest risc a fost avut în vedere în stabilirea valorii estimate/tarifului/duratei contractului);

- anumite riscuri nu pot fi alocate în sarcina operatorului economic deoarece operatorul nu are nicio influență asupra acestora, în schimb autoritatea contractantă, în calitate de autoritate publică și de contractant al contractului de lucrări a depozitului are un control (oricât de mic) asupra riscului produs;

- nu sunt trecute în matricea riscurilor o serie de riscuri care au un impact major în executarea și sustenabilitatea contractului și care ar trebui să fie preluate de către autoritatea contractantă pentru a se asigura sustenabilitatea contractului, sau să se stabilească măsuri clare și concrete care se vor lua dacă vor aparea aceste riscuri, măsuri care trebuie să determine menținerea echilibrului contractual și implicit continuarea derulării contractului.

- Riscuri care nu pot fi alocate în sarcina operatorului:

- Modificări în sistemul de taxe și impozite. Deși consideră că acest risc nu poate fi în sarcina operatorului economic, dacă se decide menținerea acestui risc în sarcina operatorului economic atunci se impune indicarea în documentația de atribuire și a măsurii față de momentul apariției acestui risc. În cazul în care apar modificări în sistemul de taxe și impozite operatorul este îndreptățit să solicite

modificarea tarifului de operare, iar autoritatea contractantă este obligată să accepte modificarea tarifului. Apariția unui risc nu poate determina dezechilibrarea raportului juridic, mai ales când este vorba despre un contract de concesiune de servicii astfel încât interesul general este de a se continua contractul în limitele proporționate de la momentul încheierii contractului, astfel încât să nu se ajungă la un dezavantaj față de operatorul economic. Mai mult, valoarea estimată a contractului trebuie să țină cont atât de existența acestui risc cât și de soluțiile care se impun pentru a se asigura respectarea principiului proportionalității atunci când intervine riscul, astfel încât măsurile luate trebuie să restabilească dezechilibrul contractual. Or în lipsa unor informații esențiale cu privire la modul de estimare a contractului, devine evident că la acest moment nu se poate realiza o astfel de evaluare. Toate argumentele invocate în prezentul risc se aplică și celorlaltor riscuri, analizate în cele ce urmează.

- Taxa pe valoarea adaugată, inflația și costul asigurării.

Deși se consideră că aceste riscuri nu poate fi în sarcina operatorului economic, dacă se decide menținerea lor în sarcina operatorului economic, atunci se impune indicarea în documentația de atribuire și a măsurii față de momentul apariției acestor riscuri. În cazul în care există modificări ale taxei pe valoare adaugată și ale inflației, operatorul trebuie să fie îndreptățit să solicite modificarea tarifului.

- Sustenabilitatea.

Acest risc este în sarcina exclusivă a autorității contractante având în vedere ca ea a stabilit valoarea contractului, iar nesustenabilitatea contractului, care este descoperită pe parcursul executării contractului, trebuie să dea dreptul operatorului de a se modifica contractul/tariful astfel încât să se ajungă la echilibrul contractual și proporționalitatea avută în vedere la momentul încheierii contractului.

- Cantitatea deșeurilor.

Acest risc se referă la situația în care cantitatea de deșeuri estimată a fi colectată și a intra în depozit ar putea fi mai mică/mare decât cea estimată. Acest risc, de asemenea, nu poate intra în sarcina operatorului deoarece autoritatea contractantă a estimat cantitatea de deșeuri și a înscris-o în documentația de atribuire pretinzând ca ofertanții să ia în calcul această cantitate previzionată în documentația de atribuire. Iar măsura luată în situația incidenței acestui risc trebuie să fie posibilitatea operatorului de a modifica/ajusta tariful.

- Controlul costurilor. Nici acest risc nu poate fi în sarcina operatorului economic, deoarece autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția ofertanților toate informațiile privind echipamentele și instalațiile ce vor fi concesionate (manuale de operare și întreținere, perioade de garanție, consumuri). Dacă se decide menținerea acestui risc în sarcina operatorului economic atunci se impune indicarea în documentația de atribuire și a măsurii față de momentul apariției acestui risc, iar Operatorul este îndreptățit să solicite ajustarea tarifului.

Toate riscurile enumerate nu pot fi asumate de către delegat, întrucât nu are niciun control asupra situației care ar putea determina apariția riscului, astfel încât nu poate fi obligat să suporte el însuși toate cheltuielile suplimentare care au rezultat ca urmare a neîndeplinirii acestor riscuri. Contestatoarea consideră că dacă i se impune să suporte aceste riscuri, atunci valoarea estimată a contractului trebuie să se raporteze la apariția acestor riscuri astfel încât să asigure sustenabilitatea contractului și definitivarea lui. Neavând informațiile necesare pentru a verifica modul de întocmire a tarifului, contestatoarea apreciază că este greu de anticipat dacă acest contract este sustenabil sau nu. Mai mult, aceste riscuri nu sunt cuantificate și nu există informațiile necesare pentru a realiza o estimare corectă a executării contractului și implicit a întocmirii ofertei.

- Nu sunt trecute în matricea riscurilor o serie de riscuri care au un impact major în executarea și sustenabilitatea contractului și care ar trebui să fie preluate de către autoritatea contractantă, respectiv:

- Riscul de neadecvare a depozitului de deșeuri, care se referă la estimarea capacităților depozitului de deșeuri. Deși autoritatea contractantă estimează că instalația poate suporta anumite cantități de deșeuri, există posibilitatea ca, în realitate, instalația să poată asigura o cantitate de deșeuri mult mai mică decât cea estimată. Astfel, se învederează că acest risc nu poate fi în sarcina operatorului economic, ci în sarcina autorității contractante, întrucât aceasta a fost parte în contractul de lucrări care a determinat construcția acestei instalații și numai autoritatea contractantă a avut controlul asupra executării acestui contract. Măsura luată în situația incidenței acestui risc să fie posibilitatea operatorului de a modifica/ajusta tariful.

- Condiții meteo nefavorabile nefavorabile. Este evident că nici acest risc nu poate fi trecut în sarcina operatorului. În cazul în care din cauza condițiilor meteo nefavorabile operatorul și utilizatorii nu au acces la instalație, ceea ce provoacă întârzieri și costuri crescute, autoritățile locale pot lua măsuri de remediere. În cazul ninsorilor, autoritatea administrației publice locale prin operatorul care efectuează servicii de deszăpezire poate să asigure accesul operatorilor de colectare și transport la instalație. În cazul în care din cauza ploilor se deteriorează drumurile de acces la instalație, cu atât mai mult operatorul nu are pârghiile necesare pentru a reface drumurile, având în vedere că acestea sunt în administrarea U.A.T.-urilor, iar UAT-ul este obligat să remedieze aceste aspecte de urgență astfel încât să se restabilească echilibrul contractual, în caz contrar operatorul economic are dreptul de a obține ajustarea/modificarea tarifului cu pierderile suferite.

Aceste riscuri sunt esențiale în executarea și sustenabilitatea contractului, iar lipsa acestora din cadrul documentatiei de atribuire sunt o dovadă în plus a unei evaluări eronate a costurilor implicate pentru derularea contractului. În concluzie, apariția unui risc nu poate

determina dezechilibrarea raportului juridic, mai ales când este vorba despre un contract de concesiune de servicii, astfel încât interesul general este de a se continua contractul în limitele proporționate de la momentul încheierii contractului astfel încât să nu se ajungă la dezavantajarea față de operatorul economic. Mai mult, valoarea estimată/tariful a contractului trebuie să țină cont atât de existența acestor riscuri cât și de soluțiile care se impun pentru a se asigura respectarea principiului proporționalității atunci cand intervine riscul astfel încât măsurile luate să restabilească dezechilibrul contractual. Or, în lipsa unor informații esențiale cu privire la modul de estimare a contractului este evident că la acest moment nu se poate realiza o astfel de evaluare.

Ca măsură de remediere, se solicită modificarea matricei riscurilor prin adaptarea acesteia la realitățile economice/financiare/contractuale ale serviciului ce urmează a fi atribuit în baza studiului obligatoriu impus autorității contractante de legislația amintită și prin modificare/eliminarea anumitor riscuri.

Lipsesc informații despre includerea în valoarea estimată a contractului a taxei de mediu de 80 de lei/tonă la nivelul anului 2019 și de 120 lei/tonă la nivelul anului 2020 și a Hotărârii Guvernului nr. 846/2017, pentru stabilirea salariului minim brut pe țară garantat în plată, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 950 din 29 noiembrie 2017.

Se solicită, ca măsură de remediere, publicarea acestor informații în documentația de atribuire.

Aspecte legate de lipsa calculului valorii estimate a contractului, precum și neconcordanțele cu privire la aceasta.

Metoda obiectivă pentru calculul valorii estimate a contractului trebuie să rezulte din studiul de fundamentare și trebuie să fie justificată și specificată în documentația de atribuire în mod detaliat.

În condițiile în care nu există niciun astfel de studiu de fundamentare, se încalcă principiul transparenței și a art. 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016.

Astfel, această modalitate de calcul detaliată este necesară tocmai pentru ca potențialii ofertanți să poată analiza, în deplină cunoștință de cauză oportunitatea participării la această procedură.

Totodată, includerea metodei utilizate pentru determinarea valorii estimate exprimă asumarea răspunderii autorității contractante cu privire la propria procedură elaborată cu respectarea principiului integrității astfel încât ofertanții să poată aprecia oportunitățile pe care acest contract le oferă.

Prin măsura de remediere 2, s-a publicat determinarea valorii estimate a contractului, dar această determinare nu cuprinde toate componentele de costuri raportat la riscurile invocate.

Așadar, se solicită ca măsură de remediere, publicarea în documentația de atribuire a modului de calcul detaliat a valorii estimate

a contractului, cu toate componentele de costuri, raportat la riscurile invocate.

V. Alte aspecte pe care contestatoarea le invocă în încălcarea legislației:

A. Valoarea taxelor

Având în vedere că delegatarul este JUDEȚUL ... prin CJ ... și prin serviciile ce fac obiectul contractului operatorul deservește întregul județ, reprezentat prin UAT-uri locale, se consideră că este necesar ca documentația să cuprindă informații privind valoarea taxelor locale privind impozitele pe clădiri, construcții, terenuri care vor fi suportate de operator precum și enumerarea taxelor ce cad în sarcina operatorului, pentru ca operatorii economici interesați de participarea la procedură să-și poată întocmi ofertele în mod unitar.

În măsura de remediere 3, se menționează că vor fi publicate în SEAP deciziile de impunere pe anul 2017, respectiv 2018 emise de Primăria comunei ... pentru stabilirea impozitului pe clădiri, dar până la data prezentei nu au fost publicate în SEAP,

Așadar, se solicită ca măsură de remediere, publicarea în documentația de atribuire a acestor informații.

B. Nu este prezentată în documentatia de atribuire lista indicativă a bunurilor de preluare, lipsesc anexele 4 și 5 din contractul de delegare (art. 2 alin. (2)).

În măsura de remediere 3, autoritatea menționează că a fost pusă la dispoziție prin clarificarea nr. 2, postată în SEAP, lista indicativă a bunurilor de preluare, ori prin clarificarea nr.2 a fost publicată lista bunurilor de retur.

Contestatoarea consideră că este necesar să se pună la dispoziția operatorilor economici interesați, informații privind lista indicativă a bunurilor de preluare, în lipsa acestora fiind încălcat principiul transparenței și art. 51 din Legea nr. 100/2016.

C. În caietul de sarcini se menționează: "Delegatul va permite accesul la depozitul de deșeuri numai pentru deșeurile care îndeplinesc criteriile de accceptare la depozitare în depozitele de clasa „b”, stabilite prin Ordinul Ministrului Mediului nr. 95/2005, și care sunt prevăzute în Autorizatia Integrată de Mediu nr. 4/31.08.2015, respectiv deșeuri solide municipale, deșeuri solide industriale nepericuloase, deșeuri din construcții și demolări provenite din gospodăriile populației și altele, care sunt prevăzute în anexa la AIM”, această autorizație precum și cea de gospodărire a apelor nu se regăsesc în documentația de atribuire publicată în SEAP.

Solicitările și criticile sunt aceleași cu cele de la lit. A din prezenta notificare.

D. Redevența este factor de evaluare, iar în notele privind fundamentarea tarifului din secțiunea formulare este înscris că valoarea Redevenței datorate de Delegat aferentă prezentului contract este de 15% din valoarea, fără TVA, a facturilor emise și încasate pentru

depozitarea oricărui tip de deșeu acceptat în Depozitul ..., dar nu mai puțin de 540.000 lei, iar în Fișa de date a achiziției, la criterii de atribuire, este prevăzut: Redevența serviciului se va oferta procentual, dar nu mai puțin de 15% din valoarea anuală facturată și încasată, fără TVA, a tuturor componentelor serviciului prestat de către operator, așa cum sunt acestea definite în contractul de delegare.

Așadar, se solicită ca măsură de remediere, să se precizeze concret dacă valoarea redevenței este în procent din valoarea anuală a contractului sau în suma fixă.

E. În Fișa de date, la criterii de evaluare, se menționează că prețul ofertei reprezintă 90% și este compus dintr-un singur tarif, iar în notele privind fundamentarea tarifului se menționează că ofertantul trebuie să prezinte 2 tarife după cum urmează:

- Tariful unitar calculat în conformitate cu modul de calcul de mai sus (Tdm) se referă doar la deșeurile municipale și asimilate acestora și depozitate la Depozitul ... în anul 2018 a căror cantitate este estimată la 106.768 tone/an. (81.658 tone/an generate de populație și 25.110 tone/an de la utilizatorii non-casnici), în conformitate cu datele din Studiul de Fezabilitate pentru Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor în județul ..., elaborat în anul 2009 și cu Aplicația de Finanțare aprobată de Comisia Europeană prin Decizia nr. C (2010)7040 din 12.10.2010 de aprobare a proiectului major SMID .... Cantitatea estimată a fi depozitată provenind de la IIC (utilizatorii non-casnici) este de cca. 25.100 tone/an adică 30,75% din cantitatea generată de populație, conform datelor prezentate în Analiza Cost-Beneficiu. Pentru celelalte categorii de deșeuri nepericuloase acceptate la depozitare la Depozitul ... în anul 2018, a căror cantitate este estimată la 50.257 tone/an, tariful va fi stabilit de către ofertant prin metode competitive, cu fundamentarea acestuia într-o fișă de fundamentare distinctă ce va fi inclusă în oferta financiară, întocmită conform prevederilor Ordinului ANRSC nr. 109/2007.

În situația în care ofertanții vor prezenta 2 tarife și vor raporta cheltuielile privind investițiile, redevența, Fondul pentru închiderea depozitului de deșeuri și urmărirea acestuia post-închidere la două tarife distincte, se impune precizarea în documentația de atribuire, dacă aceste două tarife fac parte din prețul ofertei și constituie criteriu de evaluare și care este algoritmul de evaluare pentru al doilea tarif ofertat.

Totodată se impune publicarea în documentația de atribuire a Studiului de Fezabilitate pentru Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor în județul ..., Aplicației de Finanțare precum și a Analizei Cost-Beneficiu, deoarece acestea au stat la baza elaborării documentației de atribuire și conțin date esențiale ofertanților pentru elaborarea ofertelor.

H. În aceleași note privind fundamentarea tarifelor este precizat că în ceea ce privește determinarea cheltuielilor cu munca vie, Ofertantul va ține cont strict doar de personalul înscris în organigrama prezentată pentru execuția Serviciului. Nu este permisă calcularea cheltuielilor cu

munca vie aferentă unui alt personal, suplimentar față de cel evidențiat în Organigramă.

În opinia petentei, această prevedere este abuzivă și încalcă legislația aplicabilă deoarece potrivit codului muncii aceste persoane au dreptul la concedii (de odihnă și alte concedii) și, prin urmare, acestea trebuie înlocuite pe timpul cât durează concediile prevăzute de legislație și implicit aceste cheltuieli trebuie cuprinse în fundamentarea tarifelor.

Se solicită ca măsură de remediere eliminarea acestei prevederi din secțiunea formulare.

VI. În ceea ce privește condițiile contractuale (modelul de contract),

conform art. 9 alin. (2) operatorul/delegat este obligat să plătească despăgubiri persoanelor fizice sau juridice pentru prejudiciile provocate din culpă, inclusiv pentru restricțiile impuse deținătorilor de terenuri aflate în perimetrul zonelor de protecție instituite, conform prevederilor legale.

Această clauză este considerată de petentă ca fiind abuzivă și solicită eliminarea ei din cadrul condițiilor contractuale, deoarece nu operatorul a stabilit locul de amplasare a depozitului ci autoritatea contractantă prin urmare, apreciază că se impune eliminarea obligației operatorului de a plăti despăgubiri pentru restricțiile impuse deținătorilor de terenuri aflate în perimetrul zonelor de protecție instituite, conform prevederilor legale.

De asemenea, contestatoarea învederează că și conținutului art. 16 alin. (1) și (2), îi este aplicabil raționamentul de mai sus.

Așadar, se reiterează că autoritatea nu a prezentat, în documentația de atribuire, matricea riscurilor cuantificată și elaborată potrivit legislației în domeniul achizițiilor și nici toate informațiile necesare în vederea elaborării ofertelor.

Prin urmare, în lipsa acestor date esențiale se solicită publicarea acestor date în documentația de atribuire precum și eliminarea sintagmei *„Invocarea oricărui motiv care ar putea împiedica în mod substanțial prestarea Serviciului, cu excepția situațiilor de Forță Majoră, nu va atrage nicio modificare a vreunei clauze a acestui Contract și nu va elibera sau exonera în niciun fel Delegatul de obligația de a presta Serviciul conform Contractului și a prevederilor legale în vigoare cu privire la suspendarea sau limitarea prestării Serviciului",* din cadrul alin. (2) art. 6 deoarece contravine legislației în vigoare, afectând sustenabilitatea și menținerea echilibrului contractual.

La art. 19 alin. (5) din Contract, se menționează că *„Asigurarea de răspundere civilă va include o clauză prin care asigurătorul acceptă termenii asigurării se aplică Delegatarului și Delegatului, angajaților, agenților, funcționarilor acestora ca în cazul în care o asigurare separată ar fi fost încheiată pentru fiecare dintre ei”.*

În opinia sa, o astfel de clauză este abuzivă și restrictivă, întrucât impune unui terț (o societate de asigurări) o anumită condiție care nu a

fost negociată de către părțile contractante. Astfel, prin această clauză autoritatea contractantă impune unui operator de asigurare o condiție care nu este prevăzută de legislația în materie și care poate determina Asigurătorul să refuze încheierea asigurării cu operatorul economic, ceea ce ar duce la eliminarea operatorului economic din procedura de atribuire.

Contractul de asigurare este un contract încheiat între operatorul economic și Asigurator, astfel încât autoritatea contractantă este un terț față de acest contract și nu poate impune celor două părți să stabilească ce clauze contractuale să cuprindă contractul de asigurare. În caz contrar se încalcă principiul libertății contractuale.

De asemenea, asumarea de către operatorul economic a unor cheltuieli cu asigurarea pentru funcționarii, angajații unității administrativ teritoriale în temeiul unui contract care este executat exclusiv de către operator, reprezintă cheltuieli extra contractuale pe care operatorul trebuie să le suporte, fără niciun temei legal. Or, o astfel de clauză este considerată ca fiind, de asemenea, abuzivă și restrictivă, iar ca măsură de remediere se solicită eliminarea ei.

În ceea ce privește conținutul art. 21 din contract, unde se menționează acceptarea riscului tehnic, economic și financiar de către delegat prin confirmarea asumării acestora prin Contract, se precizează că acest risc nu poate fi alocat în sarcina operatorului deoarece autoritatea contractantă este responsabilă de gradul de funcționare a bunurilor pe care le concesionează, pe parcursul contractului sunt o serie de obligații în sarcina autorității contractante cu impact asupra modului de executare de către operator a propriilor obligații și, mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu a asigurat o identificare, cuantificare și distribuire a riscurilor corectă.

Pe de altă parte, delegatul nu poate garanta că se va produce sau nu se va produce un eveniment viitor incert care să constituie o încălcare a obligațiilor contractuale și care ar putea duce la încetarea prezentului Contract, neavând posibilitatea de a prevedea evenimente viitoare.

Atât timp cât în cadrul contractului există sancțiuni care se aplică situației nerespectării obligațiilor contractuale, această declarație este una abuzivă întrucât nu se referă la aspecte cunoscute și pe care le poate controla operatorul economic, nerespectarea unor obligații contractuale poate să apară și ca urmare și a unor factori care nu depind de operatorul economic, cum ar fi fluctuațiile prețurilor, sau apariția riscurilor prevăzute în matricea riscurilor etc.

Declarația și garantarea unor situații trebuie să se raporteze la aspecte cunoscute de operator și care nu sunt influențate de diverse evenimente pe care să nu le poată controla.

Pe de altă parte, este neclară natura juridică a unei astfel de declarații, întrucât atât timp cât la momentul încheierii contractului există clauze contractuale în acest sens și sancțiuni pentru nerespectarea obligațiilor asumate, este evident că o astfel de declarație nu are temei

juridic și poate reprezenta un impediment în intocmirea ofertei, întrucât se solicită ceva ce nu are corespondent în legislație.

Dublarea unei cerințe reprezintă o atitudine restrictivă întrucât determină obstacole în întocmirea ofertei, astfel încât atât timp cât în contract sunt prevăzute obligațiile contractuale, precum și clauze privind sancțiunile față de neîndeplinirea obligațiilor contractuale, este evident că nu este necesară o astfel de declarație, cu atât mai mult cu cât nu există niciun temei juridic față de aceasta.

Se solicită, ca măsură de remediere, eliminarea acestei clauze, întrucât oricum situația la care face trimitere autoritatea contractantă este acoperită prin stabilirea de sancțiuni pentru nerespectarea obligațiilor contractuale.

La art. 33 alin. (5) din contract se menționează că operatorul este obligat să modifice regulamentul intern la solicitarea de *„modificare rezonabilă”* din partea Delegatarului. Ori, și această clauză este, în opinia petentei, una abuzivă și restrictivă, întrucât nicio persoană nu poate interveni în modul de desfășurare a activității unei societăți comerciale. Libertatea de a-și desfășura activitatea a unei societăți comerciale nu poate fi îngrădită printr-o clauză contractuală, așa cum este prevăzut în modelul de contract al acestei proceduri.

Așadar, se solicită eliminarea în totalitate a acestei clauze contractuale, care impune reguli de conduită operatorului de către autoritatea contractantă, nu doar în ceea ce privește modificarea regulamentului.

Art. 6 lit. i) din contractul de delegare prevede ca delegatarul poate să modifice unilateral partea reglementară a Contractului pentru motive ce țin de interesul național sau local și/sau în caz de Modificare Legislativă, cu posibilitatea pentru Delegat de a primi o compensație în caz de afectare a echilibrului contractual ca urmare a acestor modificări.

Această clauză este considerată abuzivă întrucât pe de o parte se încalcă securitatea juridică a unui contract prin modificarea unilaterală a contractului doar de către o parte contractuală, iar pe de altă parte nu sunt prevăzute clar care sunt motivele ce pot duce la o astfel de modificare și în ce constă sintagma *„modificări care afectează echilibrul contractual*”.

Așadar, un contract de delegare a gestiunii nu poate fi modificat unilateral de către autoritatea contractantă având în vedere că se încalcă securitatea juridică, predictibilitatea, existând posibilitatea realizării unor abuzuri față de operatorul economic care nu mai este agreat de către autoritatea contractantă din diverse motive (fie întemeiate, fie absurde). Fiind și un serviciu de salubrizare care trebuie realizat încontinuu, o astfel de clauză care permite modificarea unilaterală, fără nicio justificare clară, concretă, identificată în contract este restrictivă și încalcă echilibrul contractual prevăzut de Legea nr. 51/2006 și nr. 101/2006.

Mai mult, conținutul acestei clauze arată că autoritatea contractantă poate modifica unilateral contractul în orice moment și

pentru orice motiv aspecte esențiale în executarea contractului (Regulament, cerințe contractuale, Caietul de sarcini). Or, această modificare unilaterală este abuzivă și încalcă principiul transparenței, întrucât un contract de concesiune se poate modifica doar în anumite condiții, așa cum prevede Legea nr. 100/2016.

Mai mult, nedefinirea „afectării echilibrului contractual", reprezintă încă un motiv pentru care această clauză este abuzivă întrucât lasă loc de interpretări și nu se stabilesc criterii clare de definire a echilibrului contractual care să determine predictibilitatea aplicării unei astfel de clauze.

Or, toate aceste aspecte determină clar un avantaj pentru autoritatea contractantă care, în lipsa unor limite clare, poate realiza modificări contractuale unilaterale care să fie determinate de decizii arbitrare.

În considerarea celor ce preced, contestatoarea solicită Consiliului să admită contestația formulată, să constate veridicitatea aspectelor criticate și, pe cale de consecință să decidă în sensul celor solicitate atât în cadrul petitelor cât și în cuprinsul contestației.

Ca urmare a solicitărilor din cuprinsul adresei CNSC nr. 3752/237–C4/29.01.2018, CONSILIUL JUDEȚEAN ... a transmis documentele solicitate precum și punctul său de vedere la contestația formulată de SC ... SA, solicitând respingerea contestației și, pe cale de consecință, respingerea cererii de obligare a autorității contractante la modificarea documentației de atribuire ca fiind neîntemeiate, respingerea cererii de anulare a procedurii în conformitate cu dispozițiile art. 89 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, ca fiind nefondată, precum și respingerea oricăror alte cereri formulate.

Prin notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, înregistrată la sediul autorității sub nr. 55/03.01.2018, contestatoarea a solicitat autorității contractante să dispună luarea tuturor măsurilor necesare, cu privire la documentația de atribuire publicată în SEAP cu nr. .../21.12.2017, constând în adoptarea unor remedii conform motivelor expuse pe larg în cuprinsul ei.

Față de notificarea mai sus menționată, autoritatea contractantă, în răspunsul nr. 55/08.01.2018, a comunicat că urmează să adopte o serie de măsuri de remediere în parte a documentației de atribuire, urmând ca acestea să fie comunicate în cadrul termenului legal prevăzut la art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, în baza adresei nr. 802/12.01.2018, nr. UIP 5/12.01.2018, măsuri de remediere la notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, cu publicarea concomitentă în SEAP (clarificarea nr. 4/15.01.2018 - măsuri de remediere notificare nr. 2).

Împotriva măsurilor de remediere dispuse prin clarificarea nr. 4/15.01.2018, precum și a clarificărilor publicate ulterior în SEAP, SC ...

SA a formulat contestație, reiterând practic aceleași critici expuse în notificarea prealabilă.

● Referitor la anularea procedurii de atribuire, se solicită respingerea acestui capăt de cerere ca fiind nefondat, întrucât contestatorul nu probează în mod temeinic nevoia legală și faptică a cererii de anulare a procedurii de atribuire, nu aduce dovezi și argumente concrete în justificare, respectiv motivul pentru care să se procedeze la luarea unei asemenea măsuri extreme, care sunt, în opinia sa, acele erori sau omisiuni constatate pe parcursul procedurii pe care autoritatea contractantă ar fi în imposibilitatea de a le remedia, în condițiile în care există posibilitatea legală a remedierii documentației.

● Referitor la motivele de nelegalitate invocate, contestatoarea confirmă că autoritatea i-a comunicat măsurile de remediere, dar cu toate acestea contestă aceste măsuri de remediere dispuse în cauză, cât și clarificările publicate până la data formulării contestației.

Autoritatea contractantă învederează că notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, conține un număr de 92 de puncte, iar contestația conține practic un număr identic de puncte, lucru care conduce la concluzia că s-a formulat contestație împotriva tuturor măsurilor de remediere dispuse de Autoritatea contractantă. Acestea au constat într-o serie de modificări și completări ale documentației de atribuire, publicarea unor informații suplimentare, clarificarea unor aspecte, însă toate acestea nu au fost de natură să îl satisfacă pe contestator.

În opinia autorității nu poate constitui motiv de nelegalitate aprecierea că unele dintre măsurile de remediere propuse sunt nelegale sau nejustificate, deoarece pentru fiecare situație în parte în care nu s-a acceptat adoptarea unor astfel de măsuri, au fost prezentate explicații argumentate legal.

În raport cu prevederile art. 51 alin. (5) și (6) art. 72 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 și art. 77 alin. (1) din HG nr. 867/2016, este atributul exclusiv al autorității contractante, în calitate de proprietar al bunurilor concesionate, de a defini obiectul concesiunii, caracteristicile solicitate pentru lucrările sau serviciile care urmează a fi concesionate, stabilirea criteriilor de atribuire, a modului de repartizare a riscurilor, a cerințelor minime pe care ofertele trebuie să le îndeplinească, criteriile de atribuire ale contractelor, forma contractelor.

Având în vedere că în cuprinsul prezentei contestații au fost reluate atât criticile cat și remediile propuse în notificarea prealabilă, cu indicarea motivelor de respingere invocate de către autoritatea contractantă, aceasta prezintă punctual atât aspectele de nelegalitate invocate, cât și răspunsurile la aceste aspecte:

● Prin măsura de remediere nr. 1, autoritatea contractantă a admis solicitarea ... astfel cum a fost formulată, în sensul eliminării din cadrul Cerinței nr. 5 din Cap. 111.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională a Notei ce cuprinde cerințele pentru demonstrarea experienței similare de la lit. a), respectiv a obligației în cazul

operatorilor economici proprietari sau administratorilor de depozite de a face dovada plății la zi a redevenței, prin introducerea în text a sintagmei *"dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite"* care va avea următorul conținut modificat: *"a) Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții au obligația să facă dovada plății la zi a redevenței, dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală".*

Autoritatea contractantă a publicat în acest sens anunțul de tip erată nr. 119389/16.01.2018, menționând această modificare.

În contestație se arată că din reformularea cerinței reiese că în fiecare contract trebuie să fie stipulat că operatorul este proprietar sau administrator de depozit, contracte care sunt pentru dovedirea experienței similare, or calitatea de proprietar, administrator nu este atestată de contractele de prestare a serviciului de depozitare.

Autoritatea contractantă apreciază critica ca fiind neîntemeiată, interpretarea fiind eronată, textul reformulat referindu-se la cerința impusă, în sensul că pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții să facă dovada plății la zi a redevenței, așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală. Rezultă deci că proprietarii sau administratorii de depozite sunt exceptați de la a face dovada plății la zi a redevenței.

- În ceea ce privește cerința pentru demonstrarea experienței similare de la lit. b) autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat inițial în măsurile de remediere la notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, respectiv Cerința nr. 5 din Cap. 111.2.3. lit. b) Capacitatea tehnică și/sau profesională a Notei ce cuprinde cerințele pentru demonstrarea experienței similare de la lit. b), referitor la Fondul de închidere a depozitului de deșeuri și urmărirea acestuia post închidere, motivat de următoarele:

Conform prevederilor art. 12 alin. (1) din HG nr. 349/2005, privind depozitarea deșeurilor, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina Operatorului obligația constituirii Fondului pentru închiderea depozitului de deșeuri și urmărirea acestuia post închidere. Acest fond va fi constituit de către Operator sub forma unui cont escrow purtător de dobandă, aflat la dispoziția JUDEȚULUI ..., deschis la o bancă agreată de către autoritatea contractantă. Dobânda obținută constituie sursa suplimentară de alimentare a fondului. Cuantumul previzionat de către autoritatea contractantă este de 100.000 lei/an, stabilit la un nivel suportabil care să nu se rasfrângă în mod negativ asupra populației, prin tarifele de salubrizare percepute de către operatorii zonali, și care sunt fundamentate cu luarea în considerare a tarifului aferent eliminării prin depozitare a deșeurilor municipale la

Depozitul județean de deșeuri .... Fondul se alimentează trimestrial, iar consumul fondurilor previzionate constituite se face pe baza situațiilor de lucrări care se întocmesc la realizarea lucrărilor de închidere a depozitului sau a unei părți a depozitului.

Autoritatea contractantă nu controlează alimentarea fondului, solicitându-se conform Cerinței nr. 5 din Cap. III.2.3. lit. b) pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate, o dovadă a constituirii acestuia, fiind practic o dovadă a îndeplinirii corespunzătoare a cerinței privind experiența solicitată. Deoarece obligația de operare a unui depozit de deșeuri (chiar privat) presupune obligația legală de constituire a acestui fond conform art. 12 din HG nr. 349/2005, este în interesul autorității contractante să constate dacă experiența similară este corespunzătoare, din punct de vedere a îndeplinirii tuturor obligațiilor legale ale operatorului care prezintă dovada. Astfel, se consideră că această solicitare este corectă și nedisproporționată, fiind chiar necesară în dovedirea unei operări corespunzătoare.

● Referitor la critica privind lipsa analizei în termeni financiari a oportunității delegării serviciilor supuse procedurii, conform obligațiilor legale - fundamentarea deciziei de concesionare, autoritatea contractantă își menține punctul de vedere exprimat în măsurile de remediere la notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018.

Astfel, s-a comunicat că nu se impune remedierea, deoarece în conformitate cu prevederile art. 22 alin. (3) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, *„Modalitatea de gestiune a serviciilor de utilități publice se stabilește prin hotărâri ale autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, în baza unui studiu de oportunitate, în funcție de natura și starea serviciului, de necesitatea asigurării celui mai bun raport preț/calitate, de interesele actuale și de perspectivă ale unităților administrativ-teritoriale, precum și de mărimea și complexitatea sistemelor de utilități publice”*, iar art. 29 alin. (2) prevede că: *„Delegarea gestiunii serviciilor de utilități publice, respectiv operarea, administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente, se poate face pentru toate sau numai pentru o parte dintre activitățile componente ale serviciilor, pe baza unor analize tehnico-economice și de eficiență a costurilor de operare, concretizate într-un studiu de oportunitate”.*

Studiul de Oportunitate privind opțiunea delegării Depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., aprobat prin HCJ ... nr. 182/2013, a presupus în prealabil o analiză tehnico-economică și de eficiență a costurilor de operare. În urma concluziilor acestui studiu a rezultat necesitatea delegării, prin concesiune, a Depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., care este pe deplin realizabilă. De asemenea, conform aceluiași studiu, contractul de concesiune răspunde cerințelor și politicilor autorităților publice locale aflate în plin proces de absorbție a fondurilor europene pentru dezvoltarea infrastructurii de mediu.

Cu toate că Legea nr. 51/2006 a menținut titulatura de studiu de oportunitate, Legea nr. 100/2016 și HG nr 867/2016 denumește acest document studiu de fundamentare, fiind vorba, în esență, de același document. Și caietului de sarcini este denumit în Legea nr. 100/2016 și HG nr. 867/2016, Specificații tehnice sau Document descriptiv, după caz.

Art. 19 alin. (3) din HG nr. 867/2016, stabilește și indică documentele care fac parte din documentația de atribuire, iar prevederilor art. 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016, precizează că *"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".*

Potrivit prevederilor art. 19 alin. (3) din HG nr. 867/2016, studiul de fundamentare nu face parte din documentația de atribuire, iar conform art. 77 alin. (1) din HG nr. 867/2016, *"Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire".*

Chiar dacă studiul de oportunitate a fost întocmit anterior intrării în vigoare a noilor acte normative, acesta nu își pierde valabilitatea, mai mult decât atât, anterior publicării în SEAP a documentatiei de atribuire, a făcut obiectul verificării ANAP, împreună cu Strategia de Contractare, în vederea validării, autoritatea respectivă neconstatând că studiul de oportunitate ar fi neconform criteriilor și cerințelor legale actuale.

Privitor la afirmația că studiul de oportunitate nu ar conține informații relevante, aceasta nu poate fi reținută deoarece cuprinde în secțiunile sale motivația delegării, identificarea nevoilor de salubrizare, descrierea serviciului, perspectiva economică a serviciului, stabilirea procedurii optime pentru atribuirea contractului, condiții contractuale etc. Studiul de oportunitate privește etapa de planificare, fundamentare și atribuire a unui Contract de Concesiune și este publicată în SEAP pentru a oferi date suplimentare potențialilor ofertanți și nu trebuie, deci, confundat cu Documentația de Atribuire.

În ceea ce privește analiza riscurilor, demonstrarea includerii contractului în categoria contractelor de concesiune, aceste aspecte au fost cuprinse pe larg în Strategia de Contractare, document care a făcut obiectul verificării de către ANAP. Alocarea principalelor riscuri între Delegatar și Delegat în ceea ce privește operarea Depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., este precizată detaliat la pct. 26 - Alocarea responsabilităților și riscurilor contractuale, din Caietul de Sarcini, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) lit. g) din H.G. nr. 867/2016.

● Referitor la solicitarea ca, în lipsa unui Studiu de fundamentare, să fie modificată matricea riscurilor prin adaptarea acesteia la realitățile economice/financiare/contractuale, se precizează că acest lucru nu se impune. Matricea riscurilor nu este dezechilibrată sau incompletă prin lipsa unor riscuri sau că unele dintre riscuri nu ar trebui suportate de către operator.

Autoritatea contractantă apreciază că a respectat toate normele legale aplicabile, alocarea riscurilor fiind făcută în conformitate cu secțiunea Riscul de operare din Legea nr. 100/2016, prevăzut în mod expres la art. 6 alin. (1). Esența contractului de concesiune presupune pe de o parte punerea de către autoritatea contractantă la dispoziția operatorului a bazei tehnico-materială de executarea a serviciului, la care se adaugă sprijinul necondiționat în obținerea autorizațiilor și în rezolvarea unor situații de dezechilibru contractual, iar pe de altă parte transferul riscurilor, în special al celor economice și de operare, în sarcina operatorului.

Încercarea operatorului de a limita preluarea de către acesta a anumitor riscuri, fără a prezenta dovezi concrete (gen riscuri legate de modificarea impozitelor și taxelor, TVA, inflație, sustenabilitate, costul asigurărilor etc.) este apreciată de autoritatea ca fiind nefondată și lipsită de suport legal, iar solicitarea în cauză ar duce la încălcarea prevederilor legii mai sus menționate. Cu toate acestea, autoritatea apreciază că operatorul însuși consimte în notificare că în cazul apariției unor astfel de riscuri este îndreptățit la modificarea tarifului.

În contractul de delegare se menționează la art. 6 alin. (1) lit. j) că Delegatarul are dreptul *„să aprobe structura și ajustarea/modificarea tarifelor la propunerea Delegatului, conform prevederilor legale în vigoare",* iar la art. 14 alin. (5) se menționează că *„Tariful poate fi ajustat, respectiv modificat la cererea Delegatului, cu aprobarea Delegatarului, în condițiile prevăzute de legislația în vigoare și în mod special de Metodologia de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubrizare a localităților aprobată prin Ordinul Președintelui ANRSC nr. 109/2007".*

● În ceea ce privește solicitarea de includere a unor riscuri în Matricea riscurilor, de asemenea este apreciată de autoritate ca fiind nefondată. Astfel:

- riscul de neadecvare a depozitului de deșeuri - nu poate fi luat în considerare, deoarece depozitul finanțat cu fonduri europene a fost construit și recepționat cu îndeplinirea tuturor cerințelor tehnico-economice prevăzute de legislația în domeniu. Se menționează că recepția la terminarea lucrărilor a acestui obiectiv a fost realizată de reprezentanții instituției, după verificarea îndeplinirii tuturor obligațiilor stipulate în avizele care au stat la baza eliberării autorizației de construire. În prezent, Depozitul județean de deșeuri nepericuloase ... este operabil, având toate autorizațiile legale de funcționare (Protecția Mediului, Apele Române, ISU).

- Condițiile meteo nefavorabile - acest risc este descris și acoperit de clauza de *Forță Majoră*, prevăzută la art. 26 din Contractul de delegare.

● Referitor la solicitarea ca măsură de remediere constând în publicarea unor informații în documentația de atribuire, în sensul includerii în valoarea estimată a contractului a taxei de mediu de 80

lei/tonă la nivelul anului 2019 și de 120 lei/tonă la nivelul anului 2020, prin OUG nr. 48/2017, pentru modificarea și completarea OUG nr. 196/2015, privind Fondul pentru mediu, s-a dispus suspendarea aplicării taxei de depozitare de 80 lei/tonă (introdusă de la 1 ianuarie 2017) până la data de 1 ianuarie 2019. Taxa de mediu va fi luată în considerare după intrarea în vigoare efectivă a legii.

• În ceea ce privește stabilirea, începând cu data de 1 ianuarie 2018, a salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată (1900 lei/lună) aceasta presupune ca operatorul să ia în calcul aceste informații în fundamentarea tarifului.

• Referitor la solicitarea, ca măsura de remediere, publicarea în documentația de atribuire a modului de calcul detaliat a valorii estimate a contractului, cu toate componentele de costuri, raportat la riscurile invocate, se apreciază ca fiind excesivă, nejustificată și nefondată. Contestatoarea nu precizează care ar fi, în opinia sa, acele componente de costuri necuprinse cu ocazia determinării valorii estimate a contractului, *"raportat la riscurile invocate"*, respectiv care este temeiul legal al solicitării.

Astfel, autoritatea contractantă își mentine punctul de vedere exprimat inițial în măsurile de remediere la notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, respectiv măsura de remediere nr. 2, prin care a fost comunicată valoarea estimată a contractului.

- Cu privire la publicarea în documentația de atribuire a modului de calcul a valorii estimate a contractului, acesta a fost inclus în Strategia de contractare care a făcut obiectul verificarii ANAP, respectiv determinarea și justificarea valorii estimate:

- Valoarea estimată a contractului, fără TVA: 235.436.049 lei;
- Valoarea estimată a contractului de concesiune este valoarea precizată în referatul de necesitate nr. 20857/31.10.2017, inițiat de către Unitatea de Implementare a Proiectelor din cadrul Direcției Proiecte și Programe de Dezvoltare Județeană a Consiliului Județean ....
- Valoarea estimată este calculată prin însumarea valorii cheltuielilor de exploatare/administrare a depozitului ..., cu valoarea cheltuielilor de investiții necesare pentru dezvoltarea capacității de depozitare.

În conformitate cu datele prezentate la pagina 191, Analiză Cost - Beneficiu din cadrul Aplicației de finanțare a proiectului *"Sistem de Management Integrat al Deșeurilor în Județul ..."*, cheltuielile anuale de exploatare/administrare a depozitului ... sunt de 1,6 mil. Euro (inclusiv profit), iar durata de exploatare a depozitului este de minim 21 ani. Prin urmare, cheltuielile de exploatare/administrare a depozitului ... se ridică la 33.177.695 euro, ceea ce înseamnă o valoare estimată de circa 152.531.135 lei (curs valutar BNR comunicat la data de 30.10.2017 1 EURO = 4,5974 lei).

An de operare	Total costuri exploatare (euro/an)	An de operare	Total costuri exploatare (euro/an)
anul 1	1.589.794	anul 12	1.541.366
anul 2	1.571.186	anul 13	1.552.643
anul 3	1.604.723	anul 14	1.563.599
anul 4	1.616.755	anul 15	1.573.503
anul 5	1.629.382	anul 16	1.586.822
anul 6	1.642.777	anul 17	1.602.311
anul 7	1.489.254	anul 18	1.617.070
anul 8	1.496.160	anul 19	1.632.178
anul 9	1.507.457	anul 20	1.647.623
anul 10	1.518.799	anul 21	1.663.269
anul 11	1.530.023	-	-
TOTAL costuri exploatare (21 ani) = 33.177.695 euro			

În conformitate cu execuția financiară a contractului *„Construirea depozitului județean de deșeuri din ... și închiderea celor trei depozite neconforme de la ..., Târgu ..., județul ..., ”,* costurile de construire a celulei 1 a depozitului județean ..., cu o capacitate de 980.000 mc, s-au ridicat la o valoare de 21.480.600 lei (doar valoarea lucrărilor de construcții), adică 4.707.870 euro, din care valoarea efectivă a celulei fiind de aproximativ 10.803.633 lei (adică 2.367.816 euro).

În cadrul Aplicatiei de finanțare a fost estimat și un Plan de recuperare a investițiilor, care se întinde pe o perioadă de 21 ani, în raport cu care a fost dimensionat proiectul și au fost avute în vedere următoarele frecvențe cu care sunt înlocuite bunurile din proiect:

- Clădiri și construcții (lucrări civile cu excepția celulelor de depozitare) - durata economică de viață de 40 ani;
- Celule depozitare (only landfill) - durata economică de viață 21 ani;
- Echipamente și instalații - durata economică de viață 12 ani;
- Autovehicule și camioane - durata economică de viață 8 ani.

În proiecția fluxurilor financiare din Analiza Cost-Beneficiu, costurile de recuperare a investițiilor au fost considerate costuri de operare și întreținere.

Pentru dezvoltarea capacității de depozitare până la 4.000.000 mc., închiderea depozitului ... după epuizarea tuturor celor 3 celule și înlocuirea vehiculelor și instalațiilor a căror durată de viață s-a epuizat pe parcursul contractului de concesiune, așa cum rezultă din datele prezentate în Studiul de fezabilitate al proiectului, vor fi necesare investiții în valoare totală de 18.033.000 Euro (respectiv 82.904.914 lei), valoare care constă în următoarele componente:

- dezvoltarea celulelor 2 și 3 = 5,6 mil. Euro (programați în anul 5 și anul 15 de contract);
- înlocuire echipamente la depozit = 1,396 mil. Euro (programați în anul 12 de contract);
- înlocuire vehicule la depozit = 1,365 mil. Euro (programați în anul 8 și anul 16 de contract);

- închidere/acoperire celule = 7,200 mil. Euro (programați în anul 6, anul 15 și anul 21 de contract);
- proiectare/studii/dezvoltare de capacități = 2,09 mil. Euro (eșalonați pe toată durata contractului);
- cote, taxe legale = 0,382 mil. Euro (esalonați pe toată durata contractului).

Prin totalizarea costului total de exploatare cu valoarea investițiilor obligatorii necesare a fi realizate de către Delegat, se obține valoarea totală estimată a contractului, astfel:

152.531.135 lei + 82.904.914 lei = 235.436.049 lei

(1 euro = 4,5974 lei la data de 30.10.2017)

● Aspecte care încalcă legislația și condițiile contractuale (modelul contractului de delegare).

Referitor la solicitarea, ca măsura de remediere, de a publica în documentația de atribuire Deciziile de impunere pe anul 2017, respectiv 2018 emise de Primăria comunei ... pentru stabilirea impozitului pe clădiri, deoarece acestea nu ar fi fost publicate în SEAP, este considerată ca fiind nefondată, deoarece prin măsura de remediere nr. 3, conform solicitării, autoritatea contractantă urma să transmită în SEAP Deciziile de impunere pe anul 2017, respectiv 2018, emise de Primăria comunei ... (pe teritoriul căreia se află amplasat depozitul de deșeuri), pentru stabilirea impozitului pe clădiri datorată de către actualul operator (Serviciul Public de Administrare a SMID). Contrar celor afirmate, deciziile mai sus-menționate se găsesc publicate în SEAP la data de 15.01.2018, în Anexe - măsuri de remediere 2 (Clarificarea nr. 4).

Pentru terenul pe care se află amplasat depozitul, în conformitate cu art. 15 din Contractul de delegare, va fi achitată o cota de 8,06% din redevența aferentă contractului datorată de către Delegat, comunei ....

● Privitor la solicitarea de a pune la dispoziția operatorilor economici interesați lista indicativă a bunurilor de preluare, solicitarea este apreciată ca fiind nejustificată din următoarele motive:

Anexa 6 din Contractul de delegare - Lista indicativă a bunurilor de preluare, precizează că *„se va completa la terminarea prezentului contract, dacă este cazul”.*

Conform definiției date de art. 1. Definiții si interpretare din Contractul de delegare, „Bunuri de preluare” înseamnă acele bunuri care la încetarea 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.

De asemenea și art. 30 alin. (4) lit. b) din Contractul de delegare stipulează că, la încetarea Contractului, din orice cauză, *„Bunurile de Preluare vor putea să revină Delegatarului, în măsura în care acesta își va exprima intenția de a prelua aceste bunuri, în schimbul plății, către Delegat, a contravalorii acestora (...)”*.

● Privitor la afirmația că lipsesc Anexele 4 și 5 din Contractul de delegare, aceasta este apreciată ca fiind neîntemeiată, deoarece Lista

bunurilor de retur cu valorile de inventar, care constituie Anexa 4, a fost pusă la dispoziție prin Clarificarea numărul 2, postată în SEAP, autoritatea precizând că lucru a fost recunoscut chiar de acesta.

În ceea ce privește Anexa 5 - Proces verbal de predare primire a bunurilor concesionate, aceasta nu poate fi pusă la dispoziție, întrucât *„se va completa la predarea-primirea bunurilor concesionate”.*

• Referitor la solicitarea de publicare a Autorizației integrate de mediu și respectiv a Autorizației de Gospodărire a apelor, deoarece nu se regăsesc în documentația de atribuire publicată este, de asemenea, apreciată ca fiind nefondată, întrucât prin Măsura de remediere nr. 4, conform solicitării, autoritatea contractantă urma să transmită în SEAP autorizațiile mai sus-menționate. Contrar celor afirmate, Autorizația integrată de mediu și respectiv Autorizația de Gospodărire a apelor, se găsesc publicate în SEAP la data de 15.01.2018, în Anexe – măsuri de remediere 2 (Clarificarea nr. 4).

• Privitor la solicitarea, ca măsură de remediere, de a preciza concret dacă valoarea redevenței este în procent din valoarea anuală sau în sumă fixă, se precizează că în Măsurile de remediere la Notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, s-a răspuns că informația solicitată se regăsește explicit la art. 15 alin. (1) din Contract.

În completare, se precizează că în conformitate cu Fișa de date a achiziție, redevența se va oferta procentual, dar nu mai puțin de 15% din valoarea anuală facturată și încasată, fără TVA, a tuturor componentelor serviciului prestat de operator, urmând conform art. 15 din Contract, să fie achitată de către operator procentual (conform procentului din ofertă), dar nu mai puțin de 540.000 lei/an, pe toată durata contractului.

• Referitor la solicitarea de a preciza dacă cele două tarife menționate în Fișa de date fac parte din prețul ofertei și constituie criteriu de evaluare, respectiv precizarea algoritmului de evaluare pentru al doilea tarif ofertat, se precizează că s-a răspuns la solicitare în Măsurile de remediere la Notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, după cum urmează:

Tariful Tdm (care se referă la deșeurile municipale și asimilate acestora) este singurul tarif care intră în stabilirea prețului ofertei. Al doilea tarif Tadn (care se referă la celelalte categorii de deșeuri nepericuloase acceptate la depozitare) va fi stabilit de către ofertant printr-o fișă de fundamentare distinctă ce va fi inclusă în oferta financiară, întocmită conform prevederilor Ordinului ANRSC nr 109/2007, acesta fiind necesar la încheierea contractelor cu operatorii de colectare și transport pentru stabilirea tarifelor practicate, dar nefăcând parte din fundamentarea tarifului din ofertă și implicit nefiind criteriu de evaluare.

• Referitor la solicitarea că se impune publicarea în documentația de atribuire a unor documente, autoritatea contractantă menționează că a comunicat, tot în Măsurile de remediere la Notificarea prealabilă nr. 29/03.01.2018, prin Măsura de remediere nr. 6, că va posta în SEAP un

rezumat al Studiului de fezabilitate pentru Proiectul SMID în Județul .... Acesta apare publicat în SEAP la data de 15.01.2018, în Anexe -măsuri de remediere 2 (Clarificarea nr. 4).

• În ceea ce privește solicitarea de publicare în documentația de atribuire a Aplicației de finanțare precum și a Analizei cost-beneficiu, autoritatea apreciază că solicitarea este excesivă și nejustificată, întrucât aceste documente au stat la baza montajului financiar al întregului proiect SMID ..., în vederea obținerii finanțării proiectului și a stabilirii cofinanțării acestui proiect, nefăcând parte, contrar celor arătate, din documentația de atribuire necesară fundamentării tarifului în vederea întocmirii ofertei, conform art. 19 alin. (3) din HG nr. 867/2016.

• Referitor la solicitarea de eliminare din secțiunea formulare a prevederii că, în determinarea cheltuielilor cu munca vie, ofertantul va ține cont strict doar de personalul înscris în organigrama prezentată pentru execuția serviciului, aceasta este nejustificată, deoarece cu privire la personalul înscris în organigramă, prin fișa de date - cerința 6, s-a impus ofertantului să includă în organigramă un număr de trei posturi cheie pentru execuția contractului. Urmează ca ofertantul să stabilească, în baza experienței si intereselor proprii și să completeze organigrama, cu numărul necesar de posturi pentru buna execuție a contractului.

• Referitor la solicitarea de eliminare, din cadrul condițiilor contractuale, a obligațiilor operatorului de a plăti despăgubiri pentru restricțiile impuse deținătorilor de terenuri aferente depozitului, conform art. 2 alin. (2) din contractul de delegare, autoritatea apreciază că este nejustificată, întrucât Delegatul este pe deplin responsabil, în ceea ce privește exploatarea obiectivului în condiții de siguranță, cu respectarea cerințelor stabilite prin documentele de licitație, Autorizația integrată de mediu, Autorizația de gospodărire a apelor, precum și orice alte cerințe legale, astfel încât să nu afecteze prin activitate sau prin anumite restricții impuse, terțele persoane sau deținătorii de terenuri din zonă și să plătească despăgubiri celor afectați pentru prejudiciile cauzate din culpa sa.

Astfel de situații ar putea fi rezultatul unei exploatări necorespunzătoare de către Delegat a instalațiilor, utilajelor, echipamentelor, blocarea sau restricționarea căilor de acces din incinta sau din afara depozitului, depozitarea necorespunzătoare a deșeurilor, neîndeplinirea standardelor de performanță în ceea ce privește protecția mediului etc.

• Cu privire la solicitarea de eliminare din Contractul de delegare a art. 16 alin. (2) teza II, „deoarece contravine legislației în vigoare afectează sustenabilitatea, menținerea echilibrului contractual”, se apreciază această solicitare nu se justifică întrucât contestatorul nu precizează cărui articol din legislația în vigoare contravine și cum afectează sustenabilitatea și menținerea echilibrului contractual.

• Privitor la cerința de eliminare din cadrul art. 19 alin. (5) din Contract a clauzei privind obligarea operatorului de a include în asigurare angajații Delegatarului, este apreciată ca fiind nefondată, deoarece Delegatarul este parte în cadrul contractului, având conform pct. 9 din Caietul de Sarcini și art. 6 alin. (1) lit. f) din Contract un drept de monitorizare a activității Delegatului, fapt ce impune prezența reprezentanților săi aflați în exercițiul funcțiunii în incinta depozitului, în scopul de a inspecta înregistrările și documentele păstrate de Delegat privind serviciul, operațiile de depozitare și bunurile concesionate.

• Referitor la eliminarea clauzei prin care delegatul declară și garantează că acceptă încheierea contractului pe propriul său risc tehnic, economic și financiar atât în fața delegatarului cât și față de autoritățile competente în prestarea serviciului, este considerată ca fiind neîntemeiată.

În speță fiind vorba despre un contract de concesiune, conform art. 6 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, aceasta implică transferul către operator a unei părți semnificative a riscului de operare. Din aceasta decurg obligațiile pe care delegatul trebuie să și le asume conform legii, confirmând în special că a luat în considerație obligațiile și riscurile de orice fel, anterior încheierii contractului.

• Referitor la solicitarea de eliminare a clauzei prevăzute la art. 33 alin. (5), care menționează că operatorul este obligat să modifice regulamentul intern la solicitarea de modificare rezonabilă din partea Delegatarului, care în opinia sa este abuzivă și restrictivă, fiind o intervenție, se apreciază că și această cerință este nejustificată, întrucât din textul art. 33 alin (5) din Contractul de delegare, rezultă că Delegatarul va avea dreptul să solicite Delegatului modificarea Regulamentului Intern *„în măsura în care solicitarea de modificare este rezonabilă, în legătură cu dispoziții ale Regulamentului care afectează modul de prestare a Serviciului și în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile”*, nefiind vorba deci de o intervenție abuzivă și restrictivă în modul de desfășurare a activității operatorului.

• Referitor la prevederile art. 6 alin (1) lit. i) din Contract, care prevede dreptul Delegatarului să modifice unilateral partea reglementară a Contractului pentru motive ce țin de interesul național sau local și/sau în caz de modificare legislativă, cu posibilitatea pentru Delegat de a primi o compensație în caz de afectare a echilibrului contractual ca urmare a acestor modificări, se consideră că aceasta nu este o clauză abuzivă și nu se impune a fi eliminată, deoarece se referă doar la motive ce țin de interesul național sau local și/sau în caz de modificări legislative, cu posibilitatea Delegatului de a primi o compensație ca mijloc rezonabil de reechilibrare a contractului.

Totodată, art. 37 alin. (3) din Contractul de delegare stipulează că: *„În situația în care, independent de Delegat și de voința sa, Modificări Legislative, constrângeri tehnice, economice, financiare sau, în general, evenimente neprevăzute care nu constituie evenimente de forță majoră,*

astfel cum sunt acestea definite de prezentul Contract, datorate sau nu Delegatarului, alterează echilibrul economico-financiar al prezentului Contract, și dacă dezechilibrul rezultat nu poate fi remediat prin modificările/ajustarile de tarife, Părțile se obligă să renegocieze termenii și condițiile prezentului Contract, în scopul restabilirii echilibrul economico-financiar al Contractului".

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate pentru motivele de fapt și de drept expuse mai sus, menținerea, în totalitate, a actelor și documentației contestate și, pe cale de consecință, respingerea oricăror cereri și pretenții, de orice natură ale contestatoarei.

Urmare solicitării din cuprinsul contestației, prin adresa nr. 4716/237 – C4/05.02.2018, SC ... SA a fost invitată la sediul Consiliului în vederea studierii dosarului constituit ca urmare a contestației depuse.

În urma studierii dosarului dedus judecății, prin adresa nr. 1416/08.02.2018, înregistrată la CNSC cu nr. 5581/09.02.2018, SC ... SA a formulat și depus concluzii scrise prin care reiterează solicitările adresate Consiliului prin contestația sa.

1. În Fișa de date și Anunțul de participare la Cap. III.2.2.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională Cerința 5 se solicită, în dovedirea experienței similare, ca ofertanții să facă dovada plății la zi a redevenței, așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală și a existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, astfel încât se restricționează concurența și se impun cerințe restrictive care nu permit participarea operatorilor economici la procedura de atribuire, motiv pentru care s-a solicitat eliminarea acestor cerințe.

Contestatoarea respinge în totalitate apărarea autorității contractante conform căreia prin cerința de la lit. b) pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții trebuie să prezinte dovada existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, precum și prin dovada plății redevenței așa cum este ea stipulată în fiecare contract în parte, ce constituie dovezi de îndeplinire a cerinței privind experiența similară, deoarece potrivit art. 12 alin.(1) și (8) din Hotărârea nr. 349/21.04.2005, controlul alimentării fondului se face de către autoritățile administrației publice pentru finanțe locale și nu de alte autorități ale administrației publice locale.

Așadar, dovada constituirii și alimentării fondului pentru închiderea și urmărirea postînchidere a depozitului se controlează de către autoritățile competente ale administrației publice locale pentru finanțe publice.

În strategia de contractare, pagina 21, se menționează că prin prezenta procedură se atribuie un contract de delegare a gestiunii unei activități de operare a unui depozit de deșeuri nepericuloase și se solicită ofertanților să probeze că dețin capacitatea tehnică care să le permită să

recepționeze, cântărească și să înregistreze la intrarea în depozit, transporturile de deșeuri solide municipale, să depoziteze aceste deșeuri în spațiul special destinat, în incinta depozitului, să dezvolte capacități suplimentare de depozitare, pe amplasamentul Depozitului de deșeuri nepericuloase ..., să încheie contracte de eliminare a deșeurilor cu operatorii de colectare și transport deșeuri, să factureze să urmărească încasarea contravalorii Serviciului prestat, să administreze, exploateze și întrețină sistemele de colectare și tratare a levigatului și a apelor reziduale, sistemele de tratare a gazelor de depozit, echipamentul de cântărire a deșeurilor, stația de spălare pentru vehiculele de transport deșeuri, stația de alimentare cu combustibil, clădirile orice alte instalații/echipamente/dotări din incinta depozitului .... Operatorul trebuie, de asemenea să instaleze, să exploateze și să întrețină sistemele de colectare a biogazului, să administreze, să exploateze și să întrețină sistemele de colectare și tratare a levigatului.

Contestatoarea afirmă că este neclar cum poate autoritatea contractantă să stabilească că operatorul desemnat câștigător al procedurii are capacitatea necesară să îndeplinească cel puțin aceste cerințe menționate în strategia de contractare, dacă operatorul face dovada plății la zi a redevenței și cea a constituirii pentru închiderea urmărirea postînchidere a depozitului.

În opinia petentei, toate aceste aspecte confirmă susținerile din contestație cu privire la acest aspect.

Astfel, precizează că impunerea unor cerințe care determină restricționarea unor operatori economici nu respectă legislația amintită, iar autoritatea contractantă nu a înlăturat prin punctul său de vedere criticile aduse prin contestație, astfel încât solicită eliminarea din cadrul cerinței 5 din Cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, a notei ce cuprinde cerințele pentru demonstrarea experienței similare.

2. Lipsa analizei în termeni financiari a oportunității delegării serviciilor supuse procedurii, conform obligațiilor legale - fundamentarea deciziei de concesionare (conform Secțiunii 2 din HG nr. 867/2016, art. 7 și art. 8 din Legea nr. 100/2016).

În concluziile prezentate se menționează că apărările autorității contractante nu înlătură criticile aduse prin contestație având în vedere că se menționează că potrivit dispozițiilor Legii nr. 51/2006, modalitatea de gestiune se stabilește prin hotărâri ale autorităților deliberative în baza unui studiu de oportunitate, ori aceeași lege stabilește că (1) *„Organizarea și desfășurarea procedurilor de atribuire a contractului de delegare a gestiunii pentru serviciile de utilități publice prevăzute la art. 1 alin. (2) se fac în baza unei documentații de atribuire elaborate de delegatar, după caz, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 și Legii nr. 100/2016”.*

Totodată, în punctul de vedere se specifică că studiul de fundamentare nu face parte din documentația de atribuire.

Contestatoarea reiterează că acesta face parte din documentația de atribuire, odată ce stă la baza alcătuirii documentației de atribuire precum și a alegerii tipului de contract.

În punctul de vedere se menționează că deja există un Studiu de fezabilitate, o analiză Cost-Beneficiu, Evaluarea Impactului asupra Mediului, Analiza instituțională, iar aceste documente respectă prevederile Legii nr. 101/2016.

Opinia petentei este că un proiect general, care nu se raportează strict la activitatea în cauză, nu poate să respecte toate condițiile impuse de această lege, unde se menționează că informațiile cuprinse în Studiul de fundamentare trebuie să fie clare, raportate la obiectul contractului, să fie detaliate și să fie individualizate la serviciul ce urmează a fi delegat. Un proiect general, care cuprinde o multitudine de activități (nu doar cea care face obiectul prezentului contract) nu poate să respecte prevederile legale, dacă, activitatea ce face proiectul prezentei proceduri este analizată foarte succint și nu este detaliată astfel încât să se demonstreze necesitatea și oportunitatea derulării prezentului contract.

Faptul că aceste documente analizează un proiect „Sistem de management integrat al deșeurilor în judetul ...", nu prezintă relevanță întrucât pe de o parte, se încalcă dispozițiile art. 12 alin. (1) din HG nr. 867/2016, iar pe de altă parte, documentația de atribuire (inclusiv acest studiu) trebuie să se raporteze strict la obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

Petenta apreciază că ceea ce face autoritatea contractantă prin publicarea la comun a unui studiu generalist față de o multitudine de activități ce nu fac obiectul prezentei proceduri este de a posta în SEAP o documentație care nu este clară, concisă individualizată strict la procedura de față, iar operatorii economici trebuie să-și "aleagă" care dintre condiții/informații trebuie să fie aplicate.

Contestatoarea reiterează că studiul la care face trimitere Secțiunea 2 din HG nr. 867/2016 și art. 7 - 8 din Legea nr. 100/2016, trebuie să fie individualizat strict la sustenabilitatea/oportunitatea contractului ce urmează a fi atribuit. Un proiect generalist nu va putea să răspundă tuturor aspectelor reglementate în cadrul articolelor susmenționate, iar acest lucru se poate observa prin analiza documentelor la care face trimitere autoritatea contractantă.

Mai mult, documentele amintite au fost strict întocmite pentru accesarea fondurilor europene, astfel încât scopul acestora și, implicit detaliile pe care s-au axat studiile, se raportează la alte criterii/condiții: cele de eligibilitate a contractului de finanțare (condiții care sunt diferite față de scopul menționat în Legea nr. 101/2016).

De asemenea, reiterează că potrivit art. 5 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 100/2016, documentația de atribuire trebuie să cuprindă, printre altele, și studiul de fundamentare.

Așadar, obligativitatea publicării în SEAP a acestui studiu nu rezultă doar din raționamente raportate la principiul transparenței (în sensul că

operatorii economici trebuie să aibă la dispoziție informațiile necesare pentru a verifica sustenabilitatea/oportunitatea contractului), ci reprezintă chiar o componentă a documentației de atribuire ce, în mod obligatoriu, trebuie publicată în SEAP pentru a se respecta principiul transparenței.

În aceste condiții, se apreciază că contestația este fundamentată, autoritatea contractantă neîntocmind un studiu de fundamentare individualizat pentru obiectul acestui contract, aspect care încalcă legislația, rămânând valabile și celelalte critici la care s-a făcut trimitere în contestație.

3. În ceea ce privește lipsa cuantificării în termeni economici și financiari a riscurilor, precum și a unei analize a încadrării contractului în categoria celor de concesiune, bazate pe o evaluare și alocare corectă și legală a riscurilor, având în vedere că autoritatea prin punctul de vedere nu a înlăturat criticile aduse prin contestație, petenta își susține cele precizate în contestație cu privire la acest aspect.

În ceea ce privește criticile referitoare la matricea riscurilor, petenta își menține cele precizate în contestație, precizând că matricea riscurilor rezultă din studiul de fundamentare care este obligatoriu, potrivit art. 7 și 8 din Legea nr. 100/2016 și Secțiunea 2 din HG nr. 867/2016, astfel încât în lipsa unui studiu care să cuprindă toate informațiile impuse de lege, este evident că autoritatea contractantă stabilește o matrice a riscurilor într-un mod arbitrar, fără fundament tehnic/economic/financiar.

În atare condiții, consideră că se impune modificarea matricei riscurilor prin adaptarea acesteia la realitățile economice/financiare/contractuale ale serviciului ce urmează a fi atribuit, în baza studiului obligatoriu impus autorității contractante de legislația amintită.

Pe de altă parte, tot ce face autoritatea contractantă în vederea stabilirii tarifului serviciului gestionat trebuie să asigure funcționalitatea eficientă a serviciului și să asigure echilibrarea între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante, potrivit art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2006.

Prin urmare, se reiterează că nu se poate conchide că doar operatorul este cel care își asumă riscurile, iar pe de altă parte riscurile asumate de operator nu trebuie să fie absurde și să determine împovărarea nejustificată a acestuia, determinând un pericol față de derularea procedurii de atribuire. Riscurile unui contract de concesiune trebuie să se raporteze la situația de fapt al serviciului respectiv. În situația în care autoritatea contractantă este cea care garantează corectitudinea/suficiența informațiilor/estimărilor din documentația de atribuire, este evident că se ajunge la situația în care este împotriva obiectivelor susmenționate calificarea contractului ca fiind unul de concesiune în care majoritatea riscurilor sunt preluate de către operatorul economic.

Potrivit art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006, specificul unui contract de concesiune este că operatorul economic acționează pe riscul și pe răspunderea sa, însă în același timp potrivit art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2006, trebuie să existe un echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante, astfel încât să se asigure funcționalitatea
serviciului.

În ceea ce privește situația sustenabilității acestui contract, autoritatea contractantă a menționat că riscul de operare este suportat într-o parte semnificativă de operator (art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016). Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare este transferată atunci când pierderea pontențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă (art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016). De aici rezultă că autoritatea contractantă este obligată să cuantifice pierderile estimative, pentru a vedea dacă cu aceste pierderi se poate asigura funcționalitatea eficientă a serviciului de salubrizare și dacă se asigură un echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părți.

Tarifele aprobate trebuie să conducă la atingerea următoarelor obiective: realizarea unui raport calitate-cost cât mai bun pentru serviciul de salubrizare prestat pe perioada angajată și asigurarea unui echilibru între riscurile și beneficiile asumate de părțile contractante (art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2006); Asigurarea funcționării eficiente a serviciului de salubrizare (art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2006).

Așadar, dacă la finalul analizei dintre pierderile estimative și valoarea estimată a contractului se ajunge la concluzia că raportat la informațiile referitoare la estimările cantitative/calitative din documentația de atribuire, la riscurile suportate și la durata contractului de concesiune se dovedește un echilibru între riscuri și beneficii, pentru ca pe perioada de derulare a contractului, până la finalizare, operatorul economic să poată asigura funcționalitatea eficientă a serviciului, atunci contractul este sustenabil.

În schimb, dacă la finalul analizei dintre pierderile estimative (ca urmare a riscurilor suportate de către operatorul economic) și valoarea/condițiile estimate ale contractului se ajunge la concluzia că îndeplinirea acestor riscuri de operare împiedică operatorul economic să-și execute eficient obligațiile, ajungându-se la situația unui dezechilibru contractual dintre riscurile suportate și beneficiile operatorului economic (în condițiile în care operatorul economic nu poate opera dacă înregistrează pierderi), atunci este clar că proiectul este nesustenabil și nu poate fi catalogat ca fiind un contract de concesiune.

Or, toată această analiză trebuia realizată în studiul de fundamentare a deciziei de concesionare care, potrivit art. 13 și 14 din HG nr. 867/2016, este obligatoriu față de autoritatea contractantă și determină înlăturarea oricăror decizii/măsuri arbitrare față de stabilirea riscurilor asumate de operatorul economic, precum și riscurile care

depind de acțiunea/inacțiunea autorității contractante (care în egală măsură nu trebuie să fie puse în sarcina operatorului economic).

Prin urmare, specificul acestui contract, așa cum l-a definit și determinat autoritatea contractantă, nu este un contract de concesiune întrucât autoritatea nu a dovedit sustenabilitatea acestuia prin realizarea studiului de fundamentare actualizat conform Legii nr. 100/2016.

Pe de altă parte, toate documentele la care se face referire în Documentația de atribuire, Master plan, Plan regional de management al deșeurilor, sunt elaborate la nivelul anului 2010.

Prin urmare, nu este analizat impactul financiar al acestui contract și sustenabilitatea acestuia din moment ce tariful maximal calculat se raportează la o perioadă cu mult anterioară inițierii prezentei proceduri, când realitățile economice-financiare erau diferite față de ceea ce există pe piață acum.

În ceea ce privește critica privind lipsa informațiilor despre includerea în valoarea estimată a contractului a taxei de mediu de 80 de lei/tonă la nivelul anului 2019 de 120 lei/tonă la nivelul anului 2020, a HG nr. 846/2017, pentru stabilirea salariului minim brut pe țară garantat în plată, având în vedere că autoritatea, prin punctul său de vedere, nu a înlăturat criticile aduse, petenta învederează că își menține cele precizate în contestație cu privire la acest aspect, întrucât OUG 196/2005, privind fondul pentru mediu este în vigoare și era în vigoare și la data inițierii documentației de atribuire. Altfel spus, la momentul stabilirii valorii estimate, care se determină conform art. 12 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, coroborat cu art. 16 alin. (1) alin. (2) și (3) din HG nr. 867/2016, înainte de inițierea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de către operatorii economici prin propunerea unor prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate.

Rezultă că autoritatea contractantă, în condițiile în care a avut cunoștință de noile modificări legislative la determinarea valorii estimate a contractului, trebuia să aibă în vedere pe lângă prevederile legislației muncii și noul nivel salarial minim brut precum și dispozițiile privind aplicarea taxei de mediu. Autoritatea, în determinarea valorii estimate a contractutui ce urmează a fi prestat, trebuia să țină cont de toate drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât operatorii economici să nu fie puși în situația de a face oferte de preț care să vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri/tarife.

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel că prețul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate urmează a fi verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal nediscriminării și

confirmate de ofertanți prin documentete înaintate autorității contractante.

În opinia petentei, nu se poate accepta stabilirea unei valori estimate pentru un proiect care se va implementa în viitor (perioada de derulare de 21 ani) - având la bază costuri care nu vor putea fi respectate care, la momentul inițierii procedurii erau, sau trebuia să fie cunoscute de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește critica privind metoda obiectivă pentru calculul valorii estimate a contractului ce trebuie să rezulte din studiul de fundamentare, care trebuie să fie justificată și specificată în documentația de atribuire în mod detaliat, având în vedere că autoritatea contractantă nu a înlăturat criticile, petenta își menține cele invocate în contestație.

În ceea ce privește condițiile contractuale (modelul de contract), precum și în ceea ce privește alte aspecte care, în opinia sa încalcă legislația, având în vedere că autoritatea prin punctul său de vedere nu a înlăturat criticile din contestație, petenta precizează că își menține cele susținute în contestație față de aceste aspecte.

În considerarea celor ce preced, ținând cont că opinia sa este că documentația de atribuire încalcă principiile prevăzute de legislația achizițiilor publice, precum și legislația în domeniu, contestatoarea solicită Consiliului să ia în considerare contestația formulată, să constate veridicitatea aspectelor criticate de ea și, pe cale de consecință, să decidă în sensul măsurilor de remediere pe care le-a propus.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, JUDEȚUL ... a iniţiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de concesiune având ca obiect „Delegarea operării Depozitului de deșeuri nepericuloase ..., Județul ...”, prin publicarea în SEAP a anunţului de concesionare nr. .../21.12.2017.

Conform anunţului de concesionare şi a documentaţiei de atribuire valoarea estimată a contractului este de 235.436.049 lei fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire, operatorii economici SC ... SRL și SC ... SA au formulat notificări prealabile și, ulterior, contestațiile de față.

Prin adresa fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 2491/18.01.2018, SC ... SRL aduce la cunoştinţa Consiliului faptul că renunţă la contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 1893/15.01.2018, întrucât autoritatea contractantă a comunicat măsurile de remediere luate.

În aceste condiţii, în considerarea dispoziţiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluţionării contestaţiei, de renunţarea la aceasta de către

contestator”, Consiliul va face aplicarea acestora, luând act de faptul că SC ... SRL renunţă la contestaţia fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 1893/15.01.2018.

În consecinţă, în baza art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, Consiliul ia act de renunţarea la contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 1893/15.01.2018, formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu JUDEȚUL ....

În continuare, Consiliul va analiza criticile din cea de-a doua contestație formulată de SC ... SRL, care a fost înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 2364/17.01.2018.

În ceea ce privește prima critică din contestație, referitoare la distribuirea riscurilor din modelul de contract, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 6 alin. 1) din Legea nr. 100/2016, în conformitate cu care. „Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părţi semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor şi/sau a serviciilor respective” și art. 8 din Legea nr. 100/2016:

„(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 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 achiziţie publică sau contract sectorial, după caz”.

De asemenea, Consiliul are în vedere că la art. 26 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă face o prezentare de ansamblu a modului de alocare a responsabilităților principale între delegatar si delegat.

Consiliul reține că în cadrul strategiei de contractare (pag. 18), autoritatea contractantă a identificat un număr de 3 categorii de riscuri: de operare, financiare și legislative, însumând un număr de 30 de riscuri care pot afecta echilibrul contractual. Dintre acestea, 6 riscuri au fost alocate Delegatarului (defecte latente neprevăzute, modificări în operare, avarierea infrastructurii, încetarea unilaterală a contractului sau din cauza neîndeplinirii obligațiilor de către Delegatar, forța majoră), 3 riscuri sunt comune (deficiențe ale unor echipamente cheie și /sau materiale, schimbări specifice sau generale ale legislației), iar 21 de

riscuri sunt alocate Delegatului (cele mai importante riscuri fiind cele de natură socio-economică care pot afecta valoarea și derularea contractului: cantitatea și tipul deșeurilor acceptate, modul de îndeplinire a serviciului, disponibilizarea sau lipsa personalului, instruirea acestuia, exploatarea echipamentelor/ instalațiilor/ utilajelor/ dotărilor, sustenabilitatea financiară, modificări în ceea ce privește nivelul dobânzilor, al taxelor, impozitelor, și al asigurărilor, încetarea contractului ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor de către Delegatar).

Toate aceste 30 de riscuri au fost prezentate la pct. 26.3 din caietul de sarcini.

Având în vedere natura contractului, respectiv de concesiune, este firească transferarea riscurilor către operatorul economic.

Consiliul nu identifică nicio neconcordanță între art. 21 alin. (1) din modelul de contract, conform căruia: „Delegatul declară și garantează că acceptă să încheie prezentul contract pe propriul său risc tehnic, economic și financiar ...” și prevederile pct. 26 din caietul de sarcini.

Având în vedere faptul că, în conformitate cu prevederile art. 94 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 867/2016, caietul de sarcini devine parte integrantă a contactului de concesiune, sub formă de anexă, iar în caietul de sarcini se face o prezentare de ansamblu a modului de alocare a responsabilităților principale între delegatar si delegat, ceea ce solicită contestatoarea, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de modificare a contractului de concesiune, în sensul stipulării unor clauze prin care să se stabilească modul de distribuire a riscurilor.

Referitor la critica privind art. 9.2 din contract „Obligațiile delegatului”, respectiv „Să plătească despăgubiri persoanelor fizice juridice pentru prejudiciile provocate din culpă, inclusiv pentru restricțiile impuse sau deținătorilor de terenuri aflate în perimetrul zonelor de protecție instituite, conform prevederilor legale”, Consiliul are în vedere prevederile art. 1349 și următoarele din Codul Civil.

Consiliul reține susținerile autorității contractante, conform cărora Delegatul este obligat, conform prevederilor pct. 26.2 din caietul de sarcini de a-și desfășura activitatea în acord cu avizele, autorizațiile, precum și cu orice alte cerințe legale, astfel încât, prin activitatea sau prin anumite restricții impuse, să afecteze persoanele sau deținătorii de terenuri din zonă și să plătească despăgubiri celor afectați pentru prejudiciile cauzate din culpa sa.

În soluționare, Consiliul are în vedere prevederile art. 249 din Codul de Procedură Civilă, conform cărora cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească.

Așa cum a fost formulat art. 9.2 din contract, Consiliul nu identifică vreo încălcare a prevederilor legale. De altfel, nici contestatoarea SC ... SRL nu precizează ce prevederi legale încalcă această formulare a art. 9.2 din contract.

Din formularea acestui articol reiese cu claritate că operatorul economic este răspunzător pentru prejudiciile provocate din culpă deținătorilor de terenuri aflate în perimetrul zonelor de protecție instituite, în cadrul prejudiciilor incluzându-se și restricțiile impuse de operatorul economic.

În consecință, Consiliul respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei SC ... SRL de a circumstanția clauza prevăzută la art. 9.2 din contract.

În ceea ce privește critica privind redevența, prevăzută la art. 15.4 teza a II-a din contract, respectiv: „Delegatul va rămâne obligat și după rezilierea Contractului la plata redevenței datorate până la momentul rezilierii, precum și la plata penalităților de întârziere calculate până la data plății efective" și de corelare a acestei clauze contractuale cu cele ale art. 27 alin. (4) potrivit cărora: „(...) Delegatul păstrând obligația de a presta Serviciul în continuare pe o durată de cel mult 90 (nouăzeci) de zile, în vederea asigurării continuității Serviciului", respectiv să introducă termenul de „cel mult 90 zile", ca termen în care Delegatul este obligat să plătească redevența, ulterior momentului rezilierii contractului, Consiliul constată că în contestația sa, SC ... SRL nu a motivat, în drept, această solicitare și Consiliul nu identifică vreo încălcare a prevederilor legale.

Consiliul reține susținerea autorității contractante, conform căreia cele două texte tratează chestiuni diferite: art. 15.4 teza a II-a din contract se referă la obligația delegatului de a plăti redevența datorată până la momentul rezilierii, precum și la plata penalităților de întârziere calculate până la data plății efective, iar art. 27 alin. (4) din contract se referă la situația în care părțile eșuează în încercarea de renegociere a termenilor contractuali, atunci când oricare dintre părți are dreptul de a notifica celeilalte părți încetarea contractului, Delegatul având obligația de a presta în continuare serviciul pe o durată de cel mult 90 de zile.

În ceea ce privește critica privind prevederile art. 16 alin. (1) teza a II-a „Prestarea serviciului" din contract, respectiv: „În acest sens, fără a aduce atingere nici unei alte clauze din prezentul Contract, la semnarea procesului verbal de predare-primire a bunurilor concesionate (categorie a Bunurilor de Retur), Delegatul va declara și va garanta că:

(i) a inspectat, examinat și este satisfăcut **de starea generală** a clădirilor, vehiculelor, echipamentelor, utilajelor, instalațiilor care compun aceste bunuri concesionate și,

(ii) în general, a obținut toate informațiile care-i sunt necesare cu privire la: riscuri și orice alte eventuale circumstanțe care ar putea influența sau afecta, în mod necesar, capacitatea sa de a-și executa obligațiile decurgând din prezentul Contract și orice alți factori care ar fi afectat decizia sa de a încheia Contractul sau condițiile în care ar fi făcut acest lucru", față de care contestatoarea solicită circumstanțierea acestei clauze contractuale, întrucât Delegatul nu poate constata că este satisfăcut de starea generală a clădirilor, vehiculelor, echipamentelor,

utilajelor, și modificarea pct. ii) întrucât operatorul economic nu i-au fost aduse la cunoștință riscurile generate de derularea contractului, Consiliul constată că la art. 43 din caietul de sarcini este prevăzută modalitatea de preluare a contractului. Conform acestor prevederi ale caietului de sarcini, personalul Delegatului se va informa și instrui pentru funcționarea obiectivului, va participa la testele de funcționare a instalațiilor/ echipamentelor/ utilajelor/ dotărilor, iar perioada de efectuare a probelor de funcționare pentru instalațiile complexe va fi de 15 zile, iar pentru echipamentul mobil va fi de 2 zile. În opinia Consiliului această perioadă este suficientă pentru ca Delegatul să cunoască **starea generală** a clădirilor, vehiculelor, echipamentelor, utilajelor.

De asemenea, Consiliul reține că, din formularea art. 16 alin. (1) teza a II-a reiese că procesul-verbal de predare-primire se va referi la **starea generală** a bunurilor.

Consiliul nu poate reține susținerea contestatorului conform căreia un operator economic care a depus o ofertă admisibilă în această procedură și a fost declarat câștigător al acesteia nu cunoaște riscurile generate de desfășurarea contractului în cauză.

În consecință, Consiliul nu identifică niciun motiv pentru care să admită critica din contestație referitoare la prevederile art. 16 alin. (1) teza a II-a din contract.

Cu privire la criticile aduse art. 19 Asigurări din contract, Consiliul are în vedere că SC ... SRL a criticat atât prevederile alin. (4), cât și prevederile alin. (5) ale acestui articol.

În ceea ce privește formularea de la alin. (4), respectiv: „Delegatul se va asigura că fiecare poliță de asigurare cerută prin prezentul articol care are drept obiect bunuri ce aparțin Delegatarului sau care privește răspunderea civilă a Delegatului: prevede că orice acțiune de revendicare a Delegatarului împotriva asigurătorului va fi acceptată de asigurător ca îndeplinind criteriile de revendicare”, Consiliul nu consideră necesară o reformulare a acestei clauze, fiind evident că Asiguratorul va avea tot interesul de a face verificările și evaluările necesare cu privire le temeinicia cererii și a eventualului prejudiciu.

În ceea ce privește prevederile alin. (5), respectiv: „Asigurarea de răspundere civilă va include o clauză prin care asiguratorul acceptă că termenii asigurării se aplică Delegatarului și Delegatului, angajaților, agenților, funcționarilor acestora ca în cazul în care o asigurare separată ar fi fost încheiată pentru fiecare dintre ei”, contestatoarea consideră această clauză drept abuzivă, încălcând prevederile Legii nr. 100/2016. În replică, autoritatea arată că SC ... SRL nu motivează această afirmație și nici care articol din Legea nr. 100/2016 a fost încălcat.

Consiliul reține că prevederea într-un contract de asigurare a unor beneficii în favoarea unui terț nu este o practică unică în materia acestui tip de contracte. Consiliul nu vede niciun impediment ca asigurarea pe care o încheie operatorul economic să cuprindă și angajații Delegatarului aflați în interes de serviciu, atâta timp cât prețul acestei asigurări va fi

cuprins în prețul ofertei. Și din punct de vedere practic este mai avantajos să fie încheiată o singură asigurare, care să cuprindă atât angajații Delegatului, cât și pe cei ai Delegatarului, decât să fie încheiate două asigurări, una de către Delegat, pentru angajații săi, și alta de către Delegatar, pentru angajații săi cu implicare în contract. Cu toate acestea, întinderea clauzei trebuie clarificată de autoritatea contractantă, fiind cert că polița nu are ca beneficiari pe toți angajații autorității, ci doar pe cei care interacționează cu activitatea respectivă, cât timp se află în contact cu persoane implicate în aceste activități, respectiv inspecții, verificări și altele, deoarece în forma în care se regăsește în contract, aceasta este neclară.

În ceea ce privește criticile privind art. 22 din contract „Răspunderea Delegatarului", respectiv:

„În niciun caz Delegatarul nu va fi răspunzător față de Delegat de vreo Daună ori Daună indirectă sau cheltuială de orice natură pe care Delegatul le-ar putea suporta sau înregistra datorită: (i) producerii unui eveniment de Forță Majoră (ii) stării Bunurilor concesionate sau a amplasamentelor aferente acestora sau iii) oricărei nereușite a Delegatului de a realiza veniturile previzionate în baza prezentului Contract", Consiliul reține că această formulare, mai ales cu privire la punctele i) și iii) se circumscrie contractelor de concesiune, care presupun alocarea unei părți importante a riscurilor către ofertant. Pe de altă parte, procedura de atribuire fiind destinată profesioniștilor, operatorii economici cu activitate în domeniu cunosc depozitele de astfel de deșeuri, mai ales cele nou construite, așa cum este și cel de la .... De asemenea, așa cum s-a stabilit în caietul de sarcini, delegatul va avea la dispoziție o perioadă de 15 zile pentru inspectarea bunurilor concesionate înainte de încheierea procesului-verbal de predare-primire a bunurilor, precum și asigurarea pentru „toate riscurile de pierdere sau pagubă materială a bunurilor asigurate, inclusiv defecţiuni ale utilajelor, echipamentelor şi calculatoarelor, începând de la data preluării acestora", așa cum se specifică la anexa 9 din contract. În acest fel, Delegatarul este acoperit și cu privire la punctul ii) de la art. 22, eventuala pagubă fiind acoperită de asigurator.

Pentru aceste motive, Consiliul va respinge, ca nefondate, criticile cu privire la prevederile art. 22 din contract.

Cu privire la criticile privind neincluderea în cadrul punctului II.1.5 *Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor* din fișa de date a achiziției, a activității *„Dezvoltarea de capacități suplimentare (incluzând proiectare, execuție și finanțare) pentru depozitare pe amplasamentul depozitului de deșeuri nepericuloase ... - celulele 2 și 3, închiderea provizorie și finală a celulelor epuizate, închiderea finală a depozitului precum și monitorizarea postînchidere a acestuia, conform prevederilor legale în vigoare",* care a fost inclusă la art. 4.2 din caietul de sarcini, Consiliul constată că în mod corect autoritatea contractantă a

făcut aplicarea prevederilor art. 20 alin. 1 lit. b), d) și j) din H.G. nr. 867/2016, respectiv:

„1) Caietul de sarcini trebuie să conţină:

b) obiectivele pe termen lung, mediu şi imediate ale proiectului preconizat a se realiza prin concesiune;

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

j) dacă este cazul, regimul bunurilor utilizate şi/sau realizate de concesionar în timpul derulării contractului de concesiune.”

Deci în conformitate cu prevederile legale mai sus invocate, autoritatea contractantă era obligată să includă această activitate în caietul de sarcini și nicidecum în cadrul fișei de date a achiziției.

În ceea ce privește criticile privind neactualizarea datelor referitoare la deșeuri, Consiliul urmează a le respinge, ca inadmisibile, întrucât în notificarea prealabilă contestatoarea nu face dovada vătămării produse de faptul că în caietul de sarcini a fost menționată prognoza deșeurilor pe perioada 2012-2038 și cantitățile de deșeuri pentru perioada 2013-2032.

Pe de altă parte, în condițiile în care autoritatea contractantă nu dispune de datele respective pentru perioada 2032-2039, singura remediere care poate fi aplicată este anularea documentației de atribuire, soluție care nu ar fi benefică niciuneia dintre părți și mai ales interesului public.

Referitor la solicitarea contestatoarei de completare a documentației de atribuire cu Partea desenată a proiectului de arhitectură (planurile amplasamentului) vizată spre neschimbare, faza DTAC, Consiliul are în vedere prevederile art. 71 alin (1) din Legea nr. 100/2016 și art. 19 alin. (2) din H.G. nr. 867/2016, conform cărora autoritatea contractantă are obligația de furniza ofertanților toate informațiile necesare elaborării ofertei. În acest sens, contestatoarea nu a făcut dovada modului în care accesul la partea desenată a proiectului de arhitectură ajută ofertantul la elaborarea ofertei.

În consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica privind completarea documentației de atribuire cu partea desenată a proiectului de arhitectură.

Pentru toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 2364/17.01.2018, formulată de SC ... SRL și dispune modificarea prevederilor art. 19 alin. (5) din modelul de contract „Asigurarea de răspundere civilă va include o clauză prin care asiguratorul acceptă că termenii asigurării se aplică Delegatarului și Delegatului, angajaților, agenților, funcționarilor acestora ca în cazul în care o asigurare separată ar fi fost încheiată pentru fiecare dintre ei”, în

sensul precizării angajaților Delegatarului care beneficiază de această clauză.

În continuare, Consiliul va analiza contestația formulată de SC ... SA.

O primă critică din această contestație vizează cerința 5 de la cap. III.2.2.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date și anunțul de concesionare privind dovedirea experienței similare respectiv

„NOTA:

a) Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții au obligația să facă dovada plății la zi a redevenței, așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală.

b) Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții trebuie să prezinte dovada existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, în conformitate cu obligațiile contractuale, cu respectarea prevederilor legale și a condițiilor de mediu. Dovada se va face prin orice document provenind de la Autoritatea Contractantă sau Clientul privat respectiv."

Referitor la nota a), în notificarea prealabilă contestatoarea susține că proprietarii sau administratorii de depozite nu pot face dovada plății redevenței, întrucât în cazul în care operarea depozitelor se face de către proprietarii acestora și nu face obiectul delegării nu există redevență.

Față de această situație, autoritatea contractantă a luat măsuri de remediere, respectiv a introdus în text sintagma: „dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite", textul devenind: „Pentru fiecare dintre contractele/documentele prezentate în dovedirea experienței similare, ofertanții au obligația de a face dovada plății la zi a redevenței, dacă este cazul, cu excepția ofertanților proprietari sau administratori de depozite așa cum este ea stipulată în fiecare contract, dovadă care trebuie confirmată de autoritatea contractantă/locală".

Contestatoarea nu s-a arătat satisfăcută de această remediere susținând că din această cerință remediată reiese ca în fiecare contract să fie stipulat faptul că operatorul economic este proprietar sau administrator de depozit, ori calitatea de proprietar sau de administrator nu este atestată de contractele de prestare a serviciului de depozitare.

Consiliul va reține susținerile autorității contractante, conform cărora interpretarea contestatoarei este eronată, din textul remediat reieșind că proprietarii sau administratorii de depozite sunt exceptați de la a face dovada plății la zi a redevenței.

În ceea ce privește critica vizând punctul b) al notei, respectiv cerința privind prezentarea dovezii existenței fondului de închidere și monitorizare postînchidere a depozitelor, Consiliul are în vedere că în acest caz nu sunt incidente prevederile art. 12 alin. (8) din H.G. nr. 349/2005, autoritatea contractantă neefectuând un control al alimentării

fondului, ci reprezintă o modalitate de verificare a experienței similare, operațiunea de operare a unui depozit de deșeuri presupunând constituirea acestui fond, conform prevederilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

Pentru aceste considerente, Consiliul respinge, ca nefondate, criticile față de prevederile cerinței 5 de la cap. III.2.2.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date și anunțul de concesionare.

În ceea ce privește criticile din contestație referitoare la lipsa analizei în termeni financiari a oportunității delegării serviciilor supuse procedurii, Consiliul are în vedere prevederile art. 22 alin. 3 („Modalitatea de gestiune a serviciilor de utilități publice se stabilește prin hotărâri ale autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, în baza unui studiu de oportunitate, în funcție de natura și starea serviciului, de necesitatea asigurării celui mai bun raport preț/calitate, de interesele actuale și de perspectivă ale unităților administrativ-teritoriale, precum și de mărimea și complexitatea sistemelor de utilități publice”) și art. 29 alin. 2 din Legea serviciilor comunitare și utilități publice nr. 51/2006 („Delegarea gestiunii serviciilor de utilități publice, respectiv operarea, administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente, se poate face pentru toate sau numai pentru o parte dintre activitățile componente ale serviciilor, pe baza unor analize tehnico-economice și de eficiență a costurilor de operare, concretizate într-un studiu de oportunitate”).

Consiliul reține că, în baza acestor prevederi legale, autoritatea contractantă are întocmit un Studiu de Oportunitate privind opțiunea delegării Depozitului județean de deșeuri nepericuloase ..., aprobat prin HCJ ... nr. 182/2013. Consiliul consideră că, chiar dacă acest studiu se numește „de oportunitate” și a fost întocmit înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 100/2016, acesta are conținutul și funcțiile studiului „de fundamentare”, prevăzut la art. 7 din legea nr. 100/2016. În acest sens, Consiliul constată că acest studiu cuprinde informații relevante, printre care motivația delegării serviciului (inclusiv motivele de ordin financiar), identificarea nevoilor de salubrizare, descrierea serviciului, stabilirea procedurii optime pentru atribuirea contractului, condiții contractuale. De asemenea, studiul cuprinde capitolul 2.1 „Perspectiva economică a serviciului” cu subcapitolele 2.2.1 „Costurile generale ale serviciului de salubrizare în cadrul SMID județul ...”, 2.2.2. „Costurile de operare și întreținere pentru depozitul conform”, 2.2.3. „Costuri de dezvoltare”, 2.2.5 „Valoarea estimată a contractului de delegare” și 2.2.5 „Finanțarea costurilor”, precum și tabele cu „Costurile de operare și întreținere pentru Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor din județul ...” și „Costurile de operare pentru depozitarea deșeurilor”; în consecință afirmațiile contestatoarei cu privire la faptul că acest studiu nu cuprinde informații relevante cu privire la fundamentarea costurilor, modalității de executare a contractului și alegerea procedurii de atribuire nu se adeveresc.

Deși este întocmit cu 4 ani înainte de lansarea procedurii de concesionare, Consiliul constată că studiul autorității contractante îndeplinește condițiile de fond prevăzute la art. 7 și 8 din Legea nr. 100/2016, precum și art. 11 și următoarele din HG nr. 867/2016.

Consiliul reține susținerea autorității contractante, conform căreia, potrivit prevederilor art. 19 alin. (3) din HG nr. 867/2016, Studiul de fundamentare nu face parte integrantă din documentația de atribuire. Consiliul consideră că publicarea acestui studiu în SEAP reprezintă o dovadă de transparență a autorității contractante, care a pus la dispoziția potențialilor ofertanți acest studiu pentru a le oferi acestora unele date suplimentare în elaborarea ofertelor.

Prin urmare, Consiliul respinge, ca nefondată, solicitarea de publicare în documentația de atribuire a studiului individualizat doar acestei proceduri.

Având în vedere că „Studiul de oportunitate" nu face parte integrantă din documentația de atribuire, iar contestația a fost formulată de SC ... SA împotriva „documentației de atribuire aferentă procedurii (...), măsurile de remediere dispuse prin clarificarea 4 Măsuri de remediere notificare 2, precum și a clarificărilor publicate până la data prezentei", Consiliul va analiza criticile din contestație raportat la conținutul documentației de atribuire și nu la conținutul „Studiului de oportunitate".

Astfel, Consiliul constată că la pct. 26 *Alocarea responsabilităților și riscurilor contractuale* din caietul de sarcini autoritatea contractantă face o prezentare de ansamblu a modului de alocare a responsabilităților principale între delegatar și delegat. Așa cum s-a prezentat la analiza contestației formulată de SC ... SRL (pag. 64 din decizie), autoritatea contractantă a identificat un număr de 30 de riscuri (prezentate la pct. 26.3 din caietul de sarcini), 6 riscuri au fost alocate Delegatarului, 3 riscuri sunt comune, iar 21 de riscuri au fost alocate Delegatului

Având în vedere natura contractului, respectiv de concesiune, este firească transferarea riscurilor către operatorul economic.

Urmare a faptului că SC ... SA nu a făcut nicio referire la modul de alocare a riscurilor de la pct. 26 din caietul de sarcini, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea de efectuare a unei analize a tuturor riscurilor care să cuprindă cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor, precum și solicitarea de modificare a matricei riscurilor.

Întrucât în Studiul de oportunitate, la cap. 3 „Stabilirea procedurii optime pentru atribuirea contractului de delegare" se concluzionează: „Așadar, contractul de delegare a gestiunii care va fi încheiat va trebui încadrat în categoria contractelor de concesiune", Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de a se demonstra încadrarea contractului în categoria contractelor de concesiune, în conformitate cu prevederile art. 6, art. 8 alin. (1) și (2) din Legea nr. 100/2016 și art. 13 alin. (1) din H.G. nr. 867/2016.

În ceea ce privește matricea riscurilor, Consiliul nu va mai relua considerentele avute în vedere la soluționarea aceloraşi critici din contestația formulată de SC ... SRL, ci va prezenta doar concluzia acestor considerente, respectiv: fiind vorba despre un contract de concesiune este normală transferarea riscurilor către operatorul economic, altfel contractul respectiv va fi de achiziție publică sau sectorial.

Consiliul reține faptul că, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. j) și art. 14 alin. (5) din modelul de contract, tariful poate fi ajustat/ modificat pe parcursul derulării contractului.

În ceea ce privește criticile privind faptul că riscul de neadecvare a depozitului de deșeuri nu a fost inclus în matricea riscurilor, Consiliul o va respinge ca nefondată. Consiliul reține, în acest sens, susținerile autorității contractante, potrivit cărora acest depozit conform de deșeuri a fost proiectat, construit și recepționat cu îndeplinirea tuturor cerințelor tehnico-economice, deținând toate autorizațiile necesare. Consiliul nu poate reține susținerile contestatoarei conform cărora un obiectiv construit din fonduri europene, care a fost proiectat pentru o anumită capacitate, a fost construit și recepționat conform prevederilor legale, a obținut toate autorizațiile necesare nu poate asigura depozitarea cantității/volumului proiectate de deșeuri.

În plus, ofertantul câștigător are posibilitatea ca, în conformitate cu prevederile art. 43 din caietul de sarcini, anterior întocmirii documentației de predare-primire, să participe la testele de funcționare ale instalațiilor/echipamentelor/utilajelor, pe o perioadă de 15 zile.

În ceea ce privește riscul de condiții meteo nefavorabile, Consiliul constată că acest risc este acoperit de clauza de forță majoră, conform art. 26 din caietul de sarcini.

Cu privire la criticile din contestație privind valoarea estimată a contractului, Consiliul are în vedere prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, conform cărora:

„Entitatea contractantă calculează valoarea estimată a concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii utilizând o metodă obiectivă ce trebuie specificată în documentaţia de atribuire, prin raportare, în special, la următoarele:

a) valoarea oricărei forme de opţiune sau de prelungire a duratei concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii;

b) venitul din achitarea onorariilor şi a amenzilor de către utilizatorii lucrărilor/serviciilor, altele decât cele colectate în numele entităţii contractante;

c) plăţile sau orice avantaje financiare, sub orice formă, efectuate de către entitatea contractantă sau de către orice altă entitate publică în favoarea concesionarului, inclusiv compensaţia pentru respectarea obligaţiei de serviciu public şi subvenţiile publice de investiţii;

d) valoarea granturilor sau a oricăror avantaje financiare, sub orice formă, primite de la terţi pentru executarea concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii;

e) venitul din vânzarea oricăror active care fac parte din concesiunea de lucrări sau din concesiunea de servicii, cu respectarea prevederilor legale referitoare la regimul juridic al bunurilor proprietate publică;

f) valoarea tuturor bunurilor şi serviciilor care sunt puse la dispoziţia concesionarului de către entităţile contractante, cu condiţia ca acestea să fie necesare pentru executarea lucrărilor sau furnizarea serviciilor;

g) orice premiu sau plată acordată candidaţilor/ofertanţilor."

Consiliul reține că în strategia de contractare, autoritatea contractantă a calculat valoarea estimată a contractului, ținând seama de prevederile lit. a)-g) de mai sus, fără, însă, a publica în cadrul documentației de atribuire altceva decât valoarea estimată a contractului, de 236.436.049 lei fără TVA.

În referatul de necesitate se precizează: „valoarea estimată este calculată prin însumarea valorii cheltuielilor de exploatare /administrare a depozitului ..., cu valoarea cheltuielilor de investiții necesare pentru dezvoltarea capacității de depozitare", fără ca această metodă obiectivă de calcul să fie publicată în documentația de atribuire.

În consecință, Consiliul admite critica din contestația formulată de SC ... SA, referitoare la valoarea estimată a contractului și obligă autoritatea contractantă să facă aplicarea prevederilor art. 13 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 și să specifice în documentaţia de atribuire metoda obiectivă utilizată la calcularea valorii estimate a concesiunii.

Referitor la criticile vizând taxele locale privind impozitele de clădiri, construcții și terenuri, Consiliul constată că în documentul „Anexe – măsuri de remediere 2 (clarificarea nr. 4)" publicat în SEAP în data de 15.01.2018, autoritatea contractantă a publicat deciziile de impunere pentru anul 2018 a clădirilor aferente depozitului din comuna ....

De asemenea, prin măsura de remediere nr. 3 la notificarea prealabilă, publicată în SEAP în data de 09.01.2018, autoritatea contractantă a precizat că, în conformitate cu art. 15 din contractul de concesiune va fi achitată o cotă de 8,06 % din redevența aferentă contractului comunei ....

În consecință criticile privind impozitele și taxele locale au rămas fără obiect.

În ceea ce privește criticile privind absența din documentația de atribuire a listei indicative a bunurilor de preluare, Consiliul reține că, în conformitate cu anexa 6 la contractul de delegare, „Lista indicativă a bunurilor de preluare – se va completa la terminarea prezentului contract, dacă este cazul".

Având în vedere și prevederile art. 30 alin. (4) lit. b), conform cărora achiziționarea bunurilor de preluare se va face contra cost,

Consiliul apreciază că, pentru întocmirea ofertei o asemenea listă este inutilă. De asemenea întocmirea unei asemenea liste la această dată este și prematură, întrucât pe parcursul celor 21 de ani, cât durează contractul, poate suferi modificări, de exemplu prin depășirea duratei de funcționare a unor bunuri și casarea acestora, etc.

Prin urmare, Consiliul respinge, ca nefondată, această cerință.

Cu privire la critica potrivit căreia lipsește anexa 4 din contractul de delegare, Consiliul constată că Anexa 4 - Lista bunurilor de retur se găsește la contractul de delegare, iar o variantă a acesteia cu precizarea celor mai importante caracteristici ale bunurilor și a duratei normale în ani se găsește în clarificarea 2 – măsuri de remediere notificare 1, publicată în SEAP în data de 09.01.2018.

Cu privire la anexa 5 – Proces-verbal de predare-primire a bunurilor concesionate, Consiliul reține că acesta se va completa la predarea-primirea bunurilor concesionate, așa cum se specifică în modelul de contract.

Cu privire la această anexă, contestatoarea nu precizează motivul pentru care îi este necesar acest model de proces-verbal la întocmirea ofertei.

Referitor la Autorizația integrală de mediu și la Autorizația de Gospodărire a apelor, despre care contestatoarea susține că nu se regăsesc în cadrul documentației de atribuire, Consiliul constată că acestea au fost publicate în SEAP în data de 15.01.2017 în documentul „Anexe – măsuri de remediere 2 (clarificarea nr. 4)”.

În ceea ce privește valoarea redevenței, contestatorul arată că în „Note” privind fundamentarea tarifului din secțiunea formulare, valoarea redevenței este de 15% din valoarea fără TVA a facturilor emise și încasate pentru depozitarea oricărui tip de deşeu acceptat în Depozitul ..., dar nu mai puţin de 540.000 lei/an, iar la criterii de atribuire din fișa de date a achiziției se specifică faptul că redevența serviciului se va oferta procentual, dar nu mai puțin de 15% din valoarea anuală facturată și încasată fără TVA a tuturor componentelor serviciului prestat de către operator, solicitând să se precizeze care este valoarea redevenței. În replică autoritatea contractantă precizează în punctul de vedere că în măsurile de remediere la notificarea prealabilă a specificat că această informație se găsește explicit la art. 15 alin. (1) din contract, care are următorul conținut:

„(1) Redevenţa datorată de Delegat, aferentă prezentului contract este de ……..% din valoarea fără TVA a facturilor emise și încasate pentru depozitarea oricărui tip de deşeu acceptat în Depozitul ..., dar nu mai puţin de 540.000 lei / an, pe toată durata contractului.”

Raportat la documentele achiziției și la susținerile părților, Consiliul reține că redevența este factor de evaluare (pondere 10%), fiecare operator economic participant la procedură urmând a oferta o valoarea proprie a redevenței, care va fi exprimată procentual raportat la valoarea fără TVA a facturilor emise și încasate pentru depozitarea

oricărui tip de deşeu acceptat în Depozitul ..., și care să fie de minim 15%. Pe de altă parte, valoarea exprimată în bani a acestei redevențe trebuie să fie de minimum 540.000 le/an.

Față de răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă și la contestație, conform căruia valoarea redevenței este cea prevăzută la art. 15 alin. (1) din contract, respectiv cea ofertată de fiecare operator economic participant la procedură, Consiliul constată că se impune modificarea conținutului notei privind fundamentarea tarifului din secțiunea formulare, în sensul înlocuirii procentului de 15% cu procentul ofertat de respectivul operator economic și care trebuie să fie de minimum 15%.

Referitor la solicitarea contestatoarei de a preciza dacă cele două tarife menționate în notele privind fundamentarea tarifului (Tdm și Tadn) fac parte din prețul ofertei și constituie criteriu de evaluare și care este algoritmul de evaluare pentru tariful Tadn, Consiliul reține că în documentul „Clarificare 4 (masuri remediere notificare 2)", publicat în SEAP în data de 15.01.2018, autoritatea contractantă a răspuns clar și concis că doar tariful Tdm, intră la stabilirea prețului ofertei, tariful Tadn, care se referă la celelalte categorii de deșeuri periculoase acceptate la depozitare este necesar pentru încheierea contractelor cu operatorii de transport.

Consiliul are în vedere și algoritmul de calcul pentru factorului de evaluare „componenta financiară" din fișa de date a achiziției respectiv:

„Descriere: Componenta financiară: Prețul ofertei P1 - Nivelul tarifului de depozitare pentru acceptarea deșeurilor municipale și asimilate la depozitul ... (Tdm)

Algoritm de calcul: Algoritm de calcul: Prin acest criteriu se atribuie punctaje pentru tarifele propuse de ofertanți pentru tariful (Tdm) pentru acceptarea deșeurilor municipale și asimilate la depozitul județean de deșeuri ...; tariful se exprimă în lei/tona. Pentru cea mai mică valoare a tarifului de depozitare ofertat (Tdm min) se acordă punctaj maxim (P1max) = 90 de puncte. Pentru orice altă valoare a tarifului de depozitare Tdm ofertat, punctajul se acordă folosind algoritmul de calcul: Punctajul pt. criteriul «Prețul Ofertei P1» obținut de catre ofertantul (n) se calculează cu formula P1(n) = P1max x [Tdm min/Tdm (n)] în care: P1(n) - este punctajul obținut de ofertantul n (n putând lua valori cuprinse între 1 și numărul maxim de oferte admisibile și conforme) pentru oferta sa, cu privire la valoarea tarifului Tdm; P1max - este punctajul maxim care se poate obține pentru tariful Tdm; punctajul maxim este P1max = 90 pct; Tdm min - este tariful minim ofertat pentru tariful de depozitare Tdm, de către oricare dintre ofertanții ale căror oferte au fost declarate admisibile și conforme; Tdm (n) - este tariful ofertat de ofertantul n (n putând lua valori cuprinse între 1 si numărul maxim de oferte admisibile și conforme) pentru tariful Tdm. Ofertantul va prezenta în anexa la Propunerea financiară fundamentarea tarifului Tdm pentru primele 12 luni de serviciu, conform prevederilor Ordinului

ANRSC nr. 109/2007, constând într-o fișă de fundamentare și un memoriu tehnico-economic.”

Așadar, cu privire la factorul de evaluare „componenta financiară” în fișa de date a achiziției nu se face vreo referire la tariful pentru celelalte categorii de deșeuri periculoase acceptate la depozitare (Tadn).

În consecință, Consiliul consideră că aceasta solicitare de precizare putea face, cel mult, obiectul unei solicitări de clarificări, și nu obiectul unei contestații.

Având în vedere lămuririle autorității contractante, precum și faptul că răspunsul la această solicitare a fost publicat în SEAP, cu titlul „Clarificare 4 (masuri remediere notificare 2)”, Consiliul consideră suficientă această măsură și va respinge, ca nefondată, solicitarea de publicare a acestei precizări în cadrul documentației de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea de publicare a Studiului de fezabilitate pentru Proiectul SMID – județul ..., Consiliul reține că un rezumat de 31 de pagini al acestuia acesta a fost publicat în SEAP în data 19.01.2017 în cadrul documentului „Anexe - Clarificare 4 (masuri remediere notificare 2)”.

Consiliul apreciază că, în conformitate cu prevederile art. 19 alin. (3) din HG nr. 867/2016, autoritatea contractantă nu are obligația publicării Studiului de fezabilitate pentru Proiectul SMID – județul ..., a Aplicației de finanțare sau a Analizei cost beneficiu, deoarece, așa cum și contestatoarea recunoaște, aceste documente au stat la baza elaborării de către autoritatea contractantă a documentației de atribuire.

Cu privire la solicitarea de eliminare din secțiunea Formulare a prevederilor ca la determinarea cheltuielilor cu munca vie ofertantul să țină seama doar de personalul înscris în organigramă, Consiliul are în vedere prevederile pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, conform căreia:

„Personalul cheie propus pentru execuția contractului:

- Manager de contract - absolvent de studii superioare cu diplomă de licență, cu experiență profesionala de minim 5 ani și cu experiență în minim 1 contract /proiect în cadrul căruia să fi desfășurat activități similare cu cele de depozitare controlată a deșeurilor sau/și administrarea depozitelor de deșeuri conforme; managerul de contract va răspunde de îndeplinirea prezentului contract de concesiune.

- Operator pentru stația de tratare ape uzate - absolvent cu studii medii sau postliceale, cu experiență specifică de minimum 1 an în operarea unei stații de tratare a apelor uzate de tip osmoză inversa;

- Conducător punct lucru descărcarea deșeurilor – absolvent studii medii sau cu studii superioare cu diplomă de licență și cu experiență de cel puțin 1 an în activități de descărcare și manipulare a deșeurilor și utilajelor pe amplasamentul celulei în exploatare. ”.

Având în vedere că, pe lângă personalul cheie solicitat de autoritatea contractantă, ofertanții au deplina libertate de a întocmi propria organigramă, Consiliul apreciază că este normal ca atunci când

întocmesc această organigramă ofertanții să țină seama și de perioadele de concedii ale personalul cheie și non-cheie, astfel încât, pe tot parcursul derulării contractului să dispună de personalul necesar, iar acesta să beneficieze de drepturile legale la concediu de odihnă sau la alte concedii.

În consecință, Consiliul respinge, ca nefondată această solicitare.

În ceea ce privește criticile referitoare la prevederile art. 9 alin. (2), art. 16 alin. (1) și (2), art. 19 alin. (5), art. 21 alin. (1) din contractul de concesiune, acestea au fost analizate și respinse, ca nefondate, în cadrul contestației formulate de către SC ... SRL.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la art. 33 alin. (5) din contract, unde se menţionează că operatorul este obligat să modifice Regulamentul intern al acestuia la solicitarea de „modificare rezonabilă" a Delegatului, clauză considerată abuzivă şi restrictivă întrucât nicio persoană nu poate interveni în modul de desfăşurare a activităţii unei societăţi comerciale, Consiliul va respinge ca nefondată critica respectivă. Este cert că în activitatea respectivă, autoritatea contractantă poate și trebuie să impună operatorilor o anumită conduită, în raport cu cetățenii, cu modalitatea de desfășurare a activității (program de lucru, îndeplinirea îndatoririlor de serviciu, uniformă, echipament de protecție a muncii, conduită preventivă a șoferilor pe drumurile publice etc), nefiind vorba de o imixtiune, ci de impunerea anumitor condiții de protecție a muncii, igienă, sănătate publică, siguranța cetățenilor, norme, de altfel, uzuale în contracte de acest gen și în contracte de antrepriză de lucrări, cu atât mai mult cu cât delegatul reprezintă, de fapt, autoritatea publică. Totodată, dispozițiile art. 7 lit. d) din Legea nr. 51/2006 permit introducerea unor asemenea prevederi, prin urmare, critica este nefondată.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SA.

Obligă autoritatea contractantă să facă aplicarea prevederilor art. 13 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 și să specifice în documentaţia de atribuire metoda obiectivă utilizată la calcularea valorii estimate a concesiunii.

Obligă autoritatea contractantă să modifice conținutului notei privind fundamentarea tarifului din secțiunea formulare, în sensul înlocuirii procentului de 15% cu procentul ofertat de respectivul operator economic și care trebuie să fie de minimum 15%.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, ia act de renunţarea la soluționarea contestaţiei fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 1893/15.01.2018, formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu JUDEȚUL ....

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestaţia fără număr și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 2364/17.01.2018, formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu JUDEȚUL ....

Obligă autoritatea contractantă să modifice prevederile art. 19 alin. (5) din modelul de contract „Asigurarea de răspundere civilă va include o clauză prin care asiguratorul acceptă că termenii asigurării se aplică Delegatarului și Delegatului, angajaților, agenților, funcționarilor acestora ca în cazul în care o asigurare separată ar fi fost încheiată pentru fiecare dintre ei”, în sensul precizării angajaților Delegatarului care beneficiază de acestă clauză.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu JUDEȚUL ....

Obligă autoritatea contractantă să facă aplicarea prevederilor art. 13 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 și să specifice în documentaţia de atribuire metoda obiectivă utilizată la calcularea valorii estimate a concesiunii.

Obligă autoritatea contractantă să modifice conținutului notei privind fundamentarea tarifului din secțiunea formulare, în sensul înlocuirii procentului de 15% cu procentul ofertat de respectivul operator economic și care trebuie să fie de minimum 15%.

Modificările documentației de atribuire se vor duce la îndeplinire în termen de 15 zile de la primire.

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

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 78 (șaptezeci și opt) pagini.