



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. 1911/C3/2060,2061,2068

Data: 30.10.2019

Prin contestațiile nr. E14.158/02.10.2019, nr. 1096/02.10.2019 și FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrate la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor sub numerele 39024/02.10.2019, 39061/02.10.2019, respectiv 39150/03.10.2019, înaintate de 1) SA, cu sediul în, ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - director general, de 2) SRL, cu sediul în, ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - administrator, respectiv de 3) SA, cu sediul în, ..., județul, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - director general marketing - economic, formulate împotriva documentației de atribuire elaborate de, cu sediul în, str. 21 Decembrie 1989 nr. 108, cp 400124, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract, pe 3 loturi, având ca obiect „Delegarea prin concesiune a gestiunii unor activități componente ale serviciului de salubritate în județul, respectiv de colectare și transport al deșeurilor municipale și a unor fluxuri speciale de deșeuri, precum și operarea și administrarea stațiilor de transfer”, inițiată cu anunț de concesiune nr. PC1001368, publicat în SEAP la 22.09.2019, s-a solicitat:

- în prealabil, suspendarea procedurii de atribuire pe durata soluționării contestației, iar în principal, obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire a contractului de concesiune și, în subsidiar, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire (de către SA);

- preliminar, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

- pe fondul contestației, în principal, anularea procedurii pentru încălcări grave ale prevederilor legale ce reglementează serviciul concesionat și procedura de atribuire, iar în subsidiar obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare de remediere a documentației de atribuire, la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor într-o măsură suficientă pentru a permite informarea participanților cu privire la modificările adoptate (de către SRL);

- 1. suspendarea procedurii de achiziție publică pe durata soluționării contestației, cu consecința decalării în mod corespunzătoare a datei limită de depunere a ofertelor; 2. obligarea autorității contractante la rectificarea neregulilor semnalate în contestație, cu consecința modificării corespunzătoare a documentației de atribuire; 3. acordarea accesului la dosarul constituit de CNSC; 4. audierea părților, potrivit art. 21 din Legea nr. 101/2016 (de către SA).

Prin adresa nr. E14692/11.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40701/11.10.2019, ... SA a înaintat cerere de intervenție voluntară, solicitând Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu, urmând ca, pe cale de consecință să se dispună suspendarea procedurii până la soluționarea contestației, cu consecința prelungirii în mod corespunzător a datei limită de depunere a ofertelor, iar pe fondul cauzei, admiterea, în totalitate, a contestației formulate de SRL.

Contestațiile vor fi conexe în condițiile prevăzute de art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, urmând a fi soluționate împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Lege.

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

Prin contestația nr. E14158/02.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39024/02.10.2019, ... SA atacă documentația de atribuire întocmită de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire mai sus amintită, considerând-o nelegală.

Ulterior, prin adresa nr. E14622/10.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 40514/10.10.2019, ... SA a înaintat Consiliului cerere de renunțare la "judecata contestației ce face obiectul dosarului nr. 2060/2019, ca urmare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă".

În procedură a fost înaintată și contestația nr. 1096/02.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39061/02.10.2019, prin care SRL atacă documentația de atribuire, solicitând Consiliului:

- preliminar, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

- pe fondul contestației:

1. în principal, anularea procedurii pentru încălcări grave ale prevederilor legale ce reglementează serviciul concesionat și procedura de atribuire;

2. în subsidiar:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare de remediere a documentației de atribuire, la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor într-o măsură suficientă pentru a permite informarea participanților cu privire la modificările adoptate.

..... SRL prezintă contextul premergător inițierii procedurii de atribuire, precum și necesitatea suspendării procedurii până la soluționarea pe fond a contestației.

Cu privire la fondul cauzei, ... SRL solicită anularea procedurii, susținând că documentația de atribuire suferă de o serie de nereguli, procedurale și de fond, care afectează legalitatea procedurii și, astfel, sunt întrunite ambele condiții legale prevăzute la art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 și la art. 89 alin. 1 lit. c) și d) din Legea nr. 100/2016.

..... SRL arată că principalele elemente de nelegalitate invocate în susținerea cererii de anulare a procedurii sunt următoarele:

a. Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor în Județul nu este funcțional, infrastructura din cadrul CMID nu există și nu a fost prevăzut un termen până la care acesta va fi finalizat și operațional, iar prin documentație se impune operatorilor să transporte deșeurile în cadrul CMID, la costuri de tratare prestabilite;

b. nu se condiționează intrarea în vigoare a contractelor preconizate după momentul punerii în funcțiune a CMID;

c. ADI nu are dreptul să delege operarea stațiilor de transfer, acest drept aparținând Consiliului Județean;

d. Studiul de oportunitate nu este motivat. Datele statistice din studiul de oportunitate nu sunt actuale. Decizia de delegare a gestiunii, decizia de concesionare a serviciului și decizia de împărțire pe zone și pe loturi nu au fost fundamentate;

e. nelegalitatea mecanismului de finanțare a serviciului prin raportare la plafonarea tarifelor;

f. se impun cerințe nejustificate de calificare, privind bonitatea/accesul la resurse, prin care se restricționează în mod nejustificat accesul operatorilor economici la procedură;

g. nelegalitatea obligării operatorului să constituie o garanție de bună execuție în cadrul unui contract de concesiune;

h. autoritatea contractantă a inclus în contract costuri nejustificate în sarcina operatorului, respectiv redevența și taxa de administrare;

i. documentația de atribuire este incompletă, lipsesc elemente de cheltuieli necesare în fundamentarea tarifelor și formularea unor oferte comparabile;

j. documentația de atribuire impune operatorilor realizarea unor activități cu titlu gratuit, cu încălcarea principiului „plătește pentru cât arunci”;

k. valoarea campaniilor anuale de conștientizare și informare a populației pentru zona 1 este nejustificat de mare și reprezintă un cost disproporționat al contractului;

l. procedura de atribuire nu trebuia să fie de licitație deschisă ci de dialog competitiv;

m. nu au fost indicate toate persoanele cu funcții de decizie în procedură, fiind facilitat conflictul de interese;

n. calitatea de „Delegatar” a fost stabilită în favoarea tuturor UAT membre ADI și nu în favoarea ADI.

o. nelegalitatea mecanismului de modificare a tarifelor;

p. ”o serie de” prevederi ale documentației de atribuire se impun eliminate, modificate, completate sau clarificate din documentele concesiunii.

..... SRL susține că motivul principal ce impune anularea este evident, și constă în imposibilitatea atribuirii serviciilor de colectare și transport, concepute în cadrul SMID, în condițiile în care întreaga infrastructură de bază din cadrul SMID, pe care s-au stabilit aceste servicii, nu există.

De asemenea, ... SRL arată că al doilea motiv, la fel de important, constă în aceea că mecanismul de finanțare a serviciului, conceput prin documentația de atribuire, este la rândul său nefuncțional și va duce, în mod previzibil, la imposibilitatea acoperirii costurilor din tarife, cu consecința încetării serviciului.

Din punctul său de vedere, ... SRL susține că remedierea acestor deficiențe ale documentației nu se poate face în contextul actualei proceduri, fiind necesară anularea ei, urmată de restructurarea documentației de atribuire, în sensul remedierii elementelor de nelegalitate constatate (reaprobare de către UAT și ADI a documentației modificate) și publicarea unui nou anunț de concesionare.

Chiar și în contextul în care Consiliul ar aprecia că, în sine, gravitatea neregulilor sesizate de societatea sa nu atrage anularea procedurii, ... SRL consideră că adoptarea remedierilor dispuse de Consiliu nu se va putea face de către autoritatea contractantă fără încălcarea principiilor instituite de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

În continuare, ... SRL analizează, punctual, motivele de nelegalitate pentru care consideră că se impune anularea procedurii, iar în condițiile în care Consiliul va considera că se impune salvagardarea procedurii, contestatoarea a doua solicită remedierea aspectelor sesizate.

Astfel, referitor la critica potrivit căreia Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor în județul nu este funcțional, ... SRL arată că, contractul ce face obiectul procedurii, în forma în care documentația de atribuire a fost întocmită, nu poate funcționa.

Cu privire la documentația de atribuire, ... SRL evidențiază următoarele probleme:

a. Se impune operatorilor să transporte deșeurile colectate la instalațiile de prelucrare/eliminare din cadrul SMID (pct. 1.3.1, pct. 4), pag. 11, pct. 2.6, pag. 44 din caietul de sarcini, art. 14 alin. (1) din contract); este interzis transportul deșeurilor către alte amplasamente decât cele din cadrul SMID (pag. 39, par. 3 din caietul de sarcini).

b. Mecanismul financiar al contractului este determinat în contextul prestării serviciilor în cadrul SMID (pct. 14.2, pag. 179 din caietul de sarcini).

c. Limitarea tarifelor prin instituirea unui grad de suportabilitate al populației se face în contextul în care serviciile de colectare și transport se fac în cadrul SMID (pct. 14.3, pag. 181 din caietul de sarcini);

d. Instituie penalități și amenzi pentru nerespectarea indicatorilor de performanță privind țintele de reciclare impuse de lege, care pot fi atinse doar în ipoteza funcționării SMID (Anexa 2 la caietul de sarcini).

..... SRL precizează că autoritatea contractantă, în perioada imediat următoare, urmează să dea în operare depozitul conform din cadrul CMID, moment de la care deșeurile colectate vor putea fi transportate către acesta.

De asemenea, contestatoarea a doua arată că depozitul conform nu permite însă transportarea deșeurilor reciclabile, acestea trebuind transmise către instalații de sortare/prelucrare mecano-biologică/compostare, lucru ce este impus, cu titlu imperativ, de art. 4 alin. 7 din Legea nr. 101/2006, ce prevede că „Se interzice operatorilor licențiați încredințarea la depozitare a fracției valorificabile colectate separat la sursă”, interdicție ce se regăsește și în Legea nr. 211/2011.

Prin urmare, ... SRL precizează că deschiderea depozitului ecologic nu este în măsură să restabilească economia contractului pe temeliile pe care aceasta a fost concepută, respectiv ca element component al Sistemului Integrat de Management al Deșeurilor.

Mai mult, autoritatea contractantă nu indică, nici măcar cu titlu de estimare, momentul la care se va deschide depozitul conform din cadrul CMID și, totodată, nu indică, nici cu titlu de estimare, când va începe construcția, când se va finaliza și când se vor da în operare stațiile de sortare și tratare mecano-biologică din cadrul CMID.

În lipsa unor atare informații de bază, ... SRL susține că operatorii nu pot să preconizeze, nici măcar estimativ, în ce condiții va funcționa, din punct de vedere financiar și tehnic, contractul licitat și nici de la ce moment se pot aștepta că acesta să funcționeze, astfel cum s-a estimat prin Studiul de Oportunitate, parte a documentației de atribuire.

Evidențiază SRL faptul că toate aceste aspecte sunt esențiale, iar, conform art. 89 alin. (3) lit. a) din HG nr. 867/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a declara oferta neconformă dacă nu satisface cerințele caietului de sarcini. În condițiile în care cerințele

caietului de sarcini sunt incomplete și contradictorii se creează un risc vădit de respingere a oricărei oferte în mod arbitrar, strict pe baze subiective ale autorității contractante. Totodată, aceste caracteristici ale caietului de sarcini creează riscul unor oferte necomparabile.

..... SRL invocă faptul că data de începere a contractelor licitate ar fi trebuit condiționată de data de începere a operării efective și integrale a CMID, susținând că nu există niciun motiv de grăbire a delegării acestor servicii la nivel județean în condițiile în care elementul esențial al funcționării acestora nu există. Delegarea la nivel județean a serviciilor de colectare și transport, fiind concepută în cadrul SMID depinde în mod absolut de funcționarea efectivă a CMID. În lipsă, întreaga structură de fundamentare a delegării este lăsată fără efect, fiind încălcate principiile serviciilor publice comunitare de salubritate, precum principiile generale ale concesiunilor.

De asemenea, ... SRL susține că funcționarea și finanțarea serviciului nu mai este previzibilă, caracterul permanent nu poate fi garantat, eficiența serviciului nu este asigurată. Totodată, proporționalitatea, asocierea intercomunitară, legalitatea, dezvoltarea durabilă, principii prevăzute de art. 6 din Legea nr. 51/2006, rămân vorbe fără conținut.

În maniera în care se urmărește începerea prestării acestor servicii, operatorii câștigători nu vor avea posibilitatea să prevadă, în mod efectiv, costurile impuse de aceste servicii, vor fi mereu în situația de a contribui cu finanțare proprie la acoperirea costurilor neprevăzute și nu vor avea posibilitatea, în contextul actual al documentației de atribuire, să își recupereze aceste costuri, decât într-o măsură extrem de mică.

..... SRL arată că, în vederea evitării tuturor acestor efecte nefaste, cu scopul respectării elementelor de fundamentare, concepute în ultimii 10 ani, pentru atribuirea acestor contracte, era necesar ca autoritatea contractantă fie să amâne inițierea procedurii de atribuire, fie să condiționeze data de începere a serviciului de data începerii operării tuturor instalațiilor din cadrul CMID.

Pentru aceste motive, ... SRL solicită anularea procedurii și, în subsidiar, obligarea autorității contractante la stabilirea datei de începere a contractului de data începerii operării tuturor instalațiilor din cadrul CMID.

..... SRL susține că ADI nu are dreptul să delege operarea stațiilor de transfer, acest drept aparținând CONSILIULUI JUDEȚEAN

Potrivit dispozițiilor art. 91 alin. (1) lit. c) și d) din Legea administrației publice locale nr. 215/2001, consiliul județean îndeplinește atribuții privind gestionarea patrimoniului județului și atribuții privind gestionarea serviciilor publice din subordine. În exercitarea atribuțiilor prevăzute la art. 91 alin. (1) lit. c) din același act normativ, consiliul județean hotărăște concesionarea bunurilor proprietate publică a județului, după caz, precum și a serviciilor publice de interes județean.

În conformitate cu dispozițiilor art. 91 alin. (5) lit. a) punctul 13 din Legea nr. 215/2001, în exercitarea atribuțiilor prevăzute la art. 91 alin. (1) lit. d) din același act normativ, consiliul județean asigură, potrivit competențelor sale și în condițiile legii, cadrul necesar pentru furnizarea serviciilor publice de interes județean privind serviciile comunitare de utilitate publică de interes județean.

Cu privire la stațiile de transfer din cadrul SMID, prin art. 9 alin. (1) din „Documentul de poziție privind implementarea proiectului SMID”, se arată: „în acest sens, Consiliile Locale din unitățile administrativ-teritoriale proprietare ale acestor terenuri le vor stabili regimul juridic de bunuri aparținând proprietății publice și vor acorda Consiliului Județean, pe întreaga durată a Proiectului, dreptul de administrare a terenului respectiv, inclusiv posesia, folosința și dispoziția materială asupra terenului în limita obiectivului de construire și exploatare a obiectivelor de investiții, conform art. 12 din Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia”.

În opinia contestatoarei, studiul de oportunitate nu este motivat, iar datele statistice din studiul de oportunitate nu sunt actuale, decizia de delegare a gestiunii, decizia de concesionare a serviciului și decizia de împărțire pe loturi, nu au fost fundamentate.

Conform dispozițiilor art. 10 alin. (1) al aceluiași document, „toate bunurile imobile construite sau achiziționate din fondurile alocate Proiectului, vor intra în domeniul public al Județului”.

Întrucât stațiile de transfer sunt în domeniul public al Județului, acesta este singurul abilitat să delege operarea stațiilor. În acest sens, prin art. 14 din Documentul de poziție, se arată că „Autoritatea Contractantă, respectiv Delegatarul, va fi: c) Consiliul județean pentru contractele de delegare a gestiunii privind activitățile de exploatare a stațiilor de transfer, de transport a deșeurilor de la stațiile de transfer la CMID și de exploatare a CMID”. Astfel, ADI are, conform aceluiași articol, exclusiv competența de delegare a gestiunii activităților de delegare a activităților de colectare și transport a deșeurilor până la stațiile de transfer (art. 14 alin. 1 lit. d) din Documentul de poziție).

În baza acestei înțelegeri, în întocmirea documentației de atribuire, s-a decis ca Consiliul Județean să asigure delegarea operării stațiilor de transfer. În acest sens, prin art. 2.6 din caietul de sarcini (pag. 44) se arată că „Stațiile de transfer sunt construite pe terenuri aflate în proprietatea localităților Huedin, Mihai Viteazu și Gherla, domeniu public, fiind încredințate spre administrare Consiliului Județean, în conformitate cu prevederile legale”.

Întrucât stațiile de transfer sunt în domeniul public al Județului, acesta este singurul abilitat să decidă delegarea operării acestora, inclusiv în ceea ce privește transportul deșeurilor de la stațiile de transfer la CMID. Ulterior încheierii Documentului de poziție, Consiliul Județean nu a adoptat o hotărâre prin care să transmită dreptul de delegare a operării acestor stații către ADI.

Prin Studiul de oportunitate, realizat în pregătirea procedurii de atribuire, s-a constatat această stare de drept și s-a arătat că „activitatea de operare și administrare a stațiilor de transfer făcea obiectul, în cadrul Acordului de asociere al ADI Eco Metropolitan, delegării de către Consiliul Județean, ca beneficiar al acestor instalații. În urma solicitării acordului AM (adresa nr. 36033/07.11.2018), și obținerii acestui acord (adresa nr. 82695/CG/21.12.2018), s-a propus trecerea acestor activități în sarcina viitorului operator de colectare și transport, și delegarea operării lor de către ADI Eco Metropolitan

Această modificare va trebui să facă obiectul unei revizii a Documentului de poziție și aprobării și în cadrul AGA ADI”.

Conform dispozițiilor art. 24 din Documentul de poziție, „orice modificare a clauzelor prezentului Acord va fi făcută prin Act Adițional aprobat și semnat de toate părțile”. Un astfel de act adițional nu există, sens în care Documentul nu a suferit o revizie. În prezent, titularul dreptului de a delega operarea stațiilor de transfer este Consiliul Județean și nu ADI.

În aceste condiții, ADI nu are dreptul să delege, prin prezenta procedură, operarea stațiilor de transport, conceperea documentației în acest sens fiind nelegală. Nelegalitatea constatată va avea ca efect imposibilitatea autorizării operării acestor stații de către operatorul desemnat, neavând un drept constituit în condițiile legii de a gestiona aceste instalații.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, remedierea neregulilor.

Ca natură juridică, studiul de oportunitate are natura unui act premergător adoptării unui act administrativ, prin care se analizează variantele în care se poate adopta un anumit act și se fundamentează deciziile ce se impun adoptate prin acesta. Studiul de oportunitate trebuie să fie temeinic motivat.

Obligativitatea motivării actelor administrative, mai ales a celor prin care se instituie reglementări ce aduc atingere unor drepturi, libertăți sau interese legitime ale cetățenilor reprezintă o cerință impusă statelor membre ale Uniunii Europene prin Rezoluția Comitetului de Miniștri ai Consiliului Europei nr. (77)31 cu privire la protecția individului în relația cu actele autorităților administrative, și este o cerință obligatorie de legalitate a actelor administrative, recunoscută în mod expres de Curtea de Apel, secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Astfel, conform Principiului IV din Rezoluția mai sus indicată, există o obligație în sarcina autorității publice emitente a unui act administrativ care, prin natura sa, afectează în mod negativ drepturile și interesele persoanelor vizate de acesta, să informeze pe cei afectați cu privire la motivele care stau la baza actului.

Necesitatea motivării actului administrativ rezultă și din nevoia de a preveni arbitrariul organelor administrative și pentru a se asigura un real

acces al cetățenilor afectați la justiția de contencios administrativ, în măsura realizării unui control de legalitate și oportunitate efectiv și concret asupra actelor administrației.

Prin Decizia nr. 1580/2008, pronunțată de ICCJ - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, se reține următorul aspect extrem de important: „orice decizie de natură a produce efecte privind drepturile și libertățile fundamentale trebuie motivată, nu doar din perspectiva competenței de a emite acel act administrativ, ci și din perspectiva posibilității persoanei și a societății în ansamblul ei de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară (marja de apreciere) și arbitraru”.

În cazul procedurilor de atribuire prin concesionare a unui serviciu comunitar de interes public, elementele esențiale pe care trebuie să le trateze Studiul sunt prevăzute de art. 22 alin. (3) și (9) din Legea nr. 51/2006, art. 7 și 8 din Legea nr. 100/2016 și art. 12-17 din HG nr. 867/2016.

Aceste elemente sunt:

a. motivarea deciziei gestiunii delegate în detrimentul gestiunii directe - art. 22 alin. (3) din Legea nr. 51/2006;

b. justificarea delegării gestiunii pentru o parte din componentele serviciului de utilitate publică sau pentru toate aceste componente - art. 22 alin. (9) din Legea nr. 51/2006;

c. justificarea delegării serviciului printr-un contract pe termen lung - art. 7 din Legea nr. 100/2016 și art. 11 din HG nr. 867/2016;

d. fezabilitatea tehnică, economică și financiară a proiectului, aspecte de mediu, aspecte sociale și instituționale;

e. analiza care permite definirea și cuantificarea în termeni economici și financiari a riscurilor de proiect, determinând variante de repartitie a riscurilor între părți - art. 13 din HG nr. 867/2016;

f. încadrarea Contractului preconizat în categoria contractelor de concesiune sau a contractelor de achiziție - art. 8 din Legea nr. 100/2016 și art. 13 și art. 14 din HG nr. 867/2016;

g. alternative de realizare a proiectului - art. din HG nr. 867/2016;

h. analiza condițiilor pieței căreia i se adresează concesiunea - art. 9 lit. f) din HG nr. 867/2016;

i. estimarea veniturilor și cheltuielilor pe întreaga durată a proiectului - art. 16 din HG nr. 867/2016;

j. determinarea costului comparativ de referință între concesiune și achiziție - art. 14 alin. (1) și (2) lit. a) din HG nr. 867/2016.

Delegarea gestiunii a fost decisă prin decizia de constituire a ADI, care nu a avut la bază un studiu de oportunitate referitor la delegarea gestiunii serviciului. Delegarea gestiunii serviciului a fost menționată în cadrul studiului de oportunitate dispus în procedură, însă, oportunitatea acestei decizii nu a fost, sub nicio formă, analizată prin raportare la criteriile impuse de art. 22 alin. (3) din Legea nr. 51/2006, ci s-a menționat doar că delegarea a fost prevăzută la constituirea ADI. Din acest motiv, decizia de delegare a gestiunii este nemotivată.

În cuprinsul studiului, se declară faptul că prestarea serviciului urmează să se facă sub forma gestiunii delegate, însă nu se face nicio analiză comparativă a avantajelor și dezavantajelor celor două forme de gestiune și nu se arată nici motivele concrete pentru care este preferată gestiunea delegată, existând doar o trimitere vagă la avantaje sociale, de mediu și financiare, care ar rezulta din gestionarea delegată a serviciului, fără ca acestea să fie motivate în fapt.

În ceea ce privește fundamentarea deciziei de concesionare, în detrimentul parcurgerii unei proceduri de achiziții, contestatoarea arată că, în fundamentarea acesteia, nu s-au identificat riscurile de proiect în cazul ambelor tipuri de contracte, nu au fost cuantificate riscurile în termeni economici și financiari, nu s-au realizat variante de repartitie a riscurilor între părți și nu s-a determinat costul comparativ de referință, între achiziție și concesiune.

Prin studiul de oportunitate, s-au luat în considerare costuri probabile, în condițiile de funcționare a CMID. Cu toate acestea, prin procedură se intenționează atribuirea serviciului de colectare și transport înainte de punerea în funcțiune a CMID. Or, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din HG nr. 867/2016, studiul trebuie să ia în considerare costurile pe întreaga durată a unui proiect.

În speță, costurile pentru perioada anterioară punerii în funcțiune a CMID nu au fost, sub nicio formă, luate în considerare.

În ceea ce privește împărțirea ariei delegării pe 4 zone și împărțirea procedurii în 3 loturi, acest aspect este doar declarat, fără a fi analizat sub aspect al oportunității și sustenabilității.

Consecința declarării nemotivate a acestei modalități de împărțire este că s-a ajuns ca accesul la procedură să fie condiționat de cerințe de calificare excesiv de oneroase, care conduc la o limitare nejustificată a accesului operatorilor economici la procedură, în special a celor din categoria IMM.

Rezultatul studiului trebuie să demonstreze că proiectul este realizabil și că au fost avute în vedere diverse alternative de realizare a proiectului. În speță, nu s-a demonstrat că varianta concesiunii este mai avantajoasă față de varianta achiziției, fiind astfel încălcat principiul subsidiarității impus de Legea nr. 51/2006.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă avea obligația de a iniția, întâi, actualizarea analizei cost-beneficiu, pentru ca aceasta să corespundă realității și pentru a oferi o informare corectă și precisă potențialilor ofertanți.

Această obligație rezultă, în mod expres și imperativ, din prevederile art. 16 alin. (3) din HG nr. 867/2016, ce stabilește că estimarea costurilor trebuie făcută la data demarării procedurii.

Datele ce au stat la baza studiului au o vechime de cel puțin 3 ani, acestea nu mai sunt relevante în contextul deciziei, fapt pentru care toate constatările studiului cu privire la tipul de delegare sunt lipsite de valoare.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea solicită să se constate că deciziile esențiale care stau la baza procedurii nu au fost motivate și fundamentate în condițiile imperative impuse de lege, fapt ce impune anularea procedurii.

În subsidiar, ... SRL solicită obligarea autorității contractante la actualizarea Studiului de oportunitate, cu privire la date statistice anuale privind populația și generarea deșeurilor în județ și, în acest sens, să refacă analiza cost-beneficiu a procedurii.

În continuare, contestatoarea invocă nelegalitatea mecanismului de finanțare a serviciului, prin raportare la plafonarea tarifelor.

Conform documentației de atribuire, serviciile concesionate se vor finanța din tarifele percepute de operator, fie direct de la populație, fie de la UAT din aria delegării. Cu toate acestea, întrucât serviciul concesionat este parte din SMID, proiect ce a beneficiat de finanțare europeană, tarifele maxime aplicabile nu pot depăși un plafon determinat prin raportare la gradul de suportabilitate al populației.

Potrivit legii serviciului public comunitar, cu referire la finanțarea acestuia, serviciul concesionat trebuie să respecte următoarele principii:

a. are caracter permanent și regim de funcționare continuă (art. 1 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 51/2006);

b. este organizat pe principii economice și de eficiență, în condiții care să permită să își îndeplinească misiunile și obligațiile specifice de serviciu public. (art. 1 alin. (2) lit. i) din Legea nr. 51/2006);

c. este furnizat/prestat pe baza principiului „beneficiarul plătește”;

d. recuperarea costurilor de exploatare și de investiție se face prin prețuri și tarife sau taxe și, după caz, din alocații bugetare (art. 1 alin. (2) lit. l) din Legea nr. 51/2006);

e. recuperarea integrală de către operatori, prin tarife, taxe speciale sau, după caz, subvenții de la bugetul local, a costurilor de operare și a investițiilor pentru înființarea, reabilitarea și dezvoltarea sistemelor de salubritate (art. 25 alin. (2) din Legea nr. 101/2006).

Prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu adoptă niciun mecanism concret, prin care să permită acoperirea costurilor de către operator și, implicit, asigurarea sustenabilității financiare a serviciului, ci, din contră, adoptă exclusiv prevederi prin care să transfere întreg riscul financiar al serviciului asupra operatorului, urmând ca, în caz de nefezabilitate, acesta din urmă să plătească din bani proprii.

Or, autoritatea contractantă avea obligația să introducă în contract un mecanism de salvagardare a finanțării, prin instituirea unei compensații pentru obligația de serviciu public, asumată de operator, în condițiile art. 1 alin. (4) și art. 2 lit. t) și v) din Legea nr. 51/2006.

O astfel de obligație este, în mod expres, prevăzută în sarcina autorității contractante, de art. 29 alin. (11) lit. k) din Legea nr. 51/2006, ce stabilește cu titlu imperativ: „contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la: k) compensația pentru obligațiile de serviciu public în sarcina delegatului,

dacă este cazul, cu indicarea parametrilor de calcul, control și revizuire a compensației, precum și modalitățile de evitare și recuperare a oricăror supracompensații".

Conform dispozițiilor art. 2 lit. v) din Legea nr. 51/2006, obligația de serviciu public reprezintă „orice cerință specifică stabilită de către autoritatea administrației publice locale/asociația de dezvoltare intercomunitară în baza mandatului primit, pentru a asigura furnizarea/prestarea serviciului de utilități publice, pe care un operator, dacă ar ține seama de propriile sale interese comerciale, nu și le-ar asuma sau nu și le-ar asuma în aceeași măsură sau în aceleași condiții fără a fi remunerat corespunzător".

În situația de față, astfel de obligații de serviciu public există și impun stabilirea unei compensații, cel puțin cu titlu de contrapondere la următoarele:

- a. impunerea unui plafon maxim al tarifelor;
- b. impunerea limitării modificării tarifelor aplicabile;
- c. impunerea prestării serviciilor la prețuri fixe;
- d. impunerea prestării serviciilor pentru toți utilizatorii din aria delegării;
- e. impunerea obligației de a deține toate utilajele, echipamentul și personalul, chiar dacă în concret acestea nu sunt necesare;
- f. impunerea obligației de a presta serviciul la tarifele actuale, până la aprobarea modificării acestora, chiar dacă elementele de cost au crescut;
- g. negarea posibilității de a recupera pierderile suferite până la modificarea tarifelor;
- h. obligația de a presta serviciul timp de 90 de zile, în cazul în care contractul încetează pentru dezechilibru contractual;
- i. impunerea unor indicatori de performanță ce decurg din caracterul delegat al serviciului și care sunt impuși conform legii autorităților publice locale (țintele de reciclare).

Autoritatea contractantă nu a prevăzut o astfel de compensație, nu a prevăzut nici situațiile de aplicare ale acesteia și nici o metodă de calcul.

Aceasta a conceput mecanismul financiar al contractului în asemenea manieră încât blocajul financiar să fie inevitabil și costurile serviciului să nu poată fi niciodată recuperate de către operator și a conceput contractul într-un mod previzibil nesustenabil.

Pentru motivele enunțate mai sus, contestatoarea solicită: „în principal, anularea procedurii, întrucât încalcă, în mod vădit, principiile care stau la baza acesteia, iar, în subsidiar, solicită ca autoritatea contractantă să prevadă în contract dreptul operatorului de a încasa compensația pentru obligațiile de serviciu public specific contractului, pe bază de subvenție de la UAT membre din zona delegării și obligația acestor UAT de a plăti, ori de câte ori costurile nete și cota de profit previzionată se situează, dovedit, sub valoarea tarifelor, precum și dreptul de a recupera compensația pentru perioada anterioară aprobării plăților de către plătitor, începând cu momentul înregistrării pierderilor”.

O altă critică a contestatoarei se referă la faptul că autoritatea contractantă impune cerințe nejustificate de calificare privind bonitatea/accesul la resurse, prin care se restricționează, în mod nejustificat, accesul operatorilor economici la procedură.

În acest sens, contestatoarea arată că, prin documentația de atribuire se solicită, cu titlu de cerință de calificare, ca ofertanții să facă dovada următoarelor aspecte:

Lotul I - dovada unei cifre de afaceri globale medii de 53.500.000 lei și dovada unor resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului de operare pentru primele 6 luni de derulare în valoare de 25.000.000 lei;

Lotul II - dovada unei cifre de afaceri globale medii de 14.000.000 lei și dovada unor resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului de operare pentru primele 6 luni de derulare în valoare de 6.400.000 lei;

Lotul III - dovada unei cifre de afaceri globale medii de 13.500.000 lei și dovada unor resurse reale negrevate de datorii pentru realizarea cashflow-ului de susținere a contractului de operare pentru primele 6 luni de derulare în valoare de 4.900.000 lei;

Aceste cerințe au, în opinia contestatoarei, un caracter nelegal și disproporționat, reprezentând o consecință directă a stabilirii arbitrare și nefundamentate a zonelor de delegare, a loturilor și a instituirii unor riscuri vădite și iminente în sarcina concesionarului (neevidențiate în documentație) în procedură.

Cerința impusă de Legea nr. 101/2006 este una de ordin tehnic care, prin asumarea de către operator, împreună cu ansamblul cerințelor tehnice și organizatorice impuse de documentația de atribuire, face dovada capacității acestuia de a presta serviciul. Legea nr. 101/2006 are caracterul de normă specială prin raportare la Legea nr. 100/2016 care reprezintă dreptul comun în materie de concesiuni.

Niciunul din riscurile identificate de autoritatea contractantă, astfel cum rezultă din matricea riscurilor, nu a fost corelat, în mod direct, cu necesitatea stabilirii criteriului de calificare privind cifra de afaceri, respectiv accesul la finanțare.

În lipsa unei astfel de corelări, din punctul de vedere al contestatoarei, sunt încălcate art. 30 alin. (2) și art. 30 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 100/2016, ce stabilesc că entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de concesiune prin introducerea unor criterii minime de calificare, ce nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de concesiune ce urmează să fie atribuit.

În ceea ce privește exclusiv cerința privind cash-flow-ul, aceasta este nelegală întrucât, pe de o parte, autoritatea nu a oferit nicio justificare pentru prevederea acesteia și nu a oferit nicio justificare pentru modul în care a determinat nivelul/valoarea ce trebuie probată.

Valoarea cash-flow-ului necesar a fost stabilit prin raportare la o perioadă determinată aleatoriu de 6 luni de executare a contractului. În

Întreaga documentație de atribuire nu se indică motivul pentru care această perioadă a fost determinată.

Raportat la mecanismul de facturare și plată a serviciilor, timpul maxim previzibil în care operatorul trebuie să acopere cash-flow-ul contractului, până la încasarea facturilor emise, este de 60 de zile. Astfel, factura se emite cel târziu în data de 15 a lunii următoare prestării serviciului, iar plata facturii se face în termen de 15 zile de la data emiterii facturii. Aceste aspecte sunt prevăzute și de art. 42 alin. (9) din Legea nr. 51/2006.

În opinia contestatoarei, stabilirea acestor criterii de calificare este nelegală, fiind contrară prevederilor exprese ale Legii nr. 101/2006 și ale Legii nr. 100/2016, este disproporționată, raportat la mecanismul financiar contractual și este restrictivă, constituind o limitare nejustificată a operatorilor la procedură, în condițiile în care aceștia fac dovada experienței similare, a competenței tehnice-organizatorice, a celei privind calificarea personalului și a asigurării unei dotări tehnice-materiale adecvate.

Impunerea acestor cerințe constituie o dovadă în plus a nefezabilității contractului. Prin modul de întocmire a documentației de atribuire, autoritatea contractantă impune în sarcina concesionarului o serie de riscuri iminente, în special financiare, pe care nu le evidențiază în matricea riscurilor.

Aceste riscuri sunt generate de modul în care a fost concepută documentația prin raportare la situația reală. Întrucât întreg serviciul a pornit de la premisa funcționării CMID, care nu funcționează, nimic din fundamentarea tehnice-economică a procedurii nu este aplicabil, fapt ce va impune improvizații în funcționarea serviciului, pentru o perioadă nedeterminată.

Pentru aceste motive, în principal, contestatoarea solicită anularea procedurii, iar în subsidiar, solicită eliminarea acestor cerințe nejustificate de calificare sau, după caz, reducerea lor, la o valoare care să poată fi justificată în economia contractului.

În ceea ce privește critica privind nelegalitatea obligării operatorului să constituie o garanție de bună execuție în cadrul unui contract de concesiune, contestatoarea arată că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă impune concesionarilor să constituie, pentru fiecare contract în parte, o garanție de bună execuție într-un quantum semnificativ.

Conform dispozițiilor art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006, delegarea gestiunii serviciilor de utilități publice se poate face prin două modalități contractuale, respectiv prin concesiune și prin achiziție de servicii.

Conform dispozițiilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile și ale art. 230 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile, atribuirea riscului semnificativ de operare este unul dintre criteriile esențiale de delimitare între concesiuni și achiziții.

În speță, fiind vorba despre un contract de concesiune, în care riscurile de operare au fost transferate în mod semnificativ operatorului, nu există riscuri ale autorității contractante care să fie acoperite prin perceperea unei garanții de bună execuție. Mai exact, autoritatea contractantă nu poate suferi în mod previzibil niciun prejudiciu din manifestarea riscurilor semnificative ale contractului care să necesite instituirea unui instrument suplimentar de garantare față de cele deja existente în contract (sanțiuni contravenționale, penalități, drept de rezoluțiune a contractului, dreptul la executarea silită a creanțelor exigibile etc.).

Într-un contract de achiziție de servicii, în care riscul semnificativ de operare rămâne la autoritatea contractantă, instituirea unei garanții de bună execuție are întocmai rolul de a preveni, pe cât posibil, manifestarea riscurilor contractuale în sarcina autorității contractante și de a permite diminuarea efectelor acestora. Doar în această situație perceperea garanției de bună execuție este justificată faptic, logic și juridic.

Pornindu-se de la această premisă, la concepția Legilor nr. 98/2016 și nr. 100/2016 și a normelor metodologice la acestea, adoptate prin HG nr. 395/2016 și nr. 867/2016, legiuitorul a făcut distincție între achiziții și concesiuni, inclusiv pe tărâmul garanției de bună execuție. Mai exact, aspectele privind valoarea, modalitatea de constituire, modalitatea de restituire etc., au fost reglementate doar în ceea ce privește achizițiile, prin intermediul art. 39-42 din HG nr. 395/2016, nu și în ceea ce privește concesiunile, fiind de la sine înțeles că o astfel de garanție se instituie doar în cazul unui contract de achiziții.

Doar o astfel de interpretare este aptă să concilieze natura distinctă a celor două tipuri de contracte cu regimul juridic distinct stabilit prin HG nr. 867/2016 și HG nr. 395/2016 și să asigure legalitatea instituirii unei astfel de garanții.

Interpretarea acestui regim juridic distinct trebuie să se facă în limita reglementării în materia dreptului public neavând aplicare adagiul *ceea ce nu este interzis, este permis*.

O interpretare contrară instituie arbitrariul în favoarea autorităților contractante, care, în lipsa unor reglementări specifice a garanției de bună execuție, în ceea ce privește contractele de concesiune, au libertate absolută în a determina quantumul valoric, condițiile de constituire, condițiile de executare a garanției, condițiile de restituire etc., ceea ce este inadmisibil.

Precizează contestatoarea faptul că argumentele expuse mai sus au fost consacrate și judiciar, existând soluții definitive, de dată recentă, ale instanțelor de judecată care au păstrat deciziile CNSC, prin care s-a dispus remedierea/anularea unor documentații de atribuire, prin care autoritatea contractantă a încercat să impună potențialilor ofertanți constituirea de garanții de bună execuție în executarea unor contracte de concesiune (Decizia CNSC nr. 890/C9/842,928/24.04.2017, menținută prin Decizia 788/54/2017 a Curții de Apel Craiova).

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire obligația concesionarului de a constitui o garanție de bună execuție întrucât este nelegală, reprezentând o limitare nejustificată și un impediment al exercițiului dreptului de participare la procedura de atribuire.

O altă critică adusă documentației de atribuire se referă la faptul că autoritatea contractantă a inclus în contract costuri nejustificate în sarcina operatorului, respectiv redevența și taxa de administrare.

În opinia contestatoarei, redevența a fost stabilită, în mod nelegal, și solicită eliminarea obligației de plată a redevenței sau, după caz, reducerea acesteia la valori fundamentate în mod real.

Referitor la nelegalitatea taxei de administrare, contestatoarea precizează că, în condițiile în care documentația de atribuire prevede deja suportarea de către concesionar a unei redevențe, iar legislația aplicabilă procedurii nu prevede dreptul ADI de a se finanța din contractul de concesiune, taxa de administrare prevăzută în favoarea ADI este nelegală și se impune a fi eliminată din contract. În acest sens, contestatoarea solicită remedierea documentației de atribuire, prin eliminarea taxei de administrare prevăzute în favoarea ADI.

Documentația de atribuire este incompletă și lipsesc elemente de cheltuieli necesare în fundamentarea tarifelor și formularea unor oferte comparabile, susține contestatoarea și solicită să se constate necesitatea anulării procedurii și, în subsidiar, obligarea autorității contractante să publice toate informațiile privind drumurile aflate în administrare din UAT cu acces îngreunat.

Documentația de atribuire impune operatorilor realizarea unor activități cu titlu gratuit, cu încălcarea principiului „plătește pentru cât arunci”, contestatoarea solicitând obligarea autorității contractante să includă în documentația de atribuire dreptul operatorilor de a aplica tarifele pentru colectarea și transportul celor două categorii de deșeuri ca și pentru situațiile în care acestea sunt prestate la cerere.

De asemenea, contestatoarea reclamă că valoarea campaniilor anuale de conștientizare și informare a populației pentru zona 1 este nejustificat de mare și reprezintă un cost disproporționat al contractului și, întrucât instituirea costului s-a făcut în mod arbitrar și netransparent, neavând nicio justificare, solicită, în principal, anularea procedurii și, în subsidiar, eliminarea sa din documentația de atribuire sau obligarea autorității contractante la stabilirea unui alt plafon prin raportare la costurile stabilite pentru celelalte 4 zone, în funcție de întindere și populație.

Contestatoarea solicită anularea procedurii și pentru inițiere în condiții de nelegalitate a acesteia, arătând că nu trebuia să fie de licitație deschisă ci de dialog competitiv.

Totodată, contestatoarea susține că nu au fost indicate toate persoanele cu funcții de decizie în procedură, fiind facilitat conflictul de interese, solicitând obligarea autorității contractante la refacerea listei

persoanelor ce conțin funcții de decizie în procedură, cu respectarea definiției prevăzute de lege și la republicarea declarației ce conține numele acestor persoane.

Calitatea de „delegatar” trebuie stabilită exclusiv în favoarea ADI și nu în favoarea tuturor UAT-urilor membre, critică față de care se solicită, în principal, anularea procedurii și, în subsidiar, obligarea autorității contractante să dispună definirea delegatarului în contract ca fiind ADI.

Față de critica privind nelegalitatea mecanismului de modificare a tarifelor, contestatoarea solicită anularea procedurii, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante să modifice modelul contractului, astfel încât modificarea tarifelor să se realizeze exclusiv în condițiile stabilite prin metodologia de calcul al structurii și nivelului prețurilor și tarifelor existente, elaborată și aprobată de autoritatea de reglementare. Totodată, solicită modificarea modalității de management a riscurilor 25, 26, 28 și 29 din caietul de sarcini, în același sens.

Precizează contestatoarea că regulile ce se impun eliminate, modificate, completate sau clarificate din documentele concesiunii se referă la fișa de date, caietul de sarcini, modelul contractului, formulare și la alte secțiuni din documentația de atribuire.

În procedură a fost înaintată și contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39150/03.10.2019, prin care SA atacă prevederile documentației de atribuire, reclamând: (i) lipsa informațiilor esențiale referitoare la numărul de platforme unde sunt necesare mai multe colectări, la numărul de colectări necesare și la numărul de persoane aferent unor platforme; (ii) termenul prea scurt de depunere a ofertelor; (iii) termenul prea scurt de formulare a solicitărilor de clarificări; (iv) formula de calcul al punctajului pentru oferte; (v) instituirea nelegală a unui plafon maximal pentru tarifele operatorului, aplicabil pe întreaga durată a concesiunii; (vi) instituirea unei penalități nelegale pentru neatingerea Țintelor de colectare separată a deșeurilor reciclabile; (vii) prevederile nelegale în privința deșeurilor abandonate; (viii) necorelarea dintre sistemul de facturare și modalitatea de colectare în cazul deșeurilor reciclabile; (ix) cuantumul garanției de participare; (x) cerința disproporționată referitoare la cash-flow; precum și (xi) prevederile nelegale din contractul de concesiune.

Astfel, apreciază contestatoarea, lipsa informațiilor esențiale referitoare la numărul de platforme unde sunt necesare mai multe colectări, la numărul de colectări necesare și la numărul de persoane aferent unor platforme, încalcă dispozițiile art. 51 alin. (7) și ale art. 71 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 și conduce la o dimensionare eronată a ofertelor, la un calcul incorect al costului de operare și la ofertarea unui tarif necorespunzător.

Cu privire la termenul de depunere a ofertelor, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu 45 de zile după publicarea măsurilor de

remediere adoptate în urma deciziei CNSC, precum și la transmiterea răspunsurilor la solicitările de clarificare, în termen de 3 zile de la data primirii acestora, astfel încât ofertanții să dispună de cât mai mult timp pentru a-și elabora oferta și să aibă posibilitatea de a adresa noi solicitări de clarificare.

În mod similar, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la prelungirea termenului în care pot fi formulate solicitări de clarificări, pentru a da posibilitatea ofertanților să lămurească toate aspectele neclare sau incomplete ale documentației de atribuire.

Privitor la formula de calcul a punctajului pentru oferte, contestatoarea apreciază că ponderea de 40% din punctajul ofertei, determinat de tariful pentru colectarea deșeurilor reciclabile, nu este însoțită, nici pe departe, de o pondere similară a activităților de colectare a deșeurilor reciclabile în totalul activităților contractului. Pe de altă parte, contestatoarea arată că ponderea de 5% din punctaj, acordată factorului de evaluare *Soluții sau investiții care să asigure o colectare separată mai bună a deșeurilor municipale*, nu îndeplinește cerințele art. 86 din Legea nr. 100/2016, respectiv nu este „stabilit în baza unor criterii obiective care garantează evaluarea ofertelor în condiții de concurență reală, și solicită eliminarea acestui criteriu de punctare.

Totodată, contestatoarea critică instituirea unui plafon maximal pentru tarifele operatorului, aplicabil pe întreaga durată a concesiunii, precizând că cerința încalcă cele stabilite prin Legea nr. 101/2006 și Ordinul ANRSC nr. 109/2007, solicitând obligarea autorității contractante la eliminarea, din documentația de atribuire, a posibilității plafonării modificărilor și ajustărilor de tarif și să modifice documentația astfel încât să pună de acord principiul recuperării integrale a costurilor cu necesitatea asigurării gradului de suportabilitate al decilei inferioare a populației.

De asemenea, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la eliminarea penalității pentru neatingerea țintelor de colectare separată a deșeurilor reciclabile din caietul de sarcini și la modificarea prevederilor art. 10 alin. (19) și (20) din contract, astfel încât să clarifice că, în cazul neatingerii indicatorului de colectare separată a deșeurilor reciclabile, se va aplica primul paragraf din Recomandările elaborate de Ministerul Mediului pentru aplicarea modificărilor legislative introduse prin OUG nr. 74/2018.

În mod contrar, s-ar ajunge la o dublă penalizare a operatorului, care, pe lângă faptul că plătește operatorului depozitului contribuția pentru economia circulară în cuantumul mai mare corespunzător tarifului pentru deșeuri reziduale, fără a mai putea recupera aceste costuri (primul paragraf din Recomandări), mai trebuie să plătească, încă o dată, contribuția pentru economia circulară, sub formă de penalități către autoritatea contractantă (al doilea paragraf din Recomandări).

Dubla penalizare este nelegală și încalcă ghidul emis de Ministerul Mediului cu privire la modul în care indicatorii de performanță și penalitățile aferente ar trebui să funcționeze.

În continuare, raportându-se la dispozițiile art. 4 alin. (5) din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților, contestatoarea apreciază că soluția din caietul de sarcini referitoare la gestionarea deșeurilor abandonate pe o rază mai mică de 10 metri în jurul punctului de colectare este nelegală, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea caietului de sarcini, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2006.

Totodată, contestatoarea reclamă necorelarea dintre sistemul de facturare și modalitatea de colectare în cazul deșeurilor reciclabile, ceea ce va conduce la imposibilitatea implementării sistemului de colectare și tarificare preconizat.

Privitor la cuantumul garanției de participare, contestatoarea arată că, pentru lotul 1, garanția este de 5.300.000 lei, fiind calculată ca 1% din valoarea totală a contractului de concesiune, valoare care este aferentă perioadei contractuale de 10 ani. Astfel, garanția solicitată reprezintă 10% din valoarea anuală a contractului, cu încălcarea prevederilor legale menționate.

Cerința referitoare la cash-flow este, în opinia contestatoarei, este disproporționată, întrucât autoritatea contractantă solicită operatorului să aibă la dispoziție resurse pentru a susține operarea serviciului timp de 6 luni, ca și când nu ar avea nicio încasare, în toată această perioadă.

În acest context, contestatoarea solicită reducerea valorii sumei solicitate, de exemplu, la 50% din valoarea actuală, sumă care va acoperi costurile pentru primele 3 luni de operare.

În legătură cu unele prevederi ale contractului de concesiune, contestatoarea solicită eliminarea sau adaptarea unor clauze: cazul de încetare de la art. 34; cazul de încetare de la art. 37 alin. (3) lit. b) punctul 6; cazul de încetare de la art. 38; art. 26 - prevederea referitoare la aprobarea de către concedent a contractelor cu afiliații concesionarului; penalitatea de la art. 28.2; definiția legii aplicabile de la art. 1; definiția modificării legislative. Susținerea contestatoarei este motivată pe dispozițiile legale aplicabile, care ar releva nerespectarea lor, de către actuala formă a clauzelor atacate.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39942/08.10.2019, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația formulată de SA, solicitând respingerea ei, în parte, ca neîntemeiată.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că va lua măsuri de remediere a documentației de atribuire, pentru anumite critici.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39935/08.10.2019, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația formulată de SRL solicitând respingerea ei, parțial, ca inadmisibilă, motivat de faptul că unele critici nu se circumscriu, în realitate, unor motive reale de contestare a

documentației de atribuire, ci trebuiau să facă obiectul unor solicitări de clarificare a documentației de atribuire, care i-ar fi dat posibilitatea (entității contractante) de a răspunde "nelămuririi operatorului".

În continuare, entitatea contractantă răspunde punctual criticilor formulate de contestatoarea SRL.

Astfel, privitor la afirmațiile contestatoarei potrivit cărora (i) Sistemul de Management Integrat al Deșeurilor în județul nu este funcțional. Infrastructura din cadrul CMID nu există și nu a fost prevăzut un termen până la care aceasta va fi finalizată și operațională, iar prin documentație se impune operatorilor să transporte deșeurile în cadrul CMID, la costuri de tratare prestabilite și (ii) nu se condiționează intrarea în vigoare a contractelor preconizate după momentul punerii în funcțiune a CMID, entitatea contractantă arată că, în realitate, construcția și punerea în funcțiune a stației de sortare și a stației de tratare mecano-biologica din cadrul CMID este în curs de finalizare, lucrările fiind preconizat a se încheia în 2020.

Mai mult, arată entitatea contractantă, documentația de atribuire a prevăzut situația prestării serviciului de salubritate până la punerea în funcțiune a SMID.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că documentația de atribuire nu impune operatorilor să presteze la niște tarife prestabilite, ci doar să-și elaboreze ofertele pe baza tarifelor maxime calculate la acest moment, când delegarea operării CMID încă nu este demarată. Or, aceste tarife, la momentul delegării operării CMID vor fi altele, adică cele propuse de ofertantul desemnat câștigător la licitația pentru operarea CMID, iar operatorii de servicii vor trebui să-și actualizeze propriile tarife, ținând cont de ele.

Pe de altă parte, entitatea contractantă arată că, în sarcina operatorilor, nu sunt impuse ținte de reciclare, ci ținte de colectare separată a deșeurilor reciclabile, care nu au legătură cu funcționarea sau nu a infrastructurii CMID.

Privitor la afirmația contestatoarei că ADI nu are dreptul să delege operarea stațiilor de transfer, acest drept aparținând Consiliului Județean, entitatea contractantă menționează că, prin statutul Asociației - ADI, Consiliul Județean a transmis, cel puțin în parte, în favoarea acesteia, dreptul de a delega operarea stațiilor de transfer.

În ceea ce privește opinia contestatoarei, potrivit căreia *studiul de oportunitate nu este motivat. Datele statistice din studiul de oportunitate nu sunt actuale. Decizia de delegare a gestiunii, decizia de concesiune a serviciului și decizia de împărțire pe zone și pe loturi nu au fost fundamentate*, entitatea contractantă arată, pe de o parte, că studiul de oportunitate, aprobat pentru prezenta procedură de delegare, a fost elaborat în perioada 2018 - 2019 în cadrul unui contract de consultanță. Datele statistice avute în vedere la întocmirea studiului de oportunitate acoperă perioada 2012-2016. Pe de altă parte, entitatea contractantă susține că fundamentarea deciziei de delegare a gestiunii, a delegării

prin concesionare și împărțirea pe loturi/zone a fost realizată în cadrul Studiului de oportunitate, cap. 5.2. Opțiuni legale instituționale.

Privitor la critica autoarei contestației referitoare la *nelegalitatea mecanismului de finanțare a serviciului prin raportare la plafonarea tarifelor*, entitatea contractantă susține că modul de formare a tarifului este în conformitate cu prevederile Ordinului ANRC nr. 109/2007 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților. Fișele de Fundamentare a Tarifelor, pe care ofertanții trebuie să le prezinte, conform Anexei 1 la Formularul 21 - Formularul de ofertă, sunt în conformitate cu modelul prevăzut în Anexa 1 la Ordinul ANRSC, modalitatea de calcul fiind clară pentru orice operator cu experiență.

Conform Fișelor de fundamentare a tarifelor, la formarea tarifului, operatorul trebuie să includă: *I.A. Cheltuieli de exploatare (1.Cheltuielile materiale, 2. Cheltuielile cu munca vie; 3. Taxe; 4. Cheltuieli cu închirierea utilajelor; 5. Cheltuieli cu tratarea și eliminarea deșeurilor; 6. Alte cheltuieli); I. B. Cheltuieli financiare; II, Profit; III. Cota de dezvoltare.*

De altfel, arată entitatea contractantă, ajustarea de tarif se utilizează pentru corelarea nivelului tarifelor stabilite anterior cu evoluția generală a prețurilor din economie. Entitatea contractantă a introdus ajustarea de tarif în contractul de delegare pentru păstrarea echilibrului economic, stabilind, conform prevederilor legale în vigoare, ca parametru de ajustare, indicele prețurilor de consum, pentru activitatea specifică, comunicat de INS.

Modificarea tarifului se poate face oricând, dacă sunt îndeplinite condițiile legale, iar limita pentru modificarea tarifelor este limita de suportabilitate din partea populației, de la data când se modifică tariful. Entitatea contractantă susține, în același timp, că nu există un nivel de plafonare a modificărilor de tarif care să fie impus prin documentație.

În ceea ce privește opinia contestatoarei, potrivit căreia *se impun cerințe nejustificate de calificare, privind bonitatea/accesul la resurse, prin care se restricționează în mod nejustificat accesul operatorilor economici la procedură*, entitatea contractantă consideră necesară îndeplinirea acestei cerințe pentru demonstrarea capacității operatorului economic de a presta obiectul contractului, ținând cont de perioada de mobilizare, perioada de prestare și prima plată.

În referire la presupusa *nelegalitate a obligării operatorului să constituie o garanție de bună execuție în cadrul unui contract de concesiune*, entitatea contractantă susține că este prevăzută, în mod expres, constituirea unei garanții de bună execuție a contractului, indiferent de forma contractuală aleasă de către entitatea contractantă în vederea delegării gestiunii serviciului de salubritate la art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2006 și art. 29 alin. (11) lit. n) din Legea nr. 51/2006.

Privitor la critica potrivit căreia *autoritatea contractantă a inclus în contract costuri nejustificate în sarcina operatorului, respectiv redevența și taxa de administrare*, entitatea contractantă arată, pe de o parte, că

stabilirea redevenței este pe deplin justificată de existența bunurilor supuse amortizării, fiind obligatorie în cazul contractelor de delegare a gestiunii și, pe de altă parte, taxa de administrare are menirea să acopere parte din costurile cu monitorizarea serviciilor, administrarea și raportarea datelor și, evident, cu dezvoltarea capacității administrative a ADI.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei, potrivit căreia, *documentația de atribuire este incompletă. Lipsesc elemente de cheltuieli necesare în fundamentarea tarifelor și formularea unor oferte comparabile*, entitatea contractantă indică, punctual, unde se regăsesc informațiile respective, în documentația de atribuire, precizând, totodată, faptul că va detalia, în cadrul unei clarificări, consumurile specifice pentru operarea fiecărei stații de transfer.

Entitatea contractantă mai precizează că, potrivit cerințelor din caietul de sarcini, punctele 2.3.2, 2.3.3: *Costurile pentru realizarea campaniilor de colectare se vor regăsi în fundamentarea tarifelor pentru colectarea deșeurilor menajere reziduale de la populație*. Prin urmare, operatorul nu va fi nevoit să desfășoare nicio activitate din fonduri proprii.

De asemenea, entitatea contractantă susține că solicitarea de desfășurare de campanii de informare și conștientizare este legală (conform cu art. 126 din Ordinul nr. 82/2015 privind aprobarea regulamentului cadru al serviciului de salubritate a localităților).

Pe de altă parte, entitatea contractantă arată că, înainte de a iniția procedura, a elaborat un studiu de fundamentare, în conformitate cu prevederile legale, care a demonstrat modalitatea de derulare a procedurii prin licitație deschisă.

De asemenea, la anunțul de concesionare a fost anexat un document în care au fost indicate toate persoanele cu funcții de decizie în procedură.

Prevederile art. 5 lit. g) și h) din statutul ADI Eco Metropolitan și ale art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006 instituie calitatea de mandatar a ADI, aceasta acționând în numele și pe seama UAT membre.

Cu privire la critica privind presupusa *nelegalitate a mecanismului de modificare a tarifelor*, entitatea contractantă arată faptul că, atât cazurile de modificare și indexare, cât și procedura aferentă aprobării acestora, sunt stabilite imperativ în cuprinsul Ordinului ANRSC nr. 109/2007, la care, de altfel, se face referire în cuprinsul prevederilor contractuale și cu mai multe ocazii în cadrul documentației de atribuire.

Referitor la aspectele din documentele concesiunii cu privire la care contestatoarea apreciază că se impun a fi eliminate, modificate, completate sau clarificate, entitatea indică paragrafele asupra cărora va opera remedieri (240, 243, 246, 260, 264, 265 și 270), celelalte cerințe fiind, în opinia sa, nejustificate.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.

39945/08.10.2019, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația formulată de SA, solicitând respingerea ei, în principal, ca tardivă și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

Cu privire la excepția invocată, entitatea contractantă arată că cererea contestatoarei i-a fost comunicată în data de 02.10.2019 (ultima zi a termenului), prin e-mail, la ora 21:58, fiind astfel depusă la un moment la care încetase activitatea Asociației pentru acea zi.

Totodată, entitatea contractantă arată că apreciază inadmisibile următoarele critici ale contestatoarei: (i) lipsa informațiilor esențiale referitoare la numărul de platforme unde sunt necesare mai multe colectări, la numărul de colectări necesare și la numărul de persoane aferent unor platforme; (ii) necorelarea dintre sistemul de facturare și modalitatea de colectare în cazul deșeurilor reciclabile și (iii) unele prevederi presupuse a fi nelegale din contractul de concesiune, arătând că acestea trebuiau să facă obiectul unor solicitări de clarificări.

Cu privire la *lipsa informațiilor esențiale referitoare la numărul de platforme unde sunt necesare mai multe colectări, la numărul de colectări necesare și la numărul de persoane aferent unor platforme*, entitatea contractantă solicită ca, în detalierea ofertelor tehnice și financiare, ofertanții să se limiteze la informațiile privind numărul de puncte de colectare și frecvența de colectare care se regăsesc în documentația de atribuire.

Privitor la *termenul prea scurt de depunere a ofertelor și termenul prea scurt de formulare a solicitărilor de clarificări*, entitatea contractantă precizează că va prelungi termenul limită de depunere a ofertelor cu 30 de zile.

În referire la critica privind *formula de calcul a punctajului pentru oferte*, entitatea contractantă precizează, pe de o parte, că scopul principal al acestui contract nu este atât obținerea unor tarife foarte mici pentru colectarea deșeurilor pentru care se acordă punctaje, cât asigurarea unui sistem viabil de colectare separată a deșeurilor reciclabile și implementarea colectării separate a deșeurilor biodegradabile. De aceea au fost impuși și factorii de evaluare 1 și 3, care, împreună cu factorul de evaluare 5 (prețul ofertei), să asigure acest lucru. Pe de altă parte, entitatea contractantă menționează că impunerea acestui factor de evaluare are la bază prevederile OUG nr. 74/2018 referitoare la indicatorii de performanță privind colectarea separată a deșeurilor reciclabile ca valori minime.

În ceea ce privește critica referitoare la *instituirea nelegală a unui plafon maximal pentru tarifele operatorului, aplicabil pe întreaga durată a concesiunii*, entitatea contractantă susține că ajustarea de tarif se utilizează pentru corelarea nivelului tarifelor, stabilite anterior, cu evoluția generală a prețurilor din economie. Entitatea contractantă a introdus ajustarea de tarif în contractul de delegare pentru păstrarea echilibrului economic, stabilind, conform prevederilor legale în vigoare, ca parametru de ajustare indicele prețurilor de consum pentru activitatea specifică comunicat de INS.

Modificarea de tarif se poate opera doar în situațiile când intervin schimbări majore în structura costurilor. Articolul 10 alin. (9) din contractul de delegare (*modificările nu pot duce la depășirea limitei de suportabilitate din partea populației*) nu prevede un termen pentru modificarea tarifului. Astfel, conform prevederilor contractului, modificarea tarifelor, pentru cazurile care conduc la modificarea structurală a costurilor sau a cantităților ori la modificarea condițiilor de prestare a activității, se poate face oricând, fiind îndeplinite condițiile contractuale, respectiv condițiile prevăzute de Ordinul ANRSC nr. 109/2007.

Entitatea contractantă consideră că introducerea limitei de suportabilitate este justificată, deoarece aceasta asigură sustenabilitatea serviciului, peste această limită populația nefiind disponibilă să mai achite tariful. Pe de altă parte, plafonarea tarifelor în funcție de gradul de suportabilitate al populației se aplică pentru acele tarife care acoperă serviciile prestate față de populație.

Modul de formare a tarifului este în conformitate cu prevederile Ordinului ANRSC nr. 109/2007 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților. Fișele de Fundamentare a Tarifelor, pe care ofertanții trebuie să le prezinte conform Anexei 1 la Formularul 21 - Formularul de ofertă, sunt în conformitate cu modelul prevăzut în Anexa 1 la Ordinul ANRSC nr. 109/2007, modalitatea de calcul fiind clară pentru orice operator cu experiență. Conform Fișelor de fundamentare a tarifelor, la formarea tarifului, operatorul trebuie să includă: I.A. Cheltuieli de exploatare (1.Cheltuielile materiale, 2. Cheltuielile cu munca vie; 3. Taxe; 4. Cheltuieli cu închirierea utilajelor; 5. Cheltuieli cu tratarea și eliminarea deșeurilor; 6. Alte cheltuieli); I. B. Cheltuieli financiare; II. Profit; III. Cota de dezvoltare.

Prin urmare, entitatea contractanta nu a impus nicio cerință prin care să existe riscul ca vreun cost de operare al operatorului, inclusiv cota de profit, să nu fie cuprins în fișa de fundamentare a tarifelor.

În continuare, entitatea contractantă precizează că va reformula condiția privitoare la penalitate de la indicatorul de performanță de la pag. 78 din caietul de sarcini, respectiv specificarea clară a destinatarului acestei penalități (AFM).

Privitor la presupusele *prevederi nelegale în privința deșeurilor abandonate*, entitatea contractantă a considerat că deșeurile depuse în jurul punctelor gospodărești, pe o rază mai mică de 10 m, se generează, în general, de utilizatorii deserviți de acel punct gospodăresc (deci, nu sunt necunoscuți), care nu aplică corect pre-colectarea deșeurilor; prin urmare, soluția impusă ar fi menită să îi responsabilizeze pe acești utilizatori.

Cu privire la *necorelarea dintre sistemul de facturare și modalitatea de colectare în cazul deșeurilor reciclabile*, entitatea contractantă susține că viitorul operator va trebui să gândească o soluție tehnică pentru a

putea cântări și emite bonuri de cântar pentru situațiile în care deșeurile reciclabile se pre-colectează în saci.

Pe de altă parte, entitatea contractantă va adopta măsuri de remediere cu privire la *garanția de participare*.

În continuare, entitatea contractantă apreciază că îndeplinirea *cerinței referitoare la cash-flow* este necesară pentru demonstrarea capacității operatorului economic de a presta obiectul contractului, ținând cont de perioada de mobilizare, perioada de prestare și prima plată.

În ceea ce privește presupusele *prevederi nelegale din contractul de concesiune*, indicate de contestatoare, entitatea contractantă susține că acestea sunt, în fapt, în conformitate cu prevederile legale incidente, având ca finalitate protejarea autorității contractante de o eventuală conduită ilicită a operatorului.

Prin adresa nr. 1110/11.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 40684/11.10.2019, ... SRL a transmis concluzii scrise, față de punctul de vedere al autorității contractante solicitând respingerea apărărilor acesteia, ca netemeinice și nelegale, cu consecința admiterii contestației sale.

Prin adresa nr. E14692/11.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40701/11.10.2019, ... SA a înaintat cerere de intervenție voluntară în interes propriu, solicitând Consiliului, admiterea, în principiu a cererii de intervenție voluntară în interes propriu, urmând ca, pe cale de consecință să se dispună suspendarea procedurii până la soluționarea contestației, cu consecința decalării, prelungirii, în mod corespunzător, a datei limită de depunere a ofertelor, iar pe fondul cauzei, admiterea, în totalitate a contestației formulate de SRL.

Cu caracter prealabil, ... SA precizează faptul că, contestația înaintată de SRL a fost postată în SICAP în data de 03.10.2019, cererea de intervenție fiind astfel formulată în termen, conform prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție se reiterează capetele de cerere formulate de SA în contestația nr. E14158/02.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39024/02.10.2019.

Pe fond, intervenientul solicită:

- „admiterea contestației formulate de către numita SRL, și anularea procedurii pentru încălcări grave ale prevederilor legale ce reglementează serviciul concesionat și procedura de atribuire;

- admiterea contestației formulate de către numita SRL, obligarea autorității contractante la adoptarea, după caz, a unor măsuri de remediere a documentației de atribuire, corelat cu decalarea termenelor pentru depunerea ofertelor”.

În probațiune, ... SA precizează că înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri, la probele solicitate urmând a se adăuga documentația de atribuire.

În drept, intervenienta invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016 și ale Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017.

Prin adresa FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. 41943/18.10.2019, ... SA a înaintat Consiliului răspunsul la punctul de vedere formulat de entitatea contractantă, prin care precizează că renunță la solicitarea referitoare la garanția de participare (având în vedere măsurile de remediere adoptate), menținându-și toate celelalte critici prezentate în contestație.

De asemenea, contestatoarea solicită respingerea excepției de tardivitate invocate de entitatea contractantă, arătând că a transmis contestația în 02.10.2019 (ultima zi a termenului), prin poștă, atât către CNSC, cât și către entitatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Cu privire la excepția inadmisibilității petitelor ce ar fi putut fi obiectul solicitărilor de clarificări, contestatoarea arată că anumite neconformități pot fi înlăturate de entitatea contractantă în mod voluntar, prin clarificări sau măsuri de remediere, persoanele interesate neputând fi împiedicate să atace aceste "neconformități", pe calea contestației.

În data de 24.10.2019, entitatea contractantă a transmis Consiliului, în format electronic (corespondența fiind înregistrată sub nr. 42727/24.10.2019), măsurile de remediere adoptate în procedura în cauză, ce au fost publicate în SEAP, la 09.10.2019, sub nr. 756/09.10.2019.

După conexarea celor trei contestații, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Delegarea prin concesionare a gestiunii unor activități componente ale serviciului de salubritate în județul, respectiv de colectare și transport al deșeurilor municipale și a unor fluxuri speciale de deșeuri, precum și operarea și administrarea stațiilor de transfer”, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. PC1001368/22.09.2019 și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, ... SA, ... SRL și SA au formulat contestațiile de față, solicitând, în prealabil, suspendarea procedurii de atribuire pe durata soluționării contestațiilor, iar în principal, obligarea "autorității contractante" la anularea procedurii de atribuire a contractului de concesiune și, în subsidiar, obligarea "autorității contractante" la remedierea documentației de atribuire.

Din actele procedurii de atribuire, Consiliul reține că organizatoarea acesteia, ..., înțelege să atribuiască un contract de delegare a gestiunii, prin concesionarea serviciilor de colectare și transport al deșeurilor

municipale și a unor fluxuri speciale de deșeuri, precum și operarea și administrarea stațiilor de transfer, activități componente ale serviciului de salubritate din Județul (pe teritoriul unităților administrativ-teritoriale părți ale asocierii), prin aplicarea dispozițiilor Legii nr. 51/2006 și ale Legii nr. 100/2016, în principal, dar și a altor acte normative din domeniu – vezi secțiunea III.1.9) Legislația aplicabilă din fișa de date a achiziției.

Astfel că, regulile de atribuire a contractului fiind supuse condițiilor legale stabilite pentru concesiune, calitatea achizitorului este de entitate contractantă, conform prevederilor coroborate ale art. 9 litera c) și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 100/2016:

Art. 9. - Au calitatea de autorități contractante, în sensul prezentei legi: [...]

c) asocierile care cuprind cel puțin o autoritate contractantă dintre cele prevăzute la lit. a) sau b);

Art. 10. - (1) Au calitatea de entități contractante, în sensul prezentei legi, următoarele entități, cu condiția să exercite una dintre activitățile prevăzute în anexa nr. 2 și să atribuie un contract de concesiune pentru exercitarea uneia dintre activitățile respective:

a) autoritățile contractante;

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare nr. 205779812/1, a unei cauțiuni în valoare de 220.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 02.10.2019, pentru dosarul nr. 2061/2019.

De asemenea, pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SA a înaintat recipisa de consemnare nr. 205781801/1, a unei cauțiuni în valoare de 220.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 03.10.2019.

Referitor la cererile privind suspendarea procedurii de atribuire formulate de cele trei contestatoare, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 1529/C3/2060, 2061, 2068 din data de 07.10.2019, în sensul respingerii lor, ca nefondate.

În raport cu precizarea expresă a primei contestatoare - SA - că înțelege să renunțe la contestație, datorită măsurilor de remediere adoptate de entitatea contractantă, consemnată în adresa nr. E14622/10.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 40514/10.10.2019, Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016: Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator.

Subsecvent constatării anterioare, Consiliul reține și că, ulterior renunțării la cererile din propria contestație, ... SA a formulat și o cerere de intervenție, prin care solicită admiterea contestației formulate de SRL.

Având în vedere că autoarea intervenției și-a prezentat interesul în procedură, fiind autoarea unor critici proprii (prin contestație), care au determinat măsuri de remediere din partea achizitorului, Consiliul

consideră cererea de intervenție admisibilă în principiu, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, urmând a fi analizată odată cu solicitările contestatoarei, conform cu dispozițiile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă. În același timp, Consiliul consideră că acesta are caracterul unei intervenții accesorii, fiind formulată în favoarea cererilor uneia dintre contestatoare - SRL.

Preliminar analizei fondului cauzelor, Consiliul face analiza cu întâietate a excepției invocate de entitatea contractantă, privind pretinsa inadmisibilitate a unor critici formulate de contestatoarea SRL, conform obligației rezultând din dispozițiile art. 26 alin. (1) al Legii nr. 101/2016, ocazie cu care constată netemeinicia ei.

Consiliul are în vedere că, în fapt, entitatea contractantă pretinde că respectivele critici (identificate la punctele I, M și P ale contestației), aduse lipsei de claritate a unor cerințe ale documentației de atribuire, ar avea caracterul unor cereri de clarificare și nu ar trebui să facă obiectul unei contestații, acele informații neputând cauza vreo vătămare operatorilor economici interesați.

Sușinerile entității contractante sunt lipsite de temei legal. Posibilitatea de solicitare a informațiilor de clarificare a documentației de atribuire, asigurată tuturor operatorilor economici interesați, conform prevederilor art. 70 alin. (8) din Legea nr. 100/2016, privește un drept obiectiv, legat de nevoia de informare clară, completă și lipsită de echivoc asupra procedurii, care se manifestă voluntar, în situația în care aceștia nu se consideră, totuși, vătămați de in/existența unor reguli, ci doar sesizează caracterul neclar al acestora.

Pe de altă parte, formularea contestației reprezintă un demers pus la dispoziția oricărui operator economic interesat de derularea corectă a procedurii, conform art. 2 și 3 ale Legii nr. 101/2016, pentru a obține o măsură de remediere a actelor ce ar putea să-i aducă vătămare. În concordanță cu amintitele prevederi ale Legii:

- Art. 2 alin. (1): *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi;.*

- Art. 3 alin. (1) litera f): *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

În cazul de față, contestatoarea pretinde o vătămare a dreptului de a participa cu ofertă în procedură, rezultând din modul de întocmire (incomplet/eronat) a documentației de atribuire, criticile formulate fiind motive de fapt ale cererii de modificare a documentației. În consecință, se impune ca aceste critici să fie analizate pe fondul lor, nefiind posibilă recalificarea lor, de către Consiliu, drept cereri de clarificare a documentației atacate.

Prin urmare, Consiliul va face analiza criticilor în cauză sub aspectul ne/temeiniciei lor, odată cu analiza pe fond a contestației, care are drept obiect modificarea actualelor reguli din documentația de atribuire, excepția de inadmisibilitate a unor critici formulate de SRL, invocată de entitatea contractantă, fiind respinsă, ca nefondată.

Pentru raționament similar, Consiliul va respinge aceeași excepție, formulată de entitatea contractantă, și în contradictoriu cu contestatoarea SA, ca nefondată.

De asemenea, excepția de tardivitate a contestației SA, invocată de entitatea contractantă, va fi respinsă de Consiliu, ca nefondată.

Autoarea excepției își bazează cererea pe aprecierea că transmiterea contestației s-ar fi realizat, exclusiv, prin e-mail, în ultima zi a termenului de formulare a ei, dar după ora de închidere a programului său, adică nu ar respecta prevederile coroborate ale art. 5 din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 182 din Codul de procedură civilă.

Contrar acestor susțineri ale entității contractante, contestația a fost transmisă și în format original, prin poștă, cu confirmare de primire, la data de 02.10.2019, adică cu îndeplinirea condițiilor de la art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă. La dosarul cauzei se regăsește corespondența cu CNSC, în format original, plicul având aplicată ștampila oficiului poștal, cu data de înaintare a contestației. De asemenea, contestatoarea a comunicat și copii ale facturilor de plată a serviciilor poștale și ale notei de inventar cu corespondența depusă la oficiul poștal, în data de 02.10.2019, ce conține și corespondența adresată entității contractante - contestația în format original.

Consiliul constată că, suplimentar celor două excepții, entitatea contractantă a invocat, punctual, excepția de inadmisibilitate a contestației SA în raport cu cererea de prelungire a perioadei de întocmire a ofertelor și a termenului de formulare a solicitărilor de clarificare a documentației de atribuire.

Excepția entității contractante se bazează pe pretinsa absență din contestație a unui temei legal de solicitare a amânărilor amintite, ceea ce ar califica cererea ca fiind o analiză de oportunitate a condițiilor de derulare a procedurii.

Consiliul constată, pe de o parte, că autoarea contestației a evocat, în sprijinul criticilor sale, prevederile art. 85 din Legea nr. 100/2016, ce impun stabilirea termenului de ofertare în funcție de complexitatea viitorului contract de achiziție.

În același timp, Consiliul constată că cererea de decalare a termenului de ofertare, în contextul atacării întregii documentații, pentru lipsa de acuratețe, devine și o cerere implicită, adică o măsură necesară derulării procedurii cu coerență, în cazul modificării documentației atacate. Totodată, orice solicitare de clarificare a unei documentații de atribuire se poate formula, în termenele permise de lege, de la momentul în care forma documentației de atribuire este definitivă.

Prin urmare, se impune o analiză a cererilor pe fondul lor, în sensul verificării temeiniciei lor, și nu al oportunității graficului de derulare a procedurii, motiv pentru care va respinge și această excepție, ca nefondată.

Pe fondul cauzelor, analiza celor două contestații (formulate de SRL și de SA) relevă existența unor critici distincte, dar și a unor critici comune, unele dintre acestea fiind acceptate de entitatea contractantă (ca întemeiate).

Consiliul reține că, pe lângă măsurile de remediere deja adoptate de entitatea contractantă, conform documentului cu numărul 756/09.10.2019, postat în SEAP, prin punctele de vedere la cele două contestații, aceasta se angajează la remedierea și altor aspecte ce fac obiectul criticilor din aceste două contestații.

De altfel, chiar și prin măsura de remediere nr. 3, postată în SEAP, entitatea contractantă se angajează să completeze informațiile legate de consumurile specifice pentru operarea stațiilor de transfer, după obținerea lor de la Consiliul Județean

Prin urmare, achiesarea entității contractante la critici face proba temeiniciei lor, Consiliul urmând a o obliga la emiterea efectivă a actului de remediere, conform prevederilor art. 71 alin. (3) din Legea nr. 100/2016: *Entitatea contractantă comunică tuturor operatorilor economici orice modificare a elementelor prevăzute în anunțul de concesiune. De asemenea, entitatea contractantă comunică tuturor candidaților modul de organizare a procedurii de atribuire și termenul orientativ de finalizare, precum și orice modificare intervenită în unul dintre documentele concesiunii.*

Contestația SRL

1. Existența obligației pentru operatori de a transporta deșeurile la costuri de tratare prestabilite, către CMID nefuncțional, reclamată de contestatoare, ceea ce ar pune în dificultate ofertarea la prețuri reale, este parțial întemeiată.

Entitatea contractantă recunoaște că CMID este încă nefuncțional, dar documentația de atribuire precizează soluția alternativă, de transport către stații de stocare temporară/tratare/eliminare, până la punerea în funcțiune a stației de sortare și a stației de tratare mecano-biologică din cadrul CMID.

Or, câtă vreme entitatea contractantă nu a indicat, prin caietul de sarcini, și care sunt locațiile/operatorii care asigură activitatea de "stocare temporară/tratare/eliminare existente, autorizate din punct de

vedere al protecției mediului”, pentru deșeuri nereciclabile, operatorii economici nu ar putea cuprinde soluții și costuri de transport/stocare temporară/eliminare unitare. O astfel de situație, neremediată, ar putea conduce, artificial, la menținerea premiselor conținute de art. 89 alin. (1) litera b) din Legea nr. 100/2016: *(1) Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de concesiune în următoarele cazuri: [...] b) au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare.*

De asemenea, lipsa informațiilor privind calculul nivelului tarifelor până la delegarea operării CMID, spre deosebire de momentul de după această delegare, apare ca fiind întemeiată. Susținerea entității contractante că, în fapt, ofertele ar trebui elaborate pe baza tarifelor maxime calculate la acest moment, iar după delegarea CMID tarifele vor fi actualizate, reprezintă o informație de noutate, cu o identificare a unui risc de contractare crescut pentru ofertanți, neprevizibil la momentul inițierii procedurii, ce depășește limitele unui risc de operare prevăzut la art. 6 din Legea nr. 100/2016.

Or, această din urmă posibilitate, de modificare a tarifelor, care este predictibilă, trebuie să fie precizată în documentele achiziției, conform art. 101 din Legea nr. 100/2016, tocmai pentru a fi operabilă: *(1) Contractele de concesiune pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, atunci când modificările, indiferent dacă sunt sau nu evaluabile în bani și indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele inițiale ale concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a valorii sau orice alte opțiuni.*

(2) În situația prevăzută la alin. (1), clauzele de revizuire precizează obiectul, limitele și natura eventualelor modificări sau opțiuni, precum și condițiile în care se poate recurge la acestea, și nu pot stabili modificări sau opțiuni care ar afecta caracterul general al contractului de concesiune.

Consiliul consideră că documentația de atribuire trebuia să conțină informații de detaliu, care să nu fie deduse de operatorii economici, în legătură cu modalitatea de calcul al tarifelor, înainte și după punerea în funcțiune a CMID, conform prevederilor art. 30 alin. (1), (3) și (5) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, cu modificările la zi: *(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.*

.....

(3) Existența garanțiilor profesionale și financiare ale operatorilor, precum și indicatorii de performanță și nivelul tarifelor

aplicate privind furnizarea/prestarea serviciului în condiții de calitate și cantitate corespunzătoare constituie criteriile principale pentru atribuirea contractelor de delegare a gestiunii.

.....

(5) Documentația de atribuire cuprinde toate informațiile necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de organizare, desfășurare și aplicare a procedurii de atribuire a contractului de delegare a gestiunii și include în mod obligatoriu proiectul contractului de delegare a gestiunii și anexele obligatorii la acestea prevăzute la art. 29 alin. (13). În cazul asociațiilor de dezvoltare intercomunitară având ca scop serviciile de utilități publice, documentația de atribuire se elaborează în cadrul asociației, se supune avizării autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre și se aprobă de adunarea generală a asociației, în calitate de organ deliberativ, în baza mandatului primit.

În consecință, Consiliul va obliga entitatea contractantă la precizarea acelor locații/operatori care le/îi are în vedere pentru a asigura serviciile temporare, până la punerea în funcțiune a CMID, precum și a modalității efective de modificare a tarifelor oferite (costuri tratate), ulterior acestui moment, prin completarea caietului de sarcini.

2. Inexistența studiului de oportunitate care să fie la baza situației de fapt, adică a documentului, cu acest statut juridic, care să pornească de la premisa că CMID nu este încă pus în funcțiune, ar conduce, în opinia contestatoarei, la necesitatea atribuirii unui contract pe o durată determinată, scurtă, de 4 ani, nu la delegarea gestiunii. De asemenea, aceasta amintește că documentul invocat de entitatea contractantă, în apărare, are la bază finalitatea inversă, adică funcționalitatea CMID, adică o situație ipotetică, fapt care ar atrage nulitatea procedurii.

Consiliul reține că situația de fapt este confirmată de entitatea contractantă, chiar prin documentele achiziției, în sensul că CMID nu este încă pus în funcțiune, însă achizitorul a indicat și soluțiile de natură practică, pentru a organiza etapizat punerea în funcțiune a întregului sistem, cuprins în studiul de oportunitate (precum, activitatea de "stocare temporară/tratare/eliminare existente, autorizate din punct de vedere al protecției mediului", sus amintită).

De altfel, Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, cu modificările la zi, prevede posibilitatea practică a delegării serviciilor pentru o parte a activităților, în cuprinsul art. 29 alin. (2): *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.*

Este de înțeles că textul normativ amintit trebuie interpretat în sensul producerii efectelor sale, nu al inhibării inițiativei autorităților publice responsabile cu asigurarea serviciilor de utilități publice.

Prin urmare, susținerile contestatoarei de imposibilitate a ofertării în cadrul procedurii care va duce la concesionarea serviciilor, în condițiile unei funcționări parțiale a sistemului de gestiune a deșeurilor din Județul, sunt considerate de Consiliu nefondate.

3. Dreptul de delegare a stațiilor de transfer, pus în discuție de contestatoare, reprezintă de obiecție de legalitate care nu ar putea fi făcută decât de o persoană ce ar fi vătămată de exercitarea acestui transfer. În fapt, deși, aparent, legătura cu procedura de atribuire a serviciilor de colectare a deșeurilor și de transport a acestora, inclusiv către stații de transfer, este de necontestat, dreptul de transfer între unul dintre membrii asocierii (Consiliul Județean) și asocierea de entități care ar delega/transmite și dreptul transferat (stație de sortare) nu poate fi apărat/revendicat decât în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

În cauză, contestatoarea nu neagă dreptul subiectiv al părților implicate în transfer, ci lipsa formalizării lui, ca etapă prealabilă organizării procedurii de atribuire, în care este interesată să participe. Consiliul constată că Regulamentul serviciului de salubritate, parte a documentației de atribuire, conține prevederi/clauze privind transferul către viitorii operatori economici/concesionari a operării și administrării stațiilor de transfer, de la ADI și Consiliul Județean

Or, chiar și în absența unui astfel de act, care să formalizeze transferul amintit (hotărâre de consiliu județean), contestatoarea nu poate proba o vătămare efectivă a drepturilor sau intereselor sale legitime, adică nu are calitatea unei persoane vătămate, în înțelesul prevederilor art. 3 alin. (1) litera f) din Legea nr. 101/2016: *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Contestatoarea nu este împiedicată să oferteze, conform datelor din documentația de atribuire, ce pornesc de la premisa unui transfer valid al stațiilor de sortare, susținut de documentele de înființare a asocierii de autorități/entități contractante – ADI Eco-Metropolitan

Prin urmare, Consiliul va respinge, ca nefondate, solicitările de anulare a procedurii sau de modificare a documentației, bazate pe aceste motive.

4. Criticile contestatoarei împotriva modului de pregătire a actualei proceduri de atribuire, bazate pe pretinsa neactualizare a informațiilor din studiul de oportunitate, a lipsei unei decizii de delegare a gestiunii și a lipsei motivării deciziei de împărțire pe zone a derulării viitoarelor servicii, dar și pe pretinsa alegere incorectă a modului de contractare a

serviciilor (nefiind pretabil un contract de concesiune), privesc conduite ale entității contractante anterioare publicării anunțului de participare, legate de achiziție, dar care nu produc o vătămare certă.

Consiliul constată că autoarea criticilor nu probează o vătămare a sa, în sensul prevederilor evocate ale Legii nr. 101/2016, rezultând din faptul că entitatea contractantă nu ar fi actualizat datele statistice din conținutul studiului de oportunitate. În acest sens, deși contestatoarea evocă posibilitatea reală ca entitatea contractantă (prin membrii asocierii) să dobândească și, ulterior, să pună la dispoziția viitorilor ofertanți, informații privitoare la numărul populației, cantități de deșeuri generate, componența lor ori coeficientul de generare, Consiliul conchide că, în nicio situație, aceste informații nu vor reflecta situația la zi, ci situația de la momentul centralizării acestor informații. Or, o astfel de activitate conține o perioadă de inerție (între momentul inițierii verificării datelor și momentul centralizării lor, dar și momentul punerii la dispoziție), în care datele centralizate nu ar putea să reflecte, efectiv, situația din teren, eventual, la momentul prestării serviciilor. În acest context, datele amintite nu pot afecta decisiv procedura de atribuire decât dacă ar interveni o modificare drastică/semnificativă a lor, dar care nu este reclamată, în această procedură.

Prin urmare, nedovedind o incorectă sau incompletă informare asupra situației de fapt, ce ar împiedica-o pe contestatoare să oferteze conform regulilor stabilite prin documentația de atribuire, Consiliul nu poate considera aceste critici ca fiind temei de admitere a cererilor de modificare a documentației/anulare a procedurii.

Consiliul constată, de asemenea, că entitatea contractantă a avut în vedere respectarea prevederilor legale privind nevoia de fundamentare a deciziilor de delegare a gestiunii serviciilor, pe baza unui contract de concesiune (pagina 9 și următoarele din studiul de oportunitate):

Cerințe specifice gestiunii serviciilor de salubritate

Întrucât activitatea care urmează să fie delegată este un serviciu de utilitate publică, elaborarea Studiului de Oportunitate răspunde, în primul rând, unei cerințe a Legii nr. 51/2006, legea serviciilor comunitare de utilități publice, scopul acestuia fiind de a fundamenta și stabili soluțiile optime de delegare a gestiunii serviciului de salubritate.

Cerințe specifice pentru determinarea deciziei unei potențiale concesiuni

Conform prevederilor Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, și în special conform prevederilor 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(denumită în continuare H.G. 867/2016), Secțiunea a 2-a – Fundamentarea deciziei de concesiune a Capitolului II – Planificarea și pregătirea concesiunii, legiuitorul stabilește modalitatea de analiză, condițiile și conținutul

elementelor și etapelor pe baza cărora se fundamentează decizia de concesiune.

Studiul de fundamentare privind oportunitatea deciziei de fundamentare trebuie să conțină, conform H.G. nr. 867/2016, art. 12 și 13, [...].

De asemenea, pagina 180 a studiului de oportunitate conține concluzia alegerii tipului de contract, cât și decizia de stabilire a zonelor de prestare a serviciilor, pe baza contractului de concesiune, după evidențierea opțiunilor diferite, dar și a riscurilor specifice, începând cu pagina 125.

Studiul de oportunitate întocmit are conținut concordant cu cel al studiului de fundamentare impus prin art. 7 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

Faptul că entitatea contractantă a adus în discuție și conținutul contractului de finanțare, pentru care a întocmit o cerere de finanțare, prin POS Mediu, nu reprezintă dovada absenței unei fundamentări, ci, din contră, dovada că justificările de oportunitate și fezabilitate cuprinse în cererea de finanțare au fost apreciate obiectiv și de un terț față de părțile implicate în cauza prezentă.

Prin urmare, Consiliul consideră că este netemeinică critica privind pretinsa lipsă a fundamentării obiective a deciziilor de delegare a gestiunii/de alegere a tipului de contract care să asigure prestarea serviciilor de colectare a deșeurilor.

Consiliul constată că studiul de oportunitate conține și analiza privind opțiunile de derulare a serviciilor pe cele 4 zone ale județului, cu mențiunea că se stabilesc 3 loturi de atribuit (comasând în lotul 1 primele 2 zone).

Susținerea contestatoarei că, în matricea riscurilor, studiul de oportunitate ar releva cu predilecție acele riscuri care ar fundamenta decizia de concesiune a serviciilor, în detrimentul relevării riscurilor care ar releva nevoia atribuirii unui contract de prestări este lipsită de temei. Consiliul constată că autoarea criticilor nu indică care sunt acele riscuri evidente ce nu ar fi fost relevate și nici nu probează că această absență ar fi rezultatul unei conduite dolosive a celor care au întocmit matricea de risc.

Astfel, criticile anterioare, bazate pe presupuse decizii nefundamentate de stabilire a limitelor generale ale derulării viitoarelor contracte de concesiune, sunt considerate nefondate de Consiliu, care va respinge cererea de modificare/anulare a DA.

5. Analizând susținerile contestatoarei, privind nelegalitatea mecanismului de finanțare a serviciului, care ar rezulta din insuficiența finanțării pe baza tarifelor percepute, Consiliul constată că, în fapt, se invocă, în primul rând, absența metodei alternative, subsidiare, de finanțare a serviciului, ce ar conduce la nulitatea documentației, implicit la anularea procedurii de atribuire.

Având în vedere definițiile asigurate de art. 2 al Legii nr. 51/2006, privitoare la obligația de serviciu public și la compensația aferentă

acestei obligații, Consiliul reține că autoarea criticilor pretinde eronat că, în viitorul contract de delegare a gestiunii s-ar fi impus includerea unei astfel de clauze:

t) compensație pentru obligația de serviciu public - orice beneficiu, în special financiar, acordat operatorilor direct sau indirect din resurse de stat în perioada de punere în aplicare a unei/unor obligații de serviciu public sau în legătură cu perioada respectivă, pentru acoperirea costurilor nete aferente îndeplinirii unei obligații de serviciu public, inclusiv un profit rezonabil. În sensul prezentei definiții, resursele de stat sunt cele prevăzute la punctul 3.2. - Resurse de stat din Comunicarea Comisiei Europene 2016/C 262/01 privind noțiunea de ajutor de stat astfel cum este menționată la articolul 107 alineatul (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene;

v) obligație de serviciu public - orice cerință specifică stabilită de către autoritatea administrației publice locale/asociația de dezvoltare intercomunitară în baza mandatului primit, pentru a asigura furnizarea/prestarea serviciului de utilități publice, pe care un operator, dacă ar ține seama de propriile sale interese comerciale, nu și le-ar asuma sau nu și le-ar asuma în aceeași măsură sau în aceleași condiții fără a fi remunerat corespunzător.

Consiliul constată că art. 29 alin. (11) litera k) din Legea nr. 51/2006 nu instituie o obligație generală de acordare a unei astfel de compensații, în toate contractele de delegare a gestiunii, ci doar dacă rezultă necesitatea ei, în mod obiectiv: *Contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la: ... k) compensația pentru obligațiile de serviciu public în sarcina delegatului, dacă este cazul, cu indicarea parametrilor de calcul, control și revizuire a compensației, precum și modalitățile de evitare și recuperare a oricărei supracompensații.*

Întrucât entitatea contractantă a prevăzut modalitatea de finanțare a serviciilor, fără a include, la acest moment, clauze specifice privitoare la obligații de asigurare a unui serviciu public pe care nu și le-ar asuma operatorul în aceleași condiții cu clauzele cunoscute, este evident că nu se poate invoca nulitatea contractului pentru absența unei clauze precum cea reclamată de contestatoare.

Consiliul are în vedere și existența unei clauze specifice, cuprinse la art. 5 alin. (1) litera k) din contractul atașat documentației, ce privește un drept de compensare a acelor cheltuieli ce s-ar datora unor modificări neimputabile părților, și care nu ar trebui să afecteze derularea contractului, prin dezechilibre neacceptabile pentru delegat: *k) să modifice partea reglementară a Contractului (respectiv Regulamentul Serviciului și Caietul de Sarcini al Serviciului, Anexele nr. 1 și nr. 2 la Contract) pentru motive ce țin de interesul național sau local și/sau în caz de Modificare Legislativă, cu posibilitatea pentru Delegat de a primi o compensație în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ ca urmare a acestor modificări.*

Consiliul constată că entitatea contractantă a plecat de la premisa rentabilității serviciilor, și fără a stabili vreo obligație de serviciu public, în sarcina prestatorului-delegat, astfel că nu se impunea includerea unei clauze/metode alternative de finanțare a serviciilor.

Cât privește susținerea contestatoarei că modalitatea de calcul, ajustare sau modificare a tarifelor, adoptată de entitatea contractantă, nu ar asigura profitabilitatea serviciului ei, dimpotrivă, ar conduce chiar la pierderi pe care operatorul economic delegat ar putea să le suporte, fără a avea dreptul la compensații (pierderi), Consiliul constată că acestea nu se bazează pe motive concrete, ori probe care să releve că actualele calcule sunt eronate.

Supozițiile contestatoarei, privind nerentabilitatea activității delegatului, pornind de la modalitatea de stabilire și menținere a tarifelor aplicabile, nu pot convinge Consiliul de temeinicia lor, întrucât nu sunt rezultatul unor analize sau calcule care să releve lipsa de obiectivitate a condițiilor financiare stabilite de entitatea contractantă.

Prin urmare, Consiliul consideră nefondată critica contestatoarei privind pretinsa nelegalitate a mecanismului de finanțare, care ar releva nevoia de anulare a procedurii sau de modificare a condițiilor din documentația de atribuire.

6. Nejustificarea cerințelor de calificare privind niveluri minime de bonitate a ofertanților, ce ar rezulta din nivelul unei cifre de afaceri globale și din dovada resurselor de cash-flow, pe fiecare lot în parte, care ar reflecta atitudinea arbitrară a entității contractante, este o critică întemeiată în parte.

Consiliul ia act de faptul că, pe de o parte, în raport cu nivelul indicatorului minim – cifră de afaceri, entitatea contractantă nu a identificat vreun risc, în matricea cuprinsă de studiul de oportunitate, așa cum impun prevederile art. 30 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, aprobate prin HG nr. 867/2016: *Entitatea contractantă are dreptul de a impune ca criteriu minim de calificare, în raport cu situația economică și financiară a ofertanților/candidaților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului.*

În același timp, Consiliul reține că entitatea contractantă nu a prezentat propria opinie, în legătură cu nivelul indicatorului ales pentru cifra de afaceri a ofertanților, așa cum impun dispozițiile art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: *Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute.*

Din conținutul fișei de date a achiziției, Consiliul reține că nivelul cifrei de afaceri impus ofertanților, pe fiecare lot în parte, reprezintă, aproximativ 10% din valoarea estimată a achiziției (afărentă fiecărui lot),

nivel rezonabil al cerinței de calificare, stabilite conform prevederilor legale incidente în cauză.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de eliminare a cerinței privind cifra de afaceri, ca nefondată.

În privința resurselor de derulare a contractului pe primele 6 luni, Consiliul consideră întemeiată solicitarea lor, pornind de la coroborarea sus-evocatelor prevederi ale Normelor de aplicare ale legii, cu cele de la art. 33 alin. (2) din aceleași norme: *Criteriile privind situația economică și financiară stabilite de entitatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:*

a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de concesiune;

b) anumite niveluri ale altor indicatori economico-financiarți relevanți, precum nivelul de lichiditate anuală.

Unul dintre riscurile determinate de entitatea contractantă este chiar întârzierea inițierii activităților, ce ar fi cauzată de neobținerea la timp a autorizărilor, în perioada de mobilizare.

Cu toate acestea, coroborat și cu obligația depunerii unei garanții de bună execuție, din partea viitorului delegat, Consiliul consideră că nivelul sumelor a căror indisponibilizare este cerută, cu destinația cash-flow, înainte de semnarea contractului, reprezintă o cerință de calificare aleasă aleatoriu.

În fapt, nu prezintă relevanță pentru achizitor ca, înainte de semnarea contractului și pe perioada de mobilizare, viitorul prestator al serviciilor să-și creeze/mențină un depozit valoric, la nivelul indicat în anunțul de participare, ci ar putea fi interesată de existența unor resurse care să privească asigurarea unei continuități efective a activităților, începând cu asigurarea cheltuielilor pentru primele investiții, așa cum sunt indicate la art. 3 alineatele 5-6 din contractul de concesiune atașat documentației, adică minim, pentru:

a) constituirea Garanției de Bună Execuție prevăzută la Articolul 21 („Garanția de Bună Execuție”) din prezentul Contract;

b) încheierea tuturor polițelor de asigurare solicitate la Articolul 22 („Asigurări”) din prezentul Contract;

c) licența eliberată de Autoritatea de Reglementare prin care Delegatului i se acordă permisiunea furnizării/prestării Serviciului în Aria Delegării;

d) obținerea celorlalte Autorizații necesare conform Legii pentru începerea prestării Serviciului

e) faptul că are la dispoziție, pe Aria Delegării, toate utilajele și echipamentele pentru care s-a angajat la Data de Începere a Contractului prin Ofertă.

f) instalarea și întreținerea unui sistem informatic computerizat, unde vor fi stocate și procesate datele legate de funcționarea acestuia, cu respectarea tuturor cerințelor prevăzute în Caietul de sarcini[...].

De asemenea, în raport cu regulile de decontare, sumele necesare funcționării s-ar impune a fi asigurate de delegat în primele 3 luni de la începerea activității, pornind de la premisa emiterii facturilor în luna a 2-a, pentru serviciile prestate și de la termenul general de plată, de 30 de zile, de la primirea facturii.

Prin urmare, respingând solicitarea de eliminare a cerinței, Consiliul va obliga entitatea contractantă să diminueze la jumătate, pentru fiecare lot în parte, actualul nivel al cash-flow-ului, considerat disproporționat, față de regulile de derulare a serviciilor.

7. În privința garanției de bună execuție, considerată de contestatoare nenecesară, Consiliul are în vedere, pe de o parte, că procedura de atribuire se va finaliza cu încheierea unui contract de delegare a gestiunii a serviciilor ce fac obiectul prestațiilor viitoare. Or, Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, în articolul 29 alin. (11), precizează: *Contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la:*

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

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

Astfel, entitatea contractantă este îndreptățită, legal, să solicite constituirea garanției de bună execuție, solicitarea de eliminare a ei fiind nefondată.

8. În privința redevenței solicitate de delegatar, pentru activitatea de colectare, transport, operare stații de transfer, Consiliul constată temeinicia în parte a criticilor. Pe de o parte, organizarea procedurii a pornit de la premisa că derularea serviciilor de colectare, transport, reciclare/eliminare a deșeurilor se va realiza cu profitabilitate.

Pe de altă parte, art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006, admite posibilitatea ca delegatarul să obțină o redevență din partea delegatului. Prin urmare, dreptul entității contractante de a solicita o redevență nu este contrară scopului activităților/serviciilor publice concesionate.

În altă ordine de idei, văzând motivarea nivelului redevenței solicitate, Consiliul constată că ea privește intenția concesionarului de a acoperi o parte a cheltuielilor/amortizarea cu investițiile deja realizate, pe baza veniturilor obținute din prestarea serviciilor aferente colectării, transportului și transferului ori reciclării/valorificării deșeurilor.

Or, întrucât nu toate investițiile avute în vedere la calcularea nivelului redevenței pentru colectare și transport, privitor la lotul 1, au fost finalizate (așa cum recunoaște chiar entitatea contractantă, raportat

la numărul punctelor de colectare), Consiliul consideră că, fără a fi necesară diminuarea valorii actuale a redevențelor, se impune adăugarea unei clauze care să asigure aplicarea redevenței de la momentul finalizării investițiilor pentru care s-a calculat această redevență (în cazul de față, finalizarea celor 200 de puncte de colectare, invocate de entitatea contractantă).

În privința taxei de administrare, impusă de entitatea contractantă printr-o clauză contractuală, a cărei eliminare o solicită contestatoarea, Consiliul constată că justificările din punctul de vedere la contestație nu concordă cu prevederile legale aplicabile în domeniu.

Una din particularitățile serviciilor de utilități publice, enumerate la alineatul (4) al art. 1 din Legea nr. 51/2006, este prevăzută la litera l) *recuperarea costurilor de exploatare și de investiție se face prin prețuri și tarife sau taxe și, după caz, din alocații bugetare.*

În cazul de față, taxa de administrare pare a avea caracterul unui cost de exploatare, dar serviciile se asigură pe baza unor tarife, percepute beneficiarilor utilizatori, fără alte taxe.

Or, prin Regulamentul Serviciului de Salubritate, se face distincție între utilizatorii cu contracte și cei fără contracte, prevederile art. 4 pct. 64 și cele de la art. 83 specificând existența unei taxe de salubritate, alternativă tarifului, plătită de utilizatori administrației locale locale, în cazul în care beneficiază de prestarea activității fără contract. Conform regulamentului – amintitul punct 64) *taxă de salubritate – taxa locală cu destinație specială, ce are drept scop acoperirea cheltuielilor serviciului de salubritate și care se plătește de către utilizatorii sistemului de salubritate către administrația publică locală.*

În consecință, taxa de administrare inclusă în contract (la alineatul 18 al articolului 10), neavând o destinație justificată de entitatea contractantă, se impune a fi eliminată.

9. Susținerile contestatoarei că Documentația de atribuire este incompletă, lipsind unele elemente de informare privind cheltuieli necesare în fundamentarea tarifelor și întocmirea unor oferte comparabile, bazate pe informații de detaliu, prezentate la punctele 174 și următoarele din contestație, sunt considerate de Consiliu întemeiate, în parte.

Pretinsa absență a informațiilor clare și explicite privind instalațiile de tratare/eliminare și distanțele până la acestea reprezintă o critică întemeiată parțial. Entitatea contractantă a indicat posibilitatea stocării temporare la platforma operată de RADP, dar informația se regăsește în studiul de oportunitate ca propunere ce nu pare a fi definitivă. De asemenea, distanțele prezentate în anexa 10 a caietului de sarcini sunt în raport cu funcționalitatea instalațiilor din CMID, care nu se preconizează a fi efectivă decât în 2020.

Prin urmare, viitorii ofertanți sunt puși în situația de a deduce că, până la punerea în funcțiune a instalațiilor CMID trebuie să stocheze deșeuri, după caz, la platforma operată de RADP, față de care trebuie să deducă și distanța de transport.

Această conduită a entității contractante este contrară obligației sale de a asigura informații lipsite de echivoc, motiv pentru care Consiliul o va obliga la precizarea explicită a locului de depozitare cunoscut și a distanțelor pe care trebuie să le ia în considerare ofertanții, până la punerea în funcțiune a CMID.

Aceleași informații lipsesc și în privința locului de stocare a deșeurilor din construcții, documentația de atribuire neprecizând explicit informațiile din punctul de vedere la contestație. Pentru același raționament, Consiliul va obliga entitatea contractantă la indicarea lor explicită.

În privința metodei de valorificare a deșeurilor din construcții, documentația de atribuire nu a indicat o opțiune unică, pentru a se asigura întocmirea unor oferte comparabile, din punct de vedere tehnic și economic, astfel că, odată cu celelalte informații, entitatea contractantă va indica în ce măsură această operațiune poate fi organizată în regie proprie sau prin intervenția altui operator economic. Trimiterile entității contractante la conținutul anexei 13 a caietului de sarcini sunt nefondate, această anexă cuprinzând doar echipamente destinate colectării și transportului, nu și serviciilor de tratare/sortare/valorificare a deșeurilor din construcții.

Consiliul a luat act de faptul că, prin măsura de remediere nr. 3, postată în SEAP, dar și prin punctul de vedere la contestație, entitatea contractantă se angajează să completeze informațiile legate de consumurile specifice pentru operarea stațiilor de transfer, după obținerea lor de la Consiliul Județean, astfel că solicitarea contestatoarei de obligare la indicarea lor, întemeiată complet, va fi onorată prin actul de completare a documentației de atribuire.

În privința absenței informațiilor legate de numărul de containere apte pentru utilizare, Consiliul reține că, la pagina 31 a caietului de sarcini, entitatea contractantă a precizat: *Operatorul va pune la dispoziția populației, gratuit, la începerea contractului de delegare, recipientele de colectare a deșeurilor reziduale (eurocontainere de 1,1 mc pentru zonele de blocuri și europubele de 120 l pentru zonele de case). Numărul minim de recipiente de colectare este precizat, pentru fiecare UAT, în Anexa 13.*

În funcție de necesitățile din teren, în perioada de mobilizare, Operatorul va identifica necesarul suplimentar de recipiente pentru colectarea deșeurilor sau punctele de colectare unde rămân recipiente neutilizate și va transmite în acest sens un raport Autorității Contractante.

Din aceste prevederi, nu rezultă că operatorii vor determina, în perioada de mobilizare, și acele recipiente necesar a fi înlocuite, ci doar numărul suplimentar de recipiente.

Or, pentru dimensionarea corectă a cheltuielilor inițiale, inclusiv a costurilor cu ofertarea inițială, se impunea precizarea de către entitatea contractantă fie a unei cifre exacte, fie a unei cifre aproximative, de

containere utilizabile ce ar trebui avute în vedere la ofertare, Consiliul urmând a obliga entitatea contractantă la un astfel de demers.

În privința numărului de puncte de colectare noi, Consiliul constată că entitatea contractantă nu a impus viitorilor ofertanți organizarea lor, astfel că solicitarea precizării acestora va fi respinsă, ca nefondată.

Consiliul consideră întemeiată critica contestatoarei în privința absenței informațiilor legate de zonele greu accesibile/cu acces limitat pentru autovehicule, entitatea contractantă nefiind în măsură să prezinte argumente contrarii.

În contextul în care este necesară colectarea deșeurilor pe întreaga suprafață a județului, iar membrii asocierii – UAT au cunoștință despre propriile reguli de acces în zonă și/sau despre dificultățile de acces auto, o informare minimală a viitorilor ofertanți se impunea, tocmai pentru corecta dimensionare a parcului de utilaje.

Consiliul va obliga entitatea contractantă la culegerea informațiilor minimale și punerea la dispoziția ofertanților, în legătură cu zonele cu acces limitat pentru autovehicule.

10. Cât privește obligația operatorului de a executa lunar campanii de colectare a deșeurilor periculoase și campanii de colectare de deșeuri voluminoase, cu titlu gratuit, Consiliul consideră întemeiată solicitarea contestatoarei ca serviciile de colectare și transport către stațiile de stocare temporară să fie decontate conform regulilor similare, stabilite în caietul de sarcini, pentru serviciile la cerere.

În fapt, pentru asigurarea acestor servicii, se impune deținerea de utilaje și echipamente de transport speciale, personal adecvat și reguli de asigurare a serviciilor diferite de cele necesare colectării și transportului reziduurilor menajere. Astfel, prevederea *Costurile pentru realizarea campaniilor de colectare se vor regăsi în fundamentarea tarifelor pentru colectarea deșeurilor menajere reziduale de la populație*, din caietul de sarcini, arată nu doar că aceste servicii nu ar fi gratuite, ci că prețul lor este impus la un nivel ce pare adecvat altui tip de deșeuri, dar care reclamă costuri diminuate. Or, întrucât costul pentru deșeuri menajere reziduale este determinat global, pentru serviciile de colectare deșeuri periculoase, ce nu au caracter de regularitate sau generalitate, nu se poate impune achitarea unei părți a costurilor și de către persoane care nu le generează efectiv.

Pentru raționament similar, Consiliul consideră întemeiată solicitarea contestatoarei și în privința campaniilor privind colectarea deșeurilor voluminoase.

În consecință, Consiliul va obliga entitatea contractantă la modificarea regulii de decontare a acestor servicii de colectare a deșeurilor periculoase și voluminoase, în sensul precizării că vor fi asigurate în regim "cu plată", concordant și cu principiul "plătește pentru cât arunci".

11. Văzând nivelul costurilor impuse operatorilor economici pentru desfășurarea campaniilor de conștientizare și informare, Consiliul consideră întemeiate criticile contestatoarei, bazate pe vădita

disproporție a celor stabilite pentru zona 1 a lotului 1 (250.000 lei anual), în raport cu celelalte zone (5.500 lei- zona 2, 18.500 lei- lotul 2 și 12.500 lei – lotul 3).

În lipsa oricărei fundamentări a acestor costuri, dar și în lipsa unor apărări efective ale entității contractante (contrar chiar și prevederilor art. 15 alin. 2 din Legea nr. 101/2016: *Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute.*), Consiliul consideră că dimensionarea lor nu a ținut cont de nevoi efective ale achizitorului. În mod implicit, Consiliul va obliga entitatea contractantă la diminuarea cheltuielilor impuse pentru zona 1, în funcție de întinderea zonei și de numărul populației/instituțiilor pentru care se va asigura prestarea serviciilor, luând în considerare și nivelul costurilor unitare stabilite pentru celelalte zone.

12. Alegerea procedurii de atribuire, licitație deschisă, în detrimentul unui dialog competitiv nu reprezintă o încălcare a legislației, din partea entității contractante, care să conducă la anularea actualei proceduri de atribuire.

Consiliul are în vedere faptul că dispozițiile art. 50 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 nu prevăd o obligație de prioritizare a alegerii procedurii, de maniera aceasta: *Entitatea contractantă atribuie contractul de concesiune prin una dintre următoarele proceduri de atribuire:*

a) *licitație deschisă;*

b) *dialog competitiv.*

Din modul de desfășurare a dialogului competitiv, așa cum rezultă din prevederile art. 55 și următoarele din lege, se înțelege că posibilitatea organizării unei astfel de proceduri ține de o nevoie obiectivă a achizitorului de a identifica, prin ajutorul candidaților selectați, a soluției optime/apte să răspundă necesităților de achiziție, în sensul stabilirii regulilor de ofertare – caietul de sarcini (vezi litera b) a art. 57: *etapa a doua - dialogul cu candidații selectați, în vederea identificării soluției/soluțiilor apte să răspundă necesităților entității contractante pe baza căreia/căroră se vor depune ofertele finale;*).

Or, în situația de față, entitatea contractantă nu a stabilit că ar fi într-o imposibilitate obiectivă și care nu i-ar fi imputabilă, de stabilire a cerințelor de ofertare, alegând licitația deschisă, ca procedură de atribuire.

Faptul că, prin contestație, s-a semnalat existența unor lipsuri din documentația de atribuire nu probează alegerea eronată a procedurii, ci, cel mult, omisiunea sau eroarea de apreciere a entității contractante în întocmirea unei documentații de atribuire complete, clare și lipsite de echivoc, necesară întocmirii ofertelor pentru licitația deschisă.

În consecință, acest motiv de fapt, invocat de contestatoare, în sprijinul cererii de anulare a procedurii este nefondat.

13. Pretinsa facilitare a conflictului de interese, rezultând din neindicarea tuturor persoanelor cu funcții de decizie în procedură, este o supoziție a contestatoarei.

Depunerea listei cu persoanele ce dețin funcții de decizie reprezintă una dintre măsurile de prevenire a unui eventual conflict de interese, dar, în conformitate cu prevederile coroborate ale art. 42 și 43 din Legea nr. 100/2016, măsurile de înlăturare a unei astfel de situații nu se reduc doar la calitatea de decident în cadrul entității, ci chiar și la acele persoane care ar avea indirect o legătură/interes cu rezultatul procedurii:

Art. 42. - Pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire, entitățile contractante au obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării transparenței procedurii de atribuire și a tratamentului egal al tuturor candidaților și ofertanților.

Art. 43. - În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care membrii personalului entității contractante care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea sau independența lor în contextul procedurii de atribuire.

Astfel, oricât de detaliată ar fi lista cu personalul decident, nu ar putea să rezulte, doar din aceasta, inexistența posibilității de apariție a unui conflict de interese.

Prin urmare, obligația de prezentare a listei cu persoane de decizie trebuie respectată de entitatea contractantă în raport cu diligențele proprii și aprecierile proprii asupra persoanelor din structura sa care, datorită unui interes personal, ar putea afecta rezultatul procedurii, în sensul afectării integrității ei.

Drept urmare, contestatoarea neindicând care ar fi acele persoane care ar trebui precizate în documentele procedurii, pentru a se respecta întocmai obligația prevăzută la art. 47 din lege, Consiliul se află în situația de a constata lipsa unor dovezi certe ale încălcării ei, urmând a respinge solicitarea de completare/republicare a declarației entității contractante conținând persoanele în cauză.

14. Pretinsa nevoie ca doar ADI să dețină calitatea de delegatar și nu toate UAT membre, invocată de contestatoare, nu reprezintă un motiv întemeiat de anulare a procedurii sau de modificare a contractului din documentația de atribuire.

Consiliul constată că, inclusiv contestatoarea (punctul 220 din contestație) a înțeles că UAT membre ale asocierii au acordat un mandat de reprezentare ADI Eco-Metropolitan, adică acestea sunt beneficiare ale prestațiilor viitoarelor servicii, derulate pe baza contractului de delegare.

Prin urmare, solicitarea contestatoarei de stabilire a calității de delegatar în favoarea asociației de dezvoltare intercomunitară, exclusiv, este considerată de Consiliu nefondată.

15. În privința modalității de modificare/ajustare sau indexare a tarifelor, susținerile contestatoarei relevă confuzia sa asupra termenilor.

Articolul 10 al contractului face referire la situații diverse de schimbare a tarifului, începând de la revizuirea anuală (din oficiu, conform alineatului 7) și finalizând cu modificarea sau ajustarea (situații diferite și distincte de revizuire, care ar putea interveni la solicitarea delegatului, regăsite la alineatul 8).

În privința ajustării, intrarea în vigoare a tarifului ajustat este la 1 ianuarie al anului următor, în timp ce modificarea tarifului nu este condiționată de această dată, conform contractului art. 10 alin. 8. Prin urmare, motivarea contestatoarei pentru solicitarea de anulare a procedurii sau de modificare a contractului privitor la metodologia de calcul a modificărilor de tarif este eronată, Consiliul urmând a respinge această solicitare, ca nefondată.

Însă, solicitarea de modificare a matricei riscurilor, la care trimite contractul, ce se regăsește în caietul de sarcini, cu privire la modificarea cantității de deșeuri, perioada de înregistrare a creșterii și data solicitării de modificare a tarifului, este considerată de Consiliu întemeiată, în parte. Deși matricea riscurilor, cu aceste componente, a fost aprobată și publicată anterior procedurii de față, prin studiul de oportunitate, fiind un element specific viitorului contract de delegare a gestiunii, temeinic analizat și asumat de organizatorul procedurii, preluat ca atare în caietul de sarcini, nu-i poate fi impusă viitorului executant al serviciilor asumarea în totalitate și a acelor riscuri pentru care entitatea contractantă ar avea instrumentele necesare diminuării efectelor apariției lor.

Consiliul consideră că solicitarea contestatoarei de modificare a caietului de sarcini, în privința matricei, privind diminuarea duratei minime în care ar apărea riscul de modificare a cantităților este întemeiată.

Conform Ordinului nr. 109/2007 emis de Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice – ANRSC, modificarea de tarif poate interveni la o perioadă mai scurtă decât cea indicată în caietul de sarcini (vezi art. 15 din Norma aprobată prin ordin: *(1) Tarifele pentru activitățile specifice serviciului de salubritate pot fi modificate în următoarele situații:*

a) *la modificarea majoră a costurilor, determinată de punerea în funcțiune a unor utilaje pentru îmbunătățirea calitativă a serviciilor publice de salubritate și numai după intrarea în exploatare a acestora;*

b) *pentru cazurile care conduc la modificarea structurală a costurilor sau a cantităților ori la modificarea condițiilor de prestare a activității, care determină modificarea costurilor cu o influență mai mare de 5%, pe o perioadă de 3 luni consecutiv;*

c) la modificările determinate de prevederile legislative care conduc la creșterea cheltuielilor de protecție a mediului și de securitate și sănătate în muncă.).

În condițiile în care, în situația de față, entitatea contractantă nu probează existența unor condiții specifice derulării viitorului contract de delegare a gestiunii, care să o îndreptățească la alegerea unor condiții mai restrictive decât în amintita reglementare, pentru viitorii ofertanți, Consiliul consideră că este întemeiată cererea de modificare a duratei amintite.

De altfel, Consiliul ia act că o astfel de măsură s-ar impune și pentru a se pune în concordanță prevederile amintite ale caietului de sarcini cu conținutul fișei de date a achiziției, modificat prin măsura de remediere nr. 12, în secțiunea "II. Ajustarea prețului contractului".

Concomitent cu respingerea cererii de anulare a procedurii, bazată pe aceste critici întemeiate, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la modificarea matricei riscurilor, preluată în caietul de sarcini, prin diminuarea perioadelor și indicatorilor minimali de modificare a tarifelor, la nivelul prevăzut de Ordinul ANRSC nr. 109/2007.

Cât privește solicitarea de a se indica/adăuga subvenția, ca sursă de finanțare a modificărilor și ajustărilor admise de entitatea contractantă, Consiliul constată că aceasta ar reprezenta, în fapt, o metodă alternativă de plată, ce ar excede metodelor din contract, dar care nu apare ca fiind necesară. Contractul conține modalitățile de plată, considerate suficiente pentru asigurarea prestației corelative a beneficiarilor – UAT.

16. Cererile de modificare a unor aspecte din cuprinsul fișei de date a achiziției au fost considerate de entitatea contractantă, în parte, juste, admitând că va lua măsuri de remediere corelative.

Consiliul a luat act de faptul că entitatea contractantă a emis măsuri de remediere pentru cererile de modificare a fișei de date, în privința excluderii referirilor la colectarea uleiurilor uzate și la adăugarea certificatului fiscal emis de autoritățile locale, ca mijloc de dovedire a situației personale ce nu poate conduce la excluderea din procedură.

Consiliul ia act și de achiesarea entității contractante (prin punctul de vedere) la solicitarea de precizare a acceptului de utilizare a aceluiași personal cheie (aferent pct. 3, 4 și 5 din fișa de date a achiziției) în ofertele depuse pentru mai multe loturi.

Întrucât entitatea contractantă nu a emis și un act corelativ achiesării, adică nu a luat o măsură efectivă de remediere/completare a condițiilor de prezentare a personalului, în sensul posibilității de indicare a unor experți pentru mai multe loturi, pentru asigurarea unei informări complete, Consiliul o va obliga (pe entitatea contractantă) la luarea unei astfel de măsuri de remediere.

Factorii de evaluare a ofertelor, a căror eliminare este solicitată de către contestatoare (*Implementarea cât mai rapidă a colectării separate a deșeurilor biodegradabile în zonele urbane blocuri și Soluții sau investiții care să asigure o colectare separată mai bună a deșeurilor*

municipale) reprezintă avantaje evidente pentru entitatea contractantă, ce se pot înscrie în categoria celor indicate de art. 86 alin. (2) litera d) din Legea nr. 100/2016: (2) *În sensul alin. (1), criteriile obiective trebuie să aibă legătură directă cu obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii și se pot referi la oricare dintre următoarele: [...]*

d) modalitatea de execuție a lucrărilor/prestare a serviciilor bazată pe indicatori de performanță de ordin calitativ, tehnic, funcțional, financiar [...].

Aceste avantaje, ce pot rezulta din oferte, vor fi punctate, așa cum stabilește fișa de date a achiziției, numai dacă metodologia de realizare efectivă a indicatorilor este corelată cu tipul contractului și cu condițiile de derulare a lui. În acest context, va fi sarcina entității contractante ca, la momentul evaluării ofertelor, să puncteze acele avantaje care rezultă efectiv din metodologie, și nu angajamente de ordin teoretic ale ofertanților.

În consecință, solicitarea de eliminare a celor doi factori va fi respinsă de Consiliu, ca nefondată.

Criticile contestatoarei împotriva conținutului caietului de sarcini apar întemeiate în parte, Consiliul luând act de măsurile de remediere și de achiesarea entității contractante, la unele dintre acestea.

În privința unităților de ecarisaj și a obligației de transport deșuri între stațiile de transfer și instalațiile de tratare/eliminare, entitatea contractantă a emis informațiile de completare solicitate de contestatoare, prin măsurile de remediere 6 și 7, cererea corelativă de modificare a caietului de sarcini rămânând fără obiect.

În privința criticilor contestatoarei bazate pe regulile de întocmire a caietului de sarcini, impuse prin Ordinul nr. 111/2007 emis de Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice – ANRSC, pentru aprobarea Caietului de sarcini-cadru al serviciului de salubritate, așa cum au fost formulate la punctul 247 al contestației, Consiliul constată temeinicia lor, în parte.

Deși entitatea contractantă a indicat (în caiet de sarcini și anexe) o parte a informațiilor, acestea nu sunt detaliate la nivelul impus prin amintitul ordin. Spre exemplificare, numărul de locuitori este prezentat generic, la număr rezidenți în zonă, și nu în maniera explicită impusă prin reglementare, adică: *locuitori înregistrați, inclusiv flotanții, din care cu gospodării individuale și în asociații de locatari/proprietari.*

Traseele de transport și ritmicitatea de transfer nu sunt puse la dispoziție, deși entitatea contractantă are la îndemână astfel de informații, rezultând și din derularea actualelor activități similare.

Prin măsura de remediere nr. 6, unitățile de ecarisaj au fost indicate, astfel că nu s-ar impune o reluare a informațiilor, iar precizarea tarifelor aferente nu este o obligație ce ar rezulta din amintitul ordin.

În consecință, entitatea contractantă va fi obligată la completarea tuturor informațiilor specifice, de natură a asigura caracterul complet și

explicit al documentației sale (caietului de sarcini), în concordanță cu regulile rezultând din Ordinul nr. 111/2007.

Văzând apărările entității contractante în raport cu solicitarea contestatoarei de a se elimina obligativitatea prezentării documentelor de conformitate CE și de înmatriculare a utilajelor ce ar urma să fie folosite, precum și a celor care să justifice consumul de carburant și ulei, Consiliul constată că, în fapt, prezentarea acestora nu procură, la momentul ofertării, informații decisive pentru evaluarea conformității ofertei. În fapt, achiziția nu urmărește dobândirea pentru sine a acestor autovehicule, pentru care să stabilească parametri funcționali, ci stabilește reguli de executare a serviciilor, iar informațiile pe care trebuie să le dobândească ar fi necesare, exclusiv, în analiza sustenabilității costurilor propuse sau a altor avantaje rezultând din oferte. În acest sens, susținerile entității că ar fi interesată de obținerea acestor informații doar pentru utilajele deținute la momentul ofertării relevă lipsa de relevanță în prezentarea ofertelor.

Prin urmare, Consiliul va admite solicitarea contestatoarei de modificare a caietului de sarcini, în sensul excluderii obligației de prezentare a certificatelor de conformitate CE și a documentelor de înmatriculare, la momentul ofertării, dar și a obligației de prezentare a documentelor de justificare a consumurilor din timpul funcționării.

Consiliul constată că entitatea contractantă a achiesat, indirect, la solicitarea contestatoarei de eliminare sau de precizare a regulilor privind tariful suplimentar aplicat la ridicarea deșeurilor colectate în alte recipiente decât cele destinate categoriei corecte.

Prin punctul de vedere la contestație, entitatea contractantă a precizat că "operatorul va factura costurile suplimentare la tarifele deja aprobate", informație care invalidează prevederile caietului de sarcini referitoare la necesitatea aprobării tarifelor suplimentare de către fiecare membru al asocierii de achizitori.

Pentru a da caracter de efectivitate a informării, Consiliul va obliga entitatea contractantă la transmiterea acestei informații către toți operatorii economici interesați, pe calea unei erate, privitor la *Tarifele suplimentare*.

Cât privește posibilitatea colectării în afara programului regulat, stabilit a fi intervalul orar 22.00-6.00, Consiliul ia act de faptul că entitatea contractantă a precizat, prin punctul de vedere la contestație, o informație ce nu era disponibilă, în precedent, adică în documentația de atribuire, respectiv, faptul că, la agenții economici ce dețin spații de colectare adecvate, dar nu au program de lucru pe timp de noapte, colectarea poate fi asigurată pe baza unui program stabilit după semnarea viitorului contract.

În acest context, Consiliul urmează a obliga entitatea contractantă să posteze în SEAP informația legată de stabilirea unui program diferit de colectare, după semnarea viitorului contract, în favoarea agenților economici beneficiari ai serviciilor care nu au program de lucru noaptea, pentru a fi utilă informării operatorilor economici interesați să oferteze.

Privind matricea riscurilor, conținută de caietul de sarcini, Consiliul constată că entitatea contractantă a înțeles să remedieze una dintre specificațiile atacate de contestatoare, legată de posibilitatea recuperării de către operatori a costurilor ocazionate de extragerea deșeurilor periculoase (măsura de remediere nr. 8). În acest context, rămâne fără obiect solicitarea contestatoarei, privind riscul nr. 24.

Văzând criticile formulate în legătură cu riscul nr. 17, privind incompatibilitatea între echipamentele de colectare, Consiliul constată că entitatea contractantă a achiesat la solicitarea contestatoarei, în sensul că s-a angajat la remedierea privind lipsa informațiilor tehnice privind recipientii pe care îi va pune la dispoziție, însă nu a emis, încă, un document care să conțină măsura.

Drept care, Consiliul va obliga entitatea contractantă la completarea informațiilor aferente, privitor la recipientii de colectare puși la dispoziție, pe care le va posta în SEAP.

Solicitarea contestatoarei de eliminare a riscurilor 16 și 18, privind condițiile de teren și ajustarea traseelor de colectare, în raport cu absența informațiilor, din documentația de atribuire, privind acele zone (în special, montane) greu accesibile, ce ar conduce la creșterea riscului de incompatibilitate între utilajele de colectare și condițiile de teren, este considerată de Consiliu nefondată.

Cu toate acestea, considerând întemeiate în parte criticile, Consiliul va obliga entitatea contractantă să completeze informațiile puse la dispoziția viitorilor ofertanți, prin indicarea acelor zone în care ar fi dificil accesul mașinilor de un anumit tonaj/gabarit, ce ar trebui să fie cunoscute de părțile asocierii achizitoare – UAT.

Solicitarea contestatoarei de modificare a matricei riscurilor, prin atribuirea riscului 22 *Colectorii informal*i, în proporție de 100% achizitorului, și nu operatorului, este considerată de Consiliu întemeiată, în parte. Întrucât diminuarea acestui risc depinde de intervenția ambelor părți ale contractului, în sensul că operatorul va semnală apariția/perpetuarea fenomenului, iar entitatea contractantă va lua măsuri organizatorice, Consiliul consideră că se impune partajarea lui, în mod egal între aceștia. Diminuarea riscului va conduce la beneficii pentru ambele părți, prin înlăturarea pagubelor rezultate din deteriorarea recipientilor, dar și prin recuperarea costurilor din valorificarea deșeurilor reciclabile.

Consiliul admite solicitarea contestatoarei, în parte, entitatea contractantă urmând a fi obligată la modificarea matricei riscurilor, prin alocarea riscului 22 *Colectorii informal*i în proporții de 50% celor două părți contractante.

De asemenea, pentru raționamente similare celor ce au fost stabilite la analiza modului de impunere a regulilor legate de tarifele aplicate, Consiliul va admite solicitarea de modificare a matricei riscurilor, în legătură cu riscul 26 și cu riscul 33, legate de cantitatea de deșeuri colectate/transferate, în sensul adoptării condițiilor de modificare a tarifului conform regulilor stabilite prin Ordinul ANRSC nr. 109/2007.

Solicitările contestatoarei de modificare a unor indicatori de performanță sunt considerate de Consiliu întemeiate, în parte.

Consiliul constată că entitatea contractantă a emis măsuri de remediere în raport cu indicatorii de performanță 1.2.p) și 1.2.q), dar și cu penalitățile aferente indicatorilor de performanță de la punctul 2.2) din tabelul anexat caietului de sarcini, criticile contestatoarei rămânând fără obiect.

În același timp, Consiliul ia act de faptul că, deși entitatea contractantă a achiesat la solicitarea contestatoarei privind modificarea indicatorului de performanță 2.1.a, nu a emis o măsură de remediere efectivă. Prin urmare, concordant cu apărarea din punctul de vedere la contestație, Consiliul va obliga entitatea contractantă să emită măsura de remediere cerută de contestatoare, în sensul modificării indicatorului de performanță 2.1.a).

Cât privește criticile aduse indicatorului *b) numărul de încălcări ale obligațiilor operatorului rezultate din analizele și controalele organismelor abilitate*, bazate pe susținerea contestatoarei că acesta nu ar fi sub controlul viitorului operator, Consiliul consideră că sunt nefondate. În fapt, acest indicator reflectă modul de derulare a activității operatorului, în sensul respectării reglementărilor specifice, rezultând din actele de control întocmite de organisme abilitate.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea de modificare a acestui indicator, ca nefondată.

Solicitarea de modificare a indicatorilor 1.1.c) și 1.2.a), bazată pe pretense interdependențe, dar și pe o necorelare cu termenul de începere a prestațiilor, este considerată de Consiliu nefondată, urmând a fi respinsă. Este evident că încheierea contractelor cu utilizatorii poate fi urmărită după perioada de mobilizare, iar beneficiul serviciilor de colectare a deșeurilor trebuie asigurat întregii populații a județului, concordant cu scopul organizării serviciilor.

Cât privește termenul de intervenție aferent indicatorului 1.2.t), Consiliul consideră că acesta trebuie analizat în raport cu diligențele ce trebuie întreprinse de operator, neputându-i fi imputate întârzierile ce ar rezulta din activitatea altor organisme, precum DSVSA. Prin urmare, aprecierea că inaplicabilitatea indicatorului ar justifica eliminarea lui este netemeinică, iar cererea corelativă va fi respinsă.

Indicatorul de performanță 1.3.d) nu este nelegal, așa cum susține contestatoarea. Este evident că, pentru menținerea caracterului sustenabil economic al serviciului, se impune ca prestatorul serviciilor să urmărească, permanent, recuperarea costurilor înregistrate cu acestea, adică păstrarea unui procent mic al întârzierilor de încasare sau al neîncasării. Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea de eliminare a lui, ca nefondată.

Pretinsa inaplicabilitate a indicatorilor de performanță 2.2.e)-g), bazată pe susținerea că ar stabili ținte de reciclare, este considerată de Consiliu nefondată. În fapt, indicatorii privesc cantitatea de deșeuri

colectate separat, nu cantitatea de deșeuri reciclate. Astfel, solicitarea de suspendare a lor până la punerea în funcțiune a CMID va fi respinsă.

Criticile legate de modalitatea de formulare a unor clauze contractuale, cuprinse în modelul de contract atașat documentației de atribuire sunt considerate de Consiliu întemeiate în parte.

Interdicția rezultând din art. 8 litera s) a contractului pare a avea valențe superioare nevoii achizitorului de a se asigura că delegatul nu va ceda din drepturile ce i le acordă statutul său, de prestator exclusiv al viitoarelor servicii (pe fiecare lot în parte). Formularea drepturi "derivate din contract" pare a interzice o eventuală cesiune a creanțelor bazate pe drepturi neîncasate, în timp ce apărarea entității contractante, bazată pe dispozițiile art. 105 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 100/2016, privește chiar posibila incorectă înlocuire, în tot sau în parte, a delegatului-concesionar.

Prin urmare, Consiliul consideră întemeiată cererea de eliminare a interdicției de cesionare a drepturilor derivând din contract, urmând a obliga entitatea contractantă în acest sens, dar cu menținerea interdicției de a se cesiona drepturile/atributele enumerate la art. 6 al contractului.

Contrar susținerii, din punctul de vedere, că OTR-ul ar fi titularul obligației de plată a serviciilor de *colectare și transport și transfer a deșeurilor de ambalaje din deșeurile municipale care au fost valorificate*, Consiliul constată că entitatea contractantă nu se poate prevala de neîncasarea, în tot sau la timp a contribuțiilor, pentru a fi exonerată de plata conform contractului, așa cum prevede sub-clauza: *Plata către operatorii se va realiza ulterior încasării acestor sume de la OTR-uri, cu periodicitatea cu care se fac aceste încasări.*

Din interpretarea tuturor clauzelor contractului, rezultă că obligația de plată este a delegatarului, iar sub-clauza amintită are doar natura unei reguli de rulare a sumelor, între beneficiarii serviciilor, nu de condiționare a plății serviciilor.

Prin urmare, pentru menținerea echilibrului contractual, Consiliul va obliga entitatea contractantă la eliminarea sub-clauzei în discuție, adică: *Plata către operatorii se va realiza ulterior încasării acestor sume de la OTR-uri, cu periodicitatea cu care se fac aceste încasări.*

În privința penalităților de întârziere stabilite la art. 10 alin. 13 din contract, Consiliul constată că entitatea contractantă nu combate solicitarea contestatoarei, de stabilire a ei în conformitate cu prevederile Legii nr. 72/2013, ci susține posibilitatea sa de a stabili un nivel al acestora, pe baza acelorași reglementări.

Fiind, practic, o achiesare la solicitarea contestatoarei, întrucât ambele părți invocă aplicabilitatea art. 4 și art. 8 din Legea nr. 72/2013, Consiliul va obliga entitatea contractantă la modificarea modelului de contract, prin stabilirea dobânzii penalizatoare, în cazul neplății la timp a facturilor emise de operator, în concordanță cu aceste prevederi legale.

Aprecierea de nelegalitate a prevederilor art. 13 alin. 10.2 litera c) și litera k), din modelul de contract, bazată pe lipsa informațiilor corelative privitoare la instalațiile de valorificare/eliminare, este considerată de Consiliu nefondată.

Consiliul constată, pe de o parte, că din ansamblul prevederilor documentației de atribuire, părțile cunosc faptul că nu este încă funcțional CMID, dar că operatorii au obligația de a transporta deșeurile în locații temporare.

Pe de altă parte, prin contract este stabilită măsura de emitere a *avizului de rectificare majoră*, ca efect al unei deficiențe serioase de prestare a serviciilor, iar nerespectarea locației de transport este o deficiență, indiferent dacă această locație este temporară sau definitivă. În consecință, Consiliul va respinge solicitarea de eliminare a clauzelor contractuale analizate, ca nefondată.

De asemenea, Consiliul ia act de faptul că, deși entitatea contractantă a achiesat la solicitarea contestatoarei privind modificarea art. 13 alin. 10.2 litera h), nu a emis o măsură de remediere efectivă. Prin urmare, concordant cu apărarea din punctul de vedere la contestație, Consiliul va obliga entitatea contractantă să emită măsura de remediere cerută de contestatoare, în sensul modificării art. 13 alin. 10.2 litera h) din modelul de contract.

În mod similar, pentru același raționament juridic și de fapt, Consiliul va obliga entitatea contractantă la modificarea clauzelor contractuale de la art. 37 alin. 3 litera b), privind nivelul debitelor Delegatului față de bugetul de stat, dar și la eliminarea clauzei c) *Asigurări*, din cadrul art. 22 alin. 1.

Văzând solicitarea de modificare a clauzelor contractuale de la art. 28. alin. 2 literele a), b) și f), privitoare la penalități contractuale atrase de nerespectarea frecvenței sau graficelor de colectare, a rutei de colectare sau a obligației de derulare a campaniilor de informare, Consiliul constată că autoarea criticilor se bazează pe o interpretare subiectivă a regulilor. În fapt, este de înțeles că entitatea contractantă nu ar fi îndreptățită să aplice sancțiunile în cauză în mod discreționar, ci raportat, exclusiv, la conținutul ofertei și al caietului de sarcini, și doar în cazuri în care eventuala nerespectare a acestora ar fi imputabilă, exclusiv, Delegatului.

Prin urmare, Consiliul va respinge, ca nefondată, solicitarea de modificare a lor.

Solicitarea contestatoarei de modificare a condițiilor actuale de reziliere a contractului, cuprinse în art. 38.2 *Rezilierea Contractului din culpa Delegatarului*, prin introducerea responsabilității exclusive a ADI, ca delegatar, este considerată de Consiliu întemeiată.

Conform formei actuale a clauzei, care condiționează efectivitatea ei de conduita necorespunzătoare a tuturor membrilor UAT, dar, în același timp, cuantifică și înțelesul încălcării grave și importante, "dacă neexecutarea din partea Delegatarului determină imposibilitatea Delegatului, dovedită, de a continua derularea activităților din contract", adică efectul ei, Consiliul constată că, prin clauză, se menține o disproporție vădită în asumarea răspunderii contractuale, dar și o condiționare a răspunderii delegatarului de apariția unui eveniment improbabil (conduite neconforme ale tuturor membrilor asocierii).

Pentru înlăturarea acestei situații de dezechilibru contractual, Consiliul va obliga entitatea contractantă la modificarea subclauzei, prin adăugarea sintagmei "oricare", urmând a avea următorul conținut: *Prin încălcare importantă și gravă se înțelege încălcarea obligațiilor de către oricare/toate UAT-urile care constituie Delegatarul, conform Art. 1 din prezentul contract.*

Consiliul consideră nefondate solicitările contestatoarei de adăugare a unor clauze care se pretind lipsă, întrucât se constată existența lor, la art. 27 alineat (2) și art. 33 alineat (5) litera e) din actualul model, concordante cu obligațiile impuse la amintitul art. 105 alin. (1) literele e) - f) din HG nr. 867/2016.

În același timp, pretinsa compensație pentru obligații de serviciu este o clauză neobligatorie, așa cum rezultă din prevederile evocate ale Legii nr. 51/2006, Consiliul statuând asupra acestei finalități, în paragrafele de mai sus ale prezentei decizii.

Criticile legate de modalitatea de întocmire a formularelor de ofertă, bazate pe aprecierea că tarifele indicate pentru facturarea serviciilor stației de sortare și ale stației de tratare mecano-biologice nu ar avea nivel rezonabil, la nivelul județului nefiind astfel de costuri, apar nefondate. Entitatea contractantă a prezentat dovada existenței unor costuri similare, în timp ce contestatoarea nu a produs nicio dovadă a susținerilor sale. Drept care, Consiliul va respinge solicitarea eliminării lor, ca nefondată.

În legătură cu nevoia de publicare a strategiei de contractare aferente viitorului contract, precum și a contractului de finanțare ce ar sta la baza implementării proiectului CMID, Consiliul constată eroarea de apreciere a contestatoarei.

Cele două documente nu fac parte din documentația ce trebuie pusă la dispoziția viitorilor ofertanți, în timpul procedurii, neexistând vreo prevedere legală care să impună o conduită precum cea reclamată.

Termenul de funcționare a CMID, regăsit în studiul de oportunitate, fiind asumat de entitatea contractantă, este 2020, așa că nu este întemeiată solicitarea contestatoarei de obligare la indicarea lui, pe baza altei informări.

Consiliul constată, în același timp, că solicitările contestatoarei de obligare a entității contractante la asigurarea unor informații complete și detaliate privitoare la situația de fapt, în legătură cu implementarea activităților din cadrul CMID, așa cum au fost formulate la punctele 301-303 din contestație sunt întemeiate.

Entitatea contractantă nu se poate prevala de absența unor cereri de clarificare a documentație pentru a refuza solicitările în cauză, adică nu poate condiționa punerea lor la dispoziție după primirea unei astfel de solicitări, așa cum se apără, prin punctul de vedere la contestație.

În fapt, solicitările de clarificare nu reprezintă doar un drept al viitorilor ofertanți, ci chiar un instrument de informare util, de care beneficiază și organizatorul procedurii, pentru a asigura respectarea întocmai a obligației specifice, ce rezidă din dispozițiile art. 71 alin. (1) al

Legii nr. 100/2016: *Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura ofertanților/candidaților o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, obiectul contractului, repartizarea riscurilor și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

De altfel, tocmai pentru că viitorii ofertanți trebuie să prezinte, inclusiv, un program de investiții, pentru buna determinare a nevoilor și, totodată, datorită și nevoii de evaluare a unor oferte care să fie comparabile, din punct de vedere tehnic și economic, Consiliul va obliga entitatea contractantă să indice toate acele informații solicitate la punctele amintite ale contestației (precum: număr de containere, unități de compostare, durata de viață, loc de transport al deșeurilor colectate din Zona 1 etc.). Este relevant, în parte, faptul că, în anexa 13 a caietului de sarcini, sunt indicate cantitățile de pubele deținute și a celor necesare, însă respectiva centralizare a informațiilor nu precizează, explicit, dacă acele cantități sunt minime pentru inițierea serviciilor de colectare sau pentru derularea tuturor serviciilor, pe durata întregului contract.

Asupra acestui aspect, Consiliul a statuat, deja, că se impunea și distincția între numărul de containere de înlocuit și numărul de containere de suplimentat (vezi soluția aferentă criticilor de la punctul 18 al contestației, mai sus stabilită).

Văzând toate cele de mai sus, Consiliul va admite în parte contestația SRL, în sensul că va respinge solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, însă va obliga entitatea contractantă la luarea măsurilor de remediere a acesteia, prin emiterea documentelor de completare/corectare a informațiilor asigurate până la acest moment, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform celor reținute mai sus.

În mod implicit, Consiliul va admite, în parte, cererea de intervenție accesorie, formulată de SA, în sensul că, după caz, va admite/respinge susținerea solicitărilor contestatoarei SRL, conform celor stabilite în precedent.

Contestația SA

17. Consiliul ia act de renunțarea contestatoarei la solicitarea modificării documentației de atribuire în privința regulilor aferente constituirii garanției de participare, exprimată prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 41943/18.10.2019.

18. Pretinsa absență a informațiilor, considerate esențiale de contestatoare, privind numărul platformelor care necesită mai multe colectări, numărul acestor colectări și numărul de persoane arondate platformelor respective, reprezintă o susținere întemeiată, în raport cu condițiile de organizare a procedurii de atribuire.

Consiliul reține că entitatea contractantă indică, în caietul de sarcini (unul din paragrafe fiind evocat și de contestatoare) faptul că viitorul

operator de servicii trebuie să propună soluții de îmbunătățire a lor, inclusiv prin: *adaptarea frecvenței de ridicare necesare asigurării unui grad corespunzător de colectare a deșeurilor. UAT-urile unde există această situație vor pune la dispoziția operatorului în perioada de mobilizare locațiile acestor puncte.*

Concomitent cu aceste obligații, prestatorul de servicii trebuie să respecte angajamentele de tip financiar, asumate prin contract, pe baza propunerii sale financiare, ce rezultă, inclusiv, din acel plan de investiții pe care ar trebui să-l prezinte odată cu oferta.

În consecință, punerea la dispoziția furnizorului de servicii a acelor informații care ar impune cheltuieli cu achiziția de noi recipiente sau cu creșterea numărului de ridicări/frecvență de colectare, și nu la dispoziția ofertanților, reprezintă un demers contrar scopului organizării competiției în curs, adică concurența bazată pe informații clare, complete și corecte. În lipsa acestor informații, pare că entitatea contractantă acceptă un risc nejustificat de ofertare formală a unora dintre servicii (precum, creșterea frecvenței colectării), ce ar afecta și derularea contractului (sub riscul, eventual, ca viitorul prestator să nu asigure indicatorii de performanță - o creștere a frecvenței în mod real sau o îmbunătățire a traseelor etc.).

Astfel, este evidentă nevoia ca informațiile deținute de UAT să fie puse la dispoziție anterior ofertării și nu abia în perioada de mobilizare a operatorului desemnat, în deplin respect față de amintitele prevederi ale art. 30 alin. (5) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, dar și ale art. 71 alin. (1) din Legea nr. 100/2016: *Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura ofertanților/candidaților o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, obiectul contractului, repartizarea riscurilor și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

Apărarea entității contractante că, pentru o ofertare unitară, care să asigure și o evaluare echidistantă, ar trebui ca operatorii economici interesați să se informeze din actualul conținut al documentației de atribuire este o susținere care nu combate, efectiv, susținerile contestatoarei că această documentație de atribuire este incompletă.

Consiliul constată că entitatea contractantă invocă o situație ce nu este concordantă cu scopul achiziției de față, adică nevoia de a selecționa un ofertant capabil de derularea serviciilor în altă manieră decât pe baza unui simplu contract de servicii, pornind de la tipul contractului de față - concesiune delegată și de la complexitatea obiectului lui, dar și datorită duratei lungi de derulare. În timp ce ofertarea unui simplu contract de servicii presupune partajarea riscurilor contractului, procedura de atribuire prezentă presupune riscuri contractuale asumate, în majoritate, de ofertant, așa cum prevăd dispozițiile 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 legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective.

Prin urmare, Consiliul va obliga entitatea contractantă la completarea documentației de atribuire (caiet de sarcini) cu informațiile deținute sau ce vor fi obținute de la UAT privind numărul de platforme pentru care ar fi necesare recipiente suplimentare și/sau număr de ridicări suplimentare. În mod implicit, entitatea contractantă va completa și numărul de persoane arondate punctelor de colectare.

19. Solicitarea contestatoarei de a se decala/prelungi termenul de ofertare nu privește negarea dreptului entității contractante de a dimensiona voluntar această perioadă, ci se bazează pe premisa nevoii de modificare a documentației de atribuire, care va conduce și la utilitatea evidentă a informațiilor noi, în dimensionarea ofertelor, care să răspundă solicitărilor de achiziție.

În fapt, prevederile art. 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016, invocate de entitatea contractantă, în apărarea sa, nu reprezintă o clauză de diminuare a răspunderii sale, prin acceptarea de către un ofertant sau nu a limitelor restrânse ale informării asigurate prin documentația de atribuire. Amintitele prevederi pornesc de la premisa informării complete a viitorilor ofertanți, care trebuie să înțeleagă limitele implicării într-o concesiune de lucrări sau servicii.

Altfel spus, un termen de informare și de pregătire a ofertelor mai lung decât termenul minim asigurat prin lege conduce la o analiză judicioasă a condițiilor de participare, din partea operatorilor economici interesați, care ar putea propune achizitorului soluții mai avantajoase (prin propunerea tehnică/economică), care devine principalul beneficiar al lui (termenului).

În cauza de față, Consiliul a luat act de faptul că entitatea contractantă a decis prelungirea termenului de ofertare (după primirea contestațiilor), în raport și cu măsurile de remediere pe care le-a adoptat deja, adică a pus în aplicare prevederile art. 71 alin. (3) din Legea nr. 100/2016, stabilind o nouă dată limită de depunere a ofertelor – 03.12.2019.

În mod implicit, pornind de la noua formă a documentației de atribuire, modificată și datorită măsurilor de remediere deja adoptate, este evident că entitatea contractantă asigură și un nou termen de solicitare a clarificărilor la aceasta.

Conform prevederilor art. 27 alin. (2) al Normelor de aplicare a Legii nr. 100/2016, aprobate prin HG nr. 867/2016: *Odată cu termenul/termenele-limită prevăzut/prevăzute de art. 70 alin. (8) din Lege, entitatea contractantă stabilește în anunțul de concesiune și termenul-limită până la care operatorii economici solicită clarificări cu privire la conținutul documentației de atribuire, acesta trebuind să fie corelat cu termenul final de răspuns, astfel încât să fie acordată o perioadă suficientă de timp operatorilor economici pentru a analiza documentația de atribuire și să formuleze întrebările pe care le consideră necesare.*

Deși solicitarea de decalare a celor două termene s-a bazat pe aprecierea că documentația de atribuire, la momentul publicării, nu este completă, iar entitatea contractantă a înțeles să dispună voluntar modificarea ei, precum și decalarea termenului de ofertare, este evident că cele două solicitări ale contestatoarei au rămas, la acest moment, parțial, fără obiect. Solicitarea contestatoarei viza obținerea a 45 de zile de întocmire a ofertelor, după publicarea măsurilor de remediere ce ar fi adoptate pe baza actualei decizii a Consiliului. Or, parte din critici fiind acceptate de entitatea contractantă, este evident că aceasta a admis posibilitatea ca viitorii ofertanți să beneficieze de un termen suplimentar de ofertare. În privința întinderii acestui termen, Consiliul va statua, ca măsură implicită de remediere a actualei proceduri, în raport și cu nivelul măsurilor pe care entitatea contractantă va fi obligată să le adopte.

În consecință, Consiliul va admite solicitările contestatoarei de obligare a entității contractante la decalarea celor două termene ce privesc pregătirea/depunerea ofertei și clarificarea documentației de atribuire.

20. Solicitarea de modificare a modului de calcul al punctajului aferent acțiunilor (soluții sau investiții) destinate îmbunătățirii colectării deșeurilor reciclabile, este formulată de contestatoare pornind de la premisa că entitatea contractantă ar putea fi dusă în eroare de angajamente fără acoperire ale unor operatori economici care ar profita incorect de faptul că ponderea punctajelor pentru activități desfășurate în mediu rural și în mediu urban ar fi egală, dar și de faptul că, spre deosebire, tarifele pentru deșeuri reziduale și biodegradabile ar fi punctate inferior, deși colectarea acestora din urmă, ca volum, ar fi mult mai importantă. Fișa de date a achiziției prezintă regulile următoare: *Algoritm de calcul: Se acorda maxim 65 puncte, din care:*

- 20 puncte pentru tariful de colectare deșeuri reciclabile de la populație din mediul urban
- 20 puncte pentru tariful de colectare deșeuri reciclabile de la populație din mediul rural.

Consiliul consideră nefondată solicitarea contestatoarei de modificare a actualei formule de punctare a activităților amintite, în condițiile în care, pe de o parte, entitatea contractantă intenționează să obțină servicii cu indicatori de calitate în creștere, fiind evident că dificultatea de operare în mediul rural este mai mare decât în mediul urban, în privința colectării deșeurilor reciclabile. Pe de altă parte, interesul operatorului economic este să-și diminueze dintre riscurile contractuale asumate, precum riscurile 23-24 din matricea riscurilor aferentă caietului de sarcini.

În acest context, Consiliul va respinge solicitarea de modificare a modului de punctare a factorului de evaluare amintit, ca nefondată.

Solicitarea de eliminare a factorului de evaluare a ofertelor Soluții sau investiții care să asigure o colectare separată mai bună a deșeurilor municipale, deși bazată pe motive diferite, este comună cu solicitarea contestatoarei SRL, față de care Consiliul a statuat, totuși, că

reprezintă un avantaj evident pentru entitatea contractantă, din categoria celor indicate de art. 86 alin. (2) litera d) din Legea nr. 100/2016 (punctul 16 al prezentei motivări). Pentru similaritatea raționamentelor, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei SA, de eliminare a lui, ca nefondată.

21. Plafonarea tarifelor la nivelul Planului anual de evoluție a tarifelor, reclamată de contestatoare, a fost înlăturată de entitatea contractantă, ca exprimare explicită a Fișei de date a achiziției, prin *Măsura de remediere 12: Secțiunea II.3 „Ajustarea prețului contractului” din Fișa de date se modifică astfel:*

Contractul va fi ajustat după următoarea metoda - Cuantumul și regimul tarifelor se stabilesc, se ajustează sau se modifică potrivit prevederilor legale în vigoare (Ordinul nr. 109/2007 al ANRSC privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților) și în limita de suportabilitate din partea populației.

Cu toate acestea, contestatoarea menține criticile formulate inițial, susținând că entitatea contractantă nu este îndreptățită să limiteze tarifele. Văzând apărarea entității contractante că limitarea nivelului tarifelor, funcție de gradul de suportabilitate a populației, Consiliul consideră necesară reformularea clauzei, în sensul precizării că doar primele 4 tarife din Anexa 1 la formular de ofertă sunt vizate de regulă.

În același timp, Consiliul are în vedere că, în raport cu criticile similare formulate de SRL, a statuat că pretinsa nelegalitate a sistemului de finanțare asumat de entitatea contractantă nu este întemeiată, inclusiv sub aspect limitării tarifelor, în raport și cu existența unei clauze contractuale de siguranță, cuprinsă la art. 5 alin. (1) litera k) din contractul atașat documentației, ce privește un drept de compensare a acelor cheltuieli ce s-ar datora unor modificări neimputabile părților, și care nu ar trebui să afecteze derularea contractului, prin dezechilibre neacceptabile pentru delegat.

Drept urmare, Consiliul va admite în parte solicitarea contestatoarei și va impune entității contractante să reformuleze clauza privitoare la ajustarea tarifelor, cuprinsă în Secțiunea II.3 „Ajustarea prețului contractului” din Fișa de date, în sensul precizării că doar primele 4 tarife din Anexa 1 la formular de ofertă sunt vizate de regulă.

22. Instituirea penalității pentru neatingerea unor indicatori de performanță, conform cu Legea nr. 211/2011 privind regimul deșeurilor, modificată prin OUG nr. 74/2018, reprezintă o obligație legală, impusă entității contractante, prin art. 17 alin. (1) litera d): *Autoritățile administrației publice locale ale unităților administrativ-teritoriale sau, după caz, subdiviziunile administrativ-teritoriale ale municipiilor, respectiv asociațiile de dezvoltare intercomunitară ale acestora, au următoarele obligații: [...] d) să stabilească și să includă în caietele de sarcini, în contractele de delegare a gestiunii serviciului de salubritate și în regulamentele serviciului de salubritate indicatori de performanță pentru fiecare activitate din cadrul serviciului de salubritate, care să*

cuprindă indicatorii prevăzuți în anexa nr. 7, astfel încât să atingă începând cu anul 2020 obiectivele de reciclare prevăzute la lit. b), și penalități pentru nerealizarea lor.

Consiliul constată că, prin aceeași reglementare, literele f), h) și i), se instituie și obligații corelative separării deșeurilor, colectării separate și depozitării acestor deșeuri, conform indicatorilor de performanță, inclusiv contribuția pentru economia circulară.

Or, din analiza textului, se constată că, în fapt, penalitatea este o clauză de răspundere contractuală, distinctă de contribuția pentru economia circulară, aceasta din urmă fiind stabilită la nivelul a 30/80 lei pe tonă, în anii 2019/2020, prin OUG nr. 196/2005, urmând a fi plătită Fondului pentru mediu. Însă, contribuția pentru economia circulară are două surse primare, rezultând din literele g) și i) a reglementării, adică tarifele aplicate beneficiarilor, pentru cantitățile de deșeuri colectate și gestionate conform indicatorilor de performanță și plata directă din partea operatorilor, pentru cantitățile de deșeuri ce depășesc indicatorii amintiți.

Or, în conformitate cu clauza atacată, penalitatea ar fi plătită pentru depășirea indicatorilor legați de cantitatea de deșeuri reciclate, stabilită la nivelul impus de lege contribuției pentru economia circulară, și virată ADI, iar ulterior măsurii de remediere nr. 11, Administrației Fondului pentru Mediu.

Prin urmare, Consiliul constată că entitatea contractantă se află într-o eroare de apreciere a limitelor întinderii și modului de aplicare a celor două instituții de drept/clauze contractuale, impuse prin OUG nr. 74/2018, urmând a admite cererea contestatoarei de anulare a conținutului actual al penalităților pentru depășirea indicatorilor, așa cum este cuprins în ultima coloană a rândurilor 4 și 6 ale tabelului aferent Anexei 2 la Caietul de sarcini, dar și în clauzele contractuale care le cuprind.

Concomitent, Consiliul va obliga entitatea contractantă la reformularea acestor clauze de penalitate, prin punerea în acord cu amintitele prevederi imperative ale OUG nr. 74/2018.

23. În privința deșeurilor abandonate, prevederea caietului de sarcini care stabilește regimul distinct de plată a colectării lor, funcție de distanța până la punctul de colectare (mai puțin sau mai mult de 10m față de "punctul gospodăresc"), Consiliul constată că este contrară regulii generale impuse la art. 4 alin. (5) din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților: *Operatorii licențiați pentru desfășurarea activității de colectare separată și transport separat al deșeurilor, cu excepția deșeurilor periculoase cu regim special, au obligația să colecteze deșeurile abandonate și, în cazul în care producătorul/deținătorul de deșeuri este necunoscut, cheltuielile legate de curățarea și refacerea mediului, precum și cele de transport, valorificare, recuperare/reciclare, eliminare sunt suportate de către autoritatea administrației publice locale. După identificarea producătorului/deținătorului de deșeuri, acesta este obligat să suporte*

atât cheltuielile efectuate de autoritatea administrației publice locale, cât și sancțiunile contravenționale.

Prin urmare, determinant în această situație este să se stabilească regimul deșeurilor, ca fiind abandonate, iar operatorul să nu poată identifica obiectiv producătorul/deținătorul lor, și nu distanța la care se află aceste deșeuri față de punctul de colectare.

În consecință, Consiliul va admite cererea contestatoarei de modificare a regulilor atacate și va obliga entitatea contractantă la eliminarea, din cuprinsul secțiunii 10.11.6. *Deșeuri abandonate a caietului* de sarcini, a sintagmei "pe o rază mai mică de 10 m".

24. Văzând susținerile contestatoarei că, prin prevederile caietului de sarcini care impun colectarea deșeurilor reciclabile în saci, coroborate cu cele care obligă la cântărirea acestor cantități colectate, dar și cu dotarea tehnică actuală, ce ar limita cântărirea doar a pubelelor, ar rezulta o necorelare semnificativă a diferitelor specificații din caietul de sarcini, Consiliul constată contrariul.

Pe de o parte, în concordanță cu prevederile literei e) a alin. (1) din amintitul art. 17, modificat prin OUG nr. 74/2018, modificată prin Legea nr. 31/2019, colectarea prin saci personalizați este o obligație a entității contractante:

e) să implementeze, începând cu data de 1 ianuarie 2019, dar nu mai târziu de data de 30 iunie 2019, cu respectarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare, instrumentul economic «plătește pentru cât arunci», bazat pe cel puțin unul dintre următoarele elemente:

- (i) volum;*
- (ii) frecvență de colectare;*
- (iii) greutate;*
- (iv) saci de colectare personalizați.*

Pe de altă parte, contestatoarea nu poate exclude posibilitatea tehnică de amplasare a sacilor de colectare în interiorul pubelelor destinate colectării deșeurilor selectate sau alte metode practice de a asigura cântărirea acestora.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de a se asigura pretinsa corelare a prevederilor caietului de sarcini, ca nefondată.

25. Văzând criticile (punctul 11 din contestație) privind nivelul cash-flow-ului, comune cu cele ale SRL, Consiliul va admite solicitarea de diminuare a lui, pentru raționamentul deja adoptat în soluționarea contestației amintite (punctul 6 al prezentei motivări), și va obliga entitatea contractantă să îl diminueze la jumătate, pentru fiecare lot în parte.

26. Solicitarea de modificare a clauzelor contractuale de la art. 28. alin. 2 literele a) și b) f), privitoare la penalități contractuale atrase de nerespectarea frecvenței sau graficelor de colectare ori a rutei de colectare, în sensul diminuării lor, prin raportare nu la nivelul tuturor

veniturilor anuale ale delegatului, ci la nivelul veniturilor din contractul de delegare, este considerată de Consiliu întemeiată.

Așa cum Consiliul a statuat și în raport cu critici similare ale SRL, este de înțeles că entitatea contractantă nu ar fi îndreptățită să aplice sancțiunile în cauză în mod discreționar, ci raportat, exclusiv, la conținutul ofertei și al caietului de sarcini, și doar în cazuri în care eventuala nerespectare a acestora ar fi imputabilă, exclusiv, Delegatului.

În același timp, conform prevederilor art. 1538 și următoarele din Codul Civil, rolul clauzelor de penalitate este acela de a constrânge părțile la respectarea întocmai a angajamentelor contractuale, adică au natura unor reguli pe baza cărora se angajează răspunderea contractuală.

Prin urmare, dimensionarea lor trebuie să fie raportată, proporțional cu culpa contractuală, la eventuala încălcare a obligațiilor asumate, care ar produce un prejudiciu, a cărui acoperire este dimensionat prealabil de părți, prin clauze. Astfel, valoarea acestor penalități ar trebui raportată la valoarea înțelegerii contractuale ce nu a fost respectată, nu la valoarea veniturilor din alte activități ale părții căreia i se impută.

În acest context, Consiliul va admite solicitarea de modificare a celor 2 subclauze ale art. 28.2 din contract, în sensul eliminării referirilor la "veniturile anuale ale delegatului", cuprinse la literele a) și b), care au actualmente conținutul următor:

a) Colectarea Deșeurilor cu nerespectarea frecvenței de colectare sau a graficelor orare stabilite în Contract și în Regulamentul Serviciului – 0,1% din veniturile anuale ale delegatului;

b) Nerespectarea rutei de colectare stabilite, atunci când se prestează activitatea de colectare a deșeurilor –0,1% din veniturile anuale ale delegatului.

Pentru asigurarea proporționalității clauzei de penalitate, concomitent cu eliminarea expresiei "veniturile anuale ale delegatului", din cuprinsul amintitelor litere a) și b), Consiliul va obliga entitatea contractantă la înlocuirea ei cu sintagma "veniturile din contract, aferente anului în care s-a semnalat nerespectarea obligației asumate de delegat".

27. În privința caracterului pretins discreționar al clauzei contractuale cuprinse la art. 34 alin. (3) și (4) din modelul de contract, privitoare la posibilitatea încetării contractului înainte de termen, inclusiv din cauze imputabile Delegatarului, fără posibilitatea Delegatului de a solicita daune-interese, Consiliul constată temeinicia criticilor.

Pe de o parte, scopul declarat al clauzei l-ar reprezenta menținerea echilibrului contractual, dar forma actuală a textului atacat permite Delegatarului să se sustragă răspunderii contractuale pentru conduite ce i-ar fi imputabile.

Pe de altă parte, clauza de excludere a răspunderii delegatarului concedent, pentru culpa sa contractuală, apare contrară regulii impuse la art. 105 alin. (1) litera c) din HG nr. 867/2016:

Art. 105. - (1) Contractul trebuie să prevadă situațiile în care acesta poate înceta, după cum urmează: [...]

c) în cazul constatării unor abateri grave ale concedentului de la îndeplinirea obligațiilor contractuale, prin rezilierea unilaterală de către concesionar și cu plata unei despăgubiri în sarcina concedentului.

În consecință, Consiliul va admite în parte solicitarea contestatoarei, în sensul că nu va dispune eliminarea în tot a clauzei, ci reformulare ei, prin eliminarea expresiei "fără ca vreuna dintre ele să pretindă daune-interese", din cuprinsul alineatului 4 al art. 34 al modelului de contract.

28. Solicitarea de modificare a contractului (punctul 12.2.2 din contestație), prin excluderea clauzei cuprinse în art. 37 alin. (3) litera b) punctul 6 din modelul de contract, este considerată de Consiliu nefondată.

Contestatoarea ignoră dreptul de denunțare a contractului de către concedent, în cazul în care ia cunoștință de un motiv de excludere a concesionarului, consacrat la art. 110 alin. (1) litera din Legea nr. 100/2016:

Art. 110. - (1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului entității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de concesiune, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, entitatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de concesiune, în perioada de valabilitate a acestuia, în una dintre următoarele situații:

a) concesionarul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile prevăzute la art. 79-81, care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire.

Din cuprinsul textului de lege evocat, coroborat cu prevederile art. 81 și următoarele, rezultă că această denunțare a contractului se poate baza pe un motiv de excludere ce nu a fost cunoscut, la momentul evaluării ofertei, fiindu-i ascuns entității contractante.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea contestatoarei de eliminare a clauzei, ca nefondată.

29. În privința clauzei de reziliere cuprinse în art. 38.1.1.(3) din modelul de contract, a cărei eliminare o solicită contestatoarei, motivat de faptul că nu s-ar regăsi printre cauzele de încetare a unui contract de concesiune enumerate de HG nr. 867/2016, Consiliul constată contrariul.

Textul clauzei atacate cuprinde sintagme definitorii ale cazului de reziliere: "încălcare semnificativă", "efect negativ semnificativ asupra drepturilor", care se situează în limita posibilității de încetare a contractului prevăzută la art. 105 alin. (1) litera b) din HG nr. 867/2016:

Art. 105. - (1) Contractul trebuie să prevadă situațiile în care acesta poate înceta, după cum urmează: [...]

b) în cazul constatării unor abateri grave ale concesionarului de la îndeplinirea obligațiilor contractuale, prin rezilierea unilaterală de către concedent și cu plata unei despăgubiri în sarcina concesionarului.

Prin urmare, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de eliminare a ei, ca nefondată.

30. Susținerile contestatoarei privind incorecta ingerință a entității contractante în relațiile sale cu afiliații, rezultând din articolul 26 al modelului de contract, sunt considerate de Consiliu întemeiate, în parte.

Din analiza textului acestui articol, cu definiția dată de contract Afiliatului (vezi articolul 1), concomitent cu trimiterile la prevederile art. 38 din contract, care enumeră cazuri de reziliere, se poate deduce că, în fapt, entitatea contractantă ar putea să vizeze, prin clauza contestată, înlăturarea eventualelor încercări de cesionare nedeclarată, de către delegat/concesionar, a unor obligații din contract, către entități juridice asupra cărora și-ar putea exercita influența sau un control/rol dominant.

Or, prin punctul de vedere la contestație, autoarea clauzei opune contestatoarei dreptul său de a controla creșterea tarifelor aplicabile serviciului.

Prin urmare, Consiliul consideră că, pentru înlăturarea caracterului ambiguu al clauzei, entitatea contractantă va avea posibilitatea eliminării sintagmei "cu aprobarea Delegatarului sau ADI" sau posibilitatea completării actualului format al clauzei (*Toate contractele sau înțelegerile de orice fel ce vor fi încheiate între Delegat și un Afiliat trebuie, indiferent de valoarea sau durata lor, vor fi încheiate, cu aprobarea Delegatarului sau ADI, pe o bază strictă și în termeni comerciali (această aprobare nefiind reținută sau întârziată în mod nejustificat) și în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice.*), cu indicarea explicită a cazurilor în care s-ar încălca regulile de derulare a serviciilor, pe baza contractului de delegare, dacă un afiliat ar fi cooptat, în sensul că ar avea înțelegeri contractuale cu delegatul.

Drept care, Consiliul va admite cererea contestatoarei, în parte și va obliga entitatea contractantă la reformularea clauzei contractuale nr. 26, în sensul celor de mai sus.

31. În referire la solicitarea contestatoarei de a se modifica definiția sintagmelor "legea aplicabilă" și "modificare legislativă", cuprinse în modelul de contract, la art. 1, Consiliul constată lipsa de temei.

În fapt, nu există o vătămare a contestatoarei ce ar rezulta din lipsa, în enumerarea actelor normative aplicabile, din modelul de contract, a Legii nr. 100/2016, în condițiile în care documentația de atribuire o cuprinde în alte secțiuni (fișa de date a achiziției indică în secțiunea specifică: *III.1.9) Legislatia aplicabila: a) Legea privind concesiunile de lucrari si concesiunile de servicii nr. 100/2016*, precum și caietul de sarcini, la secțiunea 1.2.2).

Or, caietul de sarcini va fi parte a contractului de delegare a concesiunii, ce va fi semnat, astfel că nu ar putea exista vreun impediment de invocare a dispozițiilor amintitei Legi, de către părțile semnatare.

În mod similar, definiția modificării legislative privește situația ce ar putea interveni după momentul semnării contractului, care ar afecta

condițiile de derulare a lui, cunoscute la momentul semnării/intrării în vigoare. Extinderea acestei interpretări și asupra perioadei scurse până la semnarea contractului, începând cu momentul inițierii procedurii, este nefondată, actuala formă a clauzei neproducând o vătămare contestatoarei sau altor posibili ofertanți, prin pretinsa asumare a unui risc suplimentar.

Consiliul va respinge solicitările de modificare a acestor definiții din contract, ca nefondate.

Pentru considerentele de mai sus, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SA, în parte, urmând a obliga entitatea contractantă la modificarea în parte a secțiunilor documentației de atribuire atacate.

Având în vedere că la dosarul cauzei au fost înaintate suficiente documente care să ajute la soluționarea disputelor, Consiliul nu a dat curs solicitării contestatoarei SA de a fi audiată, conform prevederilor art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: Procedura în fața Consiliului este scrisă, iar părțile sunt audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației.

Corolar celor mai sus stabilite, Consiliul va obliga entitatea contractantă, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, prin publicarea în SEAP a măsurilor de remediere, conform prevederilor art. 71 alin. (3) din Legea 100/2016: *Entitatea contractantă comunică tuturor operatorilor economici orice modificare a elementelor prevăzute în anunțul de concesiune. De asemenea, entitatea contractantă comunică tuturor candidaților modul de organizare a procedurii de atribuire și termenul orientativ de finalizare, precum și orice modificare intervenită în unul dintre documentele concesiunii.*

Entitatea contractantă va asigura, concomitent cu măsurile de remediere expres precizate de Consiliu, corelarea lor cu conținutul fiecărei părți din documentația de atribuire puse la dispoziția viitorilor ofertanți.

În mod implicit, datorită complexității informațiilor de completare, ce conduc la modificarea unor reguli esențiale de ofertare, Consiliul va obliga entitatea contractantă la stabilirea unui nou termen de ofertare, ce nu va fi mai scurt decât termenul impus la art. 54 din Legea nr. 100/2016, adică 30 zile.

Pentru asigurarea caracterului operativ al măsurii, în sensul asigurării publicității printr-un anunț tip erată, entitatea contractantă va avea în vedere dispozițiile art. 53 alin. (1) și (3) din Normele de aplicare a Legii 100/2016, aprobate prin HG nr. 867/2016:

(1) În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, entitatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, cu respectarea formatului- standard stabilit de Comisia Europeană prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2015/1.986 al Comisiei din

11 noiembrie 2015 de stabilire a formularelor standard pentru publicarea anunțurilor în domeniul achizițiilor publice și de abrogare a Regulamentului de punere în aplicare (UE) nr. 842/2011.

[...] (3) Entitatea contractantă are obligația de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificațiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacția potențialilor ofertanți, cu excepția modificărilor substanțiale care conduc la anularea procedurii de atribuire [...].

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

CONSILIUL DECIDE:

Conexează contestațiile.

Ia act de renunțarea la contestația formulată de SA.

Admite, în principiu, cererea de intervenție accesorie a SA.

Respinge excepțiile formulate de entitatea contractantă, în contradictoriu cu contestațiile, ca nefondate.

Ia act de renunțarea SA la capătul de cerere corelativ criticilor aduse garanției de participare, din contestația formulată de SA.

Admite contestațiile formulate de SRL și de SA, în parte, și obligă entitatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, pentru motivele sus amintite, în sensul următor:

A. fișa de date a achiziției, se va modifica, prin:

1. diminuarea actualului nivel al cash-flow-ului, la jumătate, pentru fiecare lot în parte;

2. precizarea acceptului de utilizare a aceluiași personal cheie (aferent pct. 3, 4 și 5 din fișa de date a achiziției) în ofertele depuse pentru mai multe loturi;

3. reformularea clauzei privitoare la ajustarea tarifelor, din Secțiunea II.3 „Ajustarea prețului contractului”, în sensul precizării că doar primele 4 tarife din Anexa 1 la formular de ofertă sunt vizate de regulile de limitare a demersului.

B. caietul de sarcini și anexele lui, se va modifica prin:

1. precizarea acelor locații/operatori agreeați pentru a asigura serviciile temporare, până la punerea în funcțiune a CMID, precum și a modalității efective de modificare a tarifelor oferite (costuri tratare), ulterior acestui moment;

2. adăugarea unei clauze care să asigure aplicarea redevenței, de la momentul finalizării investițiilor, pentru care s-a calculat această redevență (în cazul de față, finalizarea celor 200 de puncte de colectare);

3. precizarea explicită a locului de depozitare cunoscut și a distanțelor pe care trebuie să le ia în considerare ofertanții, până la punerea în funcțiune a CMID, inclusiv cu privire la locul de stocare a deșeurilor din construcții;

4. precizarea fie a unei cifre exacte, fie a unei cifre approximate, de containere utilizabile, ce ar trebui avută în vedere la ofertare, dar și a unităților de compostare, a duratei de viață, a locului de transport al deșeurilor colectate din Zona 1;

5. completarea cu informațiile minimale, ce vor fi culese de entitatea contractantă, în legătură cu zonele în care este limitat accesul pentru autovehicule, și indicarea acelor zone în care ar fi dificil accesul mașinilor de un anumit tonaj/gabarit;

6. completarea cu numărul de platforme pentru care ar fi necesare recipiente suplimentare și/sau număr de ridicări suplimentare, precum și cu numărul de persoane arondate punctelor de colectare;

7. modificarea regulii de decontare a serviciilor de colectare a deșeurilor periculoase și voluminoase, în sensul precizării că vor fi asigurate în regim "cu plată";

8. completarea, privitor la *Tarifele suplimentare*, cu mențiunea "operatorul va factura costurile suplimentare la tarifele deja aprobate", la ridicarea deșeurilor colectate în alte recipiente decât cele destinate categoriei corecte;

9. completarea cu informațiile privind posibilitatea de stabilire a unui program diferit de colectare, după semnarea viitorului contract, în favoarea agenților economici, beneficiari ai serviciilor de colectare, care nu au program de lucru noaptea;

10. diminuarea nivelului cheltuielilor impuse operatorilor economici pentru desfășurarea campaniilor de conștientizare și informare, pentru zona 1;

11. modificarea matricei riscurilor, preluată în caietul de sarcini, prin diminuarea perioadelor și indicatorilor minimali de modificare a tarifelor, la nivelul prevăzut de Ordinul ANRSC nr. 109/2007;

12. completarea informațiilor privitoare la recipienții de colectare puși la dispoziție, în legătură cu riscul nr. 17, privind incompatibilitatea între echipamentele de colectare, din matricea riscurilor;

13. modificarea matricei riscurilor, prin alocarea riscului 22 *Colectori informal* în proporții de 50% celor două părți contractante, precum și de modificarea riscurilor 26 și 33, legate de cantitatea de deșeuri colectate/transferate, în sensul adoptării condițiilor de modificare a tarifului conform regulilor stabilite prin Ordinul ANRSC nr. 109/2007;

14. completarea tuturor informațiilor specifice caietului de sarcini-cadru, aprobat prin Ordinul nr. 111/2007;

15. excluderea obligației de prezentare a certificatelor de conformitate CE și a documentelor de înmatriculare aferente utilajelor prezentate în ofertă;

16. modificarea indicatorului de performanță 2.1.a), conform susținerilor din punctul de vedere la contestație;

17. reformularea clauzelor de penalitate, prin punerea lor în acord cu prevederile imperative ale OUG nr. 74/2018, raportat la depășirea indicatorilor, text cuprins în ultima coloană a rândurilor 4 și 6 ale tabelului aferent Anexei 2 la Caietul de sarcini;

18. eliminarea, din cuprinsul secțiunii 10.11.6. *Deșeuri abandonate* a caietului de sarcini, a sintagmei "pe o rază mai mică de 10 m".

C. modelul de contract, se va modifica prin :

1. eliminarea taxei de administrare, inclusă la alineatul 18 al articolului 10;

2. eliminarea interdicției de cesionare a drepturilor derivând din contract, mai puțin cele de la art. 6;

3. eliminarea sub-clauzei *Plata către operatorii se va realiza ulterior încasării acestor sume de la OTR-uri, cu periodicitatea cu care se fac aceste încasări*;

4. stabilirea dobânzii penalizatoare, în cazul neplății la timp a facturilor emise de operator, în concordanță cu prevederile din Legea nr. 72/2013;

5. modificarea clauzelor contractuale de la art. 13 alin. 10.2 litera h), art. 37 alin. 3 litera b), dar și eliminarea clauzei c) *Asigurări*, din cadrul art. 22 alin. 1, conform cu achiesarea exprimată de entitatea contractantă;

6. modificarea, la nivelul art. 38.2 *Rezilierea Contractului din culpa Delegatarului*, a subclauzei privind încălcarea gravă, prin adăugarea sintagmei "oricare", aceasta urmând a avea următorul conținut: *Prin încălcare importantă și gravă se înțelege încălcarea obligațiilor de către oricare/toate UAT-urile care constituie Delegatarul, conform Art. 1 din prezentul contract.*

7. reformularea clauzelor de penalitate, prin punerea în acord cu prevederile imperative ale OUG nr. 74/2018, în privința depășirii indicatorilor din ultima coloană a rândurilor 4 și 6 ale tabelului aferent Anexei 2 la Caietul de sarcini;

8. modificarea subclauzelor a) și b) ale art. 28.2 din contract, prin eliminarea expresiei "veniturile anuale ale delegatului" și înlocuirea ei cu sintagma "veniturile din contract, aferente anului în care s-a semnalat nerespectarea obligației asumate de delegat";

9. reformularea clauzei din cuprinsul alineatului 4 al art. 34, prin eliminarea expresiei "fără ca vreuna dintre ele să pretindă daune-interese";

10. reformularea clauzei contractuale nr. 26, privitoare la contractele sau înțelegerile încheiate între *Delegat* și un *Afiliat*, conform motivării.

Obligă entitatea contractantă la corelarea informațiilor, remediate, în toate secțiunile documentației de atribuire.

Obligă entitatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, prin publicarea măsurilor de remediere, dar și prin stabilirea unui nou termen de ofertare, ce nu va fi mai scurt de 30

zile de la postarea în SEAP a anunțului tip erată, care le va cuprinde. În mod implicit, entitatea contractantă va stabili și un nou termen de solicitare a clarificărilor.

Respinge solicitarea contestatoarei SRL de anulare a procedurii, ca nefondată.

Admite cererea de intervenție accesorie, formulată de SA în favoarea SRL, în parte.

Respinge celelalte solicitări ale contestatoarelor SRL și SA, de modificare a documentației de atribuire, ca nefondate/rămase fără obiect, după caz. În mod implicit, respinge și solicitările corelative din cererea de intervenție accesorie, formulată de SA, ca nefondate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,