CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
C.N.S.C.
Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....-.....-.....-.....
Data: .....

Împotriva procedurii, licitație deschisă, organizate de entitatea contractantă ....., cu sediul în ....., ..., în vederea atribuirii contractului de concesiune având ca obiect „Delegarea gestiunii activității de operare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor Bălteni, a Stațiilor de transfer și monitorizarea depozitelor neconforme închise din județul .....", cu anunț de concesionare nr. ....., publicat în SEAP la ....., s-au formulat următoarele contestații:

(1) contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată convențional prin ....., prin care se solicită Consiliului: .....;

(2) contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, prin care se solicită Consiliului:

- .....;

(3) contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, cu sediul în București, ..., sectorul 1, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... - Președintele Consiliului de Administrație, prin care se solicită Consiliului:

- „anularea răspunsului entității contractante nr. 11495/14.11..... la notificarea prealabilă nr. 2635/13.11....., răspuns comunicat contestatoarei la data de 16.11..... (fiind înregistrat la SC ..... SA sub nr. 2637/16.11.....);

- obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere solicitate de SC ..... SA, prin notificarea prealabilă nr. 2635/13.11....., cu prelungirea în mod corespunzător a termenului de depunere a ofertelor;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații";

(4) contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SA, prin care se solicită Consiliului:

- .....

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

Prin contestațiile nr. ...../....., nr. ...../..... și nr. ...../....., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., nr. ...../....., respectiv sub nr. ...../....., SC ..... SA atacă prevederile documentației de atribuire elaborate de ..... în cadrul procedurii de atribuire mai sus arătate, considerând nelegale reglementările (i) din Contractul de delegare propus a se încheia, respectiv cele de la capitolul Părțile contractului, cele ale art. 10 alin. (2) și (6) și art. 37 alin. (7) și (8); (ii) din Studiul de fundamentare și (iii) cele referitoare la modificarea și ajustarea tarifului, la cantitatea de deșeuri depozitate în fiecare depozit și la determinarea valorii estimate.

Ulterior, prin adresa nr. 3523/18.12....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 53979/18.12....., SC ..... SA precizează că renunță la contestațiile nr. ...../....., nr. ...../..... și nr. ...../....., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., nr. ...../....., respectiv sub nr. ...../ ....., arătând că a participat cu ofertă în cadrul procedurii de atribuire în discuție.

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SA atacă prevederile documentației de atribuire elaborate de ..... în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, considerând nelegală impunerea cerinței minime de calificare prevăzută la cap. III.2.2 Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției – cerința nr. 2, potrivit căreia se solicită tuturor ofertanților deținerea de „disponibilități bănești, resurse negrevate de datorii sau linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow, pentru o durată de minim 2 (două) luni de derulare a contractului, în valoare 1.756.012,75 lei sau echivalent (în altă valută) ce vor fi destinate prezentului contract, indiferent de obligațiile ce îi revin Candidatului în cadrul altor contracte".

În ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a cerinței minime de calificare menționate, potrivit acelorași dispoziții ale fișei de date a achiziției, ofertanții au obligația de a prezenta entității contractante

„orice documente care să dovedească îndeplinirea cerinței de calificare documentele relevante (spre exemplu: depozite bancare, acces la instrumente de finanțare - linii de credit, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul).

Din modul în care este formulată această cerință, contestatoarea concluzionează că la momentul depunerii ofertelor se solicită tuturor ofertanților îndeplinirea cerinței de calificare menționate, într-o formă confirmată de o bancă ori o altă instituție financiară.

Dovedirea „confirmării" la data depunerii ofertei înseamnă în mod efectiv efectuarea tuturor verificărilor necesare de către bănci/instituții financiare, blocarea sumelor de bani necesare, accesarea efectivă a liniei de credit (cu costurile bancare aferente).

Astfel, cerința presupune efectuarea de către toți ofertanții (indiferent dacă vor fi sau nu declarați câștigători) să facă anumite demersuri suplimentare, care implică o analiză financiară riguroasă din partea unor bănci/instituții financiare și obligă ofertanții la oferirea anumitor garanții în favoarea băncilor/instituțiilor financiare, fapt care, într-un final, determină costuri suplimentare, precum și indisponibilizarea unei importante sume de bani, în condițiile în care respectivul candidat nu știe dacă va câștiga sau nu procedura.

În plus, efectuarea acestor demersuri pentru acordarea accesului la mijloacele financiare (care să facă dovada cash-flow-ului, conform celor indicate în cerință) sunt de regulă foarte lungi și pot determina o barieră reală în accesul ofertanților la procedura de atribuire.

Pe de altă parte, fiind în discuție un contract de concesiune, contestatoarea precizează că sediul materiei privind criteriile de calificare (relevante în prezenta cauză) este reprezentat de dispozițiile art. 75 din Legea nr. 100/2016 și de cele ale art. 33-34 din HG nr. 867/2016.

Raportând dispozițiile legale invocate la prevederile documentației de atribuire, contestatoarea face următoarele precizări:

a. criteriul de calificare impus de entitatea contractantă nu se regăsește printre criteriile menționate în cuprinsul HG nr. 867/2016;

b. în condițiile în care, prin fișa de date a achiziției, ofertanții trebuie să facă dovada îndeplinirii cerinței privind cifra de afaceri, în valoare de 21.072.153 lei, în ultimii 3 ani (procedura fiind deschisă, astfel, doar ofertanților de un anumit calibru), respectiv a unor servicii similare prestate în perioada ultimilor 3 ani într-o cantitate semnificativă, criteriul de calificare privind cash-flow-ul devine inutil și inadecvat;

c. criteriul impus, prin modalitatea concretă în care se solicită a fi dovedită îndeplinirea cerinței, încalcă dispozițiile art. 34 alin. (2) din HG nr. 867/2016: astfel, este foarte posibil ca un operator care are experiența similară necesară și cifra de afaceri solicitate prin documentația de atribuire să poată prezenta o situație a încasărilor și a prognozei cheltuielilor în următoarele 2 luni, din care să rezulte că are fondurile necesare pentru îndeplinirea contractului;

d. pornind de la cele arătate mai sus la pct. c, criteriul de calificare nu specifică de când începe calculul celor 2 luni menționate în

cuprinsul cerinței nr. 2 - pct. III.2.2 din fișa de date, știut fiind că, după data semnării contractului (ulterioară perioadei de evaluare a ofertelor) începe perioada de mobilizare (cuprinsă între data semnării contractului și data de începere a contractului), abia după expirarea acestei perioade începând efectiv prestarea serviciilor, din care viitorul concesionar urmează a încasa tarifele de salubrizare ofertate; astfel fiind, cerința încalcă principiul transparenței și nu este formulată în mod clar;

e. cerința este calculată prin împărțirea valorii estimate a contractului (105.360.765 lei) la 120 luni, suma rezultată (878.006,37 lei) fiind înmulțită cu 2: (VE/120 luni) x 2 luni = 1.756.012,75 lei;

f. însă, deși cuantumul cerinței se raportează la valoarea estimată, este evident că în cazul unei proceduri de atribuire având ca și criteriu de atribuire prețul cel mai scăzut, ofertanții vor oferta tarife mai mici decât cele avute în vedere de entitatea contractantă la stabilirea valorii estimate, din aceste tarife fiind acoperite costurile de operare (în situația contrară, oferta nu este admisibilă); astfel fiind, necesitatea efectivă a ofertantului câștigător de a deține fondurile necesare îndeplinirii contractului, este mai mică, în sens valoric, decât suma menționată în cadrul criteriului de atribuire (chiar presupunând că cerința, deși nu se menționează în mod clar, privește primele 2 luni de executare efectivă a serviciilor, deci perioadă ulterioară fazei de mobilizare); în consecință, cerința este disproporționată;

g. mai mult, în analiza acestei cerințe, trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 10 alin. (2) și (3) din Contract, potrivit cărora: „(2) Contravaloarea Serviciului prestat pe Aria Delegării, se facturează lunar de către Delegat către fiecare UAT, pe baza avizului ADI. Operatorul va înainta către ADI în termen de 3 zile de la finalul lunii documentele justificative (ex: bonuri emise în urma cântăririi pe podurile cântar de la facilități) pe baza cărora se va emite factura către UAT. În termen de cel mult 10 zile de la primirea acestora ADI va aviza sau va comunica neaprobarea, indicând motivele care stau la baza neaprobării. Factura pentru serviciile furnizate/prestate se emite cel mai târziu până la data de 15 a lunii următoare celei în care prestația a fost efectuată, pe baza avizului ADI. UAT-urile beneficiare sunt obligate să achite facturile reprezentând contravaloarea serviciilor furnizate/prestate în termenul de scadență de 15 zile lucrătoare de la data primirii facturilor: data emiterii se înscrie pe factură. Termenul de scadență privind plata facturii se ia în calcul începând cu data primirii facturi”;

h. cunoscută fiind durata procedurilor de atribuire a serviciilor de acest tip, blocarea la data depunerii ofertei a unei asemenea sume nu se limitează, în fapt, la 2 luni începând cu data depunerii ofertei, în realitate, această blocare durând peste 120 de zile (dacă se ia în calcul doar perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își mențină valabilitatea ofertei, prevăzută la pct. IV.3.7 din fișa de date), la care se adaugă cele 2 luni de la semnarea contractului, presupunând prin absurd că această semnare va avea loc în cele 120 de zile menționate; așadar, în realitate blocarea sumei menționate de către toți

ofertanții, indiferent dacă vor fi sau nu declarați câștigători, are loc cel puțin pentru 6 luni din momentul depunerii ofertei.

De altfel, menționează contestatoarea, în sensul celor menționate mai sus la lit. h), Consiliul a reținut, într-o decizie, că solicitarea unui cash-flow la momentul depunerii ofertei (de către toți ofertanții) poate conduce la blocarea sumei respective, de către ofertanți, pentru o perioadă care nu este necesară, adică de la data depunerii ofertelor până la data semnării contractului, autoritatea contractantă fiind interesată de existența sumei în discuție doar pentru o durată de minim 2 (două) luni de derulare a contractului (ceea ce presupune semnarea contractului), iar nu înaintea semnării acestuia.

Față de cele expuse, contestatoarea susține că prin menținerea criteriului de calificare analizat, prevăzut oricum într-o manieră neclară și netransparentă, se creează, în mod real, o restricționare a accesului la procedură a ofertanților interesați, care:

a. fie nu pot face dovada existenței, în momentul depunerii ofertei, a unor disponibilități bănești pentru a realiza cash-flow-ul pentru o durată de minim 2 luni, dar care pot face această dovadă la data efectivă a semnării contractului;

b. fie pot prezenta alte dovezi în susținerea îndeplinirii cerinței, diferite de cele impuse prin documentația de atribuire (de exemplu, înregistrarea de profit din alte contracte pe care sunt dispuși să îl aloce îndeplinirii contractului ce face obiectul procedurii, în primele 2 luni, or contracte în derulare, care le permit obținerea de venituri suficiente atât pentru acoperirea costurilor specifice acelor contracte, cât și pentru acoperirea costurilor efectiv ofertate în cadrul acestei proceduri, iar nu estimate de către entitatea contractantă pentru primele 2 luni).

Concluzionând, contestatoarea arată că cerința analizată este stipulată într-o manieră neclară, netransparentă, fiind în același timp disproporționată și nelegală.

Prin adresa nr. 12316/....., înregistrată la CNSC sub nr. 51461/....., entitatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația SC ..... SA, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Raportat la criticile contestatoarei, entitatea contractantă arată că cerința 2 a cap. III.2.2 din fișa de date a achiziției, corespunde în totalitate necesităților sale și este proporțională în raport de complexitatea contractului. La momentul stabilirii nivelului indicat în fișa de date a achiziției s-au avut în vedere prevederile legale în vigoare care stabilesc modalitatea de plată pentru serviciile publice (dispozițiile art. 41 alin. (9) din Legea nr. 51/2006), care au fost transpuse și la nivelul contractului de delegare, utilizându-se formula: valoare totală contract/ 10 ani/12 luni x 2 luni.

Analiza acestor prevederi atestă faptul că plata pentru serviciile prestate se face după trecerea unei perioade de 2 luni.

Mai mult, prevederile art. 42 alin. (10) din Legea nr. 51/2006 și cele contractuale, art. 10 alin. (5), creează un cadru pentru beneficiarii

serviciului, care le permite acestora să depășească chiar termenele mai sus stabilite, deoarece nu există nicio modalitate de constrângere pentru o perioadă de 30 de zile de la data scadenței. După această perioadă se pot aplica penalități.

În susținerea acestui punct de vedere, entitatea contractantă invocă Decizia Consiliului nr. 2542/C1/2772,2846, potrivit căreia o astfel de cerință este proporționată.

Făcând aplicarea prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, după conexarea celor patru contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului de concesiune având ca obiect „Delegarea gestiunii activității de operare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor Bălteni, a Stațiilor de transfer și monitorizarea depozitelor neconforme închise din județul .....", cu anunț de concesionare nr. ....., publicat în SEAP la ....., ... (în calitate de entitate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a unui anunț de concesionare nr. ...../....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumite de prevederile documentației de atribuire, SC ..... SA și SC ..... SA au înaintat Consiliului contestațiile de față, după îndeplinirea procedurii notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016, solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Privitor la cererile de suspendare a procedurii, formulate de SC ..... SA și de SC ..... SA, Consiliul s-a pronunțat în sensul respingerii lor, ca nefondate, prin Încheierile nr. 619/...../..... din 22.11..... și nr. 635/...../..... din .....

Văzând precizarea expresă a SC ..... SA de renunțare la contestațiile sale nr. ...../....., nr. ...../..... și nr. ...../....., Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator" și ia act de renunțare la contestațiile formulate de SC ..... SA.

Analizând contestația formulată de SC ..... SA, Consiliul constată că aceasta critică cerința 2 a cap. III.2.2 din fișa de date a achiziției – Capacitatea economică și financiară: „Cerința nr. 2. Disponibilități bănești, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow, pentru o durată de minim 2 (două) luni de derulare a contractului, în valoare 1,756,012.75 lei sau echivalent (în altă valută) ce vor fi destinate prezentului contract, indiferent de obligațiile ce îi revin Candidatului în cadrul altor contracte", iar ca modalitate de îndeplinire: „Se vor prezenta orice documente care să dovedească îndeplinirea cerinței de calificare documentele relevante care (spre exemplu: depozite bancare, acces la instrumente de finanțare – linii de credit, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul".

Consiliul constată că, în cadrul strategiei de contractare privind atribuirea contractului de delegare prin concesiune a gestiunii activității de operare a centrului de management integrat al deșeurilor Bâlteni și a stațiilor de transfer și monitorizarea depozitelor neconforme închise din județul ....., autoritatea contractantă a justificat această cerință în sensul că „ofertantul trebuie să demonstreze că, la data de începere a contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul de prestare a serviciilor pentru primele 2 luni de derulare a contractului de operare, în valoare de 1.756.012,75 lei. Perioada de 2 luni a fost stabilită având în vedere prevederile art. 42 alin. (9) din Legea nr. 51/2006 care stabilesc că factura pentru serviciile furnizate/prestate se emite cel mai târziu până la data de 15 a lunii următoare (...), ceea ce conduce la efectuarea serviciului fără a avea acces la surse financiare pentru o perioadă de 2 luni.

În soluționare Consiliul reține faptul că potrivit modelului de contract postat pe SEAP la art. 10 alin. (3) *„Factura pentru serviciile furnizate/prestate se emite cel mai târziu până la data de 15 a lunii următoare celei în care prestația a fost efectuată, pe baza avizului ADI. UAT-urile beneficiare sunt obligate să achite facturile reprezentând contravaloarea serviciilor furnizate/prestate în termenul de scadență de 15 zile lucrătoare de la data primirii facturilor; data emiterii se înscrie pe factură. Termenul de scadență privind plata facturii se ia în calcul începând cu data primirii facturii*".

Consiliul, reține faptul că această cerință de calificare și selecție nu este disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică iar, prin impunerea ei în cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a urmărit ca operatorii economici să demonstreze că au potențial financiar și organizatoric, potențial care să reflecte posibilitatea concretă a acestora de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în ar fi declarați câștigători, astfel cum prevede art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin impunerea acestei cerințe, autoritatea contractantă a dorit să diminueze/elimine riscul de neîndeplinire a contractului de achiziție, având în vedere că, așa cum s-a reținut anterior, tariful va fi achitat de utilizatori în 15 zile lucrătoare de la data primirii facturilor coroborat cu faptul că operatorul economic va trebui să încheie contracte individuale cu aceștia.

Această cerință nu are rolul de a restricționa participarea la procedura de atribuire, așa cum susține contestatorul în cadrul contestației depuse, ci este o măsură de siguranță luată de către autoritatea contractantă în vederea derulării contractului și prevede existența unei capacități financiare de derulare a contractului pe o perioadă de 2 luni.

Totodată, invocarea, de către contestatoare, a inutilității cerinței privind cash-flow-ul, în condițiile în care se solicită o cifră de afaceri de 21.072.153 lei, precum și experiență similară, Consiliul nu o reţine ca fiind întemeiată deoarece, aceste noţiuni sunt diferite.

Astfel, dacă valoarea cifrei de afaceri, fiind un parametru financiar, are rolul de a demonstra performanţa economică a unui ofertant, iar experiența similară demonstrează capabilitatea ofertantului de a presta servicii de același gen, acestea nu certifică disponibilitatea resurselor financiare ale operatorului economic de care ar avea nevoie pentru realizarea serviciilor în cauză, aspecte aferente cash-flow-ului.

Cerința în discuție este în deplină concordanță cu prevederile art. 30 alin. (2) din HG nr. 867/2016 care stabilesc dreptul autorității contractante *„**de a impune ca cerință minimă 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***".

Invocarea, de către contestatoare, a unei decizii a Consiliului prin care s-a constatat că *solicitarea unui cash-flow la momentul depunerii ofertei (de către toți ofertanții) poate conduce la blocarea sumei respective, de către ofertanți, pentru o perioadă care nu este necesară, adică de la data depunerii ofertelor până la data semnării contractului, autoritatea contractantă fiind interesată de existența sumei în discuție doar pentru o durată de minim 2 (două) luni de derulare a contractului (ceea ce presupune semnarea contractului), iar nu înaintea semnării acestuia*, este lipsită de relevanță în prezenta cauză, având în vedere că, în prezenta cauză, autoritatea contractantă nu a pretins blocarea sumei respective la momentul depunerii ofertei.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ..... SA, în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

Conexează cele patru contestații.

Ia act de renunțarea la contestațiile nr. ...../....., nr. ...../..... și nr. ...../....., formulate de SC ..... SA.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ..... SA, în contradictoriu cu .....

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

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

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

...