CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...../...../....., ...
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ... Localitatea ....., județul ....., cod poștal .., înregistrată la Registrul Comerțului sub numărul ....., având CUI .., reprezentată legal prin ....., în calitate de administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către ...„ ...JUDEȚUL .....” cu sediul în ..., Loc. ....., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 90500000-2, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire ca nelegală, în condițiile licitării unui Contract de Achiziție de servicii în locul unui contract de Concesiune de servicii și, în subsidiar, obligarea autorității contractante să ia măsurile de remediere a documentației de atribuire, în sensul revocării sau modificării/completării acesteia, pentru înlăturarea motivelor de nelegalitate indicate în cuprinsul notificării, și obligația autorității contractante să prelungească termenul limită de depunere a ofertelor cu perioada corespunzătoare efectuării remedierilor și cu timpul necesar ofertanților să adapteze ofertele față de remedierile adoptate, astfel încât să fie respectat termenul de 35 de zile prevăzut de art. 74 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Prin contestația nr. 1888/....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având cod unic de înregistrare R ....., reprezentată de ....., Administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către ... „...JUDEȚUL .....”, în calitate de autoritate contractantă, împotriva

procedurii de atribuire mai sus menționate, s-a solicitat modificarea art. 11 din contractul de delegare a gestiunii propus, în sensul: „A fi prevăzută o redevență exprimată în lei / tonă în cuantum de 26 (53-27) lei/tonă deșeuri colectate, pe perioada de valabilitate a contractului nr. 5323/24.04..... A fi prevăzută o redevență exprimată în lei/tonă în cuantum de 53 lei/tonă după încetarea contractului nr. 5323/24.04..... A fi modificate în concordanță cu cele de mai sus toate celelalte prevederi ale art. 11 din modelul de contract de delegare de gestiuni propus", și suspendarea procedurii de atribuire.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ....., .../..... au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către ...„...JUDEȚUL .....", în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....", cod CPV 90500000-2, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire ca nelegală, în condițiile licitării unui Contract de Achiziție de servicii în locul unui contract de Concesiune de servicii, și, în subsidiar, obligarea autorității contractante să ia măsurile de remediere a documentației de atribuire, în sensul revocării sau modificării/completării acesteia, pentru înlăturarea motivelor de nelegalitate indicate în cuprinsul notificării, și obligația autorității contractante să prelungească termenul limită de depunere a ofertelor cu perioada corespunzătoare efectuării remedierilor și cu timpul necesar ofertanților să adapteze ofertele față de remedierile adoptate, astfel încât să fie respectat termenul de 35 de zile prevăzut de art. 74 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În fapt, contestatorul arată că, la data de ....., autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. ....., prin care a inițiat procedura de atribuire prin licitație deschisă a Contractului de Delegare a gestiunii serviciului de salubrizare în zona de colectare 3 Centru.

În conformitate cu prevederile fișei de date a concesiunii, care face parte din documentația de atribuire, valoarea estimată a Contractului fără TVA este de 170.115.477,10 RON.

Contestatorul susține că a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. 7788/25.07....., prin care a solicitat remedierea documentației de atribuire, iar, prin răspunsul la notificare, autoritatea contractantă și-a asumat obligația de a remedia o parte din viciile procedurii.

Cu privire la o parte din motivele de nelegalitate comunicate autorității contractante s-au asumat măsuri de remediere, însă cu privire la o parte semnificativă nu au fost asumate astfel de măsuri, afectând în continuare desfășurarea în condiții de legalitate a procedurii de atribuire.

Contestatorul precizează aspectele de nelegalitate a documentației de atribuire constatate și soluțiile asumate de autoritatea contractantă prin răspunsul la Notificarea Prealabilă au fost:

(i) greșita determinare a naturii contractului - Contract de achiziții publice de servicii, în loc de Contract de Delegare prin concesionare a serviciului public - Autoritatea Contractantă nu a acceptat această critică.

(ii) caracterul incomplet al Documentației de Atribuire - Lipsa publicării studiului de fundamentare al achiziției - Autoritatea Contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere;

(iii) caracterul incomplet al Caietului de sarcini - lipsa tratării aspectelor privind riscurile și garanția de bună execuție - Autoritatea contractantă a admis această critică însă în vederea remedierii acesteia a făcut trimitere la restul documentației de atribuire;

(iv) Nelegalitatea stabilirii în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de Bonitate/Acces la resurse -autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere;

(v) Restrângerea excesivă a criteriilor de determinare a experienței similare a operatorilor ofertanți - autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere;

(vi) Nelegalitatea prevederilor privind posibilitatea Operatorului de a vinde în mod direct Deșeuri reciclabile în limita a 3.575 to/an - autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere;

(vii) Durata prea scurtă a perioadei de mobilizare stabilită raportat la obligațiile puse în sarcina concesionarului pentru această perioadă - autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere care sunt însă inapte să permită realizarea scopului perioadei de mobilizare;

(viii) Nelegalitatea obligației de menținere a continuității serviciului, instituită în sarcina operatorului în situația încetării contractului prin ajungerea la termen; Nelegalitatea stabilirii unei perioade de 180 de zile a obligației Operatorului de menținere a continuității serviciului în cazul încetării Contractului; Necesitatea recalculării valorii estimate a contractului prin luarea în calcul a perioadei de 90 de zile a obligației de menținere a continuității serviciului - autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere incomplete. S-a menținut obligația operatorului de a continua serviciul la încetarea la termen a contractului.

(ix) Nelegalitatea stabilirii prin Caietul de Sarcini ca neconfidențial a conținutului întregii ofertei financiare - autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere;

(x) nelegalitatea art. 1.2.1., lit. f, teza finală, art. II.4.6, alin. 2 din Caietul de sarcini privind obligația operatorului de a asigura curățenia pe o rază de 10 m în jurul perimetrului punctului de colectare selectivă/platformelor de colectare - autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsuri de remediere.

(xi) Caracterul excesiv și impropriu, juridic și funcțional, al unora din clauzele Modelului Contractului

- autoritatea contractantă și-a asumat măsuri de remediere cu privire la:

a. eliminarea art. 22 alin 1 lit. c din Modelul Contractului;

b. eliminarea din definiția noțiunii „daună" a mențiunii „direct sau indirect";

c. se vor face mențiunile solicitate cu privire la Investiții;

d. modificarea corespunzătoare a art. 30 alin. 3 din Modelul Contractului;

e. includerea expresă în Modelul Contractului a prevederilor legale referitoare la impreviziune.

- autoritatea contractantă a refuzat remedierea celorlalte elemente de nelegalitate indicate

III. În principal. Anularea procedurii.

Contestatorul arată că, prin răspunsul la Notificarea Prealabilă, autoritatea contractantă a refuzat să admită critica invocată cu privire la licitarea greșită a unui Contract de achiziții de servicii în condițiile în care raportat la modul de alocare a riscurilor și la persoana beneficiarului serviciului se impunea licitarea unui Contract de Concesiune de servicii, motivat de:

- prevederile art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006 - ce indică formele de contract pe care le poate îmbrăca delegarea de gestiune (achiziții și concesiune);

- prevederile art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51 /2006 - ce cuprinde definiția contractului de delegare a gestiunii;

- prevederile art. 2 lit. 2 din Legea nr. 51 /2006 - ce include salubrizarea localităților printre serviciile publice;

- art. 28 alin. (1) din Contractul de finanțare.

În ceea ce privește textele legale citate de autoritatea contractantă, este relevant de observat că niciunul dintre acestea nu justifică respingerea argumentelor noastre și nu impun delegarea serviciului de salubrizare ce face obiectul prezentei proceduri prin modalitatea

contactului de achiziție în detrimentul contractului de concesiune. În ceea ce privește trimiterea la contractul de finanțare, aceasta nu pot constitui motiv justificativ față de potențialii ofertanți atâta timp cât conținutul acestui contract nu a fost făcut public.

Atât conform Legii nr 98/2016, cât și conform Legii nr. 100/2016, criteriul principal de delimitare între cele două tipuri de contracte este repartizarea riscurilor semnificative, putând fi avut în vedere și criteriul suplimentar al beneficiarului contractului.

Contestatorul invocă, în acest sens prevederile art. 230 din Legea nr. 98/2016, prevederile art. 6 alin. (2) din Legea nr. 100/2016.

În cadrul prezentei proceduri, autoritatea contractanta nu a publicat alături de documentația de atribuire și studiul de fundamentare impus de art. 229 din Legea nr. 98/2016, însă prin modelul de contract propus, reglementează explicit modul de alocare a riscurilor dintre delegatar și delegat.

Astfel, prin art. 28 alin. (1) din modelul contractului se prevede că *„Delegatul declară și garantează că acceptă și încheie prezentul contract pe propriul său risc tehnic, economic și financiar și că este răspunzător atât în fata delegatarului cât și, în unele situații, față de autoritățile competente pentru obligațiile asumate, prestarea serviciului și exploatarea bunurilor de retur conform prevederilor prezentului contract. Nici delegatarul, nici autoritățile competente nu vor fi răspunzători în niciun fel față de terți pentru îndeplinirea de către delegat a obligațiilor asumate în baza prezentului contract și pentru prestarea de către acesta a serviciului. Delegatul confirmă în special că a luat în considerație, în conformitate cu și bazându-se pe termenii și condițiile prezentului contract, înaintea încheierii prezentului contract, obligațiile, riscurile și/sau pericolele de orice fel care pot exista sau pot apărea în legătură cu prestarea serviciului, operarea bunurilor de retur și, în general, în legătură cu obligațiile asumate prin prezentul contract”.*

În Documentația de atribuire nu există alte mențiuni exprese cu privire la alocarea riscurilor între părțile contractante, însă raportat la modul de redactare a art. 28 alin. 1 din modelul contractului rezultă cu claritate că prezenta procedură a fost concepută în sensul atribuirii unei părți semnificative a riscului de operare către operatorului economic.

Având în vedere acest aspect, conform prevederilor art. 230 din Legea nr. 98/2016 și art. 6 din Legea nr. 100/2016, contractul preconizat trebuia licitat drept contract de delegare a gestiunii prin concesionare, iar legea în baza căreia ar fi trebuit să se realizeze procedura ar fi fost Legea nr. 100/2016.

Pe lângă criteriul riscului semnificativ în determinarea tipului de contract trebuie să se aibă în vedere și criteriul beneficiarului serviciului. În cazul unui contract de concesiune a serviciului beneficiarul acestuia este altul decât autoritatea contractantă în timp ce în cazul unui contract de achiziție de servicii beneficiarul contractului este însăși autoritatea contractantă.

Din acest motiv, raportat la faptul că în speță se licitează serviciul de colectare și transport deșeuri, serviciu ce se prestează direct în favoarea populației, contestatorul consideră că singura formă de contract posibilă este concesiunea de servicii și nu achiziția.

În subsidiar, obligarea autorității contractante să ia măsurile necesare de remediere a procedurii

A. Contestatorul consideră că, se impune completarea documentației de atribuire prin publicarea studiului de fundamentare

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a refuzat publicarea studiului de fundamentare a achiziției, motivând că acest document nu este enumerat expres de lege atunci când se determină conținutul minim al documentației de atribuire.

Contestatorul consideră acest argument greșit, textele legale ce reglementează elaborarea documentației de atribuire neexcluzând în mod expres studiul de fundamentare al contractului sau alte documente ce permit o informare completă, corectă și precisă a potențialilor ofertanți. Necesitatea publicării acestuia odată cu documentația de atribuire rezultă din prevederile art. 3 alin. (1) pct. 26, și art. 154 din Legea nr. 98/2016, articole ce fac vorbire despre necesitatea realizării unei informări complete, corecte și precise a participanților la procedură, informare ce constituie o obligație a autorității contractante la momentul elaborării și publicării documentației de atribuire.

Având în vedere că elemente esențiale stabilite prin documentația de atribuire nu sunt explicate/motivate (ex: modul și criteriile în baza cărora s-a realizat calculul cantităților estimate de deșeuri, modul de determinare a redevenței și destinația fondurilor achitate cu acest titlu, modul de determinare și alocare a riscurilor, necesitatea instituirii unei garanții de bună execuție etc.) și având în vedere că în fundamentarea documentației de atribuire însăși autoritatea contractantă face trimitere la studiul de fundamentare (art. III.2 din fișa de date, art. 1.3.2 din caietul de sarcini), contestatorul consideră că se impune publicarea studiului de fundamentare în SEAP.

B. Nelegalitatea stabilirii în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de bonitate/acces la resurse;

Prin răspunsul la notificare, autoritatea contractantă consideră că atât impunerea unor criterii de bonitate/acces la resurse, cât și cuantumul acestora, stabilit prin documentația de atribuire, sunt în concordanță cu legea, sens în care a refuzat adoptarea unor măsuri de remediere.

Întrucât nici prin art. 29 și urm din HG nr. 935/2016 și nici prin art. 42 alin. (9) din Legea nr. 51 /2006 nu se specifică obligativitatea

instituirii unor astfel de condiții ofertanților, nici criteriile de determinare a valorii unor astfel de criterii, și că acestea, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, constituie o piedică nejustificată în sarcina ofertanților, contestatorul solicită CNSC obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire în sensul eliminării acestor criterii.

Prin. pct. III.2.2 din fișa de date, autoritatea contractantă prevede cu titlul de bonitate/acces la resurse 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 bani 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 cuantum de cel puțin 3.544.072 lei*"

Cerința privind bonitatea 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.

Pe de altă parte, altă parte, nici Legea nr. 98/2016 și nici HG nr. 3965/2016 nu reglementează dreptul autorităților contractante de a solicita o astfel de dovadă, acest instrument nefiind specific unui contract de tipul celui preconizat, iar stabilirea acesteia impune în sarcina ofertanților îndeplinirea unei condiții extrem de restrictive și nejustificate care afectează competitivitatea ofertelor. Singurul element de garantare prevăzut de lege este perceperea unei garanții de bună execuție, lucru prevăzut de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri și nu existența unor resurse financiare suficiente, cu atât mai mult unele fix determinate.

C. Restrângerea excesivă a criteriilor de determinare a experienței similare a operatorilor ofertanți

Autoritatea contractantă a arătat prin răspunsul la notificarea prealabilă că, după părerea sa modul în care s-a solicitat probarea experienței similare a ofertanților este proporțională în raport cu obiectul contractului. Contestatorul consideră această concluzie greșită, întrucât criteriile de determinare a experienței similare anterioare sunt excesive și constituie un impediment nejustificat în calea participanților la procedură.

Prin art. III.2.3. din fișa de date a procedurii privind experiența similară, autoritatea contractantă solicită ca *„Ofertantul să probeze că în ultimii 3 ani a prestat pe baza de contracte (1 sau mai multe) servicii similare cu cele care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, respectiv: colectarea și transportul deșeurilor municipale și al deșeurilor similare provenind din locuințe, activități comerciale din industrie și instituții, care includ cel puțin activitatea de colectare în cantitate minimă cumulată de 92.794 tone deșeuri municipale*".

Contestatorul consideră că impunerea de către autoritatea contractantă a dovedirii de către ofertant a unei cantități minime

cumulate a deșeurilor municipale colectate în ultimii 3 ani este o adăugare nepermisă la lege din partea autorității, cu efectul restrângerii în mod nejustificat al concurenței, conform art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, raportat la textul de lege, capacitatea tehnică se probează de ofertant prin lista de livrări sau a principalelor servicii prestate, cu indicarea valorilor, datelor și beneficiarilor, nefiind impusă de lege cerința unor cantități minime.

Mai mult, nicăieri în Lege nu se prevede dreptul autorității contractante de a suplimenta cerințele privind capacitatea tehnică fără să probeze temeiurile și motivele care impun suplimentarea acestor cerințe, în schimb, art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, instituie în sarcina autorității obligația de a nu concepe achiziția în scopul restrângerii artificiale a concurenței prin favorizarea ori dezavantajarea în mod nejustificat a anumitor operatori.

În acest sens, contestatorul invocă decizia CNSC nr. 890/C9/ 842, 928/24.04....., menținută prin Decizia nr. 2175/25.05..... pronunțată în Dos. nr. 788/54/..... al Curții de Apel Craiova.

D. Nelegalitatea prevederilor privind posibilitatea operatorului de a vinde în mod direct deșeuri reciclabile în limita a 3.575 to/an;

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a refuzat să adopte măsurile de remediere solicitate, arătând că prevederile contractuale ce reglementează posibilitatea operatorului de a vinde în mod direct deșeuri reciclabile în limita a 3.575 to/an este legală, justificând astfel:

- prin sistemul de management integrat al deșeurilor se realizează colectarea separată a deșeurilor;
- deșeurile colectate separat sunt apte pentru a fi vândute direct fără a necesita o sortare suplimentară;
- vânzarea directă a acestor deșeuri este aptă să producă venituri operatorilor.
- posibilitatea obținerii unor astfel de venituri de către operator a fost prevăzută și în contractul de finanțare.
- dacă nu există posibilitatea obținerii de către operator a unor astfel de venituri, sunt aplicabile prevederile art. 15 alin. (1) lit. b).

Cu privire la ultimul argument, contestatorul arată că, nici Legea nr. 101/2006 și nici modelul contractului nu conțin un alineat 15 alin. (1) lit. b), iar trimiterea realizată de autoritate în răspuns nu conține indicarea actului la care se referă, motiv pentru care nu se știe acest text legal/contractual ce conținut are.

În ceea ce privește celelalte argumente ce au stat la baza refuzului autorității de a remedia documentația, contestatorul arată că acestea nu au o susținere în posibilitățile reale puse la dispoziția operatorului.

Conform art. 6 lit. g) din Modelul Contractului și art. I.3.2, alin. 4 din caietul de sarcini, delegatul are dreptul de a vinde direct o cantitate de 3.575 to/an de deșeuri reciclabile rezultate din colectare separată, din care să obțină venituri. Această prevedere contractuală nu poate fi în concret aplicată în speță.

Contestatorul consideră că se impune eliminarea acestor prevederi din documentația de atribuire, pentru următoarele motive:

- obiectul contractului ce se preconizează este *„colectarea separata și transportul separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare la stația de sortare sau tratare mecano - biologică construite în cadrul CMID ... Mare, după caz*";

- raportat la obiectul contractului (colectare + transport), delegatul nu are posibilitatea și nici dreptul de a sorta pe fracții reciclabile deșeurile colectate separat, aceasta fiind o altă activitate specifică a serviciului de salubrizare, pentru prestarea căruia un alt operator va avea exclusivitatea în baza unui alt contract de delegare;

- colectarea separată a deșeurilor se face pe fracții amestecate (hârtie-carton, plastic- metal), fracții ce pentru a fi valorificate impun o sortare suplimentară, neexistând nici un reciclator care să achiziționeze deșeuri reciclabile în fracții amestecate;

- fracțiile în sine pot cuprinde mai multe categorii de materiale reciclabile (în cazul plasticului - PET, HDPE, LDPE, PP, PS, ABS, etc.) și, în consecință, mai mulți reciclatori

- pentru a putea exercita dreptul de valorificare directă a materialelor reciclabile colectate separat, Delegatul ar trebui să procedeze la sortarea pe fracții separate a acestor materiale, sortare pe care, raportat la obiectul contractului, nu o poate face legal (întrucât nu s-a licitat și activitatea de sortare).

Nici vânzarea directă de către operator către reciclator a deșeului colectat nu este posibilă, întrucât - în condițiile contractului - nu poate fi determinată cantitatea totală de deșeu din care 3.525 to/an ar fi deșeuri reciclabile (întrucât, nu tot ce se colectează separat conform contractului constituie deșeu reciclabil, iar autoritatea contractantă nu poate oferi nici o siguranță cum că această fracție pură chiar există / va exista vreodată).

Contestatorul consideră că acest drept (dacă a fost cuprins și în contractul de finanțare al proiectului SMID .....) poate fi eventual pus la dispoziția operatorului TTPD și nu a operatorului colectare și transport, cel dintâi având dreptul și acces exclusiv la instalațiile necesare pentru a opera sortarea deșeurilor reciclabile pe categorii de materiale reciclabile, în timp ce operatorul colectare transport nu are această posibilitate.

Prin menținerea în contract a acestor prevederi, implicit are loc o reducere a elementelor de cost ce stau la baza ofertării tarifelor (prin

scăderea valorilor preconizat a fi obținute din vânzarea directă de către operator a deșeurilor reciclabile), fără ca în realitate să poată fi obținute venituri din vânzarea unor astfel de deșeuri.

Referitor la durata prea scurtă a perioadei de mobilizare stabilită raportat la obligațiile puse în sarcina concesionarului pentru această perioadă, contestatorul susține că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a dat curs în parte solicitării de prelungire a duratei perioadei de mobilizare de la 60 la 180 de zile, în sensul că și-a asumat majorarea perioadei de mobilizare la 90/120 zile.

Prin răspunsul la clarificări nr. 591/492/01.08....., răspunsul la solicitarea nr. 3, autoritatea contractantă a comunicat faptul că Perioada de mobilizare se majorează la 90 zile.

Contestatorul consideră, în continuare, că această perioadă este prea scurtă, raportat la obligațiile puse în sarcina operatorului în acest interval. Astfel, în vederea prestării serviciului, printre alte avize și autorizații, operatorul are obligația de a obține și o autorizație de la Agenția de Protecție a Mediului. În ceea ce privește obținerea autorizației de mediu termenul legal, maxim prevăzut de art. 10, alin. (1) din Ordinul pentru aprobarea procedurii de emitere a autorizației de mediu nr. 1798/2007, este de 90 zile lucrătoare de la depunerea unei documentații complete, termen care depășește 90 de zile calendaristice.

La rândul său, întocmirea documentației complete de către noul operator necesita timp, aspect ce se impune a fi luat în considerare la stabilirea perioadei de mobilizare. Art. 5 alin. (1) din Ordinul nr. 1798/2007 prevede obligativitatea solicitării și obținerii (condiție cumulativă) a unei autorizații de mediu pentru activități noi, iar funcționarea fără autorizație de mediu pentru activitățile care fac obiectul procedurii de autorizare din punct de vedere al protecției mediului este interzisă prin art. alin. (2) din OUG nr. 195/2005 si se sancționează conform legii.

Prin urmare, efectul stabilirii unui termen maxim de mobilizare de doar 90 de zile pune viitorul operator în imposibilitatea obținerii autorizațiilor prevăzute de lege, și îl supune pe acesta la riscul de a suporta sancțiuni contravenționale/penale pentru activarea fără autorizații, precum și la suportarea riscului de neexecutare a contractului, pentru imposibilitatea obținerii acelorași autorizații până la finalul perioadei de mobilizare. Din experiență, arată contestatorul, în obținerea autorizațiilor impuse de lege, s-a demonstrat că, practic, termenul de emitere s-a prelungit până la 6 luni.

Referitor la nelegalitatea obligației de menținere a continuității serviciului, instituită în sarcina operatorului în situația încetării

contractului prin ajungerea la termen, contestatorul susține că prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a dat curs în parte solicitărilor, în sensul că a redus perioada obligatorie pentru delegat de menținere serviciului în caz de încetare a contractului de la 180 de zile la 90 de zile, astfel cum prevede și legea dar, pe de altă parte, a omis să remedieze documentația de atribuire cu privire la condițiile în care această obligație subzistă în mod legal, respectiv, strict în situațiile în care contractul încetează înainte de ajungerea la termen, fără a exista această obligație în situația încetării Contractului prin ajungere la termen, conform art. 33 alin. (2) și (3) din Legea nr. 51/2006.

Prin urmare, raportat la textul de lege indicat, obligația de menținere a serviciului poate fi impusă operatorului doar în caz de încetare înainte de termen a contractului, nu astfel cum s-a impus în speță, respectiv la încetarea din orice cauze a contractului; nu se poate institui obligația de menținere a serviciului în cazul încetării contractului prin ajungere la termen;

Referitor la nelegalitatea obligării operatorului de colectare șl transport la a realiza curățenia domeniului public din jurul punctelor de colectare selectivă/platformelor de colectare gospodărești pe o rază de 10 metri, contestatorul arată că își menține punctul de vedere evidențiat prin notificarea prealabilă, conform căruia obligarea delegatului serviciului de colectare și transport să realizeze curățenia domeniului public pe o rază de 10 m în jurul platformelor de colectare, fără remunerarea suplimentară a acestuia, este nelegală și implică prestarea de către delegat a unui serviciu de salubrizare (curățenie stradală) pe care nu l-a contractat.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă arată că această prevedere a fost inclusă în documentația de atribuire ca urmare a aplicării prevederilor art. 18 alin. 5 din Ordinul ANRSC nr. 82/2015 privind regulamentul cadru al serviciului de salubrizare a localităților, însă acest text normativ nu prevede o astfel de limită (rază de 10 m în jurul Punctelor de colectare) ci prevede strict obligația operatorului de a menține în curățenia punctelor de colectare amplasate pe domeniul public.

Prin urmare, obligația instituită de art. 18 alin. (5) din Ordinul nr. 82/ 2015 vizează strict suprafața punctelor de colectare a deșeurilor și nu spațiul din jurul acestora. În speță prin documentația de atribuire se vorbește de o curățarea suprafețelor din jurul punctelor de colectare, pe o rază de 10 m. Fiind vorba despre rază (r=10 m), suprafața ce trebuie curățată de operator/pct. de colectare este de aprox. 315 m^2 (n*2r).

Raportat la obiectul contractului, care vizează activitățile de colectare și transport (cu privire la care este justă obligația de menținere a curățeniei strict cu privire la platformele de colectare), și care exclude în mod expres *„măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice*” (art. 2 alin. (2) din modelul de contract), contestatorul

consideră că obligarea operatului la curățarea unei suprafețe atât de însemnate a domeniului public din jurul platformelor de colectare excedă obiectului contractului.

Pentru aceste motive, contestatorul solicită CNSC să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației în sensul reducerii razei în discuție de la 10 m la 1 m.

Referitor la caracterul excesiv șl impropriu, juridic și funcțional, al unora din clauzele modelului contractului, contestatorul susține că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a admis o serie de solicitări de remediere formulate cu referire la nelegalitatea modelului de contract, însă a respins o parte din aceste solicitări fără o justificare corectă și legală. Elementele nelegale ce se impun în continuare remediate sunt:

a. Prevederile referitoare la dreptul delegatarului de a modifica unilateral contractul sunt nelegale

Potrivit art. 5 alin. (1) lit. i din modelul de contract „*Concedentul are următoarele drepturi [...] să modifice unilateral 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 și/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*", noțiunea de modificare legislativă este definită prin art. 1 alin. (1) din modelul de contract ca „*orice intrare în vigoare, modificare, completare, suspendare, abrogare (totală sau parțială) a oricărei Legi astfel cum este definită mai sus sau orice alt eveniment similar, intervenit după data intrării în vigoare a contractului*".

Contestatorul solicită ca prevederile art. 5 alin. (1) din modelul de contractului să fie completate și modificate, după cum urmează:

a) să se elimine referirea la posibilitatea modificării unilaterale în caz de modificare legislativă deoarece modificarea legislativă nu este de natură să atragă modificarea unilaterală a unui contract de concesiune;

b) să se completeze cu obligația autorității contractante de a plăti delegatului o compensație, criteriile și categoriile de costuri care stau la baza unei asemenea compensări (printre care, costuri ocazionate de subcontractanți, restituirea valorii investițiilor efectuate) și termenul de plată.

Elemente de nelegalitate similare celor de mai sus afectează și art. 36 din contract conform căruia „*Delegatarul poate modifica unilateral cerințele legate de modul de gestiune și de prestare a serviciului care sunt prevăzute în regulamentul serviciului sau caietul de sarcini al*

serviciului, atașate ca anexele nr. 1 și nr. 2 la prezentul contract, prin modificarea acestor documente și înlocuirea respectivelor anexe, prin act adițional la contract, cu noul regulament al serviciului și/sau noul caiet de sarcini al serviciului, după caz. In cazul în care aceste modificări afectează echilibrul contractual se vor aplica prevederile articolului 34".

Contestatorul susține că acest articol conferă o putere discreționară nejustificată concedentului care pe parcursul derulării contractului poate dispune modificarea unilaterală a acestuia, fără ca în cuprinsul contractului să se determine care sunt situațiile care ar putea justifica astfel de modificări, în funcție de ce criterii se vor realiza și care sunt limitele de modificare.

Trimiterile făcute de autoritate prin răspunsul la notificarea prealabilă la prevederile Ordinului nr. 109/2007, respectiv art. 8 alin. (2) lit. d^2) și art. 29 alin. (10) din Legea nr. 51/2006 nu sunt în măsură să justifice poziția asumată de autoritate. Pe de o parte modificarea contractului în baza Ordinului ANRSC nr. 109/2007 implică întotdeauna încheierea unui act adițional la contract. Pe de altă parte, art. 8 alin. (3) lit. d^2) din Legea nr. 51 /2006 nu vorbește de modificarea unilaterală a contractului ci de atribuția autorității deliberative a administrației publice locale de a aproba modificarea contractelor, iar art. 29. alin. (10) din Legea nr. 51 /2006 enumeră anexele obligatorii ale contractului de delegare.

Prin contestația nr. 1888/....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, formulată împotriva documentației de atribuire, emisă de către ...„...JUDEȚUL .....", în calitate de autoritate contractantă, împotriva procedurii de atribuire mai sus menționate, s-a solicitat modificarea art. 11 din contractul de delegare a gestiunii propus, în sensul: „A fi prevăzută o redevență exprimată în lei / tona în cuantum de 26 (53-27) lei/tonă deșeuri colectate, pe perioada de valabilitate a contractului nr. 5323/24.04..... A fi prevăzută o redevență exprimată în lei/tona în cuantum de 53 lei/tonă după încetarea contractului nr. 5323/24.04..... A fi modificate în concordanță cu cele de mai sus toate celelalte prevederi ale art. 11 din modelul de contract de delegare de gestiuni propus", și suspendarea procedurii de atribuire.

În fapt, contestatorul arată că, prin anunțul nr. ...../....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP documentația pentru atribuirea contractului „.....". Contestatorul precizează că a notificat autoritatea contractantă prin adresa nr. 1725/25.07..... solicitând autorității contractante adoptarea unor măsuri de remediere, dar, autoritatea contractantă prin adresa nr. 582/28.07..... a acceptat parțial măsurile de remediere propuse. În privința măsurii solicitate prin prezenta contestație autoritatea contractantă nu a făcut remedieri.

Înainte de expunerea acestora, contestatorul arată că, în prezent, operarea Centrului de Management Integrat al Deșeurilor (CMID) ... Mare este asigurată în baza contractului de prestări servicii nr.

5323/24.04..... încheiat de Consiliul Județean ..... cu un operator privat, contract încheiat pe o perioada de 1 an, cu posibilitate de prelungire. Potrivit prezentei documentații de atribuire, deșeurile generate în aria de prestare a serviciului urmează a fi transportate la CMID ... Mare.

Potrivit art. 11 alin. 2 din contractul de prestări servicii nr. 5323/....., operatorul CMID este obligat să plătească Consiliului Județean ..... o chirie în valoarea de 27,04 lei/tona de deșeuri intrate în CMID ... Mare.

La art. 11 din contractul de delegare propus în cadrul prezentei proceduri s-a prevăzut redevența anuală în suma forfetară de 5.491.307,04 lei. Potrivit Studiului de oportunitate pentru delegarea gestiunii SMID (nepublicat în SEAP de către autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri) s-a prevăzut o redevență maximă de 53 lei/ tonă, acesta fiind singura obligație de plată a operatorilor SMID către autoritatea publică, în afara redevenței suplimentare aplicabile pentru situația unor venituri excedentare din vânzarea reciclabilelor.

Având în vedere cantitatea de 92.794 tone deșeuri menționată în fișa de date a achiziției II.2.1 rezultă că redevența forfetară menționată în contract echivalează, pentru utilizatorul serviciului, cu un cost de 59,17 lei/tonă la care se adaugă TVA. Luând în calcul și cei 27,04 lei/tonă „*colectați*" de operatorul CMID, rezultă un cost pentru utilizatorul serviciului de 86,17 lei tonă, reprezentând redevența și chirie datorate de operatorii SMID către autoritățile publice / UAT-uri.

Aceasta împrejurare contravine în mod vădit studiului de oportunitate, document ce a fost anterior aprobat de către toate UAT-urile din aria de operare.

Prin răspunsul său cu nr. 582/28.07..... autoritatea contractantă confirmă că redevența depășește cuantumul aprobat prin studiul de oportunitate, respectiv că este de 53,58 lei/tonă, însă arată că determinarea acesteia s-a făcut prin raportare la o altă cantitate decât cea menționată în fișa de date a achiziției, respectiv cantitatea de 102.488 tone. Cu toate acestea, în SEAP nu s-a publicat vreo erată cu privire la cantitățile anuale de deșeuri ce urmează a fi colectate.

Contestatorul precizează că, prin adresa nr. 1836/02.08..... transmisă prin mijloace electronice autorității contractante a solicitat clarificarea cantităților de deșeuri ce urmează a face obiectul contractului în primul an de operare, însă până la data prezentei nu a primit vreun răspuns.

Aceasta împrejurare este necesar a fi coroborată cu faptul că din datele centralizate la nivelul Agenției pentru Protecția Mediului .....

rezultă o cantitate de cel mult 70.243,036 / an (la nivelul anului 2016) generată într-o arie administrativ-teritorială a județului ..... mai mare (adică ce include orașe și comune din zonele de operare Brad și Hațeg, inclusiv cele două orașe antemenționate) decât zona ce formează obiectul contractului.

Menținând cuantumul redevenței anuale de 5.491.307,04 lei se ajunge practic în situația în care redevența unitară (exprimată în lei pe tona) să fie practic mult mai mare, reducându-se astfel veniturile operatorului la un nivel ce face nesustenabilă prestarea activității și derularea contractului.

Pe de altă parte, modificarea art. 11 din contract în sensul celor solicitate nu afectează nici autoritatea contractanta și nici potențialii ofertanți.

Prin adresa nr. 32651/.....-...../....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. 729/17.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 34387/18.08....., transmite punctul de vedere față de contestația depusă de SC ..... SRL.

În fapt, arată autoritatea contractantă, cu privire la punctul 1 al contestației, respectiv anularea procedurii de atribuire ca nelegală, în condițiile licitării unui contract de achiziție de servicii în locul unui contract de concesiune de servicii:

- potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (3) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, republicată, modalitatea de gestiune delegată a Sistemului de Management Integrat al Deșeurilor din județul ..... - SMID, s-a stabilit prin hotărâri ale celor 70 autorități deliberative ale unităților administrativ-teritoriale ale județului, membre ale Asociației de Dezvoltare Intercomunitare „Sistemul Integrat de Gestiune a Deșeurilor”, în baza unui studiu de oportunitate, urmând ca Asociația să atribuie în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre, un contract de delegare a gestiunii SMID împărțit în 4 zone de colectare, una dintre acestea fiind și zona de colectare 3 Centru. În conformitate cu prevederile art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006, republicată, contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi contract de concesiune de servicii sau contract de achiziție publică de servicii, procedura de atribuire a contractului de delegare a gestiunii, stabilindu-se potrivit prevederilor alin. (9), după caz, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 și Legii nr. 100/2016. Prin studiul de fundamentare elaborat de către autoritatea contractantă, astfel cum arată prevederile art. 229 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, s-a demonstrat necesitatea atribuirii

unui contract pe termen lung, respectiv 8 ani, în acest studiu, analizându-se, de asemenea, ținând seama de prevederile art. 230 din Legea nr. 98/2016, dacă o atribuire a contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic, astfel cum este acesta definit în legea privind concesiunile, în urma analizei s-a constatat că nu există riscuri semnificative de operare, autoritatea contractantă considerând contractul de delegare ca fiind un contract de achiziție publică și a elaborate documentația de atribuire, în acest sens, având la bază prevederile Legii nr. 98/2016 și prevederile HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

S-a elaborat astfel Strategia de contractare prin care s-au documentat deciziile din etapa de pregătire a achiziției, în legătură cu: tipul de contract, justificările privind alegerea procedurii de atribuire criteriile de calificare și criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați.

Documentația de atribuire a fost avizată de către toate cele 70 autorități deliberative ale UAT-urilor membre ale Asociației și aprobată conform prevederilor legale, prin Hotărâre AGA.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că procedura de atribuire a contractului având ca obiect *„Delegarea gestiunii serviciilor de salubrizare în zona de colectare 3 Centru”* este legală, nefiind motive reale de anulare a procedurii.

Cu privire la punctul II: aspect de nelegalitate ale documentației de atribuire, notificate de contestator și soluționate de către autoritatea contractantă:

- Caracterul incomplet al documentației de atribuire, lipsa publicării studiului de fundamentare al achiziției - Studiul de fundamentare nu face parte din documentația de atribuire, care potrivit prevederilor art. 20 din HG nr. 395/2016, conține fișa de date a achiziției, caietul de sarcini și anexele, proiectul de contract și formularele. Este de menționat că studiul de fundamentare a fost încărcat în SEAP, odată cu documentele-suport (declarația privind persoanele ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante, Strategia de contractare), Hotărârea AGA de aprobare a documentației, pentru evaluarea ANAP, alături de Documentația de atribuire și DUAE;
- Caracterul incomplet al caietului de sarcini, lipsa tratării aspectelor privind riscurile și garanția de bună execuție - aspectele privind riscurile au fost analizate în studiul de fundamentare prin care s-a considerat că atribuirea contractului nu implică transferul unei părți

semnificative a riscului de operare către operatorul economic. În legătură cu garanția de bună execuție, aceasta este clar definită în legislație, atât din punct de vedere al cuantumului cât și al modurilor de constituire și de restituire. Despre garanția de bună execuție se face vorbire la pct. III. 1.1 .b) din fișa de date;

- Nelegalitatea stabilirii în sarcina potențialilor ofertanți a unor criterii excesive de bonitate/acces la resurse - referitor la acest aspect, justificarea privind solicitarea că ofertantul va avea acces la resurse, negrevate de datorii se regăsește în strategia de contractare. Prin această cerință minimă de calificare, autoritatea contractantă nu consideră că se încalcă prevederile art. 31 din Legea 98/2016, această cerință fiind parte a capacității economice și financiare a operatorului;
- Restrângerea excesivă a criteriilor de determinare a experienței similare a operatorilor - solicitarea privind experiența similară, autoritatea contractantă apreciază că s-a realizat în conformitate cu prevederile legale în materie, prin raportare la obiectul propriu-zis al contractului. Invocarea deciziei CNSC nr. 890/2014 nu poate fi luată in considerare deoarece aceasta avea în vedere un contract de concesiune și, cel mai important, soluția dată de CNSC de a admite solicitarea contestatorului a avut în considerare faptul că respectivele cerințe se raportau la facilitățile care urmau a fi operate, respectiv stație de sortare de capacitate X tone, și nu la obiectul contractului. S-a avut totodată în vedere faptul că nu există numeroși operatori care la momentul respectiv operau facilități de asemenea capacitate pe o perioadă de un an de zile așa cum se solicita în respectiva procedură. Prin criteriile stabilite în cadrul prezentei proceduri s-a făcut o raportare strictă la obiectul de activitate, respectiv colectare deșeuri, și de asemenea s-a avut în vedere o perioadă de 3 ani de zile pentru îndeplinirea cerinței.
- Nelegalitatea prevederilor privind posibilitatea operatorului de a vinde în mod direct deșeuri reciclabile în limita a 3.575 tone/an - la acest aspect s-a răspuns atât la solicitare de clarificări cât și la notificare. Se menționează că, reciclarea reprezintă orice operațiune de valorificare prin care deșeurile sunt transformate în produse, materiale sau substanțe pentru a-și îndeplini funcția inițiala ori pentru alte scopuri. Prin reciclare, poți avea beneficii financiare, respectiv reducerea cantității de deșeuri pentru care se plătește taxa de eliminare la depozitul conform, reducând astfel nivelul taxei de salubrizare plătit de fiecare locuitor, precum și creșterea cantității de deșeuri care pot fi sortate și valorificate generând astfel venituri. Pe partea de protecție a mediului, reciclând se va preveni poluarea, se vor reduce emisiile de gaze ce contribuie la crearea efectului de seră și, pe termen lung, a schimbărilor climatice,, se vor preveni poluarea cauzată de procesul de fabricație a produselor din materiale noi, se va reduce consumul de energie. Astfel că reciclarea deșeurilor trebuie încurajată;

- Nelegalitatea obligației de menținere a continuității serviciului, instituită în sarcina operatorului în situația încetării contractului prin ajungerea la termen. Nelegalitatea stabilirii unei perioade de 180 de zile a obligației operatorului de menținere a continuității serviciului în cazul încetării contractului - prin măsurile de remediere s-a stabilit că obligație a operatorului de menținere a continuității serviciului, în cazul încetării contractului, pentru o perioadă de 90 de zile.

- Caracterul excesiv și impropriu, juridic și funcțional, al unora din clauzele modelului contractului – Autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatorului sunt nefondate având în vedere principiile și particularitățile care stau la baza serviciilor publice astfel cum sunt reglementate prin Legea nr. 51/2006 privind serviciile publice.

Trebuie avut în vedere că în contract la articolul invocat de către contestator se precizează: *„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*".

Autoritatea contractantă invocă și prevederile: art. 6 alin. 1 din Legea nr. 51/2006, art. 7 alin. (1) din Legea 51/2006; art. 8 alin. (1) și art. 8 alin. (3) lit. d^2).

Prin prisma prevederilor legale mai sus amintite se poate constata că autoritatea delegantă poate modifica unilateral caietul de sarcini și regulamentul serviciului cu respectarea principiilor mai sus instituite prin Legea nr. 51/2006 și cu obligația menținerii echilibrului contractual.

Autoritatea contractantă, prin adresa nr. 730/17.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 34386/18.08....., transmite punctul de vedere față de contestația depusă de SC ..... SA.

Având în vedere criticile formulate, autoritatea contractantă arată că, derularea prezentei proceduri se realizează în cadrul proiectului SMID ....., proiect care a fost finanțat prin POS Mediu, prin fonduri europene nerambursabile, beneficiar fiind Consiliul Județean. Una dintre consecințele acestui fapt este aceea că trebuie aplicate prevederile OUG 198/2005 privind constituirea, alimentarea și utilizarea Fondului de întreținere, înlocuire și dezvoltare pentru proiectele de dezvoltare a infrastructurii serviciilor publice care beneficiază de asistență financiară nerambursabilă din partea Uniunii Europene.

În conformitate cu prevederile art. 4 din normele OUG nr. 198/2005, beneficiarul care realizează proiecte cu asistența financiară nerambursabilă din partea Uniunii Europene are obligația să constituie de întreținere, înlocuire și dezvoltare, denumit în continuare Fondul IID, pe întreaga perioadă de viață a investiției.

În conformitate cu prevederile art. 4 alin. (2) din normele OUG nr. 198/2005, sursele de alimentare ale fondului sunt: a) vărsămintele din profitul net de la regia autonomă de interes local sau județean care beneficiază de asistență financiară nerambursabila din partea Uniunii Europene; b) dividendele de la societatea comercială cu capital integral sau majoritar de stat care beneficiază de asistență financiară nerambursabila din partea Uniunii Europene; c) redevența aferentă bunurilor concesionate societății comerciale care beneficiază de asistență financiară nerambursabila din partea Uniunii Europene. în cazul în care împrumutatul este unitatea administrativ-teritorială, redevența anuală va fi stabilită la un nivel care să acopere cel puțin serviciul datoriei publice pentru anul respectiv aferent împrumutului de cofinanțare contractat de unitatea administrativ-teritorială; d) impozitul pe profit plătit de operator unității administrativ-teritoriale; e) dobânzi aferente disponibilităților Fondului IID. f) TVA-ul plătit din Fondul IID și recuperat ulterior de la bugetul de stat, în maximum 30 de zile lucrătoare.

Față de prevederile menționate la punctul 5 se poate constata că în cazul proiectelor care au ca beneficiar Consiliul Județean, singura sursă de finanțare a fondului este cea indicată la art. 4 alin. (2) lit. c), respectiv redevența, restul surselor de la lit. a), b), d)-f) neputând fi aplicabile. Din acest motiv unul dintre beneficiarii redevenței este Consiliul Județean ....., deoarece acesta a fost la rândul său beneficiarul proiectului SMID ....., finanțat prin fonduri europene nerambursabile.

Restul beneficiarilor și redevența aferentă au fost stabilite în conformitate cu prevederile art. 29 alin. (11) lit. m) din Legea nr. 51/2006.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă consideră că, referirile făcute în legătură cu contractul existent 5323/24.04..... încheiat de Consiliul Județean pentru operarea CMID de la ... sunt irelevante în cauză. Este vorba despre un alt contract, încheiat de o altă autoritate contractantă, iar conform celor menționate în contestație, are valabilitate doar un an de zile.

Față de susținerea contestatorului, că impunerea unui anumit nivel al redevenței afectează echilibrul contractual, autoritatea contractantă arată că:

- în primul rând nu este probată, deoarece, în cuprinsul contestației nu este prezentat sub nicio formă modul concret în care un anumit nivel al redevenței, indiferent care ar fi acesta conduce la apariția unui dezechilibru contractual. Nici măcar nu este determinat momentul sau mai precis nivelul de la care se consideră că se asigură echilibrul contractual. Mai mult decât atât nici măcar termenul de echilibru contractual nu este definit, pentru a se putea stabili în mod clar ce se are în vedere de către contestator.
- în al doilea rând, redevența, indiferent de nivelul acesteia, este recuperată de la beneficiarii finali ai serviciului. Totodată trebuie

avut în vedere că în domeniul serviciilor publice unul dintre principiile de bază este cel al acoperirii costurilor și trebuie respectat acest principiu, inclusiv că există posibilitatea ca în cursul derulării contractului să se facă aplicabilitatea prevederilor art. 15 alin. (1) lit. b) din Ordinul ANRSC nr. 109/2007 care permit în condițiile stipulate de lege modificarea tarifului. În ceea ce privește modul propriu-zis de calcul al redevenței:

Trebuie avut în vedere că proiectul SMID ..... cuprinde toate cantitățile de deșeuri municipale generate la nivelul județului, creându-se o infrastructură care acoperă integral cantitățile de deșeuri generate. După cum am indicat mai sus, în calitate de beneficiar al fondurilor nerambursabile, Consiliul Județean are obligația de a constitui Fondul IID, prin raportare la întreaga infrastructură, care a fost edificată asigurându-se în acest fel resursele necesare pentru utilizarea fondului în conformitate cu prevederile art. 5 din nomele OUG nr. 198/2005 și sustenabilitatea și durabilitatea proiectului pe întreaga sa durată de viață.

Autoritatea contractantă consideră că determinarea s-a făcut în conformitate cu prevederile legale amintite mai sus, respectiv OUG nr. 198/2005 și Legea nr. 51/2006 și de asemenea în conformitate cu prevederile studiului de oportunitate.

Astfel, determinarea redevenței s-a realizat în funcție de cantitatea de deșeuri menționată în anexa 3, care a fost avută în vedere prin proiect, respectiv în funcție de cantitatea de 100.579 tone municipale, la care s-a adăugat cantitatea 1374 tone voluminoase și 535 tone periculoase, rezultând un total de 102.488 tone. Prin înmulțirea acestei cantități cu 53.58 lei/tonă conform studiului de oportunitate, rezultă suma de 5.491.307,04 lei, conform art. 11 alin. (1).

Se consideră că numai prin această modalitate se asigură respectarea prevederilor OUG nr. 198/2005, text de lege care are caracter de lege specială în raport de celelalte prevederi legale aplicabile în cauză, cum ar fi Legea nr. 51/2006 sau Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă consideră irelevantă solicitarea de a se punere la dispoziția CNSC, a Studiului de oportunitate și a hotărârilor de aprobare, și solicită respingerea acesteia.

Prin adresa nr. 7829/21.08....., înregistrată la CNSC cu nr. 34781/21.08....., SC ..... SRL, transmite concluzii scrise în urma punctului de vedere al autorității contractante, în care precizează că, cu privire la petitul principal de anulare a procedurii, prin contestația formulată nu neagă faptul că Legea prevede posibilitatea prestării serviciilor publice prin Gestiune Directă sau prin Gestiune Indirectă. De asemenea nu contestă faptul că în cazul Gestiunii Indirecte

implementarea poate avea loc pe bază de contract de Concesiune sau pe bază de Contract de Achiziții de servicii, ci ceea ce contestă este faptul că raportat la informațiile cuprinse în documentația de atribuire contractul preconizat are natura unui contract de concesiune și nu a unui contract de achiziții de servicii, sens în care se impune anularea procedurii și reluarea acesteia în conformitate cu legislația privind atribuirea contractelor de concesiune.

Această concluzie rezultă cu proeminență din următoarele motive:

a. din interpretarea art. 28 alin. (1) din Modelul Contractului rezultă că o parte semnificativă a riscului de operare este transmisă de autoritatea contractantă operatorului economic (transmiterea riscului semnificativ fiind criteriul legal de delimitare între cele două tipuri de contracte);

b. beneficiarul final al serviciului este populația ariei de delegare (aspect caracteristic unui contract de concesiune de servicii) și nu autoritatea contractantă (astfel cum este caracteristic unui contract de achiziție de servicii);

c. plata tarifelor pentru prestarea serviciului se realizează de către beneficiari (populația ariei de delegare - caracteristic unui contract de concesiune) și nu este suportată direct de către autoritatea contractantă (astfel cum ar fi caracteristic unui contract de achiziție de servicii);

d. pentru dreptul de a presta serviciul documentația de atribuire prevede în sarcina operatorului și în favoarea Autorității Contractante obligația de a plăti o redevență (aspect caracteristic contractelor de concesiune și care nu este prevăzut de legislația achizițiilor);

e. regimul bunurilor utilizate în derularea contractului este specifică unui contract de concesiune; Prin documentația de atribuire autoritatea contractantă realizează distincția dintre bunurile de preluare, bunurile de retur și bunurile proprii ale operatorului și reglementează contractual regimul acestor bunuri, aspect ce dovedește că natura operațiunii preconizate este de concesiune și nu de achiziție de servicii.

II. Cu privire la petitul subsidiar de remediere a neregulilor ce afectează procedura.

Necesitatea publicării în cadrul procedurii a Studiului de Fundamentare.

Contestatorul consideră că, în condițiile în care, în cadrul documentației de atribuire deja publicate se face mențiune de studiul de fundamentare în vederea respectării dreptului la informare al participanților la procedură se impune obligarea autorității contractante la publicarea studiului de fundamentare. Faptul că acesta a fost încărcat în SEAP la categoria *„documente suport*”, nu prezintă relevanță atâta timp cât această secțiune a platformei de achiziții nu este accesibilă operatorilor economici interesați de procedură.

Cu privire la necesitatea detalierii în cuprinsul documentației de atribuire a aspectelor privind riscurile și privind garanția de bună

execuție, autoritatea contractantă prin punctul de vedere comunicat, face trimitere la studiul de fundamentare, studiu pe care nu l-a pus la dispoziție. Chiar și în ipoteza în care se va realiza publicarea studiului de fundamentare, contestatorul consideră că se impune ca prin caietul de sarcini să se detalieze aspectele precum riscurile implicate de achiziție, și modul de repartizare a acestora, precum și elemente privind garanția de bună execuție, modul de suportare a acesteia și modul de restituire etc.

Cu privire la Caracterul excesiv al criteriilor de bonitate/acces la resurse, contestatorul consideră că cerința privind bonitatea este nelegală întrucât 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.

Referitor la restrângerea excesivă a criteriilor de determinare a experienței similare a operatorilor, contestatorul susține că, prin punctul de vedere formulat autoritatea contractantă nu justifică într-o manieră obiectivă modul de determinare prin documentația de atribuire a criteriilor de probare a experienței similare de către operatori, respectiv necesitatea pentru care s-a instituit condiția cantităților minime colectate în ultimii trei ani.

Cu privire la inaplicabilitatea prevederilor din documentația de atribuire referitoare la dreptul operatorului de a vinde în mod direct Deșeuri reciclabile în limita a 3.575 to/an, prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă a dat de înțeles că nu sesizează problema evidențiată prin contestație. Contestatorul precizează că nu neagă utilitatea de principiu a procesului de reciclare (reducerea costurilor de depozitare, beneficii de mediu, recuperarea de materiale) și nici faptul că, în abstract, dirijarea către reciclare a deșeurilor poate constitui o sursă de venit.

Problema sesizată este aceea că dreptul operatorului de a vinde în mod direct deșeuri reciclabile, astfel cum este prevăzut în documentația de atribuire, este inaplicabil în realitate. Nefiind aplicabil, operatorul nu va putea obține niciodată venituri pe baza acestui drept.

Prin menținerea în contract a acestor prevederi, implicit are loc o reducere a elementelor de cost ce stau la baza ofertării tarifelor (prin scăderea valorilor preconizat a fi obținute din vânzarea directă de către operator a deșeurilor reciclabile), fără ca în realitate să poată fi obținute venituri din vânzarea unor astfel de deșeuri.

Cu privire la nelegalitatea obligației operatorului de a menține serviciul pe o perioadă de 90 de zile de la data încetării contractului prin ajungere la termen.

Contestatorul susține că a luat act de faptul că prin răspunsul la notificarea prealabilă formulat, autoritatea contractantă a redus perioada în care operatorul este obligat să continue serviciul după încetarea contractului de la 180 de zile la 90 de zile.

Această obligație este prevăzută de lege tocmai pentru a permite autorității contractante să asigure înlocuirea operatorului și să asigure continuitatea serviciului în situația în care contractul încetează pentru orice cauză înainte de termenul stabilit. În cazul încetării contractului prin ajungere la termen, o astfel de facilitate în favoarea autorității contractante nu își găsește utilitatea având în vedere că data la care acest eveniment contractual va avea loc se cunoaște încă de la momentul la care contractul este încheiat.

Tocmai din acest motiv, arată contestatorul, art. 33 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 51/2006 prevede expres continuitatea serviciului pentru cazul de încetare înainte de termen a contractului nu și pentru cazul de încetare la termen a acestuia.

Prin adresa nr. 750/25.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 35960/28.08....., autoritatea contractantă transmite un răspuns față de concluziile scrise formulate de contestator, aducând următoarele argumente:

Cu privire la calificarea contractului ca fiind unul de concesiune, s-a considerat că prezentul contract nu face obiectul unei proceduri de atribuire prin concesiune, deoarece nu au fost identificate riscuri conform art. 6 din Legea 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Mai mult decât atât la art. 34 din contract este instituit principiul echilibrului contractual, pentru a reda consistenta si rezistenta in timp a contractului, asigurându-se astfel sustenabilitatea și durabilitatea proiectului SMID ..... Totodată art. 30 din contract face vorbire de condițiile de exonerare a răspunderii delegatului, iar art. 33 reglementează forța majoră. Mai mult decât atât prin răspunsul la notificarea aceluiași contestator s-a precizat că se vor include în contract și prevederi care să facă aplicabilitatea art. 1271 din codul civil referitor la impreviziune. S-a măsura de remediere în acest sens fiind introdusă în contractul de delegare remediat, încărcat în SEAP în data de ..... (s-a introdus art. 53 - impreviziunea).

Chiar din această perspectivă, se poate constata că există de plano o incompatibilitate între solicitările contestatorului de a include clauza de impreviziune și de a considera contractul ca un contract de concesiune.

Având în vedere prevederile art. 6 din Legea 100/2016 potrivit cărora *„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”* și caracteristicile riscului de operare, indicate în alin. 3 al aceluiași articol, potrivit cărora, acesta :

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

b) implică expunerea la fluctuațiile pieței;

c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor, pe de-o parte și, pe de altă parte, dispozițiile art. 1271 cod civil care, stipulează că: *„dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună: a) adaptarea contractului, pentru; b) încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește*", se poate concluziona că în cazul contractelor de concesiune nu poate fi aplicabilă clauza de impreviziune, deoarece distribuirea în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, condiție esențială de aplicabilitate a clauzei de impreviziune, nu implică expunerea la fluctuațiile pieței și asigură recuperarea tuturor costurilor - condiție specifică contractelor de concesiune.

Se apreciază că prevederile din contract - ex. art. 28, sunt în consonanță cu prevederile art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006 care definesc contractul de delegare: Contractul de delegare a gestiunii este un contract încheiat în formă scrisă, (...), atribuie, prin una dintre modalitățile prevăzute de lege, pe o perioadă determinată, unui operator, în calitate de delegat, care acționează pe riscul și răspunderea sa, dreptul și obligația de a furniza/presta integral un serviciu de utilități publice ori, după caz, numai unele activități specifice acestuia, inclusiv dreptul și obligația de a administra și de a exploata infrastructura tehnico-edilitară aferentă serviciului/activității furnizate/prestate, în schimbul unei redevențe, după caz.

Analiza comparativă a textului de lege și a prevederii contractuale atestă faptul că din punct de vedere al cuprinsului și a întinderii riscului nu există nicio diferență. În contract se face vorbire despre *„obligațiile asumate, prestarea Serviciului și exploatarea Bunurilor de Retur*", iar în textul de lege se vorbește despre atribuirea pe riscul operatorului a obligației de a furniza și presta serviciul și de a administra exploata infrastructura tehnico-edilitară. Se constată o identitate totală între cele două texte: *„obligațiile asumate si prestarea Serviciului*" din contract sunt identice cu *„obligația de a furniza și presta serviciul*" din lege, iar *„exploatarea Bunurilor de Retur*" din contract este echivalentă cu

„obligația de a administra și de a exploata infrastructura tehnico-edilitară” din lege.

În accepțiune contestatorului existența unui risc, de orice natură ar fi acesta, implică aplicarea unei proceduri de atribuire prin concesionare. Autoritatea contractantă consideră că acest lucru este în contradicție cu prevederile legale din materia serviciilor publice. Astfel:

a. Conform art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006 : *„Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi: a) contract de concesiune de servicii; b) contract de achiziție publică de servicii*”. Dacă s-ar achiesa la susținerile contestatorului, ținând totodată cont de definiția contractului de delegare enunțată mai sus, dispozițiile art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006 ar fi fără obiect, deoarece ar fi aplicabilă doar procedura de concesionare.

b. De asemenea se poate considera că, de plano, există cel mult o compatibilitate minimă între concesionare, ca modalitate de atribuire a contractului, și serviciile publice în general, atât timp cât in sectorul serviciilor publice este instituit principiul acoperirii costurilor, conform art. 1 alin. (4) lit. i) și l) din Legea nr. 51/2006.

c. Mai mult decât atât, se poate considera că în cazul prezentului contract nu poate fi vorba despre o concesiune, având în vedere că, în general, în sectorul serviciilor de ..... tarifele sunt reglementate, 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 salubrizare a localităților, care specifică condițiile de modificare a tarifelor, text de lege care este aplicabil în executarea contractului, pe de-o parte, iar conform prevederilor Directivei europene 2014/23/UE privind atribuirea contractelor de concesiune care a stat la baza Legii nr. 100/98 privind concesiunile, respectiv punctul 18 din preambul, care stabilește condițiile și principiile de aplicabilitate ale concesiunilor, stipulându-se explicit că „Principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea serviciilor”.

La punctul 3 din Concluzii contestatorul indică motivele care ar conduce la considerarea contractului ca fiind unul de concesiune: a. riscul precizat la art. 28 din contract, aspect față de care autoritatea contractantă arată că s-a efectuat o modificare, clauza fiind reformulată (a se vedea Contractul de delegare remediat, încărcat în SEAP în data de .....). Totodată autoritatea contractantă apreciază că aceasta a fost elaborată în conformitate cu prevederile art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006, așa cum s-a explicitat mai sus.

b. beneficiarul final este populația, care efectuează și plata serviciului, față de care autoritatea contractantă precizează că în mod evident toate serviciile publice au ca beneficiari populația, iar în sectorul

salubrizării, în esența populația este cea care oricum plătește prestarea serviciului, în conformitate cu principiul *„poluatorul plătește*” instituit prin prevederile art. 21 din Legea nr. 211/2011. De asemenea prin prisma definiției riscului de operare în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (4) din Legea nr. 100/2016, modalitatea de plată nu poate constitui un criteriu care să conducă la calificarea unui contract de delegare, ca fiind de concesiune sau de achiziție publică.

c. obligația de plată a redevenței și regimul bunurilor de retur, față de care autoritatea precizează că au fost incluse în contract în aplicarea prevederilor Legii nr. 51/2006 privind serviciile publice - respectiv art. 25 alin. (5), art. 44 alin. (4), care reglementează regimul bunurilor de retur, respectiv art. 29 alin. (11) lit. m) care reglementează nivelul redevenței.

Autoritatea contractantă menționează că niciunul dintre motivele indicate nu se circumscriu condițiilor prevăzute de art. 6 din Legea nr. 100/2006 privind concesiunile.

Referitor la solicitarea de publicare a studiului de fundamentare, autoritatea contractantă consideră că cererea este nefondată, atât timp cât în conformitate cu textele legale în vigoare nu se poate identifica o asemenea obligație în sarcina autorității contractante.

În conformitate cu prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*.”

Informațiile puse la dispoziție prin documentația de atribuire asigură îndeplinirea cerințelor solicitate de lege, iar eventuala publicare a studiului de fundamentare nu ar conduce la modificarea informațiilor deja publicate, cu atât mai cu cât studiul de fundamentare nu are ca obiect, in conformitate cu prevederile art. 229 din Legea nr. 98/2016 decât demonstrarea necesității și a oportunității, prin atribuirea unui contract în formele prevăzute de lege.

Autoritatea contractantă consideră că are obligația de a publica doar documentația de atribuire, iar componența acestei este indicată la art. 20 din HG nr. 395/2016, fără ca studiul de oportunitate să se regăsească în respectiva enumerare.

Referitor la detalierea riscurilor și a garanției de bună execuție, în primul rând solicitarea este considerată a fi incompletă. Nu este indicat la ce ar trebui să se refere respectivele detalii.

Reglementarea garanției de bună execuție se realizează prin art. 21 din modelul de contract, iar solicitarea de detaliere a riscurilor este inconsistentă, fiind lipsită atât de fond, cât și de temei legal.

Această din urmă solicitare se face prin raportare la contractele de concesiune, fără însă a tine cont că ne aflăm în fața unei proceduri derulate în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016.

Referitor la caracterul excesiv al accesului la resurse, 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 – art. 42 alin. (9) din Legea nr. 51/2006 privind serviciile publice, care au fost transpuse și la nivelul contractului de delegare, prin prevederile art. 10 alin. (4) din contract.

Analiza acestor prevederi atestă faptul că plata pentru serviciile prestate se face după trecerea unei perioade de 2 luni - în prima luna se prestează serviciul, până pe data de 15 a lunii se emite factura aferentă lunii deja prestate, iar scadența plății este de 15 zile de la data emiterii.

În consecință de la data efectuării serviciului până la data achitării facturilor trece o perioadă de 2 luni.

Mai mult decât atât, prevederile legale (art. 42 alin. (10) din Legea nr. 51/2006) și 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 momentul stabiliri nivelul resurselor solicitate, pentru perioada de 2 luni, s-a utilizat formula : (Valoare totala contract/96 luni) x 2 luni

Pentru restul punctelor indicate în concluziile scrise, prin adresa nr. 7829/21.08..... (transmisa prin fax), a SC ... SRL, autoritatea contractantă precizează că își punctul de vedere inițial comunicat.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL** constată următoarele:

...„...JUDEȚUL .....”, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „.....”, cod CPV 90500000-2, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este 170.115.477,10 lei.

Referitor la criticile cu privire la determinarea naturii contractului ce urmează a fi încheiat, Consiliul reține următoarele aspecte:

- Obiectul contractului astfel cum rezultă din cadrul art. 2 din draft-ul de contract anexat la documentația de atribuire este *„delegarea gestiunii activităților componente ale serviciului de salubrizare a localităților din zona de colectare 3 – Centru / ... Mare, care compun „Serviciul” astfel cum este definit acesta la Articolul 1 („Definiții și interpretări”) de mai sus, respectiv:*

a) colectarea separată și transportul separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare la stația de sortare sau tratare mecano – biologică construite în cadrul CMID ... Mare, după caz",

- Durata acestui contract, potrivit art. 3 din draft-ul de contract anexat la documentația de atribuire este de 8 ani.

Față de aceste aspecte în speță sunt aplicabile următoarele prevederi legale:

- art. 3 lit. p) din Legea nr. 98/2016 „***contract pe termen lung - contractul de achiziție publică încheiat pe o durată de cel puțin 5 ani care cuprinde*** *durata de execuție a lucrărilor ori a construcției, dacă acesta are o componentă care constă în execuție de lucrări ori a unei construcții, precum și* ***durata de prestare a serviciilor, stabilite astfel încât contractantul să obțină un profit rezonabil****"*

- art. 229 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016 „***În orice situație în care o autoritate contractantă intenționează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract pe termen lung care să cuprindă*** *fie executarea de lucrări și operarea rezultatului lucrărilor****, fie prestarea, gestionarea și operarea de servicii, autoritatea contractantă are obligația de a elabora un studiu de fundamentare prin care se va demonstra necesitatea și oportunitatea realizării proiectului în acest mod****.*** *(...)* ***Studiul de fundamentare*** *prevăzut la alin. (1) se* ***bazează pe un studiu de fezabilitate în cazul proiectelor implicând executarea de lucrări****".*

- art. 230 din Legea nr. 98/2016 „***Prin studiul de fundamentare menționat la art. 229 alin. (1), autoritatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic****, astfel cum este definit în legea privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii. (2)* ***În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare nu va fi transferată operatorului economic, contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică****".*

În speță autoritatea contractantă a elaborat studiul de fundamentare privind opțiunea delegării prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare în zona de colectare 3 centru, județul ..... în cadrul căruia a menționat următoarele:

- Cantitatea de deșeuri generată în zona de colectare 3 centru ... Mare este de 100.579 tone/an din care. (...). Deșeurile voluminoase (1.374 t/an) și deșeuri periculoase din gospodării (535 t/an) (...) – pag. 26 din studiu de fundamentate;

- La cap. 3.5 Dotări privind colectarea și transportul deșeurilor din cadrul studiului rezultă *„la nivelul zonei de colectare ... Mare există platforme de colectare dotate cu containere de diverse capacități (...) 3.5.1 Dotări puse la dispoziție de delegatar. Mai jos sunt prezentate dotările puse la dispoziție de delegatar: delegatarul va pune la dispoziția delegatului următoarele dotări pentru zona ... Mare în conformitate cu aplicația de finanțare (AF): (...) În conformitate cu aplicația de finanțare delegatarul mai pune la dispoziția delegatului și (...). Delegatul va furniza echipamente suplimentare necesare prestării serviciului conform cerințelor din Tabelul 3.5.1 (...) În cazul în care delegatul consideră că sunt necesare utilaje, instalații, echipamente, dispozitive suplimentare pentru desfășurarea conformă a activității, achiziția și exploatarea acestora se va realiza prin grija și cu finanțarea exclusivă a delegatului*" – pag. 29-31 din studiu de fundamentare
- La finalul cap. 4.2 – Durata contractului, se menționează că *„având în vedere definiția termenului de contract pe termen lung din Legea nr. 98/2016 (...) și ținând seama de tabelul din anexa la prezentul studiu, durata de 8 ani se consideră a fi o durată justificată*" – pag. 44 din studiu
- În cadrul anexei la studiu (pag. 202 din dosarul trimis de autoritatea contractantă prin adresa nr. 731/17.08..... înregistrată la Consiliu sub nr. 34384/18.08.....) rezultă că totalul investiției estimate ale delegatului pe perioada contractului este de 5.295.600 euro (24.100.276 lei) componenta privind investițiile în calculul costului pe activitatea de colectare și transport este pentru un contract cu o durata de 5 ani în valoare de 11,41 euro/tonă (51,93 lei), 1,44 lei/pers/lună urban și 0,72 lei/pers/luna rural iar pentru un contract cu o durata de 8 ani în valoare de 7,13 euro/tonă (32,46 lei), 0,90 lei/pers/lună urban și 0,45 lei/pers/luna rural;
- Delegatul beneficiază de exclusivitatea prestării serviciului în aria delegării, are dreptul să încaseze contravaloarea serviciului, corespunzător tarifului aprobat de delegatar; să limiteze prestarea serviciului, fără plata vreunei penalizări, cu un preaviz de 5 zile lucrătoare, dacă sumele datorate nu au fost achitate în termenele prevăzute de contractele încheiate cu utilizatorii pentru furnizarea/prestarea serviciului – pag. 45-46 din studiu de fundamentare
- Potrivit studiului costurile de achiziționare a containerelor și recipientelor, necesare realizării activității de colectare separată se includ în tariful ofertat de delegat – pag. 49 din studiu
- La pag. 53 din cadrul studiului se concluzionează că „singurul risc care ar putea fi identificat este riscul de cerere. Însă, atât în conformitate cu prevederile legii serviciilor publice menționate anterior (...) cât și în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (4) lit. a) din Ordinul ANRSC 109/2007 (...) riscul de cerere nu poate fi alocat operatorului. În

consecință nici riscul de cerere nu poate fi specific în cazul contractelor de delegare a managementului serviciilor de ..... În consecință se apreciază că regimul juridic aplicabil este cel prevăzut de Legea nr. 98/2016 (...)”

Consiliul nu va reține susținerile contestatorului având în vedere următoarele aspecte:

Potrivit considerentului 18 din Directiva 23/2014/UE „***Principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata*** *lucrări sau* ***servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea*** *lucrărilor sau a* ***serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare, chiar dacă riscul îi revine în continuare, parțial, autorității contractante sau entității contractante****. Aplicarea de norme specifice care să reglementeze atribuirea* ***concesiunilor nu s-ar justifica dacă autoritatea contractantă sau entitatea contractantă ar prelua riscul eventualelor pierderi suportate de operatorul economic, garantându-i un venit minim cel puțin egal cu investițiile efectuate și cu costurile pe care trebuie să le acopere operatorul economic în legătură cu executarea contractului****. În același timp, ar trebui precizat că a****numite aranjamente remunerate exclusiv de o autoritate contractantă*** *sau de o entitate contractantă* ***ar trebui să fie considerate concesiuni dacă recuperarea investițiilor și a costurilor suportate de operator pentru executarea*** *lucrării sau prestarea serviciului* ***depinde de cererea efectivă sau de disponibilitatea serviciului*** *sau a activului*” iar potrivit considerentului 20 din directivă „***Riscul de operare ar trebui să reiasă din factori care nu depind de părți****. Riscurile de tipul celor legate de gestionarea inadecvată, de nerespectarea contractelor de către operatorul economic sau de o situație de forță majoră nu sunt hotărâtoare în vederea clasificării drept concesiune, întrucât riscurile respective sunt inerente fiecărui contract, fie că este vorba de un contract de achiziții publice sau de o concesiune.* ***Un risc de operare ar trebui înțeles drept riscul de expunere la situațiile neprevăzute ale pieței, putând consta fie în riscul de cerere, fie în riscul de disponibilitate sau în ambele riscuri, de disponibilitate și de cerere.*** *Riscul de cerere trebuie înțeles ca riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul contractului. Riscul de ofertă trebuie înțeles ca fiind riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul contractului, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde*

cererii. În ***scopul evaluării riscului de operare, valoarea actualizată netă a tuturor investițiilor, costurilor și veniturilor concesionarului ar trebui avută în vedere în mod consecvent și uniform***".

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

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

În cauza C-348/10 Curtea a reținut la pct. 44 și 45 următoarele *„Dacă modul de remunerare este unul dintre elementele determinante pentru calificarea unei concesionări de servicii, în plus, din jurisprudență reiese că concesionarea de servicii presupune asumarea de către concesionar a riscului legat de exploatarea serviciilor în cauză.* ***Lipsa transferului către prestator al riscului legat de prestarea de servicii arată că operațiunea respectivă constituie un contract de achiziții publice de servicii, iar nu o concesionare de servicii*** *(a se vedea în special Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 26). Este necesar, așadar, să se verifice dacă prestatorul își asumă riscul legat de exploatarea serviciului. Deși acest risc poate, desigur, să fie, de la început, foarte limitat, calificarea drept concesionare de servicii impune totuși ca autoritatea contractantă să transfere către concesionar totalitatea sau cel puțin o parte semnificativă a riscului la care este expusă (a se vedea în acest sens, în special, Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 29)*", la pct. 48-50 *„Riscul legat de exploatare trebuie înțeles ca riscul de expunere la hazardul pieței (a se vedea în acest sens Hotărârea Eurawasser, citată anterior, punctul 67), care se poate traduce, printre altele, prin riscul de concurență din partea altor operatori, riscul unei inadecvări între oferta și cererea de servicii, riscul de insolvabilitate a debitorilor prețului serviciilor furnizate, riscul de lipsă a acoperirii cheltuielilor de exploatare prin încasări sau riscul de răspundere pentru un prejudiciu legat de o neîndeplinire a serviciului (a se vedea în acest sens Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 37). În schimb, riscuri precum cele legate de o proastă gestionare sau de erori de apreciere ale operatorului economic nu sunt determinante în vederea calificării unui contract drept contract de achiziții publice sau concesionare de servicii, astfel de riscuri fiind, de fapt, inerente oricărui contract, indiferent dacă acesta corespunde unui contract de achiziții publice de servicii sau unei concesionări de servicii (Hotărârea Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, citată anterior, punctul 38). Deși, astfel cum s a menționat la punctul 45 din prezenta hotărâre, riscul economic legat de exploatare poate fi, de la început, foarte limitat ca urmare a modalității de drept public de organizare a serviciului, calificarea drept concesionare de servicii impune totuși ca autoritatea contractantă să*

transfere către concesionar totalitatea sau cel puțin o parte semnificativă a riscului legat de exploatare la care este expusă" iar la pct. 59 *„Directiva 2004/17 trebuie interpretată în sensul că* ***reprezintă un „contract de servicii"*** *în sensul articolului 1 alineatul (2) litera (d) din această directivă* ***un contract prin care un contractant, în temeiul normelor de drept public și al clauzelor contractuale care guvernează prestarea acestor servicii, nu își asumă o parte semnificativă a riscului la care este expusă autoritatea contractantă***".

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

În cauza C-206/08 Curtea a reținut la pct. 51 *„Din compararea acestor două definiții rezultă că diferența dintre un contract de servicii și o concesionare de servicii constă în contraprestația lucrării.* ***Contractul de servicii presupune un echivalent financiar care este plătit direct de autoritatea contractantă prestatorului de servicii*** *(a se vedea în acest sens Hotărârea Parking Brixen, citată anterior, punctul 39),* ***în timp ce, în cazul unei concesionări de servicii, echivalentul financiar constă în dreptul de a exploata serviciul, fie singur, fie însoțit de un preț***" și pct. 53 *„În lumina criteriului prevăzut la punctul 51 din prezenta hotărâre, faptul că prestatorul de servicii este remunerat prin plăți ce provin de la terți, în speță de la utilizatorii serviciului respectiv, reprezintă una dintre formele pe care le poate lua exercitarea dreptului, recunoscut prestatorului, de a exploata serviciul*", pct. 59

„Rezultă din jurisprudența Curții că, ***în cazul în care modul de remunerare convenit rezidă în dreptul prestatorului de a-și valorifica propria prestație, acest mod de remunerare presupune ca acesta să își asume riscul legat de exploatarea serviciilor în cauză*** *(a se vedea Hotărârea citată anterior Parking Brixen, punctul 40, Hotărârea din 18 iulie 2007, Comisia/Italia, punctul 34, precum și Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Comisia/Italia, punctul 29)"*, pct. 67 *„**În cazul în care autoritatea contractantă continuă să suporte în totalitate riscul, fără a expune prestatorul hazardului pieței, atribuirea exploatării serviciului impune aplicarea formalităților prevăzute de Directiva 2004/17 în vederea protecției transparenței și a concurenței**"*, pct. 68 *„**În lipsa completă de transfer către prestator al riscului legat de prestarea de servicii, operațiunea respectivă constituie un contract de servicii** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 octombrie 2005, Contse și alții, C 234/03, Rec., p. I 9315, punctul 22, și Hotărârea din 18 iulie 2007, Comisia/Italia, citată anterior, punctele 35-37, precum și, prin analogie, în ceea ce privește o concesionare de lucrări, Hotărârea din 13 noiembrie 2008, Comisia/Italia, citată anterior, punctele 30 și 32-35). Astfel cum s a precizat la punctul 51 din prezenta hotărâre, în acest din urmă caz, echivalentul nu ar consta în dreptul de a exploata serviciul"* și pct. 80 că *„**în cadrul unui contract cu privire la servicii, autoritatea contractantă nu plătește direct o remunerație cocontractantului, ci acesta din urmă are dreptul să perceapă o remunerație de drept privat de la terți, este suficient, în sine, pentru ca respectivul contract să fie calificat drept „concesionare de servicii" în sensul articolului 1 alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/17, în măsura în care cocontractantul preia în totalitate sau cel puțin în mare parte riscul de exploatare asumat de autoritatea contractantă, chiar dacă acest risc este de la început foarte limitat datorită modalității de drept public de organizare a serviciului***".

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

În speță, din studiul de fundamentare rezultă că operatorul are exclusivitatea prestării serviciului în aria delegării, are dreptul să încaseze contravaloarea serviciului, are dreptul să limiteze prestarea serviciului, fără plata vreunei penalizări în situația neachitării în termenele prevăzute în contractele cu utilizatorii, nu îi este transferat niciun risc.

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

Consiliul nu va reține susținerile contestatorului cu privire la faptul că în cadrul modelului de contract la art. 28 alin. (1) se reglementează explicit modul de alocare a riscurilor dintre delegatar și delegat, având în vedere faptul că la data de ..... orele 18:33 sub identificatorul „[CN177133/026] Contract delegare zona 3 Centru (Barcea Mare) -03.08.....pdf.p7s”, autoritatea contractantă a postat în SEAP modelul de contract remediat, eliminând din cadrul prevederilor art. 28 faptul că prezentul contract se încheie pe propriul risc tehnice, economic și financiar.

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

Referitor la solicitarea ambilor contestatorilor cu privire la punerea la dispoziție a studiului de fundamentare, Consiliul reține următoarele:

- potrivit prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*”
- în cadrul caietului de sarcini cantități de deșeuri estimate a fi generate/colectate și fluxul acestora a avut la bază proiecția realizată la nivelul Studiului de Fezabilitate, la nivelul anului 2016

Consiliul reține că autoritatea contractantă, ar fi trebuit să pună la dispoziția operatorilor economici interesați acest studiu de fundamentare.

Față de aceste aspecte, criticile contestatorului sunt întemeiate urmând a fi admise.

Referitor la criticile cu privire la criteriile de bonitate/acces la resurse, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă a solicitat la

cap. III.2.2 ca „*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 cuantum de cel puțin 3.544.072 lei. Demonstrarea bonității/accesului la resurse se realizează prin completarea cerinței corespunzătoare în formularul DUAE din documentația de atribuire. Documentele solicitate pentru susținerea cerinței se prezintă numai de ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, până la încheierea Raportului procedurii de atribuire, cf. art. 196 alin. (2) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice. Scrisoare din partea băncilor/societăți finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul atestă că deține accesul la o finanțare în cuantum de cel puțin 3.544.072 lei pentru primele 2 luni. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pentru primele 2 luni, ofertantul/candidatul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni:*

- lichidități pe care se angajează că le va utiliza pe parcursul implementării contractului; sau

- apelarea la o instituție de finanțare (linie de credit sau alt instrument de finanțare); sau

- obținerea, în condițiile prevăzute de lege, a unui împrumut de la un alt operator economic (cu care poate avea sau nu vreo legătură prin participațiile la capitalul social).

Disponibilitatea de susținere a contractului, indiferent sub ce formă este dovedită, va trebui să conțină obiectul contractului, suma și perioada solicitată”.

În cadrul strategiei de contractare privind atribuirea contractului de delegare a serviciului de salubrizare în zona de colectare 3 Centru (pag. 138 din dosarul trimis de autoritatea contractantă prin adresa nr. 731/17.08..... înregistrată la Consiliu sub nr. 34384/18.08.....) autoritatea contractantă a justificat această cerință în sensul că „în zona de colectare 3 centru, populația și agenții economici/instituții publice din mediul rural și cel urban vor plăti un tarif direct către operatorul de colectare și transport care este obligat să își gestioneze contractarea clienților, facturarea și încasarea tarifelor aferente serviciilor prestate. Autoritatea contractantă a instituit cerința minimă de calificare privind dovedirea disponibilului de resurse financiare necesare derulării contractului în primele 2 luni de activitate în considerarea faptului că trebuie asigurată continuitatea serviciului, având în vedere impactul de mediu al activității desfășurate și faptul că încasarea venitului aferente activității este pendinte de încheierea contractelor cu utilizatorii serviciului și încasarea efectivă a contravalorii facturilor emise. Durata pentru care se solicită dovedirea disponibilului de resurse constituie intervalul minim necesar pentru încheierea contractelor cu utilizatorii

serviciului și încasarea primelor facturi. Absența resurselor financiare pentru susținerea activității până la încasarea primelor facturi constituie un risc major de neexecutare a contractului”.

În soluționare Consiliul reține faptul că potrivit modelului de contract postat pe SEAP la art. 10 alin. (4) „*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. Utilizatorii serviciilor de utilități publice, persoane fizice sau juridice, sunt obligați 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 acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, 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, 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.

Cerința în discuție este în deplină concordanță cu prevederile art. 31 alin. (2) din HG nr. 395/2016 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***”.

Față de aceste aspecte, critica contestatorului urmează să fie respinsă.

Referitor la cerința de calificare privind experiența similară, Consiliul reține următoarele:

- în cadrul fișei de date a achiziției autoritatea contractantă a impus la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala *„Informații privind experiența similară: Ofertantul trebuie să probeze că în ultimii 3 ani a prestat pe bază de contracte (1 sau mai multe) servicii similare cu cele care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, respectiv: Colectarea și transportul deșeurilor municipale și al deșeurilor similare provenind din locuințe, activități comerciale din industrie si instituții, care includ cel puțin activitatea de colectare în cantitate minimă cumulată de 92.794 tone deșeuri municipale. Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiența, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante. Operatorul economic (lider, asociat, terț susținător) va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAE din documentația de atribuire. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE (certificate/documente) urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, DOAR de către ofertantul situat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, pot fi (fără a se limita): Copii ale contractelor invocate ca experiența similară (obiect, valoare, termen de finalizare). Pentru contractele în valuta, pentru echivalență, se va utiliza cursul mediu leu/valuta comunicat de BNR aferent fiecărui an în parte."*

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul serviciilor similare cu ceea ce urmează a fi prestat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că au cunoștințele / experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte.

În cadrul strategiei, autoritatea contractantă a justificat această cerință astfel „ținând cont de anvergura și de complexitatea proiectului care va fi implementat precum și de obligațiile asumate prin contractului de finanțare, pentru realizarea acestui obiectiv se dorește contractarea unor servicii profesionale în vederea implementării cu succes a proiectului iar operatorii economici trebuie să dispună de experiența similară anterioară astfel încât achizitorul să fie protejat, iar scopul contractului să fie realizat în conformitate cu cele mai bune standarde. Cantitatea minimă cumulată de 102.488 t deșeuri municipale solide generate (în care este inclusă cantitatea colectată de 92.794 tone) în zona 3 centru s-a obținut aplicând indicele de generare a deșeurilor, care pentru județul ..... are valoarea de 0,42 kg/loc./zi pentru mediul rural și 0,96 kg/loc./zi pentru mediu urban, la totalul populației din zona 3 centru, respectiv 180.829 locuitori din mediul urban și 56.196 locuitori din mediu rural. Pragul impus pentru activitatea de colectare în cantitate

minimă cumulată de cel puțin 92.794 tone deșeuri municipale ca cerință minimă solicitată prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unei astfel de cerințe se consideră că nu este restrictivă, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea contractului și ca urmare, ofertantul câștigător căruia i se va atribui contractul trebuie să fie unul cu o experiență corespunzătoare".

Impunea ca operatorii economici să demonstreze la nivelul mai multor contracte, derulate în ultimii 3 ani a activității de colectare a unei cantități minime de deșeuri, este în deplină concordanță cu prevederile art. 178 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 98/2016 *„lista principalelor livrări de produse efectuate sau a* ***principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați***", prag care nu este disproporționat în raport de natura și complexitatea contractului.

Față de aceste aspecte Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 29 din HG nr. 395/2016 în sensul că scopul criteriilor de calificare este de a demonstra potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare și nu a restricționat participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici.

În sensul celor reținut este și Instrucțiunea nr. 2/..... a Președintelui ANAP care la art. 3 prevede „(1) Atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/ realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului- cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe

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

a) va preciza ce înțelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informații ce privesc

domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;

b) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.

(3) Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât:

a) valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, în situația în care se utilizează un reper valoric asociat cerinței;

b) cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/ prestate/executate în baza contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează să fie atribuit, în situația în care cerința este formulată în termeni cantitățivi sau prin raportare la anumiți indicatori".

Referitor la deciziile sale anterior pronunțate, aduse în sprijinul său de către contestator, Consiliul stabilește că acestea sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin HG nr. 1037/2011, în vigoare la data emiterii prezentei, care statuează, la art. 26 alin. (2): „*completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii*", iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să respingă ca nefondată această critică.

Referitor la criticile cu privire la posibilitatea operatorului de a vinde în mod direct deșeuri reciclabile în limita a 3.575 to/an, Consiliul reține următoarele:

În cadrul art. 6 din modelul de contract autoritatea contractantă ofertă dreptul și nu obligația delegatului de a *„vinde direct către reciclatori Deșeurile Reciclabile, rezultate din colectarea separată în limita unei cantități de 3.575 tone/an, la cel mai bun preț, dar după asigurarea cantității necesare desfășurării corespunzătoare a activității de sortare toate aceste contracte privind vânzarea Deșeurilor Reciclabile trebuie încheiate cu avizul conform prealabil al Delegatarului*.

Potrivit prevederilor art. 2 alin. (3) din Legea nr. 101/2006 *„Serviciul de salubrizare cuprinde următoarele activități:*

a) colectarea separată și transportul separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare provenind din activități comerciale din industrie și instituții, inclusiv fracții colectate separat, fără a aduce atingere fluxului de deșeuri de echipamente electrice și electronice, baterii și acumulatori;

b) colectarea și transportul deșeurilor provenite din locuințe, generate de activități de reamenajare și reabilitare interioară și/sau exterioară a acestora;

c) organizarea prelucrării, neutralizării și valorificării materiale și energetice a deșeurilor;

d) operarea/administrarea stațiilor de transfer pentru deșeurile municipale și deșeurile similare;

e) sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare în stațiile de sortare;

f) măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice;

g) curățarea și transportul zăpezii de pe căile publice și menținerea în funcțiune a acestora pe timp de polei sau de îngheț;

h) colectarea cadavrelor animalelor de pe domeniul public și predarea acestora către unitățile de ecarisaj sau către instalațiile de neutralizare;

i) organizarea tratării mecano-biologice a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare;

j) administrarea depozitelor de deșeuri și/sau a instalațiilor de eliminare a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare;

k) dezinsecția, dezinfecția și deratizarea"

Conform art. 2 alin. (9) din Legea nr. 101/2006 *„Unitățile administrativ-teritoriale au calitatea de deținător legal al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare, depozitate în recipientele amplasate în aria lor teritorială".*

Art. 22 alin. (2) din Legea nr. 211/2011 prevede că *„Operatorii economici care efectuează operații de colectare și transport de deșeuri au obligația să livreze și să transporte deșeurile numai la instalații autorizate pentru efectuarea operațiunilor de sortare, tratare, reciclare și depozitare, cu respectarea prevederilor art. 20".*

În speță, necesitatea autorității contractante constă în atribuirea contractului având ca obiect *„este delegarea gestiunii activităților componente ale serviciului de salubrizare a localităților din zona de colectare 3 – Centru / ... Mare, care compun „Serviciul" astfel cum este definit acesta la Articolul 1 („Definiții și interpretări") de mai sus, respectiv:*

a) ***colectarea separată și transportul separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare la stația de sortare sau tratare*** *mecano – biologică construite in cadrul CMID ... Mare, după caz*

(3) Nu constituie obiect al prezentului Contract următoarele activități:

a) măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice;

b) curățarea și transportul zăpezii de pe căile publice și menținerea în funcțiune a acestora pe timp de polei sau de îngheț;

c) colectarea cadavrelor animalelor de pe domeniul public și predarea acestora către unitățile de ecarisaj sau către instalațiile de neutralizare;

d) colectarea deșeurilor din construcții și demolări

e) dezinsecția, dezinfecția și deratizarea."

Astfel, rezultă că activitatea de sortare a deșeurilor municipale și a deșeurilor similare care se poate face doar în stațiile de sortare nu este inclusă în cadrul obiectului contractului pe care autoritatea contractantă dorește să îl încheie, operatorii economici participanți având obligația doar de a colecta separat și transporta separat deșeurile până la stația de sortare sau tratare.

Potrivit art. 2 lit. e) din Legea nr. 51/2006 ***„delegarea gestiunii unui serviciu de utilități publice*** *- acțiunea prin care o unitate administrativ-teritorială* ***atribuie unuia sau mai multor operatori, în condițiile prezentei legi, furnizarea/prestarea unui serviciu ori a unei activități din sfera serviciilor de utilități publice a cărui/cărei răspundere o are****. Delegarea gestiunii unui serviciu/unei activități de utilități publice* ***implică operarea propriu-zisă a serviciului / activității, punerea la dispoziție a sistemului de utilități publice aferent serviciului/activității delegat/delegate, precum și dreptul și obligația operatorului de a administra și exploata sistemul de utilități publice respectiv.*** *Delegarea gestiunii poate fi efectuată și de asociațiile de dezvoltare intercomunitară având ca scop serviciile de utilități publice, în numele și pe seama unităților administrativ-teritoriale membre, în baza unui mandat special acordat de acestea*".

Prevederile art. 2 alin. (3) din Legea nr. 101/2006 reglementează în mod expres și imperativ activitățile serviciul de salubrizare care pot fi delegate, printre acestea neregăsindu-se activitatea de valorificarea directă a unei cantități de deșeuri.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să admită această critică.

Autoritatea contractantă nu poate impune operatorilor economici săvârșirea unor contravenții prin invocarea prevederilor art. 2 alin. (12) din Legea 101/2006 care dispun că *„Proiectele finanțate din fonduri europene nerambursabile se implementează în conformitate cu prevederile contractului de finanțare"* cu atât mai mult cu cât cererea de finanțare a fost elaborată de aceasta și se prezumă că a fost întocmită în conformitate cu prevederile legale.

Față de aceste aspecte, critica contestatorului este întemeiată urmând a fi admisă.

Referitor la durata prea scurtă a perioadei de mobilizare, Consiliul reține următoarele:

- Prin răspunsul la clarificări nr. 591/492/01.08..... autoritatea contractantă a menționat faptul că „perioada de mobilizare se majorează la 90 de zile”;
- Potrivit prevederilor art. 2 alin. (8) din Legea nr. 101/2006 *„La nivelul unităților administrativ-teritoriale, transportul deșeurilor municipale și al deșeurilor similare colectate separat, de la deținătorii de deșeuri, se efectuează numai de către operatorii licențiați care au contracte de delegare a gestiunii încheiate cu autoritățile administrației publice locale respective sau, în cazul gestiunii directe, au hotărâre de dare în administrare a acestei activități*”;
- Conform art. 12 alin. (1) și (2) din OUG nr. 195/2005 „d*esfășurarea activităților existente precum și începerea activităților noi cu posibil impact semnificativ asupra mediului se realizează numai în baza autorizației/autorizației integrate de mediu. Procedura de emitere a autorizației de mediu și lista activităților supuse acestei proceduri sunt stabilite prin ordin al conducătorului autorității publice centrale pentru protecția mediului*” și art. 14 alin. (2) din ordonanță *„Funcționarea fără autorizație de mediu este interzisă pentru activitățile care fac obiectul procedurii de autorizare din punct de vedere al protecției mediului*”;
- Astfel potrivit Anexei nr. 1 – Lista activităților supuse procedurii de emitere a autorizației de mediu la Procedura de emitere a autorizației de mediu care constituie anexa la Ordinul MMDD nr. 1798/2007 activitatea de „....., depoluare și activități similare – cod CAEN 9003” constituie activitate cu impact semnificativ de mediu, și se poate desfășura numai în baza autorizație de mediu.

Rezultă fără putință de tăgadă că autorizația de mediul este un înscris obligatoriu pentru desfășurarea activității ce constituie obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 10 alin. (1) din Ordinul MMDD nr. 1798/2007 care dispune că „termenul de eliberare a autorizației de mediu este de maximum 90 de zile lucrătoare de la data depunerii documentației complete” coroborat cu faptul că autoritatea contractantă a impus un termen de mobilizare de 90 de zile calendaristice, față de aceste aspecte atât prin răspunsul la notificarea prealabilă formulată de contestator cât și în cadrul formularului 9.1. - Perioada de mobilizare revizuit, postat în SEAP la data de ..... orele 18:53 sub identificatorul „[CN177133/028] Formular 9.1. _07.08.....docx.p7s” autoritatea contractantă a prelungit termenul de mobilizare de la 90 de zile la 120 de zile, termen care este unul rezonabil pentru obținere autorizației de mediu.

Susținerile contestatorului cu privire la faptul că *„din experiența recentă a sa în obținerea autorizațiilor impuse de lege, s-a demonstrat practic, termenul de emitere s-a prelungit până la 6 luni”* motiv pentru care solicită un termen de mobilizare de 180 de zile, nu vor fi luate în considere în soluționarea prezentei, având în vedere că termenul maxim impus de prevederile art. 10 alin. (1) din Ordinul MMDD nr. 1798/2007 este expres și imperativ și începe să curgă de la momentul în care documentația a fost completă, imposibilitatea obținerii autorizației de mediu în termenul reglementat de art. 10 nu poate fi imputată autorității contractante.

Față de aceste aspecte Consiliul urmează să respingă ca nefondată această critică.

Referitor la criticile cu privire la nelegalitatea obligației de menținere a continuității serviciului, instituită în sarcina operatorului, Consiliul reține următoarele:

- În cadrul modelului de contract la art. 50 autoritatea contractantă a menționat că *„**Părțile convin ca la încetarea din orice cauze a Contractului**, prevederile privind **obligațiile Delegatului de menținere a continuității Serviciului pentru o perioadă de maxim 90** (nouăzeci) de Zile, precum și Articolul 11 („Redevența”), Articolul 52 („Legea aplicabilă și soluționarea litigiilor”), Articolul 28 („Răspunderea, penalități și despăgubiri în sarcina Delegatului”), Articolul 32 (“Recuperarea debitelor”), Articolul 40 („Confidențialitate”), Articolul 42 („Taxe”) și Articolul 51 („Declarații și garanții”) vor rămâne în vigoare și își vor produce efectele în legătură cu toate aspectele contractuale care pot apărea sau se pot menține în continuare după Data Încetării Contractului*.”
- De asemenea la art. 37 din modelul de contract autoritatea contractantă a reglementat cauzele de încetare a contractului astfel: *„(1) Prezentul Contract încetează în următoarele situații:*
  a) la expirarea duratei pentru care a fost încheiat, daca Părțile nu convin, în scris, prelungirea acestuia conform prevederilor Articolului 3 („Durata Contractului, Perioada de Mobilizare și Data Începerii”), și conform Legii în vigoare la data prelungirii;
  b) în cazul în care interesul național sau local o impune, prin denunțarea unilaterală de către Delegatar, cu plata unei despăgubiri juste și prealabile în sarcina Delegatarului;
  c) în cazul nerespectării obligațiilor contractuale de către Parți, prin reziliere, conform Articolului 38 („Rezilierea Contractului”), prin reziliere cu plata unei despăgubiri în sarcina Părții în culpă;
  d) în cazul imposibilității obiective a Delegatului de a presta Serviciul, ca urmare a intervenției unui eveniment de Forță Majoră, în condițiile prevăzute la Articolul 33 („Forța Majoră”), fără plata unei despăgubiri;
  e) în situația în care, în urma parcurgerii procedurilor speciale prevăzute la Articolul 34 („Menținerea echilibrului contractual”), este permisă încetarea Contractului;

f) în cazul falimentului Delegatului;

g) în cazul lipsei, retragerii sau încetării valabilității licenței de operare a Delegatului;

h) dacă Părțile convin încetarea Contractului, prin act adițional la acesta, respectând Legea aplicabilă, în vigoare la acea dată".

- art. 33 alin. (2) și alin. (3) din Legea nr. 51/2006 reglementează situațiile excepționale și procedura ce trebuie urmată de autoritățile administrației publice locale în situația în care contractul nu ajunge la termen *„Autoritățile administrației publice locale adoptă în maximum 30 de zile hotărârile necesare pentru asigurarea furnizării/prestării serviciilor/ activităților de utilități publice în oricare dintre următoarele situații:*

a) revocarea, abrogarea, anularea sau încetarea în orice alt mod a efectelor hotărârii de dare în administrare;

b) încetarea înainte de termen a contractului de delegare a gestiunii;

c) neacordarea, retragerea sau încetarea valabilității licenței.

(3) Operatorii serviciilor de utilități publice aflați în oricare dintre situațiile prevăzute la alin. (2) au obligația, la solicitarea autorităților administrației publice locale, de a asigura continuitatea furnizării/prestării serviciilor/activităților din sfera serviciilor de utilități publice până la data desemnării noului operator, dar nu mai mult de 90 de zile", prevederi de care autoritățile contractante nu trebuie să abuzeze și să le aplice și ulterior când contractul a ajuns la termen.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să admită critica și să oblige autoritatea contractantă să stabilească în mod clar și conform acestor prevederi legale situația în care operatorii serviciilor de colectare selectivă și transport vor fi obligați să continue prestarea acestor servicii.

Referitor la obligarea operatorului economic la realizarea curățeniei domeniului public din jurul punctelor de colectare pe o rază de 10 metri, Consiliul reține următoarele:

- În cadrul caietului de sarcini autoritatea contractantă a impus la art. I.2.1 lit. f) că *„prestarea serviciului de salubrizare la toți utilizatorii din zona pentru care are contract de delegare a gestiunii, cu excepțiile rezultate din situația contractelor în vigoare, așa cum rezultă din Situația contractelor cu actualii operatori de salubrizare în zona 3 Centru- Barcea Mare, colectarea întregii cantități de deșeuri municipale și să lase în stare de curățenie spațiul destinat depozitării recipientelor de colectare selectivă pe o raza de 10 m în jurul perimetrului punctului de colectare selectiva dacă este cazul;"* iar la art. III.4.6 alin. (2) *„Delegatul va curăța platforma de depozitare după fiecare colectare a deșeurilor, în perimetrul acesteia și pe o raza*

de 10 m în jurul perimetrului acesteia, astfel încât să nu rămână gunoaie împrăștiate, dacă este cazul"

În susținerea acestei cerințe, autoritatea contractantă în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă invocă prevederile art. 18 alin. (5) din Ordinul ANRSC nr. 82/2015 „*Menținerea în stare salubră, ventilarea, deratizarea, dezinfecția și dezinsecția punctelor de colectare revin persoanelor fizice și/sau juridice în cazul în care acestea se află în spații aparținând utilizatorului ori operatorului în cazul când acestea sunt amplasate pe domeniul public"*.

În soluționarea acesteia, Consiliul reține că în cadrul art. 2 alin. (3) din modelul de contract, autoritatea contractantă a menționat că măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice și curățarea și transportul zăpezii de pe căile publice și menținerea în funcțiune a acestora pe timp de polei sau de îngheț nu constituie obiect al acestui contract.

Față de aceste aspecte, impunerea de a curăța domeniul public pe o rază de 10 m în jurul perimetrului platformei de depozitare este în afara obiectului contractului prevederile legale invocate fiind aplicabile în cadrul punctelor de colectare și nu în exteriorul acestora; măturatul, spălatul, stropirea și întreținerea căilor publice și curățarea și transportul zăpezii de pe căile publice și menținerea în funcțiune a acestora pe timp de polei sau de îngheț reprezentând activități distincte în cadrul serviciul de salubrizare, astfel cum prevede art. 2 alin. (3) lit. f) și g) din Legea nr. 101/2006.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să admită această critică.

Referitor la criticile cu privire la modificarea unilaterală a contractului Consiliul reține următoarele:

- În cadrul modelului de contract autoritate contractantă a menționat la art. 5 alin. (1) lit. i) că „*Delegatarul are următoare drepturi, pe care le va exercita însă în corelare cu regulamentele, politicile tarifare și programele și strategiile de dezvoltare adoptate pentru Aria Delegării: (...) să modifice unilateral 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;*" și la art. 36 – Modificarea unilaterală a părții reglementare
  a contractului de către delegatar că „*Delegatarul poate modifica unilateral cerințele legate de modul de gestiune și de prestare a Serviciului care sunt prevăzute în Regulamentul Serviciului sau Caietul de Sarcini al Serviciului, atașate ca Anexele nr. 1 și nr. 2 la prezentul Contract, prin modificarea acestor documente și înlocuirea respectivelor anexe, prin act adițional la Contract, cu noul Regulament*

al Serviciului și/sau noul Caiet de Sarcini al Serviciului după caz. In cazul în care aceste modificări afectează echilibrul contractual se vor aplica prevederile Articolului 34 („Menținerea echilibrului contractual”)”.

- Potrivit art. 221 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 „*Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații: a) atunci când modificările, indiferent dacă sunt sau nu sunt evaluabile în bani și indiferent de valoarea acestora, au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului sau orice alte opțiuni*” coroborat cu alin. (2) „*În situația prevăzută la alin. (1) lit. a), 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 achiziție publică sau al acordului-cadru*”

Dreptul autorității publice contractante de a modifica unilateral partea reglementară a contractului se fundamentează pe dreptul său exclusiv de a constata modificarea interesului public și de a adapta în consecință serviciul public. Contractantul nu va putea contesta oportunitatea măsurii. Acest drept al administrației nu poate fi exercitat însă în mod discreționar, ci numai dacă respectiva modificare este cerută de o mai bună adaptare a contractului la necesitățile satisfacerii interesului public. Autoritățile publice competente organizează serviciile publice, în regim de drept public, în scopul satisfacerii unui interes public. În măsura în care autoritatea contractantă constată o modificare a interesului public, aceasta poate, prin acte administrative de autoritate, să modifice condițiile de desfășurare a serviciului public ori chiar să desființeze serviciul public, modificând sau, după caz, punând capăt contractului. Acest drept nu poate fi restrâns sau limitat prin contractul administrativ.

În cazul denunțării unilaterale, despăgubirea având un caracter prealabil, contractul nu va înceta decât în momentul în care autoritatea publică a plătit despăgubirea contractantului. Despăgubirea va trebui să acopere atât prejudiciul efectiv suferit (damnum emergens), cât și beneficiul nerealizat (lucrum cessans).

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă nu a prevăzut în cadrul documentației de atribuire modalitatea de modificare a contractului și compensația aferentă, într-o

modalitate clară, precisă și neechivocă, și fără a se altera natura generică a contractului inițial.

În susținerea acestui argument este și Decizia CCR nr. 390/..... în cadrul căruia „Curtea reține că acesta, prin conținutul său normativ, reglementează posibilitatea partenerului public în condițiile notificării prealabile a partenerului privat și a societății de proiect, ca, „din motive excepționale legate de interesul național sau local", să modifice unilateral „anumite prevederi ale contractului de parteneriat public-privat", dacă această posibilitate a fost inclusă în documentația de atribuire într-o modalitate clară, precisă și neechivocă, și fără a se altera natura generică a contractului inițial, sau să denunțe unilateral contractul de parteneriat public-privat, în condițiile legii. De asemenea, distinct de motivele excepționale legate de interesul național sau local, Curtea observă că art. 38 alin. (1) lit. a) din lege prevede aplicabilitatea reglementărilor referitoare la modificarea unilaterală a contractului prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare. (...) Curtea reține, însă, că măsura modificării unilaterale a contractului în cursul perioadei sale de valabilitate este un instrument util și necesar aflat la îndemâna partenerului public, care, în acest fel, poate controla modul de executare a contractului, dar îl și poate adapta în funcție de situațiile neprevăzute apărute în executarea acestuia. Un atare considerent are în vedere natura obiectului parteneriatului public-privat, respectiv realizarea sau, după caz, reabilitarea și/sau extinderea unui bun ori a unor bunuri destinate prestării unui serviciu public și/sau operării unui serviciu public. (...) . Curtea reține că legea poate stabili condiții, termene sau obligații în legătură cu exercitarea acestui drept, însă nu poate afecta în sine substanța dreptului. Or, prin prisma analizei de proporționalitate dezvoltate în jurisprudența Curții Constituționale (a se vedea, în acest sens, Decizia nr. 266 din 21 mai 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 443 din 19 iulie 2013), se constată că, de principiu, deși modificarea și denunțarea unilaterală a contractului urmăresc un scop legitim, respectiv prestarea sau operarea în bune condiții a unui serviciu public, modul defectuos de redactare a textului analizat imprimă acestuia un conținut normativ care nu este nici adecvat și nici necesar, afectând justul echilibru care trebuie păstrat între interesele partenerului public și al celui privat pentru atingerea scopului urmărit".

Față de acest aspecte, Consiliul urmează să admită această critică.

Referitor la contestația formulată de SC ..... SA Consiliul reține următoarele:

Cu privire la critica referitoare la cantitatea de deșeuri anuale ce urmează a fi colectate Consiliul reține faptul că în cadrul caietului de sarcini la pag. 18 se menționează următoarele:

„Conform proiecției realizată la nivelul Studiului de Fezabilitate, la nivelul anului 2016 au fost estimate a fi generate următoarele cantități de deșeuri:

*-**Cantitatea de deșeuri generată în zona de colectare 3 Centru Barcea Mare 100.579 tone/an**, din care*

-deșeurile biodegradabile ce vor fi compostate individual (1635 t/an) fiind deviate de la colectare&transport și depozitare; acestea nu vor mai intra în fluxul de colectare, compostul fiind utilizat în gospodăriile rurale, iar delegatul va colecta anual de la gospodăriile rurale doar informațiile referitoare la cantitatea de deșeuri biodegradabile supusă compostării, în vederea raportării cantităților deviate de la depozitare.

-deșeuri reciclabile colectate separat 34.940 t/an din care deșeurile ce au o calitate corespunzătoare pot fi dirijate de către operatorul de ..... la reciclare directă generându-i venituri din vânzare (cantitatea estimata în AF este 3525 t/an), iar 31.415 t/an vor fi transportate de operatorul de ..... la stația de sortare din cadrul CMID Barcea Mare în vederea sortării și valorificării ulterioare de către operatorul CMID. Această prevedere este corelata cu art. III.6.8 din Cap III al prezentului Caiet de sarcini.

-deșeuri colectate în amestec (biodegradabile și reziduale) 57.854 t/an care vor fi transportate de delegat la stația de tratare mecano-biologică din cadrul CMID Barcea Mare.

- deșeurile stradale 6050 t/an vor avea următorul flux:

- cele din zona urbană 5755 t/an vor fi colectate și transportate de către operatorii de salubrizare stradală la CMID Barcea Mare; - conform Anexei 3

- cele din zona rurală 295 t/an vor fi colectate și transportate de către operatorul zonal la CMID Barcea Mare. – conform Anexei 3

*-**deșeurile voluminoase (1.374 t/an) si deșeurile periculoase din gospodarii (535 t/an)** vor fi transportate de delegat la Centrul de Colectare din cadrul CMID Barcea Mare. Deșeurile voluminoase vor fi sortate si valorificate partial de catre operatorul CMID, iar reziduurile nevalorificabile, maruntite vor fi depozitate de catre operatorul CMID in depozitul conform de deșeuri Barcea Mare."*

Rezultă astfel o cantitate de 102.488 tone, astfel cum a menționat autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere.

În cadrul anexei la Strategia de contractare, referitoare la calculul valorii estimate, autoritatea contractantă a menționat în cadrul notei *„nivelul redevenței s-a stabilit conform studiului de oportunitate pag. 64,*

respectiv 53,18 lei/tonă deșeu colectat", valoarea redevenței fiind calculată prin înmulțirea cantității de deșeu cu nivelul redevenței.

Față de aceste aspecte, Consiliul urmează să respingă ca nefondată această critică.

Față de cele mai sus menționate în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite în parte, contestațiile formulate de SC ..... SRL și SC ..... SA ambele în contradictoriu cu ...„...JUDEȚUL ....." și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei să pună la dispoziția operatorilor economici interesați studiu de fundamentare, să elimine din cadrul documentației de atribuire posibilitatea de a vinde direct deșeuri reciclabile și de a realiza curățenia pe o raza de 10 m în jurul punctelor de colectare, de a reformula prevederile cu privire la menținerea continuității serviciului și la modificarea unilaterală a contractului.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca nefondate celelalte critici.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte, contestațiile formulate de SC ..... SRL și SC ..... SA ambele în contradictoriu cu ...„...JUDEȚUL ....." și obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei să pună la dispoziția operatorilor economici interesați studiu de fundamentare, să elimine din cadrul documentației de atribuire posibilitatea de a vinde direct deșeuri reciclabile și de a realiza curățenia pe o raza de 10 m în jurul punctelor de colectare, de a reformula prevederile cu privire la menținerea continuității serviciului și la modificarea unilaterală a contractului.

Respinge ca nefondate celelalte critici.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 46 (patruzecișișase) pagini.