

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația nr. 688/26.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 52608/26.10.2022, formulată de ...SRL, cu sediul în ... înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ... reprezentată legal prin director general ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., lider în cadrul Asocierii formată din ... și ..., cu sediul în ...reprezentată convențional prin ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „*Proiectare-execuție-operare a stației de transfer și a instalației de tratare mecano-biologică cu digestie anaerobă ..., ...*”, s-a solicitat „*să se constate că procedura și documentația de atribuire încalcă prevederile legislației în materia achizițiilor publice și este afectată în mod grav de vicii de fond și de formă care fac imposibilă continuarea procedurii de achiziție publică și să se dispună măsurile de remediere necesare pentru corectarea încălcărilor regulilor privind achizițiile publice înainte de atribuirea contractului, iar în cazul în care măsurile corective de remediere necesare nu sunt posibil a fi realizate mai înainte de finalizarea procedurii să se dispună anularea procedurii de achiziție publică, așa cum dispun art. 26 alin. (3) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016 și art. 1 din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016*”.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 52608/26.10.2022, ...SRL critică documentația de atribuire elaborată de ..., în calitate de lider în cadrul Asocierii formată din ... și ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În prealabil, ...SRL prezintă argumente în justificarea cererii de suspendare, alături de motivele esențiale pentru care, în opinia sa, se justifică anularea procedurii de atribuire, respectiv:

1. procedura de achiziție publică se bazează pe un Studiu de fundamentare greșit și incomplet;

2. procedura de achiziție are la bază documente, (fișa de date) incorecte cu trimiteri la acte normative abrogate;

3. procedura de atribuire conține documente cu cerințe și dispoziții contradictorii ce nu respectă Avizul conform condiționat nr. 23781/07.10.2022 emis de ANAP în privința garanției de buna execuție.

4. procedura de achiziție cuprinde în documentația de atribuire (Acordul contractual și condițiile contractuale) clauze nelegale.

5. procedura de achiziție publică are la baza documente nelegale (anunțul de participare și fișa de date) cu includerea unor criterii de atribuire nelegale.

6. procedura de achiziție publică are o documentație ce cuprinde cerințe care împiedică, restrâng și denaturează concurența.

7. procedura de achiziție a fost inițiată cu nerespectarea dispozițiilor legale în privința calendarului procedurii referitor la termenul de depunere a ofertelor.

Subliniază contestatorul că particularitatea acestei proceduri este că autoritatea contractantă a propus în obiectul contractului de achiziție publică, și serviciile de administrare și operarea stației de transfer, precum și administrarea și operarea stației de tratare mecano-biologică cu digestie anaerobă pe o durată de 10 ani, valoarea estimată a întregului contract fiind de 773.493.596 RON, fără TVA, din care 592.836.403 lei, fără TVA, este valoarea estimată a serviciilor de operare pe o durată de 10 ani.

Potrivit contestatorului, caracterul de complexitate al contractului propus necesită un interval de timp mai lung decât durata minimă pentru conceperea unei oferte tehnice și financiare corespunzătoare complexității proiectului.

În continuare, contestatorul dezvoltă, pe larg, motivele contestației, precizând următoarele:

1. Procedura de atribuire se bazează pe un Studiu de fundamentare care nu respectă dispozițiile legale privind managementul riscurilor contractuale, iar documentația de atribuire prezintă o neconcordanță evidentă între Studiul de fundamentare și documentația de atribuire, în special în privința identificării și alocării riscurilor, legislația aplicabilă situației examinate fiind Directiva 2014/24/UE, Legea nr. 100/2016, H.G. nr. 867/2016, Legea nr.98/2016, Legea nr.101/2016.

Se precizează că, potrivit prevederilor Studiului de fundamentare, proiectul nu presupune riscuri care să fie transferate semnificativ operatorului economic, precizare eronată, nefondată și care a viciat grav procedura de atribuire fundamentând o decizie nelegală a autorității contractante.

Astfel, susține contestatorul, studiul nu ia în calcul toate riscurile contractuale, prezintă o greșită alocare a riscurilor și nu analizează

riscurile contractuale în conformitate cu normele metodologice de aplicare a Legii nr. 100/2016.

În privința riscurilor generale ale contractului alocate eronat în studiu, se învederează următoarele:

Riscul privind inflația (Risc 20, Studiu de oportunitate TMB, fila 24), care conduce la creșterea costurilor de operare ca urmare a creșterii costurilor cu materiile prime și energia utilizate, a fost alocat, în mod eronat, autorității contractante, în realitate, acest risc este 100% al operatorului economic direct afectat de inflație.

Riscul privind creșterile de preț ale carburanților și combustibilului (Risc 23, Studiu de oportunitate TMB, fila 24), ce conduce la creșterea costurilor de operare, este alocat în mod eronat autorității contractante, fiind inevitabile creșterile de preț ale carburanților și combustibilului pe o perioadă de timp de operare de 10 ani, aceste costuri majorate fiind suportate direct și integral de către operatorul economic.

Riscurile asociate perioadei de operare privind o cantitate de deșeu conformă mai mică sau mai mare decât cea proiectată pentru a fi eficientă activitatea de operare (Risc 10, Studiu de oportunitate TMB, fila 22 și Risc 9, Studiu de oportunitate TMB, fila 22), este alocat în mod eronat autorității contractante, fiind în realitate un risc suportat, în mod direct și integral, de către operatorul economic așa cum reiese din prevederile caietului de sarcini și formei de contract impuse.

Riscul privind gradul de impurificare ridicat al deșeurilor colectate este alocat în mod eronat către autoritatea contractantă (Risc 8, Studiu de oportunitate TMB, fila 21), fiind în realitate un risc suportat direct și integral de către operatorul economic deoarece este o situație asimilată "compoziției" deșeurilor față de care autoritatea contractantă impune acceptarea prin caietul de sarcini, iar operatorul economic nu desfășoară și activitatea de colectare a deșeurilor, operatorul fiind obligat să opereze cu deșeurile care îi sunt livrate, scăderea cantităților valorificabile din cauza gradului de impurificare conduce la scăderea veniturilor operatorului economic și la neîndeplinirea cerințelor contractuale.

Pe de altă parte, se apreciază că acest risc nu este aplicabil în cazul operării unei instalații TMB (tratare mecano-biologică), fiind aplicabil în cazul operării unei stații de sortare, în cadrul căreia se sortează deșeuri reciclabile colectate selectiv. Problema gradului de impurificare a deșeurilor se ridică în cazul colectării separate a deșeurilor reciclabile, în sensul că în recipientele de precollectare a deșeurilor dedicate pentru deșeurile reciclabile, utilizatorii serviciului precollectează și alte tipuri de deșeuri, conducând astfel la un grad de impurificare a deșeurilor reciclabile.

Riscul privind cerințele suplimentare referitoare la reglementările de mediu și legislative privind desfășurarea activității de operare este alocat în mod eronat autorității contractante, acesta fiind un risc suportat

în mod direct și integral de către operatorul economic așa cum reiese și din cuprinsul contractului condiții generale - subclauza 10.1.

Pe de altă parte, există, în opinia contestatorului, riscuri reale ale contractului de operare neanalizate în Studiul de fundamentare, cum ar fi:

Riscurile privind furnizarea utilităților necesare operării este un risc real neanalizat în Studiul de fundamentare, risc care revine în mod direct și integral operatorului economic care urmează să încheie contracte de furnizare pentru utilități, deși în caietul de sarcini se arată că lucrările privind rețeaua de alimentare cu energie electrică nu sunt contractate și nici realizate, fiind obiect al unui viitor contract de achiziție publică GL-CL-04.

Riscul privind condițiile neprevăzute în operare este un risc real neanalizat în Studiul de fundamentare, risc care revine în mod direct și integral operatorului economic.

Riscul privind întârzieri în autorizarea activității de operare este un risc real care revine în mod direct și integral operatorului economic și nu a fost analizat în Studiul de fundamentare.

Riscul privind necorelarea activității de colectare și transport a deșeurilor cu activitatea de operare nu au fost analizate, deși activitățile de colectare și transport vor fi desfășurate de alți operatori economici, existând un risc real ce afectează în mod direct și integral operatorul economic.

Riscul privind întreținerea și repararea echipamentelor și instalațiilor este un risc care nu a fost analizat în Studiul de fundamentare, risc ce revine în mod direct și integral operatorului având în vedere perioada lungă de timp de 10 ani în care operatorul trebuie să asigure funcționarea instalațiilor și echipamentelor.

Se precizează că, în conformitate cu Directiva 2014/24/UE și Ghidul orientativ în achiziții publice în proiecte finanțate de fonduri structurale și de investiții europene, întocmit de Comisia Europeană în consultare cu Banca Europeană de Investiții, evaluarea riscurilor trebuie să poată identifica și cuantifica toate riscurile asociate proiectului. De asemenea, se arată că Ghidul european al achizițiilor publice precizează că alegerea procedurii trebuie făcută și justificată în etapa de planificare a achiziției publice, iar riscurile nu trebuie alocate contractual decât către partea care le poate controla.

Așadar, contestatorul susține următoarele:

- printr-o analiză eronată și incompletă de alocare a riscurilor contractului prin Studiul de fundamentare, autoritatea contractantă a aplicat, în mod nelegal, procedura de achiziție potrivit Legii nr. 98/2016, în realitate și în mod legal, fiind aplicabilă procedura de atribuire conform Legii nr. 100/2016 privind concesiunea de lucrări și servicii.

- modalitatea de management a riscurilor contravine dispozițiilor Ordinului ANRSC nr. 109/20071 privind aprobarea Normelor

metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate a localităților.

- Studiul de fundamentare nu este actualizat cu modificările legislative apărute, respectiv ORDIN ANRSC nr. 640/2022 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate; Ordonanța de Urgență nr. 133/2022 pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor, precum și a Legii serviciului de salubritate a localităților nr. 101/2006.

În opinia contestatorului, situația încalcă normele legale privind achizițiile publice, fiind încălcate dispozițiile art. 229 și art. 230 din Legea nr. 98/2016, o parte semnificativă a riscurilor de operare (care reprezintă valoric și ca durată majoritatea obiectului contractului propus de autoritatea contractantă) fiind transferată operatorului economic, situație în care contractul nu poate fi considerat de achiziție publică, ci de concesiune.

În concluzie, având în vedere faptul că Studiul de fundamentare întocmit eronat și incomplet viciază pe fond procedura de achiziție publică, contestatorul apreciază că se impun măsurile de remediere necesare în sensul refacerii studiului de fundamentare care a stat la baza procedurii de achiziție publică, iar în cazul în care măsura corectivă nu se poate dispune fără a influența decisiv procedura, se impune anularea procedurii de achiziție publică.

2. Prin fișa de date, autoritatea contractantă transmite informații legislative eronate referitoare la modalitatea de ajustare a prețului contractului în perioada de operare, fiind încălcate prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, ajustarea sau modificarea tarifelor efectuându-se în conformitate cu normele metodologice aprobate de ANRSC.

Astfel, se arată că în cuprinsul fișei de date, autoritatea contractantă a menționat că pentru perioada de operare, ajustarea prețului contractului se va face cu respectarea cerințelor Ordinului președintelui ANRSC nr. 109/2007, ordin care a fost abrogat prin Ordinul președintelui ANRSC nr. 640/30.09.2022, publicat în M.Of. din 11.10.2022.

În concluzie, contestatorul apreciază că se impune adoptarea măsurilor de remediere constând în modificarea fișei de date în sensul că ajustarea prețului contractual se va face cu respectarea normelor în vigoare, și nu a celor abrogate, iar în cazul în care măsura nu poate fi dispusă fără a fi afectată continuarea procedurii să se dispună anularea procedurii de atribuire.

3. De asemenea, se arată că procedura de atribuire conține cerințe și dispoziții contradictorii ce nu respectă Avizul conform condiționat nr. 23781/07.10.2022, emis de ANAP în privința garanției de bună execuție,

fiind încălcate prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care se impun măsurile de corectare și remediere necesare în sensul modificării fișei de date a achiziției publice pentru a stabili valoarea la care se raportează garanția de buna execuție în perioada de operare și cota procentuală a garanției de bună execuție, iar în măsura în care nu este posibilă modificarea fișei de date, să se dispună anularea procedurii de achiziție publică.

4. Prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile legale privind modalitatea de stabilire a tarifelor de către operatorul economic, fiind încălcat Ordinul ANRSC nr. 640/2022.

Astfel, se arată că cerințele privind suportarea din profitul operatorului economic a costurilor cu alimentarea cu energie electrică sunt contrare dispozițiilor legale, în privința cotei de profit a operatorului economic fiind aplicabile dispozițiile art. 29 alin. (14) din Normele metodologice din 30 septembrie 2022 de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate, emise de Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice - A.N.R.S.C. și publicate în Monitorul Oficial nr. 984 bis din 11 octombrie 2022.

Prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a impus cerințe nelegale privind suportarea din profit de către operator a costului cu energia electrică necesară tehnologic și administrativ în derularea contractului.

Se subliniază că această normă juridică și acceptarea ofertei financiare de către autoritatea contractantă trebuie să asigure garanția și stabilitatea operatorului economic ca pe durata lungă a contractului de 144 luni va obține cota de profit ofertată și acceptată de către autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, se arată că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă penalizează operatorul economic dacă energia electrică produsă de instalația de procesare a biogazului nu este suficientă pentru acoperirea consumului de energie aferent exploatării obiectului contractului, respectivul cost urmând a fi suportat din profitul operatorului antreprenor, situație și clauză total nelegală.

Prin documentația de atribuire, se arată că autoritatea contractantă a impus cerințe nelegale privind suportarea de către operator a costului cu taxa de depozitare și tariful de depozitare pentru deșeurile tratate prin digestie anaerobă care impun ca operatorul antreprenor să suporte din cota de profit taxa și tariful de depozitare: Cantitatea de digestat deshidratat și uscat trimisă la depozitare ca procent din cantitatea de deșeurii tratate prin digestive anaerobă (%) Valoare indicator: Max. 17% anual (până în 2029) și Max. 14% anual (perioada 2030-2034), fiind încălcate prevederile art. 29 alin. (14) din Normele metodologice aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 640/2022.

De asemenea, se subliniază că Normele metodologice aprobate prin Ordinul nr. 640/2022, emis de președintele ANRSC (art. 22 alin. 1 și alin. 2 și art. 29 alin. 14) prevăd că în structura pe elemente de cheltuieli a tarifelor nu se includ penalități, iar cota de profit este în permanență la nivelul celei ofertate și acceptate de autoritatea contractantă.

Prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a impus, după cum se arată, cerințe nelegale privind suportarea de către operator a costului cu taxa de depozitare și tariful de depozitare pentru deșeurile tratate prin digestie anaerobă - subclauza 35b.7pct. 1.2.1 din Acordul contractual, care impun ca operatorul antreprenor să suporte din cota de profit taxa și tariful de depozitare, având în vedere că, așa cum s-a precizat anterior, Normele metodologice aprobate prin Ordinul nr. 640/2022, emis de președintele ANRSC (art. 22 alin. 1 și alin. 2 și art. 29 alin. 14) prevăd că în structura pe elemente de cheltuieli a tarifelor nu se includ penalități, iar cota de profit este în permanență la nivelul celei ofertate și acceptate de autoritatea contractantă.

5. Anunțul de participare și fișa de date cuprind criterii de atribuire nelegale, astfel se arată că, Criteriul nr. 6: "*Cea mai mare valoare ofertată pentru indicele de generare a biogazului*" cu o pondere de 10% nu are nicio legătură cu obiectul contractului de achiziție publică, nu aduce niciun avantaj economic autorității contractante și nu are un caracter obiectiv, fapt ce încalcă prevederile art. 187 din Legea nr. 98/2016 și normele din Directiva 2014/24/UE.

Având în vedere faptul că obiectul contractului de achiziție publică nu este reprezentat de producerea și furnizarea de biogaz obținut din deșeuri menajere către autoritatea contractantă, contestatorul susține că nu există nicio legătură între criteriul de atribuire "*indicele de generare a biogazului*" și obiectul contractului.

De asemenea, se precizează că îndeplinirea sau atingerea unui anumit indice de generare a biogazului de către operatorul economic nu aduce niciun avantaj economic autorității contractante, în plus, nu se indică un nivel minim și un nivel maxim acceptat al așa-numitului "indice de generare a biogazului", situație în care lipsa indicării unui interval nu permite depunerea de oferte cu marje concurențiale.

Nu în ultimul rând, se apreciază că acest factor de evaluare nu are un caracter obiectiv, întrucât nu îndeplinește condiția de a fi măsurabil, nu este un indice standardizat la nivel European și depinde de tipul, calitatea și cantitatea de deșeu, fiind impus de autoritatea contractantă în contradicție cu prevederile art. 67 din Directiva 2014/24/UE și art. 187 din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, se precizează că producția potențială de biogaz poate fi estimată (niciodată exprimată printr-o valoare numerică fixă) doar în funcție de disponibilitatea anumitor tipuri de deșeu, testarea atentă a potențialului de producție a biogazului și a calității biogazului

rezultat pentru o dimensionare corespunzătoare a viitoarei fabrici de biogaz.

Mai mult, se subliniază că procedura declanșată de autoritatea contractantă nu are ca obiect construirea unei fabrici de biogaz care să aducă un avantaj economic autorității contractante, iar prin alegerea acestui criteriu de atribuire autoritatea contractantă nu deține modalități care să permită verificarea informațiilor oferite de operatorii economici ofertanți, aspect sub care criteriul de atribuire este nelegal și influențează pe fond procedura de atribuire.

În privința criteriilor de atribuire publicate de autoritatea contractantă se menționează că atribuirea întregului contract se realizează conform raportului calitate-preț, însă din verificarea criteriilor se poate constata că în privința părților de proiectare și execuție criteriile de atribuire sunt cele ale prețului cel mai scăzut, iar în privința părții de operare criteriile se referă la anumite rezultate ale operării, în condițiile în care rezultatul operării depinde de factori care nu sunt sub controlul operatorului economic (cum ar fi cantitatea sau calitatea deșeurilor).

În concluzie, se apreciază că autoritatea contractantă nu stabilește criterii de atribuire obiective, unitare, clare și precise pentru întreg obiectul contractului de achiziție publică, motiv pentru care se impun măsuri de remediere în sensul schimbării factorilor de evaluare și a criteriilor de atribuire în factori și criterii unitare pentru întreg contractul de achiziție publică, iar în cazul în care măsurile de remediere nu pot fi dispuse fără a afecta continuarea procedurii de atribuire, se impune anularea procedurii de achiziție publică.

6. Formularul propunerii tehnice (Formular nr.10) cuprinde cerințe ce împiedică, restrâng și denaturează concurența, întrucât cerințele ce vizează resursele alocate fiecărei activități, denumite generic formulare C6, C7, C8, C9, și fișele tehnice ale utilajelor/echipamentelor/instalațiilor, sunt, conform HG nr. 907/2016, livrabile ale proiectului, ce pot fi realizate după realizarea PTDE și nu în faza de licitație, având în vedere caracterul acesteia. Se precizează că, în această fază, cel mult pot fi prezentate informații despre caracteristicile utilajelor/echipamentelor/instalațiilor așa cum au fost introduse în calculele de bilanț și cu informațiile necesare elaborării costurilor realiste de operare.

În concluzie, susține contestatorul, aceste cerințe sunt imposibil de realizat în această fază și trebuie eliminate din documentația de atribuire.

Într-o altă critică, contestatorul susține că documentația de atribuire cuprinde cerințe cu caracter restrictiv cu privire la procesul de compostare ce se va desfășura în interiorul unui șopron metalic ale cărui caracteristici tehnice sunt precizate, fiind îngreunat artificial accesul candidaților.

Față de acest aspect, se arată că procesul de compostare se poate desfășura în diverse tipuri de instalații, care pot fi acoperite sau descoperite și pot avea forme cilindrice sau paralelipipedice, fiecare situație fiind în strânsă corelare cu tehnologia operatorului economic.

Astfel, în opinia contestatorului, prevederea potrivit căreia procesul de compostare să se desfășoare doar în interiorul unui șopron reprezintă o cerință care restrânge soluțiile tehnologice aplicabile și competitivitatea ofertelor ce se pot depune în cadrul procedurii.

În concluzie, contestatorul susține că cerințele susmenționate au fost stabilite în contradicție cu obligația legală a autorității contractante de a nu împiedica, restrânge sau denatura concurența, motiv pentru care apreciază că se impun măsuri de remediere necesare și utile corectării documentației de atribuire, iar în situația în care măsurile nu pot fi dispuse fără a afecta derularea procedurii, se impune anularea procedurii de achiziție publică.

Într-o ultimă critică, se arată că termenul de depunere a ofertelor, de 38 de zile prin raportare la data publicării în SEAP a anunțului de participare, este scurt și nu respectă principiile modului de stabilire a calendarului procedurii de achiziție publică. Raportat la termenul minim de 35 de zile în privința calendarului și termenelor procedurii, contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuia să stabilească calendarul cu respectarea normelor și principiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016 și Directiva 2014/24/UE.

Dincolo de complexitatea juridică și tehnică a contractului ce face obiectul prezentei proceduri, acest tip de contract mixt nefiind anterior supus unei proceduri de achiziție publică în România, contestatorul arată că autoritatea contractantă a impus drept criteriu de atribuire a contractului "indicele de generare a biogazului" din deșeu, deși este imposibilă determinarea cu exactitate a potențialului de producere a biogazului într-un interval de timp așa de scurt precum cel impus de autoritatea contractantă pentru depunerea ofertelor.

În concluzie, contestatorul susține autoritatea contractantă nu a respectat prevederile legale incidente și principiul de stabilire a termenelor din calendarul procedurii de achiziție publică corespunzător complexității proiectului, împiedicând în acest mod operatorii economici să formuleze o propunere tehnică și financiară corespunzătoare, motiv pentru care apreciază că se impune obligarea autorității contractante la modificarea calendarului procedurii și corelarea calendarul procedurii în raport de complexitatea contractului de proiectare-execuție-operare propus, iar în cazul în care măsura nu poate fi realizată fără afectarea continuării procedurii, să se dispună anularea procedurii de achiziție publică.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale referite în prezenta contestație.

În probațiune, au fost depuse în copie înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.2121/18.11.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 55840/18.11.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, a solicitat respingerea contestației depusă de ...SRL, în parte, ca nefondată, și în parte, ca lipsită de obiect.

1. Față de critica ce viza studiul de fundamentare, autoritatea contractantă precizează că studiul de fundamentare, publicat în SEAP, a concluzionat că o parte semnificativă a riscului de operare nu va fi transferată operatorului economic, sens în care a încadrat contractul respectiv în categoria celor de achiziție publică.

Contrar argumentelor contestatorului, autoritatea susține că, în cazul contractului DBO ... nu se produce un transfer către operatorul economic a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în condițiile în care:

- pentru componenta de proiectare și execuție, operatorului economic i se garantează recuperarea costurilor cu serviciile de proiectare și cu lucrările de construcții, prin chiar mecanismul de plată aplicat pentru plata acestor costuri, care presupune că autoritatea contractantă are obligația de a achita operatorului prețul ofertat pentru proiectare și execuție

- pentru componenta de operare, operatorului economic i se garantează recuperarea costurilor cu serviciile de operare, precum și a costurilor cu investițiile efectuate pe parcursul operării, în virtutea faptului că execuția contractului DBO ... presupune, în fapt, delegarea gestiunii unor activități specifice serviciului de salubritate, pentru care operatorul are dreptul la încasarea unor tarife, ce îi asigură, ca regulă, recuperarea integrală a respectivelor costuri, potrivit art. 25 lit. a) din Legea nr. 101/2006.

Nu în ultimul rând, se arată că operatorul va beneficia și de posibilitatea ajustării, respectiv a modificării tarifelor, în conformitate cu dispozițiile Ordinului ANRSC nr. 640/2022, ceea ce constituie o garanție suplimentară cu privire la recuperarea costurilor înregistrate cu desfășurarea activităților specifice serviciului de salubritate ce fac obiectul contractului DBO

Referitor la riscurile generale ale contractului identificate prin studiul de fundamentare, respectiv cel privind inflația mare, cel aferent creșterilor salariale generale ca urmare a aplicării unor politici publice, precum și cel privitor la creșterile de preț la carburanți din cauza unor evenimente externe neașteptate, așa cum rezultă din studiul publicat, în SEAP, contrar argumentelor din contestație, acestea nu sunt suportate de operatorul economic, fiind veritabile riscuri suportate de autoritatea contractantă, aceasta fiind cea care va trebui să suporte ajustarea tarifelor solicitată de operatorul MBT, în condițiile în care solicitarea este justificată.

Nefondate sunt, în opinia autorității contractante, și criticile referitoare la riscurile asociate perioadei de operare, având în vedere următoarele:

1. Referitor la riscul privind o cantitate de deșeu conformă mai mică sau mai mare, se arată că în cazul operării MBT există certitudine cu privire la fluxul de deșeuri ce urmează să fie transmis spre tratare. Colectarea și transportul deșeurilor din Municipiul ... care generează 60 % din cantitatea totală a județului este asigurată de operatorul in-house al municipiului, distanța față de instalație fiind minimă, iar cantitățile colectate din județ sunt transportate cu o frecvență ridicată, prin intermediul celor 2 stații de transfer de la Tecuci și Tg. Bujor. Tot astfel, nu sunt estimate riscuri aferente redirijării deșeurilor către alte instalații de acest tip, deoarece MBT ... are exclusivitate pentru tratarea deșeurilor municipale din

2. Referitor la riscul privind gradul de impurificare ridicat al deșeurilor colectate, se arată că Gradul de impurificare este determinat în principal de calitatea colectării și transportului, care este în sarcina altor operatori ce sunt condiționați de indicatori de performanță în legătura cu gradul de impurificare al deșeurilor trimise la MBT în vederea tratării, prin urmare, costurile de operare ale MBT nu sunt impactate dacă operatorul de colectare și transport respectă condițiile contractuale.

3. Referitor la riscul privind cerințele suplimentare referitoare la reglementările de mediu și legislative, se arată că, în eventualitatea apariției unor cerințe suplimentare în legătura cu noi reglementări de mediu sau legislative, proprietarul instalației va trebui să ia măsuri cu privire la intrarea în legalitate. Totodată, se precizează că responsabilitatea monitorizării activității de operare MBT după aplicarea noilor măsuri, rămâne în sarcina delegatarului, operatorul fiind îndreptățit la recuperarea eventualelor costuri suplimentare și eventuala ajustare sau modificare a tarifului determinate de schimbările legislative.

Referitor la presupusele riscuri reale ale contractului de operare care nu au fost analizate în Studiul de fundamentare, se precizează că este de competența autorității contractante să analizeze și să identifice dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic, fără ca alte presupuse riscuri identificate de operatorii economici să poată influența decizia autorității.

Pe de altă parte, se arată că riscurile identificate și evidențiate în contestație nu pot conduce la concluzia derulării procedurii în afara prevederilor legale, având în vedere că:

- în ceea ce privește riscurile privind furnizarea utilităților necesare, predarea obiectivului în vederea operării se va realiza după ce proprietarul investiției o va recepționa de la constructor și în baza probelor de funcționare, demers ce presupune și racordarea la utilități a instalațiilor, astfel că nu există un risc;

- În ceea ce privește riscul privind condițiile neprevăzute în operare, se precizează că atât timp cât condițiile nu pot fi prevăzute, un asemenea risc nu poate fi identificat;

- În ceea ce privește riscul privind întârzieri în autorizarea activității de operare, se arată că operaționalizarea Stației de Tratare Mecano-Biologică este de un interes major, atât din perspectiva respectării condițiilor legale de gestionare a deșeurilor municipale, cât și din perspectiva asigurării unui standard ridicat de viață a populației Județului ... și a întrunirii condițiilor optime pentru mediul economic. Recepția instalației este realizată după obținerea Avizului de mediu, astfel încât nu sunt motive obiective de întârziere a autorizației de funcționare.

- În ceea ce privește riscul privind necorelarea activității de colectare și transport a deșeurilor cu activitatea de operare, se menționează că demersurile autorității contractante sunt realizate astfel încât operatorul de colectare și transport județean să înceapă activitatea înainte de începerea operării MBT.

- În ceea ce privește riscul ce vizează colectorii și transportatorii informal de deșeuri, se arată că relația cu colectorii și transportatorii informal este gestionată în condițiile legii de fiecare localitate a Județului ... până la operaționalizarea SMID, respectiv și de ADI Ecoserv, ulterior operaționalizării SMID.

- Referitor la riscul privind întreținerea și repararea echipamentelor și instalațiilor, se arată că în procesul de calculare a tarifului ofertat, operatorul economic va trebui să ia în calcul și valoarea redevenței datorate proprietarului instalațiilor.

În considerarea celor menționate, autoritatea contractantă susține că a efectuat o analiză corectă a riscurilor care pot apărea pe parcursul derulării contractului, neputând fi primite susținerile ... referitoare la Directiva 2014/24/UE și la Ghidul orientativ în achiziții publice în proiecte finanțate de fonduri structurale și de investiții.

Suplimentar argumentelor de fond privind lipsa unui transfer către operatorul economic, a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, pentru determinarea naturii juridice a contractului DBO sunt relevante, în opinia autorității contractante, și prevederile art. 34 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin raportare la componentele obiectului contractului DBO, autoritatea contractantă concluzionează următoarele:

- componenta de proiectare și execuție reprezintă, în mod vădit, o achiziție publică, fapt probat, în primul rând, de modul de plată a antreprenorului, care este specific unui contract de achiziție publică; o componenta de operare, care constituie delegarea propriu-zisă a activităților specifice serviciului de salubritate ce vor fi desfășurate de antreprenor, în temeiul contractului DBO, poate reprezenta, în

conformitate cu dispozițiile Legii nr. 51/2006, fie o achiziție publică, fie o concesiune.

În cazul în care operarea ar reprezenta o concesiune, atunci în cazul contractului DBO ... ar fi incidente prevederile art. 34 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, deoarece:

a) contractul DBO ar fi un contract mixt, având ca obiect atât o achiziție publică cât și o concesiune;

b) valoarea achiziției publice depășește pragurile valorice corespunzătoare prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în consecință, chiar și în situația în care componenta de operare ar fi calificată drept o concesiune, contractul DBO ... trebuie atribuit în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 98/2016, ceea ce presupune că acest contract ar avea, *per ansamblu*, natura juridică a unui contract de achiziție publică.

Față de criticile ce vizează încălcarea dispozițiilor Ordinului ANRSC nr.109/2007, invocarea unor acte normative abrogate, încălcarea Avizului conform condiționat nr.23781/07.10.2022, emis de ANAP în privința garanției de bună execuție, existența unor clauze nelegale, autoritatea contractantă menționează că va dispune măsuri de remediere pe care le redă în continuare.

În ceea ce privește critica ce vizează includerea în documentația de atribuire a unor criterii de atribuire nelegale, respectiv Criteriul nr. 6: *„Cea mai mare valoare ofertată pentru indicele de generare a biogazului cu o pondere de 10%”*, autoritatea contractantă precizează, contrar celor susținute de contestator, că stabilirea acestui criteriu este esențială pentru asigurarea sustenabilității funcționării instalației așa cum reiese din însuși titlul acesteia *„Instalație de tratare mecano biologică cu digestie anaeroba și stație de transfer ...”*.

Se subliniază că digestia anaerobă generează biogaz și, cu cât cantitatea de biogaz generat va fi mai mare, cu atât costurile cu energia electrică a instalației respective vor fi mai mici și, implicit, aceasta se va reflecta în tariful pe care viitorul operator îl va percepe și care se va regăsi în taxa de salubritate plătită de populație, aspect pentru care factorul de evaluare are un caracter foarte obiectiv și constituie un avantaj economic pentru autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă precizează că veniturile rezultate din valorificarea de biogaz/generarea de energie sunt luate în considerare la determinarea costurilor nete de operare în conformitate cu Metodologia pentru elaborarea, monitorizarea, evaluarea și revizuirea planurilor județene pentru gestionarea deșeurilor, Anexa 1 Ordinul 140/2019 al Ministerului Mediului.

De asemenea, se susține că acest indicator este în concordanță cu prevederile Regulamentului (UE) 2021/1119 al Parlamentului European și al Consiliului din 30 iunie 2021 de instituire a cadrului pentru realizarea neutralității climatice și de modificare a Regulamentelor (CE) nr.

401/2009 și (UE) 2018/1999 („Legea europeană a climei”) care include obiectivele pentru 2030 privind eficiența energetică și utilizarea energiei din surse regenerabile prevăzute în Directivele 2012/27/UE și [UE] 2018/2001 PI ale Parlamentului European și ale Consiliului, precum și prin consolidarea legislației relevante, inclusiv a Directivei 2010/31/UE a Parlamentului European și a Consiliului.

Faptul că operatorul economic nu înțelege aspectele tehnice și economice ale unui contract pentru care dorește să pregătească o ofertă nu face nelegale criteriile de atribuire ale contractului, după cum susține autoritatea contractantă, ci doar scoate în evidență o gravă necunoaștere a obligațiilor de mediu și schimbări climatice la nivel european și național.

Referitor la susținerile contestatorului potrivit cărora pentru părțile de proiectare și execuție, criteriile de atribuire sunt cele ale prețului cel mai scăzut, iar în privința părții de operare criteriile se referă la anumite rezultate ale operării, în condițiile în care rezultatul operării depinde de factori care nu sunt sub controlul operatorului economic, cum ar fi cantitatea sau calitatea deșeurilor, autoritatea contractantă precizează că, fiind în prezența unui contract mixt, factorii de evaluare au fost stabiliți astfel încât să cuprindă toate categoriile de activități aferente acestuia, fără a fi necesară stabilirea unor factori pentru fiecare componentă a contractului.

De altfel, se precizează că ... nu aduce argumente concrete cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a stabilit criterii de atribuire obiective, unitare, clare și precise pentru întreg obiectul contractului de achiziție publică, motiv pentru care criticile sunt nefondate.

Referitor la criticile ce vizează includerea în documentația de atribuire a unor cerințe care împiedică, restrâng și denaturează concurența, autoritatea contractantă susține că acestea sunt nefondate, în condițiile în care, așa cum rezultă din dosarul achiziției, nu s-a solicitat întocmirea și depunerea extraselor de resurse, ci, în mod exclusiv aspecte referitoare la C.1 *Structura echipei propuse pentru managementul etapei de proiectare și execuție* iar la C.2. *Utilaje și echipamente utilizate în realizarea activităților de proiectare și execuție*, listele de cantități cu orele alocate și consumurile fiecărui utilaj urmând a face obiectul proiectului realizat de contractant.

Așadar, după cum rezultă din chiar partea aferentă resurselor umane și utilajelor, s-a solicitat, în mod exclusiv, ca ofertantul să ilustreze organizarea personalului implicat în realizarea etapei de proiectare și execuție din cadrul Contractului, organigramă care să identifice în mod clar tot personalul pe care intenționează să îl utilizeze pentru proiectarea și execuția lucrărilor, precum și rolurile și responsabilitățile personalului și metodele de coordonare a activității între membrii echipei care gestionează realizarea Lucrărilor.

Tot astfel, ofertantul are obligația de a stabili numărul de utilaje și echipamente necesare îndeplinirii etapei de proiectare și execuție lucrări din cadrul Contractului, prin dimensionarea acestuia în funcție de natura și complexitatea lucrărilor, sens în care se va completa Lista cu utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice pe care ofertantul intenționează să le utilizeze pentru îndeplinirea contractului.

Astfel, contrar argumentelor din contestație, autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat în această etapă prezentarea listelor de cantități de către ofertanți, aspect pentru care criticile sunt nefondate.

În ceea ce privește criticile ce vizează fișele tehnice ale utilajelor/ echipamentelor / instalațiilor, autoritatea precizează că această cerință se referă la prezentarea caracteristicilor echipamentelor care să demonstreze capacitatea instalației de a prelucra cantitățile de deșeuri pe fiecare flux de deșeuri.

Referitor la critica potrivit căreia cerința referitoare la caracteristicile șopronului este una restrictivă în raport cu tehnologia și îngreuează artificial accesul candidaților, autoritatea contractantă precizează că această cerință prevăzută în caietul de sarcini este în conformitate și cu prevederile Acordului de Mediu nr. 08/19.12.2019 revizuit în 28.04.2021.

Față de critica ce vizează nerespectarea dispozițiilor legale referitoare la termenul limită de depunere a ofertelor, în sensul că intervalul de 38 de zile stabilit între data publicării în SEAP a documentației de atribuire și data prevăzută pentru depunerea ofertelor este insuficient, autoritatea contractantă apreciază că este nefondată raportat la prevederile art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, se învederează că, în cauză, nu trebuie omis nici faptul că, în prezent, procedura de atribuire este suspendată, și mai mult, comisia de evaluare urmează să publice în SEAP o serie de măsuri de remediere, situație în care data de depunere a ofertelor se va prelungi în mod corespunzător cel puțin cu perioada în care procedura a fost suspendată, motiv pentru care se impune respingerea acestei critici.

Față de cele susmenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, iar, pe de altă parte, ca fiind lipsită de obiect în considerarea măsurilor de remediere la care s-a făcut referire în punctul de vedere.

În considerarea dispozițiilor art. 20 coroborate cu cele ale art. 15 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, ținând cont și de prevederile art. 9 alin. (3) din același act normativ, Consiliul a solicitat contestatorului punct de vedere față de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit punctului de vedere nr. 2121/18.11.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 56840/18.11.2022.

Ca răspuns, prin adresa nr. 856/22.11.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 57567/23.11.2022, ...SRL precizează că susținerile autorității

contractante confirmă, în parte, criticile formulate în contestație, iar, în parte, sunt nefondate, motiv pentru care se impune adoptarea măsurilor de remediere necesare pentru corectarea încălcărilor regulilor privind achizițiile publice, iar în cazul în care măsurile corective de remediere necesare nu sunt posibil a fi realizate mai înainte de finalizarea procedurii, se impune anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 26 alin. (3) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016 și art. 1 din H.G. nr.395/2016.

Contestatorul precizează că, față de susținerile autorității contractante în ceea ce privește riscul privind costurile de operare, autoritatea contractantă nu a făcut dovada privind alocarea bugetară necesară cheltuielii multianuale reprezentate de costul operării.

Având în vedere faptul că activitatea de operare a Stației de transfer și a instalației de tratare mecano-biologică cu digestie anaerobă ..., va fi finanțată de către terțe părți și nu de către autoritatea contractantă, se arată că operatorul își asumă riscul operării serviciului, natura juridică a părții de contract referitoare la prestarea serviciilor de operare fiind a unui contract de concesiune, și nu a unui contract de achiziție publică, sens în care s-a pronunțat și jurisprudența europeană.

În concluzie, se apreciază că autoritatea contractantă nu face dovada eliminării riscului neîncasării costurilor de operare, risc real și existent în condițiile în care autoritatea nu a făcut dovada că există sumele necesare plății serviciului aprobat în bugetul autorității contractante (și nu în bugetele terțelor părți beneficiare ale serviciului de operare prin delegare de gestiune).

Pe de altă parte, se arată că procedura de achiziție publică ce vizează delegarea serviciului de gestionare a deșeurilor nu respectă dispozițiile art. 21 din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, text de lege care impune aprobarea prin Ordin al Președintelui ANRSC a caietului de sarcini și a contractului cadru pentru prestarea serviciilor de gestionare (operare) a deșeurilor.

În privința afirmațiilor autorității contractante privind perioada de 38 de zile pentru depunerea ofertelor, se arată că acestea sunt contrazise de o serie de remedieri propuse la documentația de atribuire, fiind evident faptul că durata necesară pentru analizarea documentației și depunerea de oferte trebuie să fie de cel puțin dublul duratei minime legale.

Contestatorul menționează că riscul neîncasării integrale și la timp a tarifului (contraprestația cea mai importantă din cadrul contractului pe durata de execuție a serviciului de operare) este un risc ce nu se află sub controlul autorității contractante ci îi revine operatorului economic.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 880/24.11.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 58166/25.11.2022, ...SRL a formulat *concluzii scrise* cu privire la

apărările formulate de autoritatea contractantă pe care le combate, în continuare, apreciind, pe de-o parte, că susținerile autorității contractante confirmă, de fapt, argumentele pe fond pentru care se impun măsuri de remediere, iar pe de altă parte, contestația nu poate fi respinsă ca lipsită de interes, întrucât interesul său există, este actual și legitim.

I. Relativ la susținerea principală a autorității contractante potrivit căreia nu urmărește să transfere operatorului economic partea semnificativă a riscurilor contractului, contestatorul învederează că această afirmație este contrazisă de faptul ca, potrivit documentelor de atribuire, antreprenorul este expus riscului de a nu încasa integral contravaloarea serviciului de operare. Prin urmare, pentru a fi în concordanță cu afirmațiile autorității contractante, se apreciază că documentația de atribuire și prevederile contractuale trebuie să excludă riscul operatorului de a nu încasa integral contravaloarea serviciului de operare.

În prezent, se arată că documentația de atribuire în forma propusă de autoritatea contractantă este contra dispozițiilor legale, în sensul că în mod nelegal autoritatea contractantă exclude costurile cu energia electrică și din formula de calcul a tarifului (care reprezintă principala contraprestație contractuală și ceea ce asigură echilibrul contractual între părțile semnatare).

Așadar, se susține că sunt nelegale documentația de atribuire și măsurile propuse de autoritatea contractantă privind suportarea de către operatorul economic a costurilor aferente energiei utilizate în operarea Stației de transfer și stației de tratare, costul energiei fiind parte din formula de fundamentare a tarifului așa cum s-a arătat în contestație.

Pe de altă parte, se subliniază faptul că autoritatea contractantă se contrazice prin afirmația potrivit căreia există un avantaj economic al indicelui de generare a biogazului, în considerarea obținerii unor costuri mai mici cu energia electrică, costuri care se regăsesc în tarife.

Contestatorul învederează neclaritatea, contradicția logică și nelegalitatea mențiunilor autorității contractante din documentația de atribuire care se mențin și în punctul de vedere, și anume:

1. Autoritatea contractantă susține că nu va suporta costurile cu energia consumată în timpul serviciilor de operare, fiind costuri pe care le suportă doar operatorul economic și nu fac parte din formula de calcul a tarifului, astfel că, în opinia contestatorului, operatorul nu are șanse să-și recupereze costurile cu energia electrică.

2. Afirmația autorității contractante potrivit căreia își creează un avantaj economic propriu și direct, ca rezultat al indicelui de generare a biogazului, care va asigura costuri mai mici cu energia, dovedește faptul că autoritatea contractantă are sarcina de a suporta în mod direct costul cu consumul de energie.

În această privință, măsurile de remediere care pot fi dispuse, după cum susține contestatorul, pot fi:

1. Eliminarea criteriului de atribuire privind indicele de generare a biogazului, anularea procedurii și refacerea anunțului și a fișei de date tocmai în scopul de a elimina acest criteriu de atribuire.

2. Obligarea autorității contractante să respecte principiul echilibrului contractual prin refacerea documentației de atribuire în sensul că autoritatea contractantă să suporte costurile cu energia termică și energia electrică acestea fiind costuri prevăzute în Ordinul Președintelui ANRSC 640/2022.

II. În ceea ce privește riscul privind costurile de operare, se precizează că autoritatea contractantă nu a făcut dovada privind alocarea bugetară necesară cheltuielii multianuale reprezentate de costul operării.

Având în vedere faptul că activitatea de operare a stației de transfer și a instalației de tratare mecano-biologică cu digestie anaerobă, va fi finanțată de către terțe părți (nu de către autoritatea contractantă), operatorul asumând-si riscul operării serviciului, natura juridică a părții de contract mixt referitoare la prestarea serviciilor de operare este aceea a unui contract de concesiune, și nu contract de achiziție publică, contract și servicii de operare ce sunt afectate de riscul neîncasării tarifului de operare în condițiile în care tariful urmează a fi plătit de terțe părți față de autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, se susține că procedura de achiziție publică ce vizează delegarea serviciului de gestionare a deșeurilor nu respectă dispozițiile art. 21 din Legea nr. 51/2006, în lipsa unui Ordin al Președintelui ANRSC prin care să fi fost aprobate caietul de sarcini și forma de contract (în ceea ce privește partea de operare), procedura de atribuire fiind declanșată și derulată cu nerespectarea legii.

De asemenea, conform dispozițiilor Legii nr. 51/2006, forma de contract privind serviciile de operare trebuie însoțită, în mod obligatoriu, de regulamentul serviciului de operare, ceea ce nu se regăsește în documentația de atribuire, regulamentul, caietul de sarcini și contractul cadru trebuind să fie aprobat la nivelul fiecărei UAT componente a Asociației de UAT care vor beneficia de serviciile de operare a stației de transfer și instalației de tratare a deșeurilor.

În opinia contestatorului, măsurile de remediere ce se impun sunt aprobarea prin Ordin al președintelui ANRSC a Caietului de sarcini și modelului de contract în ceea ce privește serviciile de operare, precum și obligarea autorității contractante să obțină și să atașeze în documentația de atribuire regulamentul de derulare a activității de operare, regulament aprobat de fiecare UAT parte beneficiară a serviciilor de operare.

III. Cu privire la propunerile de remediere, contestatorul apreciază că nu pot fi reținute susținerile autorității contractante privind alocarea

riscurilor, modificarea clauzei privitoare la penalități. Se precizează că riscul pentru necesitatea depozitării unor cantități de deșeuri mai mari decât valoarea indicatorului, respectiv a unei cantități mai mari de compost, o poartă operatorul serviciului de salubritate, care acționează la ordinul și în regim de subordonare în relația cu autoritatea contractantă. Acest operator fiind un terț pentru care antreprenorul nu poate fi răspunzător, în cazul în care antreprenorului i se impune să depoziteze deșeuri peste valoarea indicatorului, antreprenorul este îndreptățit să revendice costuri suplimentare, neputând fi penalizat, după cum arată contestatorul.

IV. Cu privire la nelegalitatea criteriilor de atribuire, contestatorul precizează că indicele de generare a biogazului nu se stabilește doar pe baza performanței instalației de producere a biogazului, ci, în aceeași proporție, în funcție de materialul necesar pentru producerea acestuia.

Cu privire la nelegalitatea criteriului de atribuire prin indicarea raportului calitate-preț, se arată că din răspunsul autorității contractante rezultă ca acest criteriu nu a fost respectat, în mod real, sub pretextul că nu se putea aplica în cazul unui contract complex.

Autoritatea contractantă nu poate invoca natura complexă a unui contract pentru a justifica faptul că a combinat criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț cu prețul cel mai scăzut, confirmarea autorității contractante în acest sens ducând la anularea procedurii, întrucât nu se poate dispune un remediu pentru a înlătura acest viciu de procedură.

V. Cu privire la nivelul de detaliu al cerințelor, se apreciază că autoritatea contractantă nu este consecventă în afirmațiile pe care le avansează: pe de o parte pretinde că nu solicită informații care să împiedice, restrângă ori să denatureze concurența, iar, pe de alta parte, solicită să se indice elemente care nu pot fi determinate decât în cadrul proiectării, respectiv, numărul și natura utilajelor și ale echipamentelor, și, mai ales, dimensionarea acestora în funcție de complexitatea lucrărilor, nu pot fi stabilite decât prin proiectare.

VI. Justificarea autorității contractante cu privire la caracterul restrictiv al cerințelor nu este în măsura să elimine caracterul restrictiv și disproporționat al acestora, autoritatea de mediu neputând impune cerințe care să conducă, în mod direct sau indirect, la restricționarea concurenței.

VII. În privința afirmațiilor autorității contractante potrivit cărora perioada de 38 de zile pentru depunerea ofertelor era suficientă în condițiile unei documentații complexe, contestatorul precizează că acestea sunt contrazise chiar de seria de remedieri propuse la documentația de atribuire, fiind evident faptul că durata necesară pentru analizarea documentației și depunerea de oferte trebuie să fie apropiată de maximul legal și nu de minimul duratei legale.

În concluzie, față de punctul de vedere al autorității contractante care nu a reușit să contrazică, ci a confirmat în mare parte criticile aduse prin contestație, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

...SRL a depus la dosar recipisa de consemnare nr. 208534550/1/31.10.2022, în cuantum de 220.000,00 lei, emisă de CEC BANK-SUCURSALA CONSTANȚA.

Din susținerile părților și documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „Proiectare-execuție-operare a stației de transfer și a instalației de tratare mecano-biologică cu digestie anaerobă ..., ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../16.10.2022. Valoarea estimată a achiziției este de 773.493.596,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”. Data stabilită pentru depunerea ofertelor a fost 23.11.2023.

Nemulțumit de modul în care a fost organizată această procedură, precum și de cerințele solicitate prin documentația de atribuire, ...SRL, în calitate de operator economic interesat să participe la procedură, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Prin Încheierea nr. .../C2/.../02.11.2022, Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii, la acest moment, conform informațiilor din SEAP, procedura fiind în stare suspendată.

Cu titlu preliminar, Consiliul reține că, prin prezenta procedură, autoritatea contractantă urmărește să atribuiască un contract având ca obiect *proiectare, execuție și operare* a unei stații de transfer și a instalației de tratare mecano-biologică cu digestie anaerobă, fiind un contract pe termen lung, în sensul 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), drept care, în considerarea prevederilor art. 229 alin. (1) din același act normativ (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), a fost elaborat *Studiul de fundamentare* prin care s-a analizat dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de

operare către operatorul economic, conform prevederilor Legii nr.100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Așa cum rezultă din mențiunile regăsite în *Studiul de fundamentare*, parte componentă la documentației de atribuire, au fost analizate două moduri de realizare a proiectului: *Varianta 1*: contract de achiziție publică, contract de proiectare-execuție, pentru edificarea obiectivelor, plus un contract de delegare prin concesiune sau achiziție publică de servicii, în funcție de analiza riscurilor, pentru operarea instalațiilor; și *Varianta 2* - un singur contract pe termen lung de tip Proiectare-Execuție-Operare (PEO), apreciindu-se oportună atribuirea unui contract pe termen lung de Proiectare – Execuție – Operare.

De asemenea, pentru a stabili categoria din care face parte acest contract – de achiziție în baza Legii nr. 98/2016 sau un contract de concesiune, în baza Legii nr. 100/2016, a fost efectuată o analiză a riscurilor, presupunând structura de distribuție și cuantificarea financiară a acestora, analiză în cadrul căreia, la alocarea riscurilor, a fost aplicată, ca regulă generală, aceea că *riscul trebuie suportat de către partea care îl poate atenua în cea mai mare măsură și/sau care poate controla cel mai bine consecințele, astfel încât fiecare parte să își asume riscuri pe care va fi în măsură să le gestioneze în vederea asigurării sustenabilității financiare a proiectului*.

Potrivit aceluiași înscris, în urma analizei efectuate, ținând cont inclusiv de prevederile art. 6 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 100/2016, s-a concluzionat că, în cazul acestui contract, nu se produce un transfer, către operatorul economic, a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, având în vedere, printre altele, că:

- pentru componenta de proiectare și execuție, operatorului economic i se garantează recuperarea costurilor cu serviciile de proiectare și cu lucrările de construcții...

- pentru componenta de operare, operatorului economic i se garantează recuperarea costurilor cu serviciile de operare, precum și a costurilor cu investițiile efectuate pe parcursul operării, în virtutea faptului că execuția contractului PEO ... presupune, în fapt, delegarea gestiunii unor activități specifice serviciului de salubritate, pentru care operatorul are dreptul la încasarea unor tarife, ce îi asigură, ca regulă, recuperarea integrală a respectivelor costuri.

Depășind această introducere, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține că, într-o primă categorie de critici, contestatorul reclamă faptul că procedura de față se bazează pe un Studiu de fundamentare *greșit și incomplet*.

Sub primul aspect, contestatorul face trimitere la riscurile privind *inflația, creșterile salariale și creșterile de preț ale carburanților și combustibilului*, riscuri alocate, în opinia sa, în mod greșit delegatarului, în condițiile în care, după cum se arată, ele sunt suportate, în mod direct, de către operatorul economic.

De asemenea, susține contestatorul și că riscurile privind o *cantitate de deșeu conformă mai mică decât cea proiectată sau mai mare*, precum și riscul privind *gradul de impurificare ridicat al deșeurilor colectate* sunt, în mod eronat alocate autorității contractante, acestea fiind în mod direct și integral suportat de către delegat.

Totodată, contestatorul arată că o serie de riscuri nu au fost analizate de achizitoare, cum ar fi riscul privind *furnizarea utilităților necesare operării*, riscul privind *condiții neprevăzute*, riscul privind *necorelarea activității de colectare și transport a deșeurilor cu activitatea de operare*, riscul privind *colectorii și transportatorii informal de deșuri* sau riscul privind *întreținerea și repararea echipamentelor și instalațiilor*.

Concluzionând, contestatorul apreciază că cele expuse mai sus, încalcă prevederile legale, o parte a riscurilor de operare fiind transferată operatorului economic, situație în care contractul nu poate fi considerat de achiziție publică, ci de concesiune.

Analizând *Studiul de fundamentare*, Consiliul reține că, într-adevăr, prima categorie de riscuri enumerate sunt alocate, în totalitate, delegatarului, precizându-se, ca management al acestora, faptul că operatorul are dreptul de a solicita ajustarea tarifelor, cu respectarea dispozițiilor Ordinului ANRSC nr. 109/2007, în raport cu evoluția parametrului de ajustare.

Aceeași este situația și în cazul celei de a doua categorii de riscuri, unde, drept consecințe, autoritatea a reținut:

a)- în ceea ce privește cantitatea de deșuri conformă mai mică scăderea cantității de deșuri poate duce la scăderea cantității de energie produsă și s-ar putea să fie necesar să se achiziționeze de pe piață, ceea ce duce la creșterea costurilor. Instalațiile au costuri fixe mari, în cazul repartizării acestora asupra unor cantități mai mici, costul pe tonă de deșeu tratată crește.

b)- în ceea ce privește cantitatea de deșuri conformă mai mare creșterea cantității de deșuri duce în mod direct la creșterea cheltuielilor dar și a cantității de materiale valorificabile obținut, respectiv la creșterea veniturilor. Creșterea de deșuri depășește limita capacității maxime de operare a instalației.

c)- în ceea ce privește gradul de impurificare ridicat a deșeurilor colectate separat, Operatorul nu își va putea îndeplini indicatorii de performanță. De asemenea, această situație duce și la creșterea costurilor acestuia. O altă situație poate fi aceea că nu se va putea produce suficientă energie pentru funcționarea instalației TMB, ceea ce duce la creșterea costurilor.

Corelativ, s-a reținut ca management al riscului:

a)- în ceea ce privește cantitatea de deșuri conformă mai mică În situația în care timp de 12 luni calendaristice se înregistrează o cantitate de deșuri mai mică cu peste 15% față de cantitatea estimată la data contractării, Operatorul este îndreptățit să solicite aprobarea unei modificări a tarifului, cu respectarea dispozițiilor Ordinului ANRSC 109/2007, ca urmare a modificării cantităților. Modificarea tarifului se va realiza obligatoriu în corelație cu actualizarea datelor privind generarea, colectarea separată, tratarea și valorificarea deșeurilor și cu prevederile legislative în vigoare.

b)- în ceea ce privește cantitatea de deșeuri conformă mai mare În situația în care timp de 12 luni calendaristice consecutive se înregistrează o cantitate de deșeuri care depășește capacitatea anuală a instalației, Autoritatea Contractantă va avea responsabilitatea de a identifica și finanța soluții tehnice necesare pentru tratarea cantităților de deșeuri ce depășesc capacitatea maximă, fie prin realizarea unor investiții în instalația existentă (aceste investiții pot fi puse în sarcina delegatului, prin programul de investiții, însă costurile aferente respectivelor investiții vor fi recuperate de delegat prin tarife majorate), fie prin realizarea unor investiții noi.

c)- în ceea ce privește gradul de impurificare ridicat a deșeurilor colectate separat Acesta este un risc ce revine în întregime AC. În vederea corectării situației, în urma anunțării acesteia de către Operator, AC are obligația aplicării la Delegatul activității de colectare și transport, ca și la generatori, a penalităților stabilite prin Regulamentul de salubritate aprobat. Acest risc poate constitui motiv pentru creșterea tarifului cu respectarea dispozițiilor Ordinului ANRSC 109/2007, ca urmare a modificării condițiilor de prestare a activității.

Față de indicarea Ordinului ANRSC nr. 109/2007, abrogat în prezent, Consiliul reține că, prin măsurile de remediere propuse, autoritatea contractantă a înlocuit trimiterile la acest act normativ cu Ordinul ANRSC nr. 640/2022 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate.

Legat de aceste riscuri, Consiliul apreciază, similar autorității, că ele pot fi considerate ale delegatarului, câtă vreme situațiile avute în vedere sunt apte în a conduce, în acord cu condițiile stabilite în Ordinul ANRSC nr. 640/2022, la solicitarea ajustării tarifului, pentru a-și recupera costurile cauzate de respectivele situații.

Prin urmare, câtă vreme operatorul este îndreptățit să solicite o modificare de tarif, riscurile respective sunt transferate delegatarului, ținut să accepte orice intervenție asupra tarifului, justificată de situațiile enumerate.

Cu toate acestea, Consiliul remarcă situația riscului privind *gradul de impurificare ridicat a deșeurilor colectate separat*, pe care autoritatea l-a preluat în întregime, cu mențiunea că În vederea corectării situației, în urma anunțării acesteia de către Operator, AC are obligația aplicării la Delegatul activității de colectare și transport, ca și la generatori, a penalităților stabilite prin Regulamentul de salubritate aprobat. Acest risc *poate* constitui motiv pentru creșterea tarifului cu respectarea dispozițiilor Ordinului ANRSC 109/2007, ca urmare a modificării condițiilor de prestare a activității.

Acesta a fost managementul riscului în discuție, deși, drept consecințe, au fost indicate următoarele: Operatorul nu își va putea îndeplini indicatorii de performanță. De asemenea, această situație duce și la creșterea costurilor acestuia. O altă situație poate fi aceea că nu se va putea produce suficientă energie pentru funcționarea instalației TMB, ceea ce duce la creșterea costurilor.

În opinia Consiliului, în soluționare este important să se aibă în vedere și noul conținut al indicatorilor de performanță și clauzelor contractuale, astfel cum a fost acesta modificat de autoritatea contractantă prin măsurile de remediere propuse la categoria de critici corelative din contestație, respectiv:

- indicatorul I.3.2. Cantitatea de energie totală generată de procesarea biogazului obținut raportată la cantitatea de energie totală consumată (%) costurile aferente energiei achiziționate vor fi suportate de Antreprenor, fără a putea include aceste costuri în tarif și fără a putea factura Autorităților contractante aceste sume;

- sub-clauza 35b.7 Indicatorii de Performanță, pct. 3.1.1, Indicatorul I.2 Eficiență în operarea digestoarelor 1.2.1 Cantitatea de digestat deshidratat și uscat trimisă la depozitare ca procent din cantitatea de deșeuri tratate prin digestie anaerobă (%) Penalitate: pentru cantități depozitate mai mari de valoarea indicatorului, costul corespunzător tarifului de depozitare și a contribuției la economia circulară aferent acestora este suportat de către Antreprenor, fără a putea fi inclus în tarif. Acest cost va fi determinat de către Autoritățile contractante conform reglementărilor în vigoare și scăzut din factura Antreprenorului sub formă de penalități pentru neîndeplinirea indicatorilor de performanță;

- pct. 3.1.2 Referitor la indicatorul 1.2.2 Cantitatea de compost obținut din biodeșeuri colectate separat ca procent din cantitatea de biodeșeuri colectate separat acceptată în TMB (%) Penalitate: pentru cantități mai mici decât valoarea indicatorului, Antreprenorul va suporta costurile aferente taxei / tarifului de depozitare și a CEC aferente pentru cantitatea depozitată ce depășește cantitatea corespunzătoare valorilor propuse, fără a le putea introduce în tarif. Aceste costuri vor fi determinate de către Autoritățile contractante conform reglementărilor în vigoare și scăzute din factura Antreprenorului sub formă de penalități pentru neîndeplinirea indicatorilor de performanță;

- la pct. 3.1.3 Referitor la indicatorul: 1.3 Eficiență în operarea instalației TMB 1.3.1 Cantitatea de deșeuri trimisă la depozitare ca procent din cantitatea totală de deșeuri acceptată la instalația TMB (%) Penalitate: pentru cantități depozitate mai mari decât valorile indicatorului, costul corespunzător tarifului de depozitare și a contribuției la economia circulară aferent acestora este suportat de către Antreprenor, fără a putea fi inclus în tarif. Acest cost va fi determinat de către Autoritățile contractante conform reglementărilor în vigoare și scăzut din factura Antreprenorului sub formă de penalități pentru neîndeplinirea indicatorilor de performanță.

Astfel, se observă că, în ceea ce privește costurile cu energia, acestea cad exclusiv în sarcina operatorului, fără vreo posibilitate de a le putea recupera din partea autorității.

În aceste condiții, ne aflăm în situația în care, pe de o parte, unele dintre riscurile enumerate mai sus au drept consecință scăderea cantității de energie produsă, care ar putea fi insuficientă pentru funcționarea instalației TMB, conducând la necesitatea achiziționării ei de pe piață, iar, pe de altă parte, antreprenorul este ținut, prin clauzele contractuale și

indicii de performanță, să suporte exclusiv respectivele costuri, fără a le putea recupera.

De altfel, la pag. 87 din Studiul de fundamentare chiar a fost reținut, că, un alt element critic, atât **pentru AC cât și pentru operator**, îl constituie neasigurarea cantităților de deșeuri colectate, diferențe în compoziția acestora (biodeșeurile nu sunt colectate separat corect) sau creșterea cantității de deșeuri reziduale de tratat. Cantități mai mici de biodeșeuri colectate separat pot crește costurile operatorului și prin producerea unei cantități mai mici de energie, decât are nevoie instalația pentru a funcționa. O creștere a cantității deșeurilor reziduale duce, pentru operator, la creșterea costurilor cu transportul și depozitarea reziduurilor și a celor cu transport și preluarea RDF. Toate acestea pot duce la o creștere a tarifului pentru TMB, respectiv a tarifelor A și B, cu 10%.

Or, din economia celor expuse mai sus, apare necesar să se analizeze în ce măsură riscurile asociate perioadei de operare în discuție pot fi preluate, în întregime, de autoritatea contractantă, în condițiile în care ele afectează cantitatea de energie necesară funcționării instalației, situație pe care trebuie să o gestioneze, în exclusivitate, operatorul.

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că se impune o analiză a modului de alocare a acestor riscuri în contextul noilor modificări ale documentației de atribuire propuse de autoritate, pentru a se stabili procentul corect al repartizării acestora între părți, în vederea asigurării fezabilității economice a contractului.

În stabilirea acestei soluții, Consiliul a avut în vedere specificul contractului supus achiziției, însă, indiferent de scopul declarat, subzistă obligația autorității contractante de a identifica riscurile care apar și care este, în mod obiectiv și real, partea care le suportă, pentru a fi identificate măsuri menite să păstreze echilibrul contractual, precum și de a stabili clauze contractuale în acord cu prevederile legale incidente obiectului contractului.

De asemenea, Consiliul nu a omis nici argumentele autorității contractante conform cărora *biogazul produs în urma proceselor de tratare biologică prin fermentație anaerobă va fi folosit pentru producerea de energie termică necesară derulării proceselor TMB, iar excesul pentru producerea de energie electrică destinată funcționării utilajelor, producerea de energie electrică fiind condiționată de achiziționarea unei instalații de cogenerare energie electrică și termică (ansamblu cu turbină), iar costurile achiziționării revin Antreprenorului*, argumente care preced modificărilor operate cu privire la costul energiei.

Însă, cum în elaborarea documentației de atribuire nu s-au avut în vedere dispozițiile *Ordinului ANRSC nr. 640/2022 privind aprobarea Normelor metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate*, în vigoare din 11.10.2022, în opinia Consiliului, este necesară verificarea concordanței regulilor stabilite de autoritate cu dispozițiile ordinului în vigoare.

Totodată, în funcție de rezultatul acestei analize, autoritatea va fi ținută să verifice impactul asupra conținutului Studiului de fundamentare, respectiv în ce măsură afectează concluziile cuprinse de acesta și să-l revizuiască, dacă este necesar.

Rezultatul acestei verificări nu va afecta, însă, legislația aplicabilă, în condițiile în care, potrivit art. 34 din Legea nr. 98/2016:

(1) În cazul contractelor mixte care au ca obiect atât achiziții pentru care se aplică dispozițiile prezentei legi, cât și achiziții pentru care se aplică dispozițiile altor acte normative, iar diferitele părți ale unui anumit contract mixt sunt în mod obiectiv separabile, autoritatea contractantă are dreptul de a alege între a atribui contracte distincte pentru părțile separate și a atribui un singur contract.

(2) În cazul în care, în temeiul alin. (1), autoritatea contractantă alege să atribuie contracte distincte pentru părțile separate, regimul juridic și actul normativ care se aplică atribuirii fiecăruia dintre aceste contracte distincte sunt cele determinate în funcție de caracteristicile fiecărei părți avute în vedere.

(3) În cazul în care, în temeiul alin. (1), autoritatea contractantă alege să atribuie un singur contract, cu excepția situației în care sunt aplicabile dispozițiile art. 38, atribuirea contractului mixt se realizează potrivit dispozițiilor prezentei legi, indiferent de valoarea părților care, dacă ar fi cuprinse în contracte separate, ar fi supuse unui alt act normativ și indiferent de actul normativ care s-ar aplica părților respective.

(4) În cazul contractelor mixte care au ca obiect atât elemente de achiziție de produse, lucrări sau servicii, cât și de concesiuni, dispozițiile prezentei legi se aplică atribuirii contractului exclusiv în situațiile în care valoarea estimată a părții/părților din contract care reprezintă achiziție publică, calculată potrivit dispozițiilor art. 9-25, este egală sau depășește pragurile valorice corespunzătoare prevăzute la art. 7 alin. (1).

Cum, în cazul de față, contractul supus achiziției are ca obiect atât elemente de achiziție de produse, lucrări sau servicii, cât și de concesiuni, iar valoarea primei componente este mai mare decât pragurile valorice prevăzute de art. 7 din Legea nr. 98/2016, respectiv, pentru proiectare 7.065.121, fără TVA, și pentru execuție 173.592.072 lei, fără TVA, - conform informațiilor regăsite la cap. II.2.4 din anunțul de participare- sunt, astfel, aplicabile prevederile alin. (4) ale temeiului legal citat mai sus.

Cât privește faptul că, în Studiul de fundamentare, autoritatea contractantă nu a avut în vedere și alte riscuri de tipul celor pe care contestatorul înțelege să le indice expres, Consiliul reține că o identificare și o analiză exhaustivă, sub acest aspect, este aproape imposibilă, însă, câtă vreme se poate aprecia că au fost identificate o parte importantă a riscurilor care pot apărea, pretențiile contestatorului apar neîntemeiate.

Următoarea categorie de critici face referire la situația existenței, în fișa de date, a unor trimiteri la acte normative abrogate, respectiv la Ordinul ANSRC nr. 109/2007, critici rămase fără obiect, în condițiile în care, așa cum s-a mai reținut, autoritatea contractantă a indicat, prin măsurile de remediere propuse, înlocuirea acestui ordin cu noul act normativ, respectiv Ordinul ANSRC nr. 640/2022.

Similar, și criticile privind garanția de bună execuție apar rămase fără obiect în condițiile în care, prin măsurile de remediere propuse, s-au modificat prevederile documentației corespondente, modificări cu privire la care, prin răspunsul transmis la solicitarea CNSC, contestatorul nu a indicat vreo nemulțumire.

Printr-o altă critică, contestatorul face trimitere la factorul de evaluare „*cea mai mare valoare ofertată pentru indicele de generare a biogazului*”, apreciind că nu există nicio legătură cu obiectul contractului de achiziție publică, nu aduce vreun avantaj autorității și nu are un caracter obiectiv.

Analizând argumentele contestatorului, prin raportare și la justificările primite din partea autorității contractante, precum și la prevederile legale care reglementează situația factorilor de evaluare care stau la baza criteriilor de atribuire a contractelor regăsite la art. 187 și următoarele din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține temeinicia acestei critici sub aspectul lipsei caracterului obiectiv al factorului în discuție, constatând, similar contestatorului, că nu există repere care să permită verificarea lui.

În acest context se constată că, potrivit *cap. II.2.5 Criterii de atribuire din fișa de date*, factorul de evaluare *cea mai mare valoare ofertată pentru indicele de generare a biogazului* are o pondere de 10%, cu următorul algoritm de calcul:

a) Pentru cea mai mare valoare ofertată pentru indicele de generare a biogazului se acordă punctajul maxim alocat subfactorului respectiv: 10 puncte;

Pentru alt procent decât cel prevăzut la pct.a), punctajul se acordă aplicând formula:

$$P6 = (\text{indice ofertat} / \text{indice maxim}) \times 10 \text{ puncte}$$

unde:

- „indice maxim” este indicele cel mai ridicat, dintre ofertele considerate admisibile;
- „indice ofertat” este indicele ofertei evaluate.

În descrierea expusă, autoritatea nu prezintă vreo precizare prin care valoarea ofertată să poată fi, în mod obiectiv și concret, verificată, astfel că se ridică problema, așa cum evidențiază și contestatorul, a posibilității de verificare a informațiilor oferite de operatorii economici ofertanți.

Având în vedere și specificul contractului, respectiv *proiectare și execuție*, rezultă că valoarea indicelui de generare a biogazului poate fi, cel mult, estimată la acest moment.

Data fiind importanța acestui factor de evaluare, care poate face o diferență în stabilirea câștigătorului, chiar dacă se poate aprecia că are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și s-ar considera că ar putea aduce un avantaj autorității, este imperios necesară stabilirea și a unor cerințe care să permită evaluarea obiectivă a ofertelor.

Indicarea unui parametru de proiectare pentru instalația TMB nu este suficientă în acest caz, valoarea cantității de biogaz produs prin digestie anaerobă de 9.335.610 m³ fiind insuficientă în a conferi

factorului analizat un caracter obiectiv sau posibilitatea obiectivă de verificare.

Pe cale de consecință, în lumina și a principiilor sub care se desfășoară atribuirea contractelor de achiziție publică, inclusiv a celor de concesiune, în special al transparenței și tratamentului egal, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la completarea descrierii factorului de evaluare prin precizarea unor elemente adecvate verificării obiective a valorilor declarate și asumate de ofertanți.

Relativ la modul în care au fost aleși toți factorii de evaluare aferenți criteriului de atribuire *cel mai bun raport calitate-preț*, Consiliul apreciază că petentul realizează o interpretare excesivă a dispozițiilor art. 187 și următoarele din Legea nr. 98/2016, însă, chiar mergând pe raționamentul expus în contestație, s-ar putea considera că factorul de evaluare *cea mai mare valoare oferată pentru indicele de generare a biogazului* are legătură inclusiv cu partea de proiectare, în contextul în care, așa cum însuși contestatorul indică prin concluziile scrise, acest indice se stabilește și pe baza performanței instalației de producere a biogazului.

Față de restul factorilor de evaluare - Cel mai scăzut tarif oferat pentru tratarea mecano-biologică a deșeurilor reziduale; Cel mai scăzut tarif oferat pentru sortarea deșeurilor reciclabile colectate separat; Cea mai mică valoare oferată pentru procentul de materiale eliminate prin depozitare; Cea mai mare valoare oferată pentru procentul de deșeuri reciclabile extrase, în vederea valorificării materiale, din deșeurile mixte - Consiliul constată că se face referire la tarife și valori pe care operatorul înțelege să le oferteze, fiind în sarcina lui stabilirea acestora în urma analizării condițiilor achiziției.

Cu privire la următoarea critică legată de cerințele regăsite în formularul nr. 10, vizând conținutul propunerii tehnice, Consiliul reține că nemulțumirea contestatorului este reprezentată de solicitarea de a indica:

- Resursele alocate fiecărei activități, incluzând necesarul de personal pe categorii și numărul de utilaje necesare pentru realizarea fiecărei etape principale de lucrări,
- Graficul de execuție propus trebuie: să conțină resursele planificate pentru realizarea etapei de proiectare și execuție din cadrul contractului;
- Fișele tehnice ale utilajelor/ echipamentelor / instalațiilor.

În opinia contestatorului, aceste informații sunt, potrivit HG nr. 907/2016, livrabile ale proiectului, iar procedura a cărei atribuire se urmărește este de tipul design&build, drept care proiectul va fi realizat ulterior, inclusiv extrasele de resurse. Similar, și fișele tehnice solicitate pot fi realizate după realizarea proiectului tehnic de execuție, iar nu în această fază.

Autoritatea contractantă susține, în apărările sale, că a solicitat exclusiv aspecte referitoare la C.1 Structura echipei propuse pentru managementul etapei de proiectare și execuție, și anume ca ofertantul să ilustreze organizarea personalului implicat în realizarea etapei de proiectare și execuție din cadrul Contractului...

Propunerea tehnica va include o organigramă detaliată, care să identifice în mod clar tot personalul pe care Ofertantul intenționează să îl utilizeze pentru proiectarea și execuția lucrărilor. Se va include o descriere a rolurilor și responsabilităților personalului (în particular ale personalului care asigură managementul contractului, coordonarea proiectării, coordonarea execuției și controlul calității lucrărilor executate) și metodele de coordonare a activității între membrii echipei care gestionează realizarea Lucrărilor, **respectiv C.2 Utilaje și echipamente utilizate în realizarea activităților de proiectare și execuție, ofertantul având obligația de a stabili numărul de utilaje și echipamente necesare îndeplinirii etapei de proiectare și execuție lucrări din cadrul Contractului**, prin dimensionarea acestuia în funcție de natura și complexitatea lucrărilor; se va completa Lista cu utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice pe care ofertantul intenționează să le utilizeze pentru îndeplinirea contractului.

Chiar dacă nu se solicită expres prezentarea listelor de cantități, solicitarea prezentării unor informații detaliate privind consumul de resurse, detalii care pot fi stabilite doar ulterior realizării proiectului tehnic reprezintă, în fapt, tot o cerință excesivă.

De altfel, la lit. J. Anexe, se solicită expres Fișele tehnice ale utilajelor/echipamentelor / instalațiilor, or acestea fac parte din proiectul tehnic de execuție, conform HG nr. 907/2016.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă va clarifica aceste cerințe, prin prezentarea unor explicații privind nivelul dorit de detaliere a informațiilor, astfel încât să țină seama și de dispozițiile HG nr. 907/2016.

Cu privire la pretinsul caracter restrictiv al documentației în condițiile cerinței caietului de sarcini conform căreia procesul de compostare se va desfășura în interiorul unui *șopron metalic* având caracteristicile tehnice indicate expres în caietul de sarcini, Consiliul reține apărările autorității contractante în sensul că această cerință este în conformitate cu prevederile Acordului de mediu nr. 08/19.12.2019 revizuit în 28.04.2021, emis de Agenția pentru Protecția Mediului ..., unde, la pag. 18, este menționat că „zona de stocare deșeuri verzi este prevăzută în cadrul unui șopron metalic care va fi structurat...”. Astfel, nu se poate reține că autoritatea ar fi impus cerințe restrictive, dat fiind că această condiție este justificată de condițiile regăsite în acordul de mediu.

Ultima critică referitoare, în esență, la termenul acordat pentru pregătirea ofertelor este, la rândul ei, rămasă fără obiect, având în vedere că perioada de soluționare a contestației a condus la prelungirea datei de depunere a ofertelor, iar, ulterior efectuării remedierilor stabilite mai sus, autoritatea contractantă va fi ținută să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, în acord cu dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016. De altfel, nici contestatorul nu precizează care ar fi, în opinia sa, un termen rezonabil pentru pregătirea ofertelor.

Criticile noi, formulate pe calea concluziilor scrise vor fi respinse, ca inadmisibile, în virtutea prevederilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere măsurile dispuse mai sus, se constată că ele pot fi implementate de autoritatea contractantă, procedura de atribuire fiind suspendată, la acest moment, drept care nu se impune anularea ei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor legale și a celor expuse în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, precum și la stabilirea unei noi date limită de depunere a ofertelor, în acord cu dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Admite contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu ..., lider în cadrul Asocierii formată din ... și Obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a celor expuse în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, precum și la stabilirea unei noi date limită de depunere a ofertelor, în acord cu dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Obligatorie.

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

...