CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 386/12.07.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 28460/13.07.2017, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată de ..., împotriva măsurilor de remediere comunicate prin adresa nr. 2404/07.07.2017, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea concesionării de servicii având ca obiect „Delegarea gestiunii serviciului public de salubrizare în ..., județul ...”, coduri CPV 90511000-2 - Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev.2), 90512000-9 - Servicii de transport de deșeuri menajere (Rev.2), s-a solicitat anularea în tot a măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă, precum și obligarea acesteia ca, în urma reevaluării ofertelor depuse de participanții la procedura de achiziție publică, anterior formulării de către societatea contestatoare a notificării prealabile, să declare câștigătoare oferta ... ca fiind cea mai avantajoasă din punct de vedere al criteriilor și factorilor stabiliți prin documentația de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ... contestă măsurile de remediere comunicate prin adresa nr. 2404/07.07.2017, emisă de ..., solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că la data de 02.05.2017, autoritatea contractantă a comunicat actul denumit COMUNICAT REZULTAT PROCEDURĂ înregistrată la aceasta sub nr. 1743/02.05.2017, prin care arată că oferta sa nu a fost declarată câştigătoare ca urmare a faptului că nu a acumulat cel mai mare punctaj în urma aplicării factorilor de evaluare, câştigătoare fiind declarată oferta ... Din analiza actului comunicat de autoritatea contractantă reiese că oferta ... este declarată câştigătoare în urma aplicării eronate a factorilor de evaluare şi a criteriilor de evaluare menţionate în documentaţia de atribuire.

Contestatorul precizează că a formulat, în termen legal, Notificare prealabilă către autoritatea contractantă, în care a precizat următoarele:

1) Calculele economico-financiare arată că ar fi trebuit desemnată în realitate câştigătoare ... care, pentru suma totală de 303.749,31 lei (din care s-a dedus anterior redevenţa) ar salubriza ... cel puţin la aceeaşi calitate, dar cu un preț mult mai scăzut (chiar şi sub limita valorii estimate a contractului de 320.058,24 lei/2 ani), în comparaţie cu ... declarată câştigătoare, care, chiar la aceeaşi calitate a serviciului, ar salubriza cu suma de 446.616,71 lei (din care anterior s-a dedus redevenţa), adică cu o valoare de 126.558,47 lei peste valoarea estimată a contractului de 320.058,24 lei.

2) Se pune întrebarea cum se justifică plata, în plus, a sumei de 126.558,47 lei/2 ani contractuali, chiar şi în condiţiile în care calitatea prestaţiei celor două societăţi ar fl echivalentă sau egală (neexistând dovada că una dintre acestea ar putea oferi o calitate net superioară celeilalte) când suma ofertată de ... este peste valoarea totală a contractului de 320.558,24 lei/2 ani contractuali stabilită de autoritatea contractantă.

3) Prin maniera de aplicare a factorilor şi criteriilor de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ” s-a încălcat tocmai ceea ce ar fi trebuit ca acest criteriu să obţină, respectiv preţul cel mai scăzut faţă de calitatea ofertată. Autoritatea contractantă nu a invocat niciun element de departajare sub aspectul calităţii, drept consecinţă singurul factor a rămas preţul ofertat, însă trebuie avut în vedere că preţurile ofertate se referă la întreaga perioadă contractuală şi nu per an, aşa cum în mod greşit au fost evaluate ofertele şi a fost prezentată oferta câştigătoare în adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

4) Valoarea de ofertare, pe întreaga durată a contractului, trebuia să fie sub nivelul valorii estimate de 320.058,24 lei/2 ani, sau cel mult la nivelul acestei valori, însă, în condiţiile în care există o ofertă sub nivelul valorii estimate din documentaţia de atribuire şi una care este peste această valoare, autoritatea contractantă avea obligaţia de a alege ca şi câştigătoare societatea care s-a încadrat sub limita valorii estimate a contractului şi nu pe baza aplicării greşite a factorilor şi criteriului de atribuire a contractului. Mai mult, raportat la valoarea totală a contractului, singura valoare care arată, în realitate raportul calitate-preţ, ... a ofertat cel mai mic preț.

5) Doar din modalitatea de aplicare a factorilor şi criteriilor de atribuire a reieşit intenţia vădit ascunsă şi discriminatorie care încalcă şi principiile liberei concurențe prin crearea unor măsuri ce dau posibilitatea eludării prevederilor legale imperative ale art. 32 alin. (2), alin. (8) lit. b), alin. (9) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

6) Din formularea de la secţiunea VI.3) din Fişa de date „la factorul preţul ofertei se va lua în considerare tariful pentru persoane fizice” şi din ponderea pe care acest factor l-a primit, reiese că acest factor este cel relevant şi care este determinant, însă din modalitatea aplicării procedurii de atribuire rezultă că întregul eşafodaj a fost construit în sensul favorizării participantului declarat învingător, respectiv ...

7) Există o contradicţie şi în ceea ce priveşte criteriul de atribuire stabilit prin documentaţia de atribuire (Fişa de date) şi criteriul invocat în adresa nr. 1743/02.05.2017, respectiv în fişa de date se vorbeşte de raportul caitate-preţ ca şi criteriu de atribuire, iar în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a invocat ca şi criteriu de atribuire a contractului oferta ... pe baza criteriului „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”. Or, oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic este cea a ... prin însăşi faptul că nu trebuie achitată suma de 126.558,47 lei, valoare cu care oferta ... depășește valoarea estimată a contractului.

Contestatorul precizează că, în urma depunerii notificării prealabile, autoritatea contractantă a comunicat adresa nr. 1843/09.05.2017 având ca obiect răspuns la notificare prealabilă formulată împotriva Hotărârii de atribuirea contractului nr. 1743/02.05.2017, prin care a precizat că adoptă următoarele măsuri de remediere: anularea rezultatului procedurii, anularea comunicării rezultatului procedurii, reevaluarea ofertelor primite.

Contestatorul arată că, în data de 30.06.2017, autoritatea contractantă a comunicat, prin adresa nr. 2332/30.06.2017 - „Comunicarea modului de implementare a măsurilor de remediere adoptate”, faptul că, prin Decizia nr. ... din data de 16.06.2017 a CNSC, urmare a contestaţiei nr. 938/10.05.2017 formulată de ..., Consiliul a obligat autoritatea contractantă la comunicarea modului de implementare a măsurilor de remediere adoptate, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare şi a dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice.

Autoritatea contractantă a decis reevaluarea ofertelor depuse la licitaţie în termen de 7 zile, respectiv DUAE, Propunerea Tehnică şi Propunerea Financiară având în vedere criteriile de atribuire conform fişei de date.

Contestatorul precizează că, contrar celor menţionate în comunicarea modului de implementare a măsurilor de remediere adoptate, autoritatea contractantă a comunicat în data de 07.07.2017 adresa nr. 2404/07.07.2017 denumit „Comunicare rezultatul măsurilor de remediere” prin care, în temeiul art. 93 alin. (1) din H.G. nr. 867/2016, în urma reevaluării ofertelor depuse la procedura de atribuire în cauză, a luat

decizia privind anularea procedurii de achiziţie publică în sensul art. 89 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 100/2016 și art. 44 alin. (4) din H.G. nr. 867/2016 - ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atibuirea contractului de concesiune. Autoritatea contractantă a concluzionat că „ponderea factorilor a distorsionat rezultatul procedurii - dat fiind faptul că s-a avantajat pe ofertantul cu un preţ mai mare, care este în mod clar contrară concurenţei reale”.

Contestatorul precizează că nu se poate susţine că diferenţa de 126.558,47 dintre valoarea estimată a contractului şi oferta ..., declarată câştigătoare, este una nesemnificativă. Deşi în baza Deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a susţinut că va reevalua ofertele, totuşi aceasta, prin comunicarea rezultatului măsurilor de remediere, a anulat procedura de achiziţie publică.

Contestatorul subliniază următoarele aspecte:

1. Responsabilitatea stabilirii corecte şi legale a criteriilor şi factorilor de evaluare a ofertelor revine autorității contractante, iar neîndeplinirea corespunzătoare a acestei condiţii reprezintă o culpă. Or, aceasta nu poate invoca propria turpitudine pentru a prejudicia ofertantul care a ofertat în mod corespunzător criteriilor şi factorilor de evaluare şi s-a încadrat în limita totală estimată a contractului.

2. Contestatorul a sesizat autoritatea contractantă prin notificare cu privire la modalitatea de aplicare a criteriilor şi factorilor de evaluare a ofertelor şi nu cu privire la modul în care acestea au fost stabilite prin documentaţia de atribuire. Dealtfel, dacă ar fi fost contestată documentaţia de atribuire, aceasta ar fi trebuit efectuată cu mult înainte de procedura de evaluare, când s-a constatat nerespectarea dispoziţiilor legale în documentaţia de licitaţie, însă nimeni nu a contestat documentaţia de atribuire.

3. Prin anularea procedurii de atribuire după ce au avut loc două şedinţe de evaluare a ofertelor (una anterior notificării şi cea de a doua în urma Deciziei nr. ...) se face dovada că nu există interes din partea autorității contractante de atribuire a contractului ofertantului care trebuia încă de la început să fie declarat câştigător.

4. Potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul ar fi dispus anularea procedurii dacă ar fi constatat că aceasta nu poate fi remediată altfel decât prin anularea acesteia.

5. Potrivit art. 26 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă nu putea să anuleze procedura de atribuire decât în urma dispoziţiei prin Decizie a Consiliului, rezultând că nu există temei pentru anularea procedurii, astfel cum a decis autoritatea contractantă în mod netemeinic şi nelegal.

6. Decizia autorității contractante de anulare a licitaţiei publice este creatoare de prejudicii pentru societatea contestatoare, prejudicii reprezentând contravaloarea beneficiilor patrimoniale pe care le-ar fi obţinut dacă ar fi obţinut contractul.

7. Autoritatea contractantă are obligaţia de a respecta întocmai dispoziţiile CNSC date prin Decizia nr. ... în atribuirea contractului, însă din cele ce a comunicat, decizia amintită anterior nu dispunea anularea procedurii, ci reevaluarea ofertelor. Or, anularea unei proceduri de atribuire nu poate fi dispusă de către autoritatea contractantă decât, eventual, pentru motive care apar după soluţionarea contestaţiei şi nicidecum pentru motive existente anterior emiterii deciziei la contestaţie şi mai ales dacă prin decizie i se impune autorităţii contractante reevaluarea ofertelor.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită anularea deciziei autorității contractante de anulare a licitaţiei publice şi obligarea acesteia să-l declare câştigător al licitaţiei publice.

În drept, contestatorul invocă prevederile legale menţionate în contestaţie.

Până la data emiterii prezentei decizii, autoritatea contractantă nu a formulat un punct de vedere cu privire la contestație.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reţine următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea concesionării de servicii având ca obiect „Delegarea gestiunii serviciului public de salubrizare în ..., județul ...”, prin publicarea în SEAP a anunţului de concesionare nr. .... Din informaţiile acestui document s-a reţinut că valoarea estimată a contractului este de 320.058 RON fără TVA, criteriile de atribuire aplicate fiind „Prețul ofertei – 70.00, Nivelul redevenței – 30.00”.

Referitor la contestația de față, Consiliul constată că ... contestă decizia autorității contractante prin care aceasta a anulat procedura de atribuire în cauză.

Potrivit adresei nr. 2404/07.07.2017 – *„Comunicare rezultatul măsurilor de remediere”*, autoritatea contractantă a comunicat următoarele:

„În temeiul Art. 93 alin. (1) din H.G. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016, vă aducem la cunoştinţă că în urma reevaluării ofertelor depuse la procedura de atribuirea a contractului de delegare a gestiunii având ca obiect „Delegarea gestiunii serviciului public de salubrizare în ... - jud. ...” COD CPV: 90500000- 2 - Servicii privind deşeurile menajere şi deşeurile (Rev.2) şi 90512000-9 - Servicii de transport de deşeuri menajere (Rev.2), Comisia de Evaluare, Autoritatea Contractantă a luat decizia privind anularea procedura de achiziţie publică în sensul:

Art. 89 alin. (1) lit. c.) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, potrivit cărora „Entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de concesiune în următoarele cazuri:

c) încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului" precum şi

Art. 44. alin. (4) din H.G. 867/2016 „Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de concesiune". Ponderea factorilor a distorsionat rezultatul procedurii - dat fiind faptul că s-a avantajat ofertantul cu un preţ mai mare, care este în mod clar contrară concurenţei reale."

Prin contestaţia în analiză, contestatoarea ... critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 2404/07.07.2017, respectiv decizia autorităţii contractante privind anularea procedurii de atribuire în cauză, solicitând Consiliului anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nelegalitatea motivelor care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire în cauză.

Aşadar, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă autoritatea contractantă a aplicat în mod judicios dispoziţiile art. 89 alin. (1) lit. c.) din Legea nr. 100/2016, respectiv dacă s-a aflat în situaţia imposibilităţii de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a)-f).

Trecând la analiza celor mai sus reclamate, Consiliul constată că datele speţei pe scurt sunt următoarele:

Obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie asigurarea prestării serviciului de salubrizare în raza administrativ-teritorială a comunei Tomești prin delegarea gestiunii activităților de: colectarea separata și transportul deseurilor municipale, colectarea si transportul deseurilor provenite din activități de reamenajare si reabilitare de constructii. Autoritatea contractantă a optat pentru atribuirea unui acord-cadru, a cărui durată este de 24 de luni, începând de la data atribuirii contractului.

Criteriul de atribuire ales de autoritatea contractantă, astfel cum este consemnat în cadrul fișei de date a achiziției, la cap. IV.2.1) este: *"Cel mai bun raport calitate-pret."*

Iar factorii de evaluare și ponderile aferente sunt următoarele

"Criterii Pondere

1 Pretul ofertei 70.00%

Descriere: Componenta financiara

Algoritm de calcul: Pentru factorul de evaluare pretul cel mai scazut : Se acorda punctajul maxim de 70 puncte pentru oferta cu tariful cel mai scazut pentru persoanele fizice. Punctajul pentru celelalte oferte se calculeza astfel : pretul cel mai scazut / pretul ofertei analizate x 70 puncte

2 Nivelul redeventei 30.00%

Descriere: Algoritm de calcul:

Pentru factorul de evaluare nivelul redeventei : Se acorda punctajul maxim de 30 puncte pentru oferta cu redeventa cea mai mare. Punctajul pentru celelalte oferte se calculeza astfel: redevanta din oferta analizata / redeventa cea mai mare x 30 puncte."

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găseşte util a relua câteva dintre elementele derulate anterior formulării contestației în analiză, pentru fixarea cadrului speţei, respectiv:

Anterior, autoritatea contractantă a elaborat Raportul procedurii de atribuire nr. 1739/02.05.2017, potrivit căruia oferta depusâă de către ... a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, oferta depusă de ..., clasându-se pe locul al doilea.

În urma primirii actului de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire cu nr. 1743/02.05.2017, ... a formulat Notificarea prealabilă nr. 247/05.05.2017 prin care a reclamat nelegalitatea rezultatului procedurii de atribuire, motivat de aplicarea incorecta a algoritmului aferent factorilor de evaluare.

Ulterior evaluării ofertelor şi după ce a fost declarată câștigătoare a procedurii (potrivit actului de comunicare nr. 1742/02.05.2017), ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. 1864/09.05.2017, prin care a fost anunțată că rezultatul procedurii a fost anulat în urma primirii unei notificări prealabile, urmând ca autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse.

... a reclamat măsurile de remediere întreprinse de autoritatea contractantă, respectiv faptul că, ... a hotărât anularea rezultatului prin care aceasta a fost declarată câștigătoare.

Contestația formulată a constituit Dosarul nr. .... Prin Decizia nr. ..., Consiliul a admis contestaţia formulată de ... în contradictoriu cu ..., a obligat autoritatea contractantă la comunicarea modului de implementare a măsurilor de remediere adoptate, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare şi a dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice.

Urmare a Deciziei Consiliului nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat în data de 30.06.2017 actul intitulat *„Comunicarea modului de implementare a măsurilor de remediere adoptate, prin care aduce la cunoştinţă faptul că în urma primirii Deciziei nr. ... de la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor dată în soluţionarea Contestaţiei cu nr. 938/10.05.2017 formulată de societatea ... SRL, prin care se dispune:*

„Obligă autoritatea contractantă la comunicarea modului de implementare a măsurilor de remediere adoptate, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din moticare şi a dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice".

Prin această comunicare, se arată şi măsurile care se iau de către ..., respectiv:

1. comisia a decis reevaluarea ofertelor depuse la licitaţie în termen de 7 zile;

2. comisia de evaluare va reevalua DUAE, Propunerea Tehnică şi Propunerea Financiară având în vedere criterii de atribuire conform fişei de date;

3. în cadrul şedinţei de reevaluare, comisia va contacta SEAP-ul pentru repunerea procedurii în faza de evaluare.

Ulterior, la data de 07.07.2017, autoritatea contractantă comunică ... înscrisul înregistrat la aceasta sub nr. 2404/07.07.2017 denumit *„Comunicare rezultatul măsurilor de remediere„* prin care aduce la cunoştinţa societății contestatoare ..., că în temeiul art. 93 alin. (1) din H.G. nr. 867/2016, în urma reevaluării ofertelor depuse la procedura de atribuire a contractului de delegare a gestiunii având ca obiect - delegarea gestiunii serviciului public de salubrizare în ..., jud. ..., autoritatea contractantă a luat decizia privind anularea-procedurii de achiziţie publică, motivat de cele mai sus amintite.

Așa cum a fost mai sus reținut, autoarea contestației reclamă pretinsa nelegalitate a anulării procedurii de atribuire, motivat de faptul că aşa cum a specificat și în Notificarea formulată împotriva procedurii, încă la început, procedura de atribuire a fost încălcată prin aplicarea greşită/incorectă a algoritmului aferent factorilor de evaluare de către autoritatea contractantă și nu în ceea ce privește modul în care aceștia au fost stabiliți în cadrul documentației de atribuire.

Din examinarea Procesului-verbal al ședinței de deschidere nr. 1425/07.04.2017, Consiliul reține că cei doi operatorii economici au ofertat astel:

..., cu următoarea oferta:

Preţul ofertei:

- persoane fizice/luna/pers. - 5,14 lei
- asociaţii de locatari - 5,14 lei
- persoane juridice lei/mc - 90 lei
- dezinfectare recipienţi/buc. - 3,92 lei
- deşeuri din construcţii lei/mc - 385,85 lei
- redevenţă 3% din valoarea serviciilor prestate anual (conform ofertă cu fişele de fundamentare ataşate prezentei: 6.890,00 lei/an) și

SC ... SRL, cu următoarea ofertă:

Preţul ofertei:

- persoane fizice/lună/pers. - 4,94 lei
- asociaţii de locatari - 4,94 lei
- persoane juridice lei/mc - 90 lei
- dezinfectare recipienţi/buc. - 0,00 lei
- deşeuri din construcţii lei/mc - 90,00 lei
- redevenţă - 4.625,73/an.

Potrivit calculelor efectuate de membrii comisiei de evaluare, astfel cum sunt consemnate în cadrul Raportului procedurii nr. 1739/02.05.2017 au rezultate următoarele:

Criteriu nr. 1		*Punctaj obţinut:*
Preţ ... SRL	5,14 lei	67,27 pct.

Preţ ... SRL 4,94 lei 70 pct.
(Calcul: 4,94/5,14x70= 67,27)
Criteriu nr. 2 *Punctaj obţinut:*
Redevenţă
... SRL 6.890,00 lei 30 pct.
... SRL 4.625,73 lei 20,14 pct.
(Calcul Redevenţă: 4625,73/6890x30=20,14)

Total puncte ... SRL *... SRL*
97,27 pct. ***90,14 pct.***

Tot în cadrul raportului amintit membrii comisiei de evaluare au efectuat și calculul redevenței ofertat de ..., respectiv 3% din valoarea serviciilor prestate anual, conform ofertă cu fişele de fundamentare ataşate prezentei: rezultând o valoare a redevenței de 6.890,00 lei/an.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea faptului că în cazul de față s-a impus anularea procedurii de atribuire, întrucât *ponderea factorilor a distorsionat rezultatul procedurii - dat fiind faptul că s-a avantajat ofertantul cu un preţ mai mare, care este în mod clar contrară concurenţei reale* nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

Așa cum a fost mai sus reținut, autoritatea contractantă a ales drept criteriu de atribuire, cel mai bun raport calitate-preț și a ales drept factori de evaluare: prețul ofertei (tariful cel mai scăzut) și nivelul redevenței.

Sunt respectate astfel dispozițiile art. 86 din Legea nr. 100/2016:

Art. 86. - (1) Contractele de concesiune se atribuie pe baza criteriului ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, stabilită în baza unor criterii obiective care garantează evaluarea ofertelor în condiţii de concurenţă reală.

(2) În sensul alin. (1), criteriile obiective trebuie să aibă legătură directă cu obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii şi se pot referi la oricare dintre următoarele:

a) gradul de preluare a unor riscuri de către concesionar;

b) nivelul plăţilor actualizate efectuate de către entitatea contractantă;

c) nivelul tarifelor de utilizare;

d) modalitatea de execuţie a lucrărilor/prestare a serviciilor bazată pe indicatori de performanţă de ordin calitativ, tehnic, funcţional, financiar etc.;

e) modul de asigurare a protecţiei mediului;

f) modul de rezolvare a unor probleme sociale;

g) nivelul redevenţei;

h) durata concesiunii;

i) inovarea.

(3) Entitatea contractantă poate utiliza criteriile prevăzute la alin. (2) şi în mod combinat, în funcţie de obiectul concesiunii şi în măsura în care respectivele criterii sunt compatibile".

Ori, atâta vreme cât criteriul de atribuire are în vedere cei doi factori de evaluare, nu se pot reține ca fiind relevante în soluționare susținerile autorității contractante în referire la faptul că ponderea factorilor a distorsionat rezultatul procedurii, respectiv faptul că, a fost avantajat ofertantul cu un preţ mai mare, care este în mod clar contrară concurenţei reale. Argumentul adus, ar fi fost relevant în cazul în care criteriul de atribuire ales l-ar fi reprezentat prețul cel mai scăzut, însă potrivit dispozițiilor legale mai sus amintite un astfel de criteriu nu se utilizează în cazul contractelor de concesiune.

Într-adevăr autoritatea contractantă a alocat o pondere semnificativă, 70% pentru factorul de evaluare tariful de utilizare, rezultând că acest factor este relevant și determinant, însă autoritatea contractantă a optat și pentru alegerea ca factor de evaluare a nivelului redevenței, considerând ca fiind important și nivelul redeveței. În cadrul caietului de sarcini al serviciului de comunei Tomești, autoritatea contractantă a menționat următoarele cu privire la redevență:

”Cuantumul redevenței se oferă de către fiecare participant la procedura de delegare a gestiunii serviciului, ca urmare a exploatării și funcționării serviciului delegat.

Cuantumul redevensei nu poate fi mai mic de 3% din venitul realizat. Redevența efectivă va fi cea a ofertantului declarat cîștigător al licitației.

(...)

Sumele astfel realizate vor constitui venituri la bugetul comuniei Tomești.”

Responsabilitatea stabilirii corecte şi legale a criteriilor şi factorilor de evaluare a ofertelor revine autorității contractante, iar autoritatea contractantă nu poate invoca propria culpă pentru a prejudicia ofertanții care au ofertat în mod corespunzător criteriilor şi factorilor de evaluare.

Consiliul reţine că autoritatea contractantă nu-şi poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanţilor la licitaţie după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (elaborarea ofertei, deschiderea ofertei, evaluarea ofertelor, stabilirea ofertei câştigătoare).

Această viziune este împărtăşită şi de instanţele de judecată, după cum arată şi Curtea de Apel Cluj, Secţia comercială, de contencios administrativ şi fiscal în Decizia nr. 2532/06.11.2008, *autoritatea contractantă nu îşi poate invoca propria culpă, izvorâtă din documentaţia de atribuire, pentru a fi apoi opusă cu succes participanţilor la licitaţie după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii*.

Consiliul reţine faptul că în speţă, autoritatea contractantă nu a făcut dovada că s-a aflat în situaţia imposibilităţii continuării procedurii, ceea ce conduce la ipoteza că anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorităţii contractante care a apreciat, că se impune anularea procedurii. Numai existenţa unor împrejurări total independente de voinţa autorităţii contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 89

din Legea nr. 100/2016, deoarece legiuitorul vorbeşte despre o imposibilitate. Atâta vreme cât această imposibilitate nu a fost demonstrată, Consiliul reţine faptul că în speţă, autoritatea contractantă nu a făcut dovada existenţei unor *„încălcări ale prevederilor legale de la prevederile legislative* (pe parcursul procedurii se constată se constată erori sau omisiuni, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016) care *„afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului".*

În concluzie, Consiliul reţine că activitatea comisiei de evaluare a înregistrat abateri de la cadrul legal care reglementează concesiunile, motiv pentru care va admite critica formulată de ..., referitoare la anularea măsurilor de remediere (decizia autorităţii contractante de anulare a procedurii de atribuire), aceasta fiind întemeiată.

Un alt aspect criticat de ... vizează faptul că prețul ofertat de ofertantul declarat câștigător ... depășește valoarea estimată a acordului-cadru.

Se are în vedere că autoritatea contractantă a publicat în cadrul anunțului de concesionare nr. ... și în fișa de date (modul de calcul al valorii estimate se regăsește și în Strategia de contractare) modul de calcul al valorii estimate a acordului cadru, respectiv:

Valoarea estimată a contractului:

a) Valoarea estimată a serviciilor prestate pen tru persoane fizice: 5,14 Ron/persoane/lună (tarif actual) x 12 luni x 2 ani x 2434 pers. = 300.258,24 Ron fără TVA;

b) Valoarea estimată a serviciilor prestate pentru persoane juridice: 38 persoane juridice, care realizează un consum aproximativ de 75 mc/an x 2 ani = 150 mc x 90 lei/mc fîrî TVA = 13.500 lei fară TVA.

c) Valoarea estimată a serviciilor prestate pentru colectarea şi transportul deşeurilor rezultate din activităţile de reamenajare şi reabilitare de construcţii: 90,00 lei/mc x 35 mc/an x 2 ani = 6.300 Ron fară TVA.

Prin urmare, valoarea totală estimată a contractului (adică pe o durată de 2 ani);

300.258,24 + 13.500 + 6.300 = 320.058.24 lei fără TVA.

În raport de modalitatea de estimare a valorii acordului-cadru, se are în vedere că sunt întemeiate susținerile autoarei contestației în referire la faptul că valorile ofertate trebuie calculate pentru o perioadă de 24 de luni. Astfel, Consilul reține calcul efectuat de ... ca fiind judicios:

"La calculul total al contractului, respectiv la 24 de luni pentru ofertantul ... SRL rezultă următoarele valori aferent ofertei declarată câştigătoare de dvs.:

Persoane fizice: 5,14 lei/lună x 24 luni x 2434 persoane - 300.258,24 Lei/2 ani din care redevenţa 3% = 9007,75 lei/2 ani

Persoane juridice: 75 mc/an x 90 lei x 2 ani = 13.500 lei/2 ani, din care 3% = 405 lei/2 ani

Dezinfectare recipiente: 1250 buc x 12 dezinfectări/an x 2 ani x 3,92 lei = II 7.600 lei/2 ani, din care 3% = 3528 Lei/2 ani

Deşeuri din construcţii: 70 mc/2 ani x 385,85 lei/mc = 27.009,50 Lei/2 ani, din care 3% = 810,28 lei/2 ani

Total valoare contract pe 2 ani = 300.258,24 + 13.500 + 117.600 + 27.009,50 = 458.367,74 lei/2 ani, din care redevenţa 3% este de 13.751,03 lei/2 ani.

La calculul total al contractului, respectiv la 24 de luni pentru ofertantul ... SRL rezultă următoarele valori aferent ofertei declarată perdantă de dvs.:

a) Persoane fizice: 4,94 lei/lună x 24 luni x 2434 persoane = 288.575,04 Lei/2 ani

b) Persoane juridice: 75 mc/an x 90 lei x 2 ani = 13.500 lei/2 ani

c) Dezinfectare recipiente: 1250 buc x 12 dezinfectări/an x 2 ani x 0 lei = 0 lei/2 ani

d) Deşeuri din construcţii: 70 mc/2 ani x 90,00 lei/mc = 6.300 Lei/2 ani

Total valoare redevenţa: 4625,73 lei/2 ani

Total valoare contract pe 2 ani = 288.575,04 + 13.500 + 0 + 6.300 = 308.375,04 lei/2 ani, din care redevenţa 3% este de 4625,73 lei/2 ani.

Scăzând din valoarea de plată a contractului valoarea câştigată a redevenţei în cazul ... SRL - 458.367,74 - 13.751,03 = 446.616,71 lei/2 ani.

Scăzând din valoarea de plată a contractului valoarea câştigată a redevenţei în cazul ... SRL = 308.375,04 - 4625,73 = 303.749,31 lei/2 ani."

În final, autoarea contestației concluzionează că autoritatea contractantă în mod eronat a efectuat calculul redevenței pe un an, în condițiile în care durata acordului-cadru este de 24 de luni, acest aspect având implicații și asupra valorii estimate.

În referire la calculul efectuat de autoritatea contractantă, Consiliul determină că acesta este eronat, așa cum susține și ..., trebuie efectuat ținând seama de durata acordului-cadru.

Referior la faptul că ... potrivit ofertei depuse, depășește valoarea estimată a acordului-cadru, Consiliul are în vedere faptul că legislația aplicabilă, respectiv Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări publice și concesiunile de servicii și H.G. nr. 847/2016 de aplicare a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 nu stabilesc sancționarea ofertelor în cazul depășirii valorii estimate, astfel cum sunt prevăzute de exemplu în H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 la art. 137 alin. (2) lit. e) și f) (ofertele sunt declarate inacceptabile).

Consiliul in solutionarea prezentei cauze, a avut în vedere și dispozițiilor art. 11 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, potrivit cărora:

"Art. 11. - (1) Procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau concesiunilor de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 23.227.215 lei.

(2) Concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii a căror valoare este mai mică decât pragul valoric prevăzut la alin. (1) se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2), în condiţiile şi potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi."

Așa cum a fost mai sus reținut, valoarea estimată a fost menționată în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.2), ca fiind 320.058,24 lei, fără TVA.

De asemenea, Consiliul constată că la dosarul cauzei, autoritatea contractanta a depus și Strategia de contractare, unde se menționează următoarele:

"Având în vedere că procedura de delegarea a gestiunii prin contract de concesiune și, datorită faptului că, prin prevederile art. 11 alin. (2) din Legea nr. 100/2016 nu sunt stabilite alte proceduri, nefiind emise încă norme de aplicare a acestei legi, în aceste condiții, deși valoarea estimată a contractului de 320.058,24 lei fără TVA este mai redusă față de pragul stabilit prin alin. (1) din acest articol (23.227.215 lei fără TVA), cu toate acestea se va alege procedura de licitație deschisă din Legea nr. 100/2016."

În cadrul fișei de date a achiziției, la pct. III.1.5) legislatia aplicabila face referire la următoarele acte normative:

a) Legea privind achizitiile nr 98/2016; Legea privind achizitiile sectoriale nr 99/2016; Legea privind concesiunile de lucrari si concesiunile de servicii nr 100/2016;

b) Legea privind remediile si caile de atac in materie de atribuire a contractelor de achizitie publica,a contractelor sectoriale si a contractelor de concesiune de lucrari si concesiune de servicii, precum si pentru organizarea si functionarea Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor nr 101/2016;

d) Hotararea Guvernului nr. 395 din 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achizitie publica/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice.

e) Legea nr. 51/2006 – Legea serviciilor comunitare de utilitati publice, republicata

f) Legea nr. 101/2006 – Legea serviciului de salubrizare a loclitatilor, republicata.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că autoritatea contractanta, deși potrivit legii, nefiind obligată la respectarea în totalitate a dispozițiilor Legii nr. 100/2016, aceasta a ales să se raporteze la aceste acte normative în desfașurarea procedurii de atribuire.

Astfel, Consiliul a examinat actele autorității contractante prin raportare la dispozițiile actelor normative pe care autoritatea contractantă a ales să le aplice, în conditiile în care legiuitorul nu o obligă pe aceasta la o asemenea conduită.

În concluzie, Consiliul consideră că din cuprinsul comunicării deciziei de anulare a procedurii, nu rezultă un motiv întemeiat pentru anularea procedurii, cele invocate de către autoritatea contractantă nefiind temeinice şi legale. Totodată, Consiliul va lua ca măsură de remediere, desfiinţarea deciziei de anulare a procedurii. Astfel, autoritatea contractantă ar fi scutită de a iniţia o nouă procedură, de a mai evalua ofertele şi, totodată, de eventualele contestaţii ce pot fi depuse.

Consiliul reţine că, potrivit art. 89 din Legea nr. 100/2016, autoritatea contractantă are dreptul să anuleze aplicarea procedurii, pentru motivele expres şi limitativ prevăzute de lege, printre care şi acela că *„încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului*". Din modul de redactare a textului şi din întreaga economie a legii, inclusiv din observarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de concesiune, se apreciază că interpretarea care se impune este aceea că legiuitorul a avut în vedere, cu ocazia elaborării textului, o imposibilitate obiectivă, independentă de poziţia vreunuia dintre participanţii la procedură şi, în special, a autorităţii contractante.

Această manieră în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de dispoziţiile art. 89 din Legea nr. 100/2016, dar şi de natură să încalce drepturile recunoscute de acelaşi act normativ în beneficiul ofertantului participant. Nefiind localizată o culpă în sarcina sa, ofertantul nu poate fi prejudiciat printr-o hotărâre arbitrară a autorităţii contractante.

Având în vedere cele expuse, în conformitate cu art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 Consiliul va admite contestaţia depusă de ... şi va anula decizia de anulare a procedurii şi adresele de comunicare a acestei decizii. Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, continue procedura de atribuire, cu respectarea dispoziţiilor legale şi a celor evocate în motivare.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere privind declararea ofertei depusă de ... drept câștigătoare a procedurii, întrucât stabilirea ofertelor admisibile reprezintă atribuția comisiei de evaluare conform art. 127 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, iar stabilirea ofertei castigatoare este un act propriu al autoritatii contractante, conform art. 207 din Legea nr. 98/2016, Consiliul fiind competent să analizeze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele atacate.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie

publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul admite în parte contestaţia formulată de ... în contradictoriu cu ... și anulează decizia de anulare a procedurii şi adresele de comunicare a acestei decizii.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare şi a dispoziţiilor legale incidente.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca inadmisibil capătul de cerere referitor la declararea ofertei depusă de ... drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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