

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, înaintată de Asocieria formată din SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin - Administrator și SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin - Administrator, asocierie ce este reprezentată convențional prin Cabinet de Avocat Gudula Ștefan, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură și de corespondență în, județul, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 9755/08.08....., emis de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de concesiune având ca obiect „Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului public de management și operare a centrului de management integrat al deșeurilor (CMID) din, a stațiilor de transfer și platformelor publice de colectare de la Negrești, ..., Huși și Bârlad, a flotei de transport deșuri între stațiile de transfer și CMID”, cu anunț de concesiune nr., publicat în SEAP în, s-a solicitat Consiliului:

- anularea răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă depusă;
- anularea adresei de comunicare a deciziei de anulare a procedurii;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată atât contestația depusă de asocieria SC SRL - SC SRL, cât și cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare.

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

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., Asocieria SC SRL - SC SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 9755/08.08....., emis de, în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, potrivit căruia aceasta a fost anulată în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. c) și art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006.

În opinia contestatoarei, criteriile de calificare nu au fost modificate, nefiind eliminate sau introduse criterii de calificare decât cele prevăzute inițial în documentația de atribuire, astfel încât măsura de anulare a procedurii este nelegală.

Astfel, apreciază contestatoarea, este nefondată afirmația autorității contractante potrivit căreia prin clarificarea nr. 6 s-au modificat cerințele/criteriile de calificare inițiale, prevăzute în anunțul de concesionare nr./..... (punctul III. 1.1) Informații privind situația personală a operatorilor economici și punctul III. 1.3) Capacitatea tehnică) și în fișa de date a achiziției (punctul III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale și punctul 111.2.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului) privitoare la deținerea, de către operatorii economici, a codurilor CAEN referitoare la colectarea, tratarea și eliminarea deșeurilor și la deținerea Licenței Clasa 1 emisă de ANRSC pentru activitățile specifice serviciului public de salubritate care fac obiectul contractului și la deținerea Certificării sistemului de management al calității ISO 9001 sau echivalent pentru activități de salubritate și a Certificării sistemului de management în domeniul protecției mediului, respectiv ISO 14001 sau echivalent pentru activități de salubritate.

De altfel, atât licența ANRSC cât și certificările și codul CAEN sunt condiții care se referă doar la activitatea de salubritate, neputându-se solicita licență pentru salubritate pentru o activitate de altă natură decât cea pentru care a fost emisă licența.

Pe de altă parte, susține contestatoarea, nu poate fi reținută afirmația autorității contractante potrivit căreia unele răspunsuri la solicitările de clarificări (clarificarea nr. 2, răspunsul 5, clarificarea nr. 8, răspunsul 18 și clarificarea nr. 10, răspunsurile 4, 8 și 14) au condus la moduri diferite de interpretare a documentației de atribuire de către ofertanți și la moduri neuniforme de abordare a soluțiilor financiare.

Or, din moment ce nu a fost contestat răspunsul la clarificări în termen de 10 zile de la publicarea acestuia în SEAP, răspunsurile autorității contractante au devenit astfel valabile în mod definitiv.

De asemenea, arată contestatoarea, autoritatea contractantă nu poate susține că prin răspunsul la clarificări s-a modificat documentația de atribuire, deoarece o astfel de concluzie nu poate fi trasă decât în urma unui demers judiciar promovat în conformitate cu prevederile art. 2 din Ordinul ANRMAP nr. 171/2012.

Totodată, contestatoarea apreciază că în mod greșit autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. a) și b) din ordonanța de urgență, în cauză acestea nefiind incidente.

În realitate însă, susține contestatoarea, celelalte oferte nu respectă prevederile din fișa de date a achiziției și caietul de sarcini, motiv pentru care, în mod corect autoritatea contractantă trebuia să dispună declararea lor ca neconforme.

Or, faptul că alți ofertanți au prezentat oferte neconforme, fără respectarea procedurii de atribuire, nu poate conduce la anularea întregii proceduri de atribuire din acest motiv, fiind știut faptul că potrivit principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria culpă.

Conform clarificărilor și documentației de atribuire rezultă clar că, costurile privind construcția celulei 2 se recuperează prin tarif în perioada de funcționare a celulei 2 (amortizare) și nu în perioada de funcționare a celulei 1, cum în mod eronat au interpretat ceilalți operatori economici. Aceste costuri au putut fi incluse în fișa de fundamentare cu respectarea prevederilor Ordinului președintelui ANRSC nr. 109/2007.

Deci costurile privind închiderea și postînchiderea celulei 1 se recuperează prin tarifele de depozitare în perioada de funcționare a celulei, respectiv 12 ani, care este durata estimată de funcționare a celulei 1, precizată de autoritatea contractantă.

După închiderea celulei 1 deșeurile vor fi depozitate în celula 2, care are o durata estimată de funcționare, de 13 ani, după cum a precizat în mod expres autoritatea contractantă.

În opinia contestatoarei, operatorii care amortizează aceste costuri pe perioada de 25 de ani de funcționare a depozitului, au vrut să inducă în eroare comisia de evaluare.

Amortizarea este o operațiune pur contabilă, direct proporțională cu durata de utilizare a bunului supus amortizării, care nu depinde, în niciun caz, de durata contractului de concesiune. Costurile privind construirea celulei 2 se fac înainte de intrarea în funcțiune a celulei 2 și se recuperează prin amortizarea cuprinsă în tarif pe perioada de funcționare a ei, respectiv 13 ani.

Această concluzie se desprinde și din interpretarea corectă a dispozițiilor art. 11 alin. (4) lit. c) din Ordinul nr. 109/2007, potrivit căroră *la stabilirea tarifelor pentru activitățile specifice serviciului de salubritate se au în vedere următoarele criterii: c) cheltuielile cu amortizarea se iau în calcul, respectându-se reglementările legale în vigoare.*

Deci operațiunea de amortizare trebuie să respecte normele contabile în vigoare (Legea nr. 15/....., Norma metodologica 1997 de aplicare a Legii nr. 15/....., Ordinul 1802/2014 privind reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate din 29.12.2014), care nu prevăd o anumită perioadă de ani în care se realizează amortizarea.

Astfel, din analiza și interpretarea dispozițiilor legale expuse anterior este că amortizarea este o operațiune pur contabilă, care trebuie realizată conform politicilor contabile alese de conducerea societății.

După cum rezultă din comunicarea privind rezultatul procedurii, numai SC SA și Asocierea SC SRL - SC SRL au respectat toate prevederile documentația și a clarificărilor privind realizarea investițiilor și perioada de amortizare a lor.

În ceea ce privește constituirea fondului de închidere, contestatoarea arată că numai SC SA și asocierea sa au avut în vedere contribuția la fondul de includere în raport de perioadele de amortizare a cheltuielilor cu închiderea celulelor, în concordanță cu prevederile documentației de atribuire.

Costurile privind închiderea și postînchiderea se includ în tarif pe perioada de funcționare a fiecărei celule, conform prevederilor HG nr. 349 din 21 aprilie 2005 privind depozitarea deșeurilor.

Susținând că a respectat în totalitatea prevederile documentației de atribuire, Asocierea SC SRL - SC SRL solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, invocând în drept, dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/.....

Prin adresa nr. 10607/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26748/02.09....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei și menținerea deciziei de anulare a procedurii.

Raportându-se la criticile formulate de contestatoare, autoritatea contractantă arată că, pe parcursul analizei și evaluării candidaturilor depuse, s-au constatat erori sau omisiuni, aflându-se în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) - f) din OUG nr. 34/2006.

Astfel, susține autoritatea contractantă, prin Clarificare nr. 6 s-au modificat cerințele/criteriile de calificare inițiale, prevăzute în anunțul de concesiune nr./..... (punctul III. 1.1) Informații privind situația personală a operatorilor economici și punctul III. 1.3) Capacitatea tehnică) și în fișa de date a achiziției (punctul III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale - Cerința 1 și Cerința 2 și punctul 111.2.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului - Cerința 1 și Cerința 2), intrând sub incidența dispozițiilor art. 501 alin. (4) și (5), art. 179 alin. (4) și art. 209 alin. (4) din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, la solicitarea 1: *Vă rugăm să precizați dacă în cazul unei asocieri, pentru un asociat ce va fi responsabil doar pentru lucrări de execuție, este necesară prezentarea licenței emisă de ANRSC, întrucât Hotărârea de Guvern nr. 745/2007 pentru aprobarea Regulamentului privind acordarea licențelor în domeniul serviciilor comunitare de utilități publice, nu prevede așa ceva,*

și la solicitarea 2: *De asemenea, vă rugăm să precizați dacă în cazul unei asocieri, activitățile CAEN și domeniile certificate ISO 9001 și ISO 14001, vor fi în concordanță cu partea de contract pe care o va realiza fiecare membru,*

autoritatea contractantă a răspuns astfel:

Răspuns 1: *Pentru un asociat care va fi responsabil doar pentru lucrări de execuție nu este necesar să se prezinte licența emisă de ANRSC. Acordul de asociere trebuie să prevadă în mod explicit responsabilitățile fiecărui membru al asocierii,*

și Răspuns 2: *Ofertanții trebuie să dețină coduri CAEN referitoare la colectarea, tratarea și eliminarea deșeurilor. Prin urmare pentru un asociat care va fi responsabil doar pentru lucrări de execuție nu este necesar să se facă dovada privind aceste coduri CAEN.*

În anunțul de concesiune numărul/..... și în fișa de date s-au impus cerințele Asigurarea unui nivel corespunzător al calității - Certificarea sistemului de management al calității - ISO 9001 sau echivalent pentru activități de salubritate și Asigurarea unui nivel corespunzător al protecției mediului - Certificarea sistemului de management în domeniul protecției mediului, respectiv ISO 14001 sau echivalent pentru activități de salubritate.

Pentru un asociat care va fi responsabil doar pentru lucrări de execuție nu este necesar să se prezinte certificate ISO 9001 și ISO 14001.

Acordul de asociere trebuie să prevadă în mod explicit responsabilitățile fiecărui membru al asocierii.

Lucrările de execuție (închideri celule, construire rampe de acces, construire celula 2) vor fi necesare peste cca 8 ani. În această etapă nu s-a solicitat ofertanților să fie autorizați pentru astfel de lucrări sau să facă dovada asigurării execuției acestora, astfel încât să fie nevoiți să se asocieze cu un executant de lucrări.

Mai mult, la solicitarea de explicații din partea unui operator economic privind temeiul legal al acestor modificări a cerințelor/criteriilor

de calificare inițiale, autoritatea contractanta a răspuns prin Clarificarea nr. 7 astfel:

Autoritatea contractanta nu a modificat condițiile impuse prin fișa de date, ci le-a clarificat.

Din coroborarea cerințelor, rezultă că licența este solicitată doar asociațiilor care vor desfășura activități de salubritate. Un asociat care se angajează prin acordul de asociere să participe doar la execuția lucrărilor de construcții (construire celula, închidere celule), nu trebuie să dețină licența, deoarece lucrările de construcții nu sunt servicii de salubritate, acesta va desfășura activități la momentul când vor fi necesare aceste lucrări (peste aprox. 8 ani).

Or, contrar acestui răspuns, comisia de evaluare a considerat că, prin Clarificarea nr. 6, autoritatea contractantă a modificat/completat cerințele/criteriile de calificare inițiale.

În plus, arată autoritatea contractantă, nu a fost publicat nici anunț de tip erată, modificările/completările cerințelor/criteriilor de calificare făcându-se doar prin clarificare.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsurile la clarificări date (clarificarea nr. 2, răspunsul 5, clarificarea nr. 8, răspunsul 18 și clarificarea nr. 10, răspunsurile 4, 8 și 14), nu s-a răspuns în mod clar, complet și fără ambiguități, conform prevederilor art. 78 din OUG nr. 34/2006, consecința acestui fapt ducând la moduri diferite de interpretare a documentației de atribuire de către ofertanți și la moduri neuniforme de abordare a soluțiilor financiare.

Astfel, ofertanții au inclus costurile privind investițiile preconizate raportând valoarea estimată totală fie la durata concesiunii (25 ani), fie la durata estimată de funcționare a fiecărui obiect de investiție, fie ca cheltuieli de amortizare pe perioada de funcționare a obiectului de investiție, completând în mod diferit articolele de cheltuieli 1.8, 1.9.3 și 5 din Formularul 22 - Fișa de fundamentare a tarifelor.

Or, în opinia autorității contractante, includerea în tarif a tuturor cheltuielilor pentru construire și închidere Celula 2 numai pe perioada de exploatare a acesteia, ar duce la o creștere bruscă a tarifului, fiind greu de suportat de către populație.

În aceste condiții, constatând că, pe parcursul derulării procedurii de atribuire, s-au produs erori sau omisiuni, iar în această fază a procedurii este imposibilă corectarea acestora, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire, în speță fiind aplicabile prevederile coroborate ale art. 209 alin. (1) lit. c), alin. (4) lit. a) - b) și ale art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de concesiune având ca obiect „Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului public de management și operare a centrului de management integrat al deșeurilor (CMID) din, a stațiilor de transfer și platformelor publice de colectare de la Negrești, ..., Huși și Bârlad, a flotei de transport

deșeuri între stațiile de transfer și CMID”, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. din, precum și a documentației de atribuire.

Decizia privind anularea procedurii i-a fost comunicată asocierii SC SRL - SC SRL prin adresa nr. 9755 din 08.08....., respectiv faptul că procedura a fost anulată în conformitate cu dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. c) și art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, fiind expuse pe larg cele două motive de fapt care au condus la luarea acestei decizii.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, asocieria SC SRL - SC SRL a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/.....), solicitând:

- anularea răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă depusă;
- anularea adresei de comunicare a deciziei de anulare a procedurii;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare.

Examinând legalitatea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii, Consiliul constată că un prim motiv reținut de autoritate constă în susținerea acesteia că, prin clarificarea nr. 6 la documentația de atribuire, au fost modificate cerințele de calificare din fișa de date a achiziției, punctele III.2.1.b) și III.2.3.b), referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și la standardele de asigurare a calității și de protecție a mediului.

În fapt, din analiza acestei adrese de clarificări, Consiliul observă că, în realitate, autoritatea contractantă nu a modificat (prin adăugare sau eliminare de informații) cerințele de calificare expuse în fișa de date a achiziției, ci doar a lămurit situația în care mai multi operatori economici aleg să depună ofertă comună, îndeplinirea cerințelor de calificare urmând a fi dovedită de fiecare membru al asocierii raportat la tipul de activitate și la partea sa de implicare în derularea activităților contractului.

În acest sens, Consiliul stabilește că informațiile aduse de autoritatea contractantă prin clarificarea nr. 6 fac parte din categoria celor de lămurire a modului în care urmează a fi dovedită și examinată îndeplinirea cerințelor de calificare din fișa de date a achiziției, situația de fapt neputând fi încadrată în cea reglementată de legiuitor la art. 179 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, respectiv nu reprezintă o modificare și/sau completare a criteriilor de calificare.

În consecință, fundamentarea deciziei de anulare a procedurii pe acest considerent este eronată.

Al doilea motiv pentru care autoritatea contractantă a luat decizia de anulare a procedurii constă în faptul că, date fiind informațiile contradictorii pe care le-a pus la dispoziția ofertanților, prin intermediul

clarificării nr. 2 - răspuns 5, clarificării nr. 8 - răspuns 18, clarificării nr. 10 - răspunsurile 4, 8 și 14, au existat moduri diferite de interpretare a documentației de atribuire și moduri neuniforme de abordare a soluțiilor financiare de către ofertanți.

Privitor la aceste motive de fapt asociate deciziei de anulare a procedurii, Consiliul stabilește că se circumscriu următoarelor prevederi coroborate ale art. 209 din OUG nr. 34/2006:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri:

b) dacă nu a fost depusă nicio ofertă sau dacă au fost depuse oferte care, deși pot fi luate în considerare, nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.

(4) În sensul prevederilor alin. (1) lit. c), prin abateri grave de la prevederile legislative se înțelege:

b) pe parcursul analizei, evaluării și/sau finalizării procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) [lit. a\)-f\).](#)”

În fapt, Consiliul constată că, într-adevăr, informațiile evocate în clarificarea nr. 2 - răspuns 5, clarificarea nr. 8 - răspuns 18, clarificarea nr. 10 - răspunsurile 4, 8 și 14, sunt contradictorii și au stat la baza elaborării unor oferte care conțin modalități diferite de abordare a soluțiilor financiare, situația nefiind imputabilă ofertanților, care au luat în considerare clarificările autorității contractante, așa cum aceștia le-au înțeles.

Spre exemplificare, durata de utilizare a celulei 1 este fie de 13 ani, fie de 10-12 ani, ceea ce influențează calculele privind cantitățile de deșeuri și, implicit, prețul ofertei, ca element de departajare a celei mai bune oferte, dar și calculele ce țin de costurile de procesare a deșeurilor.

Pe de altă parte, Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii și desemnarea unei oferte câștigătoare, pe baza căreia să fie încheiat contractul de concesiune, câtă vreme condițiile de derulare a procedurii de atribuire nu sunt coerente, unitare și nu asigură o corectă și completă informare a participanților la această procedură, așa cum impun prevederile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În egală măsură, Consiliul observă că la acest moment al procedurii, nu pot fi dispuse măsuri de remediere a clarificărilor la documentația de atribuire, cu care fac corp comun, deoarece ofertele elaborate în baza documentației nelegal clarificată au fost depuse și deschise, astfel încât unica măsură posibilă a fi luată, pentru intrarea în legalitate, este aceea de anulare a prezentei proceduri.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) și (9) din Legea nr. 101/..... privind remediile și căile

de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată atât contestația depusă de asocieria SC SRL - SC SRL, cât și cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare.

La punerea în aplicare a dispozițiilor din prezenta decizie, părțile vor avea în vedere că este obligatorie, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/....., dar și că pot formula plângere împotriva ei, în conformitate cu dispozițiile art. 29 alin. (1) din lege.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

.....