

DECIZIE
BO2010_0435
Data: ■.2010

Prin contestația nr. ■/11.12.2009 înregistrată la CNSC cu nr. ■/11.12.2009, depusă de SC ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■ privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de "Concesionare a serviciului public de salubritate în zona de dezvoltare intercomunitară ■", coduri CPV 90511000-2, 90510000-5, 90511100-3 ș.a., cu data de deschidere a ofertelor 04.01.2010, organizată de ■, cu sediul în ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

-obligarea autorității contractante la rectificarea și completarea documentației de atribuire;

-dispunerea termenului de aducere la îndeplinire a măsurilor de remediere;

-suspendarea procedurii de atribuire până la data aducerii la îndeplinire de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere.

Prin contestația nr. ■/04.01.2010, înregistrată la Consiliu cu nr. ■/04.01.2010, depusă de SC ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ■, contestatoarea a solicitat rectificarea răspunsului autorității contractante la solicitarea de clarificare, în sensul declarării termenului limită de depunere a ofertei.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din OUG 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă privind tardivitatea introducerii contestației de către SC ■ SA.

Respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de SC ■ SA în contradictoriu cu ■.

Admite contestația formulată de SC ■ SA în contradictoriu cu ■.

Obliga autoritatea contractantă la decalarea datei limită de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă pentru vizitarea amplasamentelor, astfel încât orice operator economic interesat să dispună de un timp rezonabil necesar pentru

obținerea informațiilor complete și relevante pentru elaborarea ofertei.

Dispune continuarea procedurii prin îndeplinirea dispoziției de mai sus, cu obligația informării tuturor ofertanților asupra măsurii de remediere dispuse, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este executorie și obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE

În contestația sa nr. ■/11.12.2009, SC ■ SA susține că, documentația de atribuire privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de "Concesionare a serviciului public de salubritate în zona de dezvoltare intercomunitară ■", a fost elaborată cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Această susținere este bazată pe următoarele motive:

1. Calculul eronat al valorii estimate a contractului.

2. Calculul cifrei de afaceri impusă ofertanților ca o cerință minimă de calificare este eronat, atât în raport cu calculul valorii estimate a contractului, cât și în raport cu natura și complexitatea contractului de concesiune ce urmează a fi atribuit.

3. Documentația de atribuire restrânge dreptul de asociere al ofertanților în vederea îndeplinirii în cele mai bune condiții a contractului ce urmează a fi atribuit și nu este adaptată la obiectul contractului de concesiune a serviciului public de salubritate în ceea ce privește reglementarea "Capacității de exercitare a activității profesionale".

Contestatoarea apreciază că în mod eronat, autoritatea contractantă consideră ca sursă de finanțare a contractului "Fondurile private ale operatorului".

Astfel, obiectul contractului constă în două tipuri de activități: servicii specifice activității de salubritate și lucrări de construcții sau de altă natură.

Serviciile specifice activității de salubritate se vor presta de către operator și vor fi plătite de către "Unitățile administrativ-teritoriale", pe baza facturilor emise lunar, după cum este specificat la pct. I.5 alin.2 din documentație și la art. 22 din Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de salubritate, atașat la documentație.

Lucrările de construcții sau de altă natură sunt activități ale căror costuri în valoare de cel puțin 16.000.000 euro, vor fi suportate din fondurile private ale operatorului, conform punctului I.5 alin.1 din documentație.

Consideră că autoritatea contractantă face confuzie între investiții și valoarea contractului plătită de către autoritate pentru serviciile prestate pe domeniul public și cele prestate în interesul întregii comunități locale.

Contestatoarea apreciază ca eronată suma de 490.393.800 lei prezentată de autoritatea contractantă ca fiind valoarea estimată a contractului fără TVA, conform pct. 2.1 din anunțul de participare.

Autoritatea contractantă a calculat greșit această valoare ca fiind rezultatul sumei celor două valori arătate la pct. I.5 din documentație, calculul fiind efectuat fără respectarea dispozițiilor art. 25 coroborat cu art. 219 din OUG nr. 34/2006.

Referitor la cifra de afaceri, contestatoarea consideră că s-au încălcat dispozițiile art. 8 alin. (1), art. 9 pct. b) din HG nr. 925/2006 și art. 2 alin. (1) lit b), art. 2 alin. (2) lit a), e) din OUG nr. 34/2006.

În fișa de date a achiziției la cap. V.3 "Situația economico-financiară" paragraful 2 privind declararea cifrei de afaceri globală din ultimii 3 ani, s-a solicitat ca cerință minimă obligatorie că "Ofertantul trebuie să dovedească că a realizat în anii 2006, 2007 și 2008 o cifră medie de afaceri de cel puțin 18.000.000,00 euro".

Autoritatea solicită dovada existenței unei cifre de afaceri medii pe ultimii 3 ani echivalentă cu valoarea investițiilor pe 49 ani.

Astfel, consideră că nu se pot compara două valori pe intervale de timp diferite.

În consecință, contestatoarea a solicitat autorității contractante, modificarea prevederilor documentației de atribuire după cum urmează, "ofertantul trebuie să dovedească că a realizat în anii 2006, 2007 și 2008 o cifră medie de afaceri de cel puțin 4.000.000,00 euro".

Autoritatea contractantă prin răspunsul său nr. ■/23.11.2009, i-a transmis o copie a prevederilor art. 8 și art. 9 din HG nr. 925/2006, cu precizarea că se face referire la valoarea estimată a contractului și nu la cea anuală și că "a fost solicitată o cifră medie de afaceri care nu depășește valoarea (globală) a contractului multiplicată cu 2 având în vedere că aceasta este de 114.000.000 euro".

Contestatoarea apreciază că, oricum s-ar face calculul, suma solicitată de autoritatea contractantă nu este justificată,

iar suma impusă ca investiții (16.000.000 euro) nu poate fi inclusă ca dovadă a realizării în cifra de afaceri pe ultimii 3 ani.

Conform pct. V.2 din documentația de atribuire, "pentru persoane juridice române va fi prezentată licență clasa I emisă de Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice pentru prestarea serviciului public de salubritate a localităților. În cazul în care ofertanții vin în asociere pot prezenta licențe clasa I specifice oricăror din activitățile specifice prezentate în caietul de sarcini. Vor fi excluși din procedură ofertanții care prezintă licență de clasă inferioară sau care se află în faza de autorizare".

Contestatoarea apreciază că această cerință restrânge dreptul de asociere în scopul îndeplinirii contractului, având în vedere că obiectul contractului este defalcat pe două categorii de activități, respectiv, servicii de salubritate și lucrări de construcții în vederea punerii în exploatare a noului depozit și închiderea depozitelor neconforme.

Astfel, contestatoarea solicită completarea documentației de atribuire cu reglementări în sensul acceptării asocierilor în care, în mod obligatoriu, cel puțin un asociat va avea licență ANRSC clasa I, iar ceilalți asociați să dețină și să prezinte autorizațiile și documentele necesare care să ateste capacitatea tehnico-economică a acestora de a realiza lucrările de construcții sau de altă natură necesare îndeplinirii contractului.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la rectificarea și completarea documentației de atribuire (inclusiv anunțul de participare nr. ■/■.11.2009) și anume: punctul II.2.1 (din anunțul de participare) – Valoarea estimată fără TVA, punctul III.1.1 (din anunțul de participare) – Depozite valorice și garanții solicitate, punctul 1.4 (din documentația de atribuire) – Surse de finanțare, punctul I.5 (din documentația de atribuire) – Valoarea estimată a achiziției, punctul V.2 (din documentația de atribuire), punctul V.3 paragraful 2 (din documentația de atribuire) – Situația economico-financiară, punctul VI.3 – Garanția de participare, punctul 2 – Răspunsul autorității contractante nr. ■/07.12.2009.

În drept, sunt invocate prevederile art. 256², art. 278, art. 25 coroborat cu art. 219 din OUG nr. 34/2006 și art. 34 alin. (4), art. 36 lit. e), art. 8 alin. (1) și art. 9 pct. b) din HG nr. 925/2006.

În punctul său de vedere nr. ■/16.12.2009, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/18.12.2009, asupra contestației depusă de SC ■ SA, autoritatea contractantă consideră tardivă contestația formulată de SC ■ SA, deoarece a fost depășit termenul de 10

zile, de depunere a contestației așa cum prevede art. 256² alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Precizează că data luării la cunoștință este aceeași cu data publicării documentației de atribuire, respectiv 13.11.2009 și până la data depunerii contestației 11.12.2009 au trecut mai mult de 10 zile.

Pe fondul cauzei, solicită respingerea contestației, considerând motivele invocate de contestatoare ca nefondate.

Astfel, precizează că autoritatea contractantă a estimat valoarea contractului la suma de 490.393.800,00 lei având în vedere respectarea prevederilor art. 3 din HG nr. 71/2007 pentru aprobarea Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în OUG nr. 34/2006.

Autoritatea susține că prevederile articolelor menționate de contestatoare sunt aplicabile doar contractelor de achiziție publică și, nicidecum contractelor de concesiune de servicii.

Menționează că a solicitat o cifră medie de afaceri care nu depășește valoarea estimată a contractului multiplicată cu 2.

Raportat la sursele de finanțare invocate de contestatoare, autoritatea precizează că, contestatoarea confundă prestația cu investiția.

Pentru ca operatorul economic să-și poată executa prestația, trebuie inițial să facă o investiție de 16.000.000,00 euro din fondurile private ale operatorului de pe urma căreia să își poată desfășura activitatea, și deci să încaseze sume de bani pe perioada contractului de 49 ani.

Precizează că plata serviciilor se va face în totalitate din bugetul local al fiecăreia Unități Administrativ Teritoriale.

Astfel, cifra de afaceri solicitată ofertanților ca și cerință minimă de calificare este corectă atât în raport cu calculul valorii estimate a contractului cât și în raport de natura și complexitatea contractului de concesiune ce urmează a fi atribuit.

Autoritatea contractantă precizează că nu a restrâns în nici un fel dreptul de asociere al ofertanților, solicitând în conformitate cu art. 3 lit. r) din OUG nr. 34/2006 prezentarea licenței clasa I emisă de instituția abilitată pentru prestarea serviciului de salubritate a localităților sau, în cazul în care vin în asociere pot prezenta licență clasa I specifică oricăror din activitățile specifice prezentate în caietul de sarcini.

În finalul punctului său de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată

deoarece documentația de atribuire este întocmită corect, cu respectarea prevederilor legale în materie.

Prin contestația secundă, ofertantul SC ■ SA arată că data limită de depunere a ofertelor este 04.01.2010, după cum este prevăzut în fișei de date a achiziției.

În data de 24.12.2009, autoritatea contractantă publică în SEAP răspunsul la clarificările solicitate de un operator economic prin care lansează potențialilor ofertanți invitația de a vizita amplasamentele "începând cu data de 24 decembrie 2009, începând cu ora 12.00 și continuând cu zilele de 28 și 29 decembrie 2009"

Însă, prin această comunicare, autoritatea contractantă nu a răspuns la nici una dintre clarificările solicitate.

Precizează că datele solicitate sunt indispensabile pentru elaborarea unei oferte care să îndeplinească toate exigențele caietului de sarcini.

Menționează că autoritatea contractantă, nu a decalat data limită de depunere a ofertelor, conform prevederilor art. 72 din OUG nr. 34/2006, ci a stabilit că termenul de vizitare începe să curgă chiar din ziua în care lansează invitația de vizitare a amplasamentelor.

Luând în considerare aria extinsă a Asociației de Dezvoltare Intercomunitară ■ și numărul mare de depozite neconforme, contestatoarea consideră că datele stabilite de către autoritatea contractantă pentru vizitarea amplasamentelor au fost stabilite cu încălcarea prevederilor art. 72 din OUG nr. 34/2006.

În drept, sunt invocate prevederile art. 72, art. 255 și art. 256 din OUG nr. 34/2006.

În punctul de vedere nr. ■/07.01.2010, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/07.01.2010, asupra contestației depusă de SC ■ SA, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca tardivă și nefondată.

Contestația depusă de ■ SA, comunicată și adusă la cunoștință autorității contractante pe 04.01.2010, după data limită de deschidere a ofertelor, este considerată de aceasta ca tardiv formulată.

Referitor la solicitarea de clarificare în sensul decalării termenului limită de depunere a ofertei, autoritatea contractantă precizează că nu se află în situația prevăzută de art. 72 din OUG nr. 34/2006, afirmând că data publicării pe SEAP a fost ■.11.2009, iar data limită de depunere a ofertelor 04.01.2010. De asemenea, menționează că, atâta timp cât au fost depuse oferte de către alți ofertanți, rezultă că a fost posibilă elaborarea ofertelor pentru participare la licitație.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu are obligația de a prelungi perioada pentru elaborarea ofertelor pentru că oferta poate fi elaborată și fără vizitarea amplasamentelor prin consultarea caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă consideră că nu se poate face referire la art. 72 din OUG nr. 34/2006, deoarece nu s-a aflat în imposibilitatea de a transmite documentația de atribuire sau răspunsul la solicitarea de clarificări în termenul limită.

Menționează că în documentația de atribuire nu a fost menționată vizitarea amplasamentelor, dar autoritatea contractantă le-a dat această posibilitate.

Prin răspunsul la clarificări din data de 24.12.2009, transmis prin fax la ora 09⁵³, contestatoarea a avut suficient timp de a vizita amplasamentele atât în ziua de 24 decembrie, cât și în 28 și 29.

Dup cum reiese din procesul verbal de vizitare amplasament, în 29.12.2009, reprezentantul SC ■ SA, a vizitat doar 2 dispozitive din 91 (acesta spunând că este de ajuns).

Autoritatea contractantă consideră că nu au fost respectate cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției publice și a caietului de sarcini, de către SC ■ SA.

În final, precizează că procedura s-a desfășurat în mod corect și legal cu respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, consiliul reține că autoritatea contractantă, prin anunțul de participare nr. ■, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP la 13.11.2009, a inițiat o procedură de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de "Concesionare a serviciului public de salubritate în zona de dezvoltare intercomunitară ■" coduri CPV 90511000-2, 90510000-5, 90511100-3 ș.a., documentația de atribuire fiind postată în SEAP alături de anunțul de participare. Valoarea estimată a contractului, indicată la pct. II.2.1 din anunțul de participare, este de 490.393.800 lei, iar data de deschidere a ofertelor este 04.01.2010, ora 11.00 (pct. IV.3.8 din același anunț).

Atât în anunțul de participare cât și în fișa de date a achiziției este solicitată licență clasa I emisă de Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice, cât și cerința obligatorie că ofertantul trebuie să dovedească că a realizat în anii 2006, 2007 și 2008 o cifră medie de afaceri de cel puțin 18.000.000,00 euro.

Cu referire la exceptia invocata de autoritatea contractanta privind tardivitatea introducerii contestatiei de catre operatorul economic SC ■ SA, Consiliul ia in considerare urmatoarele aspecte:

-documentatia de atribuire care face obiectul contestatiei depuse de SC ■ SA a fost publicata in SEAP alaturi de anunțul de participare nr. ■ la 13.11.2009. In conditiile in care documentatia de atribuire este publicata in SEAP, data publicarii este considerata si data luarii la cunostinta asupra acesteia de catre posibillii ofertanti.

Chiar daca ulterior publicarii documentatiei de atribuire in SEAP, in speta au fost solicitate clarificari si au fost emise raspunsuri la clarificari (in data de 23.11.2009), acestea din urma nu au modificat cu nimic documentatia de atribuire publicata initial asa ca data luarii la cunostinta asupra continutului acesteia nu a suferit nicio modificare.

- SC ■ SA a inaintat CNSC contestatia nr. ■ in 11.12.2009, formulata impotriva unor prevederi ale documentatiei de atribuire.

- valoarea estimată, fără TVA, a contractului de concesiune de servicii care face obiectul contestației, este, potrivit anunțului de participare nr. ■/■.11.2009 publicat în SEAP, de 490.393.800 lei, prin urmare mai mare decât valoarea de 400.000 euro prevăzută la art.55 alin.(2) lit.b) din OUG nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În conformitate cu dispozițiile imperative ale art.271 alin. (1) din OUG nr.34/2006, modificată și completată, „sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256² (...)”.

Așadar, ținând cont de dispozițiile art. 256² alin. (1) lit.a) din actul normativ antemenționat, și anume „persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau, după caz, instanța judecătorească competentă în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință, (...) despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor cap.II secțiunea a 2-a, este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art.55 alin.(2)”, Consiliul reține că în speța de față, prin transmiterea contestației către ■ în data de 11.12.2009 12.05.2009, SC ■ SA nu a respectat

termenul prevăzut de legiutor sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardivă.

Analizand sustinerile partilor si documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul retine urmatoarele privind contestatia formulata de SC ■ SA:

SC ■ SA contesta raspunsul la solicitarile de clarificari publicat in SEAP cu nr. ■ in data de 24.12.2009 sub aspectul refuzului autoritatii contractante(consemnat in raspunsul mentionat) de a decala termenul limita de deschidere a ofertelor.

Potrivit art. 72 din OUG nr.34/2006 cu modificarile si completarile ulterioare, „autoritatea contractanta are obligatia de a prelungi perioada pentru elaborarea ofertelor in cazul in care acestea nu pot fi elaborate decat dupa vizitarea amplasamentelor...intr-o astfel de situatie, data limita de depunere a ofertelor se decaleaza cu o perioada suficienta, astfel incat orice operator economic interesat sa dispuna de un timp rezonabil necesar pentru obtinerea informatiilor complete si relevante pentru elaborarea ofertei.”

Intrucat in continutul raspunsului la clarificari publicat in SEAP cu nr. ■ in .12.2009, autoritatea contractanta a recunoscut „aria extinsa a domeniului Asociației de Dezvoltare Intercomunitară ■ ca si numarul mare de depozite neconforme (91)”, recunoscand si necesitatea vizitarii amplasamentelor, avea obligatia in aplicarea prevederii legale mai sus mentionate sa decalaze data limita de depunere a ofertelor cu o perioada suficienta efectuării acestor vizite de catre toti operatorii economici interesati.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (1) și (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite exceptia invocata de autoritatea contractanta privind tardivitatea introducerii contestației de catre SC ■ SA si va respinge ca tardivă contestația formulată de SC ■ SA în contradictoriu cu ■.

In temeiul dispozițiilor art.278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestatia formulata de SC ■ SA in contradictoriu cu ■.

Consiliul va obliga autoritatea contractanta la decalarea datei limita de depunere a ofertelor cu o perioada suficienta pentru vizitarea amplasamentelor, astfel incat orice operator economic interesat sa dispuna de un timp rezonabil necesar pentru obtinerea informatiilor complete si relevante pentru elaborarea ofertei.

In baza dispozițiilor art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va dispune continuarea procedurii prin indeplinirea dispozițiilor de mai sus, cu obligația informării tuturor ofertanților asupra măsurii de remediere dispuse, in termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

MEMBRU,

■

MEMBRU,

■

OPINIE SEPARATĂ

Față de contestațiile formulate de către S.C. ■ S.A. și S.C. ■ S.A., soluția legală care se impune a fi luată este aceea de declinare a competenței de soluționare a contestațiilor formulate, cu privire la procedura organizată de ■ în vederea atribuirii contractului de concesiune a serviciului public de salubritate în zona de dezvoltare intercomunitară ■, coduri CPV 90511000-2, 90510000-5, 90511100-3 ș.a., în favoarea Tribunalului ■, pentru următoarele considerente:

În documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, capitolul IV. „Informații despre procedură”, punctul IV.3. „legislația aplicabilă” au fost enumerate actele normative aplicabile în materie, printre acestea fiind Legea contenciosului administrativ 554/2004, cu modificări, Legea 101/2006, privind serviciul public de salubritate a localităților, cu modificările și completările ulterioare, Legea 51/2006, privind serviciile comunitare de utilități publice, HG 346/2004, privind aprobarea Regulamentului cadru de delegare a gestiunii serviciilor publice de salubritate a localităților și a contractului cadru de delegare a gestiunii serviciilor publice a localităților prin concesiune, HG 433/2004, pentru aprobarea Regulamentului cadru de organizare și funcționare a serviciilor publice de salubritate.

În secțiunea „Formulare” (filele ■-■ din D.A.P.) din cadrul documentației de atribuire , autoritatea contractantă a prevăzut modelul de „contract de delegare a gestiunii serviciilor publice de salubritate în aria administrativă a Asociației de Dezvoltare Intercomunitară ■”.

Raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanța de urgență și la cele ale art. 137 C. proc. civ., Consiliul va cerceta cu precădere lipsa competenței sale materiale, sub acest aspect constatându-se următoarele:

Instituția juridică a serviciului public de salubritate a localităților își are sediul în Legea serviciului de salubritate a localităților 101/2006, care la rândul ei se completează cu reglementarea primară generală, care privește ansamblul serviciilor comunitare de utilități publice (din care face parte și serviciul de salubritate), respectiv cu Legea serviciilor comunitare de utilități publice 51/2006.

Conform art. 4 alin. (3) din Legea 101/2006, activitățile specifice serviciului de salubritate se gestionează și se exploatează prin intermediul unor structuri specializate, denumite operatori, licențiate în condițiile Legii 51/2006. Operatorii serviciului de salubritate pot fi desemnați fie prin hotărâre de dare în administrare, în cazul gestiunii directe, fie prin hotărâre de atribuire a contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate, în cazul gestiunii delegate.

Gestiunea serviciului de salubritate se realizează prin două modalități, fie gestiune directă, fie gestiune delegată, alegerea modalității de gestiune realizându-se prin hotărâre a autorității deliberative a unității administrativ-teritoriale. Indiferent de modalitatea de gestiune adoptată, activitățile specifice serviciului de salubritate se organizează și se desfășoară pe baza unui regulament al serviciului și a unui caiet de sarcini, aprobate prin hotărâre a autorității deliberative a unității administrativ-teritoriale, întocmite în conformitate cu regulamentul-cadru al serviciului de salubritate și caietul de sarcini-cadru, elaborate și aprobate de ANRSC, prin ordin al președintelui acesteia. Potrivit art. 7 alin. (2) din Legea 101/2006, hotărârile autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, adoptate în aplicarea acestei legi, pot fi atacate la instanțele de contencios administrativ (deci *nu la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor*).

Raporturile juridice dintre unitățile administrativ-teritoriale și operatorii serviciului de salubritate, sunt reglementate prin hotărârea de dare în administrare a serviciului de salubritate, în cazul gestiunii directe, sau prin contractul de delegare a gestiunii, în cazul gestiunii delegate (deci *nu prin contract de achiziție publică*).

Constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 30.000 lei la 50.000 lei următoarele fapte, altele decât cele prevăzute în Legea nr. 51/2006: prestarea de către operator a uneia dintre activitățile reglementate de Legea 101/2006 fără aprobarea autorităților administrației publice locale prin hotărârea de dare în administrare, respectiv hotărârea de atribuire a contractului de delegare a gestiunii; atribuirea de către primar a contractelor de delegare a gestiunii pentru una

dintre activitățile de salubritate a localităților [...], fără respectarea procedurilor legale în vigoare specifice fiecărui tip de contract.

Relativ la stabilirea competenței în speța de față, se impune a fi clarificată problema raportului dintre sistemul de soluționare instituit de OUG nr. 34/2006 și propriul sistem de rezolvare a litigiilor consacrat de legislația specifică delegării de gestiune a serviciilor de utilități publice, cum este salubritatea.

Pentru aceasta, Consiliul reține că Legea serviciilor comunitare de utilități publice 51/2006 a fost adoptată de Parlament la 8 martie 2006, înainte de a exista OUG 34/2006, care a fost adoptată de Guvern la 19 aprilie 2006. Prin urmare, era firesc ca în cuprinsul ei să nu găsim trimiteri la această ordonanță sau la Consiliu, sistemul de rezolvare a litigiilor fiind cel de la art. 51 alin. (3) din lege - "*Soluționarea litigiilor patrimoniale și nepatrimoniale legate de încheierea, executarea contractelor reglementate de prezenta lege [...] este **de competența instanțelor de contencios administrativ și se face, cu precădere, în procedură de urgență***".

La 20 februarie 2008 Guvernul a adoptat OUG 13/2008, prin care art. 30 din lege a fost modificat, la alin. (12) al acestuia menționându-se că, în cazul anumitor servicii de utilități publice, între care și salubritatea, "*procedura de atribuire*" a contractelor de delegare a gestiunii se stabilește în baza prevederilor OUG 34/2006. Totodată, la art. 51, alin. (3) a fost modificat ("*Soluționarea litigiilor contractuale dintre operator și utilizator, inclusiv a celor izvorâte din neplata contravalorii serviciilor furnizate/prestate, se realizează de instanțele competente potrivit legii și se judecă în procedură de urgență. Cererea se introduce la instanțele de judecată în a căror competență teritorială se află domiciliul/sediul utilizatorului.*") și i-a fost postpus un alineat nou (3¹), cu următorul cuprins: "*Soluționarea litigiilor dintre unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, dintre asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice și operatori în legătură cu **atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor de delegare a gestiunii, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Cererea se introduce la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărei competență teritorială se află sediul operatorului.***"

Așadar, prin aceeași intervenție legislativă, Executivul obligă la urmarea procedurilor de atribuire privind achizițiile

publice, cu precizarea expresa a modalitatii de soluționarea litigiilor legate de atribuirea contractului de delegare a gestiunii serviciilor. Rațiunea intervenției este prin urmare clară, s-a dorit ca procedurile să urmeze mecanismul concurențial întâlnit la achizițiile publice, însă orice diferend legat de atribuirea contractului de delegare a rămas în continuare în competența instanțelor de contencios administrativ. Este evident că Executivul nu a dorit să preia sistemul de soluționare a contestațiilor din ordonanța privind achizițiile publice, căci altfel nu și-ar mai fi avut vreun rost textul noului alin. (3¹). Dacă se voia a se merge pe sistemul amintit, cu siguranță că s-ar fi prevăzut expres acest lucru și, mai ales, textul alin. (3¹) ar fi fost altul. Trimiterea la ordonanța privind achizițiile este limitată doar la mecanismul derulării "procedurii de atribuire", iar nu la toate dispozițiile din ordonanță. De altminteri, chiar aceasta definește la art. 3 **procedura de atribuire** ca fiind "*etapele ce trebuie parcurse de autoritatea contractantă și de către candidați/ofertanți pentru ca acordul părților privind angajarea în contractul de achiziție publică să fie considerat valabil; procedurile de atribuire sunt: licitația deschisă, licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte, concursul de soluții*". De bună seamă că etapele ce trebuie parcurse nu se confundă cu **mecanismul de contestare** (potrivit art. 1 din aceeași ordonanță, ea reglementează pe de o parte "procedurile de atribuire" și, pe de altă parte și **distinct** de acestea "modalitățile de soluționare a contestațiilor în legătură cu procedurile de atribuire").

Concluzia este evidentă dacă ne raportăm și la art. 36 alin. (1) din Legea 101/2006, care dispune expres că soluționarea litigiilor patrimoniale și nepatrimoniale legate de încheierea contractelor reglementate de legea în cauză este **de competența instanțelor de contencios administrativ**, dar și la art. 55 din Procedura cadru privind organizarea, derularea și atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice ("Persoana care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al delegatarului/comisiei de evaluare, cu încălcarea dispozițiilor legale în materia serviciilor comunitare de utilități publice și prin nerespectarea prezentei proceduri-cadru, are dreptul de a contesta actul respectiv pe cale administrativă și/sau în justiție, în condițiile Legii contenciosului administrativ 554/2004, cu modificările și completările ulterioare"), dispoziții care nu sunt abrogate sau modificate.

Dacă s-ar fi dorit ca mecanismul de soluționare a contestațiilor să fie cel din ordonanța privind achizițiile,

legiuitorului ar fi prevăzut că toate aceste litigii se rezolvă pe cale *administrativ-jurisdicțională*, în condițiile ordonanței, sau în justiție, în condițiile aceleiași ordonanțe. Dar, se observă că, separat de faptul că nicăieri în legislația contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice nu întâlnim vreo jurisdicție specială administrativă, legiuitorul vorbește doar de atacarea actelor autorităților potrivit **legii contenciosului administrativ**, nicidecum de facultatea căii *administrativ-jurisdicționale* la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și se reglementează prin legi organice speciale în materie, iar legile 51/2006 și 101/2006 nu se referă deloc la vreo astfel de jurisdicție, în fața Consiliului sau a altui organ administrativ-jurisdicțional, dimpotrivă, exclud aceste jurisdicții prin deferirea litigiilor în competența exclusivă a instanțelor judiciare de contencios administrativ, **potrivit Legii 554/2004**. Fiind în prezenta unor norme speciale ce prevăd doar acestor instanțe competența materială în litigiile legate de *atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor de delegare a gestiunii*, acestea vor prevala ca aplicare în fața altor norme, cum ar fi cele generale în materie de achiziții publice din OUG 34/2006. De altminteri, vedem că normele actuale ale art. 255 alin. (1) din ordonanță nici nu mai amintesc de calea de atac potrivit Legii 554/2004, ceea ce intră în vădit conflict cu dispozițiile exprese ale art. 51 alin. (3¹) din Legea 51/2006 („soluționarea litigiilor [...] se realizează potrivit prevederilor Legii 554/2004”). Dacă s-ar merge pe firul de gândire a partilor ar însemna că, în prezent, pentru contestarea unui act privind o delegare de gestiune, persoana interesată ar avea de optat între trei sisteme de atac:

- a) la Consiliu, potrivit ordonanței;
 - b) în justiție, potrivit ordonanței;
 - c) în justiție, potrivit Legii 554/2004, la care trimite Legea nr. 51/2006,
- cumul de variante nemaîntâlnit în dreptul român.

Relativ la contractele de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice este de netăgăduit că OUG 34/2006 completează Legea 51/2006 și nu invers, însă o completează acolo unde aceasta este lacunară, iar nu acolo unde normele din lege sunt complete sau univoce, cum sunt cele ce stabilesc competența tribunalului. Dacă s-ar suprapune articolul 255 al. (1) din ordonanță, mai ales în redactarea actuală, articolului 51 al. (3¹) din Legea 51/2006, s-ar observa că ele nu pot fi conciliate, ceea ce face ca normele procedurale

de competență jurisdicțională în materia delegării de gestiune să prevaleze celor în materia achizițiilor publice sau, mai corect și tranșant spus, normele din materia achizițiilor le completează pe cele din materia delegării de gestiune doar dacă nu sunt contrare ori derogatorii acestora. În altă ordine de idei, art. 51 al. (3¹) din Legea 51/2006 semnifică dreptul comun (norma generală) în ceea ce privește litigiile referitoare la contractele de delegare de gestiune, iar art. 255 a. (1) din ordonanță reprezintă dreptul comun (norma generală) în ceea ce privește litigiile referitoare la contractele de achiziție publică, concesiune de lucrări publice sau de concesiune de servicii. Prin urmare, în formularea actuală, între ele nici nu ar trebui să existe un raport de la general la special, pentru că cele două norme nu concură la reglementarea aceleiași situații.

Alocarea competenței exclusive instanței de contencios administrativ este întâlnită și în alte acte normative unde atribuirea contractelor se realizează prin licitații publice sau negocieri, cum este cazul OUG 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, care la art. 66, similar legislației serviciilor de utilități publice, prevede:

"(1) Soluționarea litigiilor apărute în legătură cu atribuirea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractului de concesiune, precum și a celor privind acordarea de despăgubiri se realizează potrivit prevederilor Legii contenciosului administrativ 554/2004, cu modificările ulterioare.

(2) Acțiunea în justiție se introduce la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărei jurisdicție se află sediul concedentului.

(3) Împotriva hotărârii tribunalului se poate declara recurs la secția de contencios administrativ a curții de apel, conform prevederilor legale."

Văzând cele de mai sus, întrucât sistemul de soluționare a litigiilor privind atribuirea contractului de delegare a gestiunii prin concesiune a serviciului de salubritate al Municipiului ■, nu este tratat și întemeiat pe normele ordonanței privind achizițiile publice, dispozițiile cap. IX (soluționarea contestațiilor) din această ordonanță nu își găsesc aplicarea în situația actuală. Norma proprie privind supunerea litigiilor evocate tribunalului în a cărei competență teritorială se află sediul operatorului, conform Legii nr. 554/2004, face inaplicabile dispozițiile cap. IX din ordonanță.

Dat fiind că normele de competență *ratione materie* sunt de ordine publică, părțile nu pot deroga de la acestea, în sensul

extinderii competenței Consiliului la soluționarea de contestații pentru care legea specială a prevăzut expres că se introduc la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărui competență teritorială se află sediul operatorului.

Cele expuse formează convingerea Consiliului că soluționarea contestației de față nu intră în sfera de competență materială a acestuia și, luând în considerare dispozițiile:

- art. 51 alin. (3) ind. 1 din Legea 51/2006;
 - art. 36 alin. (1) din Legea 101/2006;
 - art. 55 din Procedura cadru privind organizarea, derularea și atribuirea contractelor de delegare a gestiunii serviciilor comunitare de utilități publice;
 - art. 30 alin. (6) teza finală din Legea 51/2006: "Contractul de delegare a gestiunii este asimilat actelor administrative și intră sub incidența prevederilor Legii contenciosului administrativ 554/2004, cu modificările și completările ulterioare";
 - art. 2 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea 554/2004, potrivit cărora sunt asimilate actelor administrative, în sensul legii indicate, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect prestarea serviciilor publice;
 - art. 8 alin. (2) din Legea 554/2004: "Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de aplicarea și executarea contractului administrativ";
 - art. 2 pct. 1 lit. d) Cod procedură civilă, conform cu care tribunalul judecă în primă instanță, procesele și cererile în materie de contencios administrativ, în afara celor date în competența curților de apel;
 - art. 10 alin. (1) din Legea 554/2004, potrivit cărora: "Litigiile privind actele administrative emise sau încheiate de autoritățile publice locale și județene [...] se soluționează, în fond, de tribunalele administrativ-fiscale [...]";
 - art. 158 alin. 1 Cod procedură civilă, potrivit cu care instanța de judecată este obligată să stabilească instanța competentă ori, dacă este cazul, un alt organ cu activitate jurisdicțională competent;
 - art. 721 Cod procedură civilă, potrivit cărora prevederile codului alcătuiesc procedura de drept comun în materie civilă și comercială; ele se aplică și în materiile prevăzute de alte legi în măsura în care acestea nu cuprind dispoziții potrivnice,
- Consiliul reține că în prezenta cauză nu are competența materială să soluționeze cele două contestații formulate, motiv

pentru care, constatând lipsa sa de competență, urmează a face aplicarea art. 158 Cod procedură civilă raportat la interpretarea ipotezei art. 22 din cod.

Pentru toate aceste considerente, Consiliul va declina competența de soluționare a contestațiilor către Tribunalul ■, secția de contencios administrativ și fiscal, pe raza căruia își au sediul operatorii S.C. ■ S.A. și S.C. ■ S.A.

În practica sa, Consiliul a mai pronunțat soluții de declinare a cauzelor legate de delegarea gestiunii serviciului de salubritate, instanțele judiciare reținând contestațiile spre competență soluționare (elocventă este cauza ce a format obiectul dosarului nr. ■ al Tribunalului ■, Secția de contencios administrativ).

În consecință, pentru considerentele expuse anterior, în temeiul art. 158 alin. 1 Cod procedură civilă, coroborat cu art. 297 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, soluția legală ce se impune a fi dispusă este aceea de declinare a competenței de soluționare a contestațiilor formulate de către S.C. ■ S.A. și S.C. ■ S.A., în contradictoriu cu ■, către Tribunalul ■, secția de contencios administrativ și fiscal și de a dispune trimiterea dosarului instanței competente, de îndată ce decizia de declinare a competenței a devenit irevocabilă, conform art. 158 alin. 3 Cod procedură civilă.

PREȘEDINTE COMPLET,

■

Redactată în patru exemplare, conține 17 (șaptesprezece) file