



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 22315/09.04.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5523/09.04.2015, formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., prin SC ... SA Sucursala ..., cu sediul în ... înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de către ... - Director Sucursală, împotriva procedurii de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „*Desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a, până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, procedură aprobată prin HCL nr. 82/2015*”, aprobat prin HCL nr. 95/03.04.2015, de către ...A, cu sediul în ...a, ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, precum și împotriva documentației de atribuire aferente și a adresei nr. 10676/03.04.2015 de înștiințare cu privire la desfășurarea procedurii, s-a solicitat: anularea procedurii de achiziție publică, a documentației aprobate prin HCL nr. 95/03.04.2015 și a adresei nr. 10676/03.04.2015, comunicată în data de 06.04.2015.

Prin cererea de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante înregistrată la CNSC cu nr. 6412/22.04.2015, formulată de către asocieria SC ... SRL, cu sediul în mun. ..., ..., jud. ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată prin ...- administrator și SC SRL, cu sediul în mun. ..., ..., jud. ..., înmatriculată la Oficiul Registrului

Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ... - administrator, reprezentată convențional prin Cabinet de Avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură și de corespondență la ..., mun. ..., ..., jud. ..., se solicită: respingerea contestației formulată de SC ... SA, în principal ca inadmisibilă și lipsită de interes iar, în subsidiar, ca nefondată.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondate excepțiile invocate de intervenientul SC ... SRL

Admite contestația formulată de SC ... SA în contradictoriu cu ...A iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de Asocieria SC ... SRL - SC SRL

Dispune anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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:

SC ... SA a formulat contestație împotriva procedurii de achiziție publică prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „*Desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a, până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, procedură aprobată prin HCL nr. 82/2015*”, aprobat prin HCL nr. 95/03.04.2015, de către ...A, precum și împotriva documentației de atribuire aferente și a adresei nr. 10676/03.04.2015 de înștiințare cu privire la desfășurarea procedurii, comunicată în data de 06.04.2015.

În fapt, contestatorul menționează, că la data de 18.04.2007, în calitate de concesionar, a perfectat cu ...A, în calitate de concedent, Contractul de delegare a gestiunii prin concesiune prin licitație publică deschisă a serviciului public de salubritate menajeră

a municipiului ... nr. 15790/ 18.04.2007, durata Contractului de delegare expirând în data de 18.04.2015.

Contestatorul precizează, că la data de 29.08.2014, a solicitat prelungirea contractului de delegare pentru o perioadă de 4 ani, în conformitate cu dispozițiile art. 8 cap. IV din Contract. Având în vedere că autoritatea contractantă nu a răspuns cererii în termenul legal de 30 de zile, în conformitate cu dispozițiile art. 2 lit. h) din Legea nr. 554/2004, s-a contestat nesoluționarea cererii, formulând în acest sens atât plângere prealabilă, cât și acțiune în contencios administrativ. Aceasta din urmă formează obiectul dosarului nr. / / 2015 aflat pe rolul Tribunalului ... - secția de contencios administrativ. În acest context, la data de 03.04.2015 Consiliul Local ... a aprobat prin HCL nr. 95/2015 achiziția publică în cauză.

Contestatorul susține că interesul său de a obține anularea procedurii de achiziție și a actelor aferente acesteia este unul legitim, întrucât prelungirea contractului de delegare nr. 15790/ 18.04.2007 reprezintă unica variantă permisă de lege pentru desfășurarea activității de salubritate menajeră pe teritoriul Municipiului

În opinia contestatorului, în mod nelegal autoritatea contractantă a inițiat o procedura de achiziție publică pentru un serviciu de salubritate menajeră. Astfel, în conformitate cu dispozițiile legale prevăzute de art. 14 din Legea nr. 101/2006 privind serviciul de salubritate a localităților, organizarea gestiunii, funcționării și exploatarei serviciului de salubritate se face în condițiile prevăzute de Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice. Formele de gestionare a serviciilor publice menționate de doctrină, sunt: gestiune directă (publică), gestiune delegată și gestiune semidirectă, iar conform art. 22 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, gestiunea serviciilor de utilități publice se organizează și se realizează prin gestiune directă/gestiune delegată. Ca urmare, în mod nelegal, autoritatea contractantă a aprobat achiziția publică prin HCL nr. 95/2015 a serviciului de salubritate menajeră, în loc de delegare a gestiunii serviciului de salubritate. Este mai mult decât evident că autoritatea publică nu poate să achiziționeze propriul serviciu. Mai mult, chiar din modul în care a fost întocmită documentația, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea publică a urmărit de fapt delegarea serviciului public de salubritate, fiind stabilită o redevență în sarcina operatorului de salubritate menajeră care ar ajunge să încheie contractul în urma negocierii directe.

Deasemenea, contestatorul consideră că în mod nelegal a fost stabilită realizarea procedurii de achiziție publică prin negociere

directă, întrucât în speța de față nu poate fi vorba despre achiziția publică a unui serviciu de salubritate menajeră, ci despre delegarea gestiunii unui asemenea serviciu de către autoritatea contractantă către operatorul de salubritate menajeră. Ori, gestiunea delegată este reglementată în cuprinsul art. 29 din Legea nr. 51/2006, care prevede posibilitatea încheierii unui contract de delegare a serviciului public prin negociere directă în mod excepțional. Astfel, în cuprinsul alin. 10 din art. 29 din Legea nr. 51/2006, se arată expres de către legiuitor faptul că: *„procedura de negociere directă se aplică numai dacă, după repetarea procedurii de licitație conform prevederilor alin. (9) nu a fost posibilă desemnarea unui câștigător. La procedura de negociere directă au dreptul să participe numai ofertanții care au depus oferte la procedurile de licitație organizate și derulate conform prevederilor alin. (9)”*. Ori, în cazul de față, procedura licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului de salubritate menajeră aprobată prin HCL ... nr. 82/2015 a fost contestată imediat ce s-a aprobat documentația aferentă, nefiind soluționate contestațiile până în prezent. Prin urmare, procedura de licitație deschisă nu s-a repetat, nefiind astfel întrunite cerințele prevăzute expres la alin. (10) din art. 29 Legea nr. 51/2006, enunțate anterior. Mai mult, Legea nr. 51/2006 prevede expres care sunt ofertanții care ar putea participa la negociere directă, condiționând calitatea acestora de ofertant de depunerea de oferte la procedurile de licitație organizate și derulate pentru delegarea serviciului. Pe cale de consecință, procedura de achiziție publică prin negociere directă aprobată prin HCL nr. 95/2015 este nelegală.

Contestatorul apreciază că dispozițiile Legii nr. 51/2006 privind negocierea directă se aplică cu prioritate față de prevederile OUG nr. 34/2006. Astfel, contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice este reglementat prin Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, lege-cadru în baza căreia au fost adoptate acte normative speciale care fac trimitere expresă la dispozițiile acestei legi, privind modalitatea de organizare și funcționare a serviciilor de utilități publice. În ceea ce privește reglementarea procedurii de atribuire, contestatorul face trimitere la dispozițiile art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2006. În cazul de față, autoritatea deliberativă a autorității publice contractante a stabilit că sunt aplicabile în procedură atât dispozițiile Legii nr. 101/2006, ale Legii nr. 51/2006 cât și ale OUG nr. 34/2006.

Contestatorul menționează că în ceea ce privește serviciile publice, s-a stabilit de către doctrină și jurisprudență faptul că Legea nr. 101/2006 reprezintă Legea specială în materia serviciului

de salubritate, iar Legea nr. 51/2006 reprezintă legea-cadru aplicabilă în cazul procedurii de atribuire a unui astfel de serviciu. În concluzie, în concursul dintre OUG nr. 34/2006, Legea nr. 101/2006 și Legea nr. 51/2006 are prioritate în ceea ce privește procedura de atribuire a serviciului de salubritate menajeră Legea nr. 51/2006, care nu face trimitere la dispozițiile OUG nr. 34/2006 pentru a se completa cu aceasta în ceea ce privește procedura de atribuire.

Contestatorul susține că în mod nelegal au fost invocate dispozițiile art. 122 alin. (1) lit. c) și art. 123 din OUG nr. 34/2006 ca temei de drept al procedurii de achiziție de către autoritatea contractantă, întrucât nu se poate susține sub nicio formă faptul că aceasta a fost împiedicată ca urmare a unei forțe majore să organizeze licitația publică deschisă în termenul legal - cu 6 luni înainte de expirarea contractului de delegare, aceasta cunoscând în mod evident durata Contractului de delegare și data expirării acestuia. Faptul că autoritățile nu au fost consecvente în ceea ce privește stabilirea unui anumit număr de puncte gospodărești pentru organizarea licitației publice deschise nu poate fi exclus din sfera acțiunii sau inacțiunii autorității, atfel încât să dobândească un caracter imprevizibil.

Referitor la art. 123 din OUG nr. 34/2006, contestatorul apreciază că acesta nici măcar nu putea fi luat în discuție și nu poate constitui temei de drept al procedurii de achiziție.

Nu în ultimul rând, contestatorul subliniază faptul că, raportat la valoarea estimată a contractului este nelegală procedura de achiziție prin negociere directă fără publicarea unui anunț de participare, fiind imperios a fi finalizată procedura licitației deschise aflate în derulare. Mai mult decât atât, prin alegerea prezentei proceduri de achiziție, se aduce atingere principiului concurenței reale care guvernează materia achizițiilor publice, întrucât legiuitorul a prevăzut expres ca regulă pentru atribuirea prin delegare a serviciilor publice licitația publică, tocmai pentru a fi asigurată respectarea acestui principiu.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 2....9/...-.../10.04.2015, Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 256³ din OUG nr. 34/2006; autoritatea contractantă conformându-se prin adresa nr. 11309/17.04.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 6163/20.04.2015.

În punctul de vedere din adresa nr. 11592/16.04.2015, transmis și pe fax și înregistrat la CNSC sub nr. 5959/17.04.2015, autoritatea contractantă precizează că prin contractul de delegare a

gestiunii nr. 15790/18.04.2007, municipalitatea a atribuit către SC ... SRL activitatea de salubritate. Potrivit art. 7 din contractul menționat, durata contractului este de 8 ani începând cu data de 18.04.2007, contractul putând fi prelungit în conformitate cu prevederile art. 8 *„pentru o perioadă egală cu cel mult jumătate din durata sa inițială prin acordul de voință al părților care vor încheia un act adițional cu cel puțin 6 luni înainte de încetarea lui”*, dar între părțile contractante nu a fost încheiat un act adițional, deoarece în conformitate cu prevederile art. 8 din contract, acesta trebuia să fie încheiat cu minim 6 luni înainte de încetarea sa, astfel încât la data de 18.05.2015 efectele contractului mai sus menționat încetează de drept. De altfel, în prezent, prelungirea contractului printr-un act adițional ar încălca, în mod evident, prevederile stipulate în art 8 din contract și respectiv prevederile art. 15 din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților.

Autoritatea contractantă susține că motivele prezentate mai sus au determinat inițierea procedurii de achiziție publică prin negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare până la finalizarea licitației publice privind delegarea prin concesiune a serviciului, în conformitate cu prevederile art. 122 și 123 din OUG nr. 34/2006, fiind o situație de extremă urgență.

Autoritatea contractantă menționează că, în conformitate cu prevederile art. 15 din Legea nr. 101/2006 *„durata contractului de delegare poate fi prelungită, în aceleași condiții contractuale, ori de câte ori autoritatea administrației publice locale o solicită operatorului, pe baza unei fundamentări tehnico-economice pentru buna executare a serviciului, pentru realizarea unor investiții noi impuse de modificarea legislației comunitare/ naționale sau a strategiei locale în domeniul gestionării deșeurilor, care nu ar putea fi amortizate în termenul rămas până la finalizarea contractului decât printr-o creștere excesivă a tarifelor și/sau a taxelor. Prelungirea se poate face cu condiția ca durata maximă a contractului să nu depășească 49 de ani”*, dar având în vedere faptul că, contractul precizat încetează la 18.04.2015, s-a adoptat HCL nr. 82/2015 prin care *„se aprobă delegarea gestiunii serviciului public de salubritate menajeră pe raza municipiului ..., pe o perioadă de 12 ani de la data semnării contractului de concesiune”*. De asemenea, prin același act administrativ de autoritate au fost aprobate: Studiul de fundamentare privind delegarea de gestiune prin concesiune a serviciului public de salubritate menajeră, Caietul de sarcini privind delegarea aceluiași serviciu, precum și Contractul de gestiune prin concesiune a serviciului de salubritate menajeră. Ulterior, în conformitate cu dispozițiile legale incidente în materie,

documentația de atribuire a fost transmisă în SEAP în vederea validării de către ANRMAP. La data de 09.04.2015 ANRMAP a respins unele secțiuni din cadrul documentației de atribuire, făcând cu această ocazie o serie de recomandări.

Raportat la situația de fapt existentă, având în vedere necesitatea asigurării principiului continuității în prestarea serviciului public, autoritatea contractantă precizează că a publicat prin HCL nr. 95/2015 deliberativul local prin care s-a aprobat achiziția publică prin procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, procedură aprobată prin HCL nr. 82/2015. Tot prin HCL nr. 95/2015 a fost aprobat Caietul de sarcini privind achiziția publică prin procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, cât și Instrucțiunile privind desfășurarea acestei proceduri. După adoptarea HCL-ului nr. 95/2015, s-au trimis invitații de participare unui număr de 14 operatori, printre care și contestatorului, pentru a se asigura o concurență reală și a se respecta principiile reglementate de OUG nr. 34/2006.

Peste toate argumentele invocate de contestator, autoritatea contractantă menționează că are obligația legală de a asigura continuitatea asigurării serviciului public pe raza unității administrativ teritoriale. Organizarea prezentei proceduri și desfășurarea acesteia a fost determinată de caracterul urgent al măsurilor ce se impune a fi adoptate în condițiile în care la data de 18.04.2015 expiră contractul de salubritate menajeră nr. 15790/2007. Încetarea de drept a acestui contract a impus adoptarea unei măsuri de necesitate pentru a asigura continuitatea serviciului public ce deservește un număr de 80.000 de persoane. Procedura demarată are la bază HCL nr. 95/2015 care, până la momentul anulării sale la nivelul instanței de contencios administrativ se bucură de prezumția de legalitate.

Față de considerentele mai sus expuse, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației formulate de SC ... SA, ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 6412/22.04.2015, asocieria SC ... SRL - SC SRL formulează cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante solicitând: respingerea

contestației formulate de SC ... SA, în principal ca inadmisibilă și lipsită de interes, iar în subsidiar, ca nefondată.

În urma analizării adresei nr. 605/22.04.2015 - 840/22.04.2015, înregistrată la CNSC cu nr. 6412/22.04.2015, depusă de asocierea SC ... SRL - SC SRL, raportat la contestație, Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție în interesul autorității contractante și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006.

În cadrul cererii de intervenție, asocierea SC ... SRL - SC SRL precizează că interesul asocierii în formularea cererii de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante îl constituie faptul că asocierea a depus o ofertă eligibilă în cadrul procedurii de atribuire vizată de contestația SC ... SA și este interesată ca CNSC să respingă contestația formulată. Astfel se impune ca cererea de intervenție să fie admisă în principiu conform art. 63 alin. 3 Cod pr. civ.

În sprijinul autorității contractante, intervenientul înțelege să invoce următoarele apărări:

1. Excepția necompetenței CNSC în ceea ce privește soluționarea contestației, întrucât:

- prin contestația formulată, contestatorul solicită anularea documentației aprobate prin HCL nr. 95/03.04.2015 pentru desfășurarea procedurii de achiziție publică în cauză;
- analizând HCL nr. 95/03.04.2015, se poate observa că aceasta a fost adoptată în baza Legii nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților, iar cupinsul ei se precizează: „Caietul de sarcini reprezintă Anexa I care face parte integrantă din prezenta hotărâre. Instrucțiunile reprezintă Anexa II care face parte din prezenta hotărâre și Contractul reprezintă Anexa III care face parte din prezenta hotărâre”;
- contestând cele trei documente enumerate anterior contestatorul a atacat practic HCL nr. 95/03.04.2015, demers judiciar care nu este de competența CNSC ci de competența instanțelor de contencios administrativ;
- conform art. 6 alin. (1) lit. e) și h) din Legea nr. 101/2006, autoritățile deliberative ale UAT-urilor, adică consiliile locale, au printre atribuții atât delegarea gestiunii serviciului de salubritate, cât și elaborarea și aprobarea caietelor de sarcini;
- aceste măsuri trebuie adoptate prin hotărâri sau dispoziții, iar hotărârile consiliilor locale date în aplicare Legii nr. 101/2006 pot fi atacate doar la instanțele de contencios administrativ, iar nu la

CNSC după cum prevăd imperativ dispozițiile art. 8 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2006;

- prin urmare, este evident că CNSC nu poate să analizeze legalitatea unei hotărâri a Consiliului Local adoptată în aplicarea Legii nr. 101/2006, sens în care se solicită admiterea excepției invocate.

2. Excepția necompetenței CNSC în ceea ce privește analizarea motivelor contestației care se referă „prelungirea Contractului de delegare a gestiunii prin concesiune prin licitație publică deschisă a serviciului public de salubritate menajeră a Municipiului ... nr. 15790 din 18.04.2007 care a încetat la data de 19.04.2015”:

- conform art. 51 alin. (4) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice litigiile dintre UAT-uri și operatori privind executarea și încetarea contractelor de delegare a gestiunii se soluționează de către instanțele de contencios administrativ competente, iar nu de către CNSC;

- concluzia este că CNSC nu poate să analizeze și să aibă în vedere la soluționarea contestației, motivele care vizează prelungirea Contractului nr. 15790 din 18.04.2007, cum invocă contestatorul în mod eronat;

- oricum ar fi, Contractul nr. 15790 din 18.04.2007, nu mai poate fi prelungit din următoarele considerente:

- Conform art. 7 din contract, durata acestuia este de 8 ani, începând de la data de 18.04.2014, astfel încât de la data de 19.04.2015 contractul și-a încetat valabilitatea. Fiind în prezenta unui contract care și-a încetat valabilitatea, acesta putea fi prelungit doar înainte de expirarea duratei pentru care a fost încheiat.

- Potrivit art. 8 din contract, acesta poate fi prelungit pentru o perioadă egală cu cel mult jumătate din durata sa inițială, prin acordul de voință al părților care vor încheia un act adițional cu cel puțin 6 luni înainte de încetarea lui.

- Conform art. 32 alin. (3) și (4) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice: (3) Durata unui contract de delegare a gestiunii nu poate fi mai mare de 35 de ani, la stabilirea acesteia luându-se în calcul durata necesară amortizării investițiilor prevăzute în sarcina operatorului/operatorului regional prin contractul de delegare. Aceasta poate fi prelungită în aceleași condiții contractuale, ori de câte ori autoritatea administrației publice locale solicită operatorului, pentru buna executare a serviciului, realizarea unor investiții ce nu ar putea fi amortizate în termenul rămas până la finalizarea contractului decât printr-o creștere excesivă a tarifelor și taxelor. Prolungirea se poate face cu

condiția ca durata maxima a contractului sa nu depaseasca 49 de ani. (4) Prelungirea va fi aprobată în condițiile alin. (3) de autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale. Contractul de delegare va fi prelungit, în condițiile legii, printr-un act adițional încheiat între operatori și unitățile administrativ-teritoriale, respectiv între operatorii regionali și asociațiile de dezvoltare intercomunitară cu obiect de activitate serviciile de utilități publice, în baza mandatului primit. Se poate observa că nu sunt îndeplinite condițiile impuse de acest text de lege pentru prelungirea contractului.

- Art. 122 din OUG nr. 34/2006 nu permite prelungirea contractului încheiat cu SC ... SA.

- Art. 32 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 51/2006 în varianta aflată în vigoare la data încheierii Contractului nr. 15790 din 18.04.2007, invocat de SC ... SA pentru prelungirea contractului a fost modificat prin OUG nr. 13/2008, publicată în MOF nr. 145 din 26.02.2008, astfel încât textul de lege invocat nu mai este în vigoare în prezent pentru a fi aplicabil.

3. Excepția inadmisibilității contestației, întrucât contestatorul nu a făcut dovada constituirii garanției de bună conduită în cuantumul prevăzut de art. 271 alin. (4) din OUG nr. 34/2006:

- așa cum reiese din finalul contestației, contestatoarea a constituit garanția de bună conduită în sumă de 1% din valoare de 461.000 lei, deși trebuia să achite suma de 1% din 22.128.000 lei (461.000 lei/lună X 48 luni);

- conform art. VI din Instrucțiunile reprezentând Anexa II la caietul de sarcini, valoarea estimată a contractului este de 461.000 lei/lună;

- cum durata contractului este până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, suntem în situația atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect prestări servicii, fără o perioadă determinată;

- într-un asemenea caz, pentru determinarea valorii estimate a contractului și implicit a garanției de bună conduită, sunt incidente dispozițiile art. 28 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006 care prevăd că dacă se urmărește atribuirea unui contract de prestări servicii în legătură cu care este stabilit un tarif lunar, dar nu se cunoaște întinderea în timp a contractului, valoarea estimată se determină prin multiplicarea tarifului lunar cu un număr de 48 de luni, în speță 461.000 lei/lună x 48 luni, obținând valoarea estimată a contractului de 22.128.000 lei;

- la această valoare estimată a contractului, contestatorul trebuia să achite o garanție de bună conduită în sumă de 25.000 euro, conform art. 271¹ alin. (4) lit. c) din OUG nr. 34/2006;
- achitând doar suma de 4.160 lei, adică nici măcar una mie euro, contestatoarea a eludat dispozițiile legale menționate mai sus, astfel încât sancțiunea care intervine este cea de respingere a contestației, conform art. 271¹ alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

4. Excepția lipsei de interes a contestatorului, întrucât acesta nu a participat cu ofertă/candidatură la procedura de atribuire contestată:

- conform art. 255 alin. (1) – (4) din OUG nr. 34/2006, doar o persoană vătămată într-un drept ori interes legitim poate formula contestație la CNSC împotriva unui act al autorității contractante;
- or, nedepunând vreo ofertă/candidatură în cadrul procedurii contestate, este evident că SC ... SA nu prezintă niciun interes pentru anularea procedurii;
- faptul că SC ... SA invocă faptul că avea încheiat contractul nr. 15790 din 18.04.2007 cu autoritatea contractante, care a încetat la data de 19.04.2015 și trebuia să fie prelungit, acest aspect excede competenței CNSC-ului, astfel încât nu poate sta la baza unei eventuale soluții de admitere a contestației;
- chiar în situația în care s-ar admite contestația, nu s-ar obține niciun interes practic, personal, deoarece nu a participat cu ofertă la procedură;
- prin urmare, anularea unui act administrativ, este condiționată atât de încălcarea unor dispoziții legale la emiterea actului administrativ a cărui anulare se solicită, cât și de probarea unei vătămări a unui drept sau interes, pricinuită odată cu emiterea actului administrativ;
- potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, „Persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat pot formula cerere prin care invocă apărarea unui interes legitim public numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat”;
- cu privire la interpretarea art. 8 alin. (1¹) și (1²) din Legea nr. 554/2004, s-a statuat în doctrina de specialitate că, „desigur, ca urmare a precizărilor aduse de alineatele (1¹) și (1²) ale art. 8 din lege, judecătorul are obligația de a verifica, în mod primordial, dacă a fost încălcat un drept subiectiv sau interes legitim privat al reclamantului, iar o eventuală soluție de anulare a actului administrativ atacat nu poate fi motivată doar din perspectiva încălcării unui interes legitim public; în caz contrar ne-am afla în

situația unui contencios obiectiv, care prin tradiție, nu este la îndemâna persoanelor de drept privat, ci a autorităților cu atribuții în materia legalității și a ordinii publice”;

- totodată, în literatura de specialitate s-a afirmat pe bună dreptate că o acțiune în contencios administrativ poate fi admisă numai în situația în care se dovedește vătămarea unui drept sau a unui interes legitim care aparțin titularului acțiunii, că „prevederile art. 1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 554/2004 consacră o categorie a contenciosului subiectiv, în sensul că un act administrativ poate fi anulat numai dacă a produs reclamantului o vătămare într-un drept ori interes legitim” și că „stabilirea existenței unei vătămări aduse unui drept ori unui interes legitim se face pe baza probelor administrate, fiind o problemă de fond a litigiului administrativ”.

5. Cu privire la fondul litigiului intervenientul face următoarele precizări:

A. Referitor la motivul de nelegalitate indicat în contestație conform căruia, în mod nelegal autoritatea contractantă a inițiat o procedură de achiziție publică pentru un serviciu de salubritate menajeră, acesta este neîntemeiat, deoarece:

- în esență, contestatorul invocă faptul că în prezenta cauză nu sunt incidente dispozițiile OUG nr. 34/2006, ci cele ale Legii nr. 51/2006;

- SC ... SA se află în eroare când face o astfel de susținere, deoarece art. 14 alin. 3 din Legea nr. 101/2006, prevede în mod expres că procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii serviciului de salubritate a localităților sunt cele stabilite de UAT-uri conform OUG nr. 34/2006;

- Legea nr. 101/2006 este legea specială, specifică serviciului de salubritate care derogă de la Legea nr. 51/2006, care reprezintă norma de drept comun care reglementează toate serviciile de utilitate publică, astfel cum acestea sunt definite de art. 1 alin. (2) din Legea nr. 51/2006;

- deci în ceea ce privește serviciul de salubritate, conform principiului specialia generalibus derogant au întâietate prevederile Legii nr. 101/2006, care conform art. 34 din Legea nr. 101/2006 doar se completează cu Legea nr. 51/2006;

- deci în cauză sunt pe deplin aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006.

B. Față de motivul de nelegalitate indicat la punctul II.2. din contestație potrivit căruia în mod nelegal a fost stabilită organizarea procedurii de achiziție publică prin negociere directă, și acesta este nefondat întrucât, din moment ce în cauză sunt aplicabile prevederile OUG nr. 34/2006, implicit autoritatea contractantă poate să aleagă oricare dintre procedurile de atribuire reglementate

de acest act normativ, inclusiv negocierea fără publicarea unui anunț de participare, prevăzută de art. 122 alin. (1) lit. c) din ordonanță.

C. Cât privește motivul de nelegalitate indicat la punctul II.3. din contestație potrivit căruia dispozițiile Legii nr. 51/2006 privind negocierea directă se aplică cu prioritate față de prevederile OUG nr. 34/2004 și acesta este neîntemeiat pentru motivele expuse la punctul A din cererea de intervenție.

D. În ceea ce privește motivul de nelegalitate indicat la punctul II.4. din contestație potrivit căruia în mod nelegal au fost invocate dispozițiile art. 122 alin. (1) lit. c) și art. 123 din OUG nr. 34/2006 ca temei de drept al procedurii de achiziție, este nefondat, întrucât prin acest motiv se critică practic oportunitatea procedurii de atribuire, aspect care este de competența ANRMAP, nicidecum a CNSC. Conform art. 57 din HG nr. 925/2006, verificarea întrunirii condițiilor prevăzute de art. 122 din OUG nr. 34/2006 se concretizează prin elaborarea notei justificative prevăzute la art. 5 din HG nr. 925/2006. Ori, conform principiul asumării răspunderii, stabilirea circumstanțelor de încadrare prevăzute de ordonanța de urgență pentru aplicarea fiecărei proceduri sau pentru cumpărarea directă intră în responsabilitatea exclusivă a autorității contractante. Deci CNSC nu poate să analizeze oportunitatea alegerii unei proceduri de atribuire, acesta fiind atributul exclusiv al autorității contractante, acest aspect putând fi verificat doar ANRMAP.

E. Cât privește ultimul motiv de nelegalitate indicat la punctul II.5. din contestație potrivit căruia prin procedura de achiziție organizată se aduce atingere principiului concurenței reale, acesta este nefondat, din moment ce la procedură au fost invitați 14 operatori economici din domeniu, inclusiv contestatorul fiind respectate dispozițiile art. 123 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresele nr. 3339/... - .../22.04.2014 și nr. 3338/... - .../22.04.2014, Consiliul a adus la cunoștința părților că SC SRL a depus cerere de intervenție și le-a solicitat punctul de vedere sub acest aspect.

Prin adresa nr. 12410/23.04.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 6469/23.04.2015, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la cererea de intervenție.

În opinia autorității contractante, „a respinge cererea de intervenție presupune adoptarea unei poziții părtinitoare în condițiile în care a fost admisă cererea de suspendare a procedurii formulată de către un operator care nu a participat la aceasta”. În altă ordine de idei, autoritatea contractantă susține și reiterează,

lipsa de interes a contestatorului din prezentul dosar. Astfel, contestatorul din prezenta cauză nu și-a manifestat sub nicio formă intenția de a participa la această procedură, interesul acestuia față de această procedură s-a limitat la contestarea procedurii la nivelul CNSC invocând dreptul de prelungire a contractului. Ori, în acest caz, între părțile contractante nu a fost încheiat un act adițional, deoarece în conformitate cu prevederile art. 8 din contract acesta trebuia să fie încheiat cu minim 6 luni înainte de încetarea sa. În prezent, prelungirea contractului printr-un act adițional ar încălca, în mod evident, prevederile stipulate în art. 8 din contract și respectiv prevederile art. 15 din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților. Pe de altă parte, în mod evident, nu se poate încheia un act adițional la un contract expirat.

Autoritatea contractantă precizează că procedura ce face obiectul prezentei contestații a fost inițiată în baza HCL nr. 95/2015, act de autoritate a deliberativului local ce se bucură de prezumția de legalitate până la momentul la care instanța de contencios administrativ ar constata contrariul; procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare inițiată în baza HCL nr. 95/2015 are un caracter provizoriu până la atribuirea contractului de salubritate menajeră, aprobată prin HCL nr. 82/2015, licitație care urmează a avea loc în data de 16.06.2015. Deasemenea, precizează că în conformitate cu art. 255 alin. (1) – (4) din OUG nr. 34/2006, doar o persoană vătămată într-un drept ori interes legitim poate formula contestație la CNSC împotriva unui act al autorității contractante, calitate pe care contestatorul nu o întrunește dat fiind faptul că, nefiind participant la această procedură nu justifică dreptul sau interesul ce i-ar fi fost lezate prin desfășurarea acesteia.

Față de cele mai sus expuse, autoritatea contractantă solicită admiterea cererii de intervenție formulată de participantul la procedură.

Prin adresa nr. E6814/24.04.2015, înregistrată la CNSC sub nr. 6582/24.04.2015, contestatorul a transmis „întâmpinare” cu privire la cererea de intervenție, și solicită Consiliului să o respingă, în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca nefondată.

Contestatorul învederează faptul că deși s-a obținut suspendare procedurii de achiziție prin Decizia CNSC nr. .../.../ ..., în data de 21.04.2015 autoritatea contractantă a aprobat în mod vădit nelegal încheierea unui contract de achiziție publică cu intervenientul având ca obiect delegarea directă a serviciului de salubritate menajeră, pentru motive de forță majoră. Ca urmare,

invocă excepția inadmisibilității cererii de intervenție accesorie pentru lipsă de interes.

1. În ceea ce privește excepția de necompetență a CNSC de soluționare a contestației, contestatorul subliniază faptul că cea care a determinat competența CNSC nu este nimeni alta decât autoritatea contractantă, prin art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2006. Ori, în cazul de față, contrar afirmațiilor intervenientului, autoritatea deliberativă a autorității publice contractante a stabilit că sunt aplicabile în procedura pe care a aprobat-o atât dispozițiile Legii nr. 101/2006, ale Legii nr. 51/2006, cât și cele ale OUG nr. 34/2006, aspect precizat în cuprinsul preambulului HCL nr. 95/2015, cât și din Capitolul XIX – art. 23 din Anexa III la HCL nr. 95/2015, și este stabilit dincolo de orice dubiu prin Pct. XXV din Anexa II la HCL nr. 95/2015 care prevede că „Organismul competent pentru căile de atac este Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor”.

Contestatorul menționează faptul că prin contestația formulată în prezenta cauză nu s-a atacat HCL nr. 95/03.04.2015, ci procedura negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...A și a documentației aferente acesteia. Rezultă că în prezenta speță CNSC nu este chemat să se pronunțe asupra legalității HCL nr. 95/03.04.2015, așa cum în mod greșit a înțeles intervenientul. Deasemenea menționează că în prezenta speță nu s-a solicitat CNSC nici prelungirea contractului de delegare nr. 15790/18.04.2007, această chestiune făcând obiectul dosarului nr./..../2015 aflat pe rolul Tribunalului ... - secția de contencios administrativ și fiscal.

Având în vedere aspectele mai sus expuse, din punctul de vedere al contestatorului nu se poate pune problema necompetenței CNSC în ceea ce privește soluționarea prezentei contestații, motiv pentru care solicită respingerea excepției necompetenței invocate de către intervenient.

II. În ceea ce privește excepția lipsei de interes invocată de intervenient, contestatorul o consideră nefondată, întrucât motivul pentru care nu s-a depus ofertă în cadrul prezentei proceduri a fost tocmai cel de nelegalitate a acestei proceduri. Astfel, în lipsa unui cadru legal de depunere a ofertelor, nu se poate pune problema analizei interesului prin raportare la participarea efectivă la procedura de atribuire. Așa cum s-a evidențiat și în cadrul contestației formulate, interesul este justificat prin faptul că, s-a solicitat încă din luna august 2014 prelungirea contractului de delegare, cerere care nu a fost soluționată de către autoritatea

contractantă în termenul legal, motiv pentru care s-a demarat litigiul ce face obiectul dosarului nr./..../2015 aflat pe rolul Tribunalului

III. În ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației invocată pentru lipsa dovezii constituirii garanției de bună conduită în cuantumul prevăzut de art. 271¹ alin. (4) din OUG nr. 34/2006, contestatorul apreciază că aceasta se impune a fi respinsă ca nefondată, deoarece în conformitate cu dispozițiile art. antemenționat, „cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel: a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b)”, iar valoarea estimată a unui contract se stabilește de către autoritatea contractantă în condițiile prevăzute de art. 25 alin. (1) din OUG nr. 34/2006. În cazul de față, autoritatea contractantă a stabilit în cuprinsul Anexei II din documentația de atribuire, la cap. VI, valoarea estimată a contractului la suma de 461.000 ron/lună, fără alte precizări. În aceste condiții, contestatorul menționează că a făcut aplicarea dispozițiilor legale ale art. 271¹ alin. (4) din OUG nr. 34/2006, înmulțind procentul de 1% cu valoarea estimată stabilită de autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire (461.000 ron).

IV. În ceea ce privește fondul cauzei, contestatorul solicită Consiliului respingerea apărărilor formulate de către intervenient ca nefondate, pentru următoarele considerente:

- motivul de nelegalitate invocat la punctul II.1 din contestație vizează faptul că autoritatea contractantă a organizat o procedură de achiziție a unui serviciu public, în condițiile în care aceasta putea doar să atribuie prin delegare serviciul într-una din modalitățile prevăzute de lege;
- în mod nefondat, se susține de către intervenient faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a alege între oricare dintre procedurile de atribuire reglementate de către OUG nr. 34/2006, inclusiv negocierea fără publicarea unui anunț de participare prevăzută de art. 122 alin. (1) din acest act normativ;
- în contestație nu s-a susținut neincidența dispozițiilor OUG nr. 34/2006 în speța de față, dimpotrivă s-a susținut că prevederile acestui act normativ sunt aplicabile, cu excepția situației în care legislația privind serviciile publice și cea care reglementează în special serviciul de salubritate prevăd dispoziții derogatorii;
- atunci când există un concurs de legi, dintre care unele cu caracter special, dispozițiile acestora din urmă se aplică cu prioritate, motiv pentru care s-a apreciat că în cazul particular al

serviciilor de salubritate sunt incidente dispozițiile Legii nr. 101/2006 care se completează cu dispozițiile Legii nr. 51/2006, iar a susține că este posibilă negocierea directă în alt caz decât cel prevăzut de art. 29 din Legea nr. 51/2006, respectiv fără anularea unei proceduri de licitație publică deschisă, înseamnă a adăuga la lege;

- instituind în sarcina autorității contractante obligația de a întocmi documentația aferentă licitației publice deschise cu cel puțin 6 luni înainte de expirarea contractului în derulare, legiuitorul a apreciat că acest termen este suficient pentru a înlătura orice fel de situație imprevizibilă care ar putea apărea și care ar putea întârzia finalizarea procedurii de atribuire prin licitație deschisă;

- în ceea ce privește incidența art. 122 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, acest text de lege reglementează procedura de atribuire prin negociere directă fără anunț de participare la modul general, cu referire la perioadele de aplicare ale celorlalte 4 proceduri: licitație publică deschisă, licitație restrânsă, negociere directă cu anunț de participare și concurs de oferte;

- în cazul serviciului public de salubritate sunt posibile doar două proceduri: licitație publică deschisă și, în mod excepțional, negocierea directă, cu condiția anulării licitației publice;

- anularea unei licitații nu constituie un eveniment imprevizibil și care să nu se datoreze sub nicio formă acțiunii sau inacțiunii autorității contractante, motiv pentru care este exclusă incidența acestui text de lege în ceea ce privește atribuirea serviciului de salubritate;

- în speța de față, nu se poate discuta de forță majoră, respectiv de o situație imprevizibilă care să fi condus la punerea autorității contractante într-o situație de imposibilitate a prestării serviciului public de salubritate, în condițiile în care contractul de delegare perfectat prevedea posibilitatea prelungirii duratei, și a fost solicitat acest lucru din 29.08.2014;

- în temeiul art. 32 din Legea nr. 51 /2006 în forma în vigoare la momentul încheierii contractului de delegare, durata acestuia putea fi prelungită pentru o perioadă de cel mult 2 ani, pentru motive de interes general, autoritatea contractantă având pârghiile juridice necesare pentru a se continua prestarea serviciului de salubritate menajeră până la momentul finalizării licitației publice deschise.

Pentru considerentele de mai sus, contestatorul apreciază că se impune respingerea cererii de intervenție în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca nefondată.

Contestatorul a constituit garanția de bună conduită în valoare de 4610 lei.

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

...A, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect *„Desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a, până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, procedură aprobată prin HCL nr. 82/2015”*, aprobat prin HCL nr. 95/03.04.2015. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și invitația de participare pe care a transmis-o la data de 03.04.2015 mai multor operatori economici prin fax curierat rapid.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 297 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza cererea de intervenție formulată de Asocieria SC ... SRL - SC SRL împreună cu contestația formulată de SC ... SA.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepțiilor invocate de intervenient astfel:

Referitor la excepția necompetenței Consiliului în ceea ce privește soluționarea contestației, acesta urmează să o respingă ca nefondată având în vedere următoarele aspecte:

- Prevederile art. 255 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 reglementează în mod expres faptul că: **„Soluționarea contestațiilor privind atribuirea contractelor de delegare a gestiunii unui serviciu comunitar de utilități publice pentru care legislația specifică face trimitere la aplicarea prezentei ordonanțe de urgență se realizează conform prezentului capitol”**;
- Prevederile art. 14 alin. (3) din legea nr. 101/2006 dispun că **„Procedura de atribuire și regimul juridic al contractelor de delegare a gestiunii serviciului de salubritate a localităților sunt cele stabilite de autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale, conform prevederilor Legii nr. 51/2006, republicată, și ale Ordonanței 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, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare”**;
- În același sens sunt și punctele de vedere nr. 226368/DC/24.11.2014 înregistrat la CNSC sub nr.

31031/24.11.2014 și nr. 18811/21.01.2015 înregistrat la CNSC sub nr. 995/23.01.2015 formulate de către inițiatorii actelor normative în discuție, respectiv, Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice și Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice.

Referitor la excepția necompetenței Consiliului în ceea ce privește analizarea motivelor contestației care se referă la prelungirea contractului de delegare a gestiunii prin concesiune prin licitație publică deschisă a serviciului public de salubritate menajeră a municipiului ... nr. 15790/18.04.2007, acesta urmează să o respingă ca lipsită de obiect având în vedere faptul că societatea contestatoare nu a investit Consiliul cu acest capăt de cerere, aspect care, de altfel, ar fi fost inadmisibil, motivat de faptul că CNSC nu are o astfel de competență potrivit prevederilor art. 266 din OUG nr. 34/2006.

Referitor la excepția inadmisibilității deoarece contestatorul nu a făcut dovada constituirii garanției de bună conduită, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere următoarele aspecte:

- Prin OP nr. 208, contestatorul a constituit garanția de bună conduită în quantum de 4.610 lei raportat la valoarea estimată indicată de autoritatea contractantă în cadrul Anexei II – instrucțiuni privind organizarea și desfășurarea achiziției publice prin procedura negocierii fără publicare a unui anunț de participare pentru desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului;
- Potrivit prevederilor art. 122 lit. c) din OUG nr. 34/2006 „(...) *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili durata contractului pe o perioadă mai mare decât cea necesară, pentru a face față situației de urgență care a determinat aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare*”, procedură care potrivit prevederilor art. 20 din același act normativ reprezintă excepția și care se poate aplica de către autoritatea contractantă doar în cazuri limitativ prevăzute de lege și cu îndeplinirea cumulativă a anumitor condiții.

Față de aceste aspecte, alegația intervenientului cu privire la modalitatea de calcul a valorii estimate prin aplicarea prevederilor art. 28 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006 în sensul „*în cazul în care autoritatea contractantă își propune să atribuie un contract de servicii pentru care nu se poate anticipa prețul total al prestației,*

dar este posibilă estimarea unui tarif mediu lunar, atunci metoda de estimare variază în funcție de durata contractului respectiv, astfel: (...) când durata contractului nu poate fi determinată sau depășește 48 de luni, atunci valoarea estimată trebuie calculată multiplicând valoarea lunară cu 48" nu poate fi reținută de Consiliu având în vedere faptul că durata contractului încheiat ca urmare a derulării acestui tip de procedură nu poate dura decât strict pentru a face față situației de urgență care a generat aplicarea procedurii, în speță, autoritatea contractantă invocă ca și motiv de urgență finalizarea unei proceduri de licitație publică, perioadă care este determinabilă în timp prin raportare la perioadele expres reglementate de legislația în vigoare, spre exemplificare prevederile art. 75, 200 și 205 din OUG nr. 34/2006.

Mai mult valoarea estimată indicată de către autoritatea contractantă în cadrul Anexei II – instrucțiuni privind organizarea și desfășurarea achiziției publice prin procedura negocierii fără publicarea unui anunț de participare pentru desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului nu a fost contestată, prin urmare a fost acceptată de către operatorii economici interesați; determinarea corectă acesteia fiind stabilită de legiuitor în sarcina autorității contractante și nu a operatorilor economici interesați.

Prevederile art. 271¹ stabilesc în sarcina contestatorului obligația de a constitui garanția de bună conduită în raport de valoarea estimată determinată/stabilită de către autoritatea contractantă și nu de a verifica realitatea/corectitudinea acesteia.

Referitor la excepția lipsei de interes a contestatorului, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată având în vedere faptul că formularea unei contestații împotriva inițierii unei proceduri de atribuire nu este condiționată de depunerea ulterioară a ofertei/candidaturii. În speță contestatorul este nemulțumit de procedura aleasă de autoritatea contractantă pentru a încheia ulterior un contract de delegare de gestiune, interesul acestuia fiind organizarea unei proceduri legale și corecte.

În soluționarea prezentei, Consiliul reține următoarele considerente:

Potrivit prevederilor legale, art. 20 din OUG nr. 34/2006, procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare reprezintă excepția de la regula generală de aplicare a procedurii de licitație deschisă sau restrânsă. În această situație, pentru a evita folosirea în mod abuziv de către autoritățile contractante a acestui tip de procedură, legiuitorul a reglementat în

mod expres și imperativ circumstanțele specifice în care se poate iniția și derula această procedură.

În conformitate cu prevederilor art. 57 din HG nr. 925/2006 *„înainte de inițierea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă are obligația de a verifica întrunirea condițiilor prevăzute la art. 122 sau, după caz, la art. 252 din ordonanța de urgență. Rezultatul verificării se concretizează prin elaborarea notei justificative prevăzute la art. 5, care devine parte a dosarului achiziției publice”*.

Procedând la verificarea îndeplinirii de către autoritatea contractantă a acestei obligații, Consiliul constată faptul că, în conformitate cu prevederile Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, cu modificările și completările ulterioare, a Legii nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților și în baza art. 122 lit. c) și a art. 123 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, a prevederilor HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, a Ordinului nr. 82/2015 privind aprobarea Regulamentului-cadru al serviciului de salubritate a localităților și a OUG nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică, în temeiul prevederilor art.36 alin. (2), art. 36 alin. (6), art. 45 alin. (3), art. 47, art. 49, din Legea nr.215/2001 a administrației publice locale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, s-a hotărât la data de 03.04.2015, prin HCL nr. 95, de către autoritatea contractantă, aprobarea achiziției publice prin procedura de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, pentru atribuirea contractului având ca obiect *„Desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a, până la finalizarea licitației publice pentru delegarea prin concesiune a serviciului, procedură aprobată prin HCL nr. 82/2015”*, Caietul de sarcini, Instrucțiunile privind organizarea și desfășurarea achiziției publice și Contractul.

Rezultă, astfel, fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă a ales să organizeze procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în temeiul prevederilor art. 122 lit. c) din OUG nr. 34/2006 care dispune în mod expres și imperativ faptul că *„Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai în următoarele cazuri:*

(...) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a licitației deschise, a licitației restrânse, a negocierii cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare sau a cererii de oferte nu pot fi respectate din motive de extremă urgență, **determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante.**

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a stabili durata contractului pe o perioadă mai mare decât cea necesară, pentru a face față situației de urgență care a determinat aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. În cazuri de forță majoră sau în cazuri temeinic motivate autoritatea contractantă are dreptul de a emite un ordin de începere a serviciilor/lucrărilor concomitent cu inițierea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”.

Interpretând acest articol de lege, rezultă că voința legiuitorului a fost ca autoritatea contractantă să poată să uzeze de această procedură doar cu îndeplinirea următoarelor condiții cumulative și nu alternative:

- nu se poate aplica o procedură de licitație deschisă sau restrânsă datorită perioadelor lor de aplicare impuse de OUG nr. 34/2006 art. 75-76 sau art. 83-92;
- imposibilitatea aplicării acestor tipuri de proceduri au la bază motive de extremă urgență;
- motivele de extremă urgență sunt determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante.

Prin adresa nr. 2....9/...-.../10.04.2015 Consiliul a solicitat autorității contractante dosarul achiziției publice, cu toate că legiuitorul a stabilit în sarcina autorității contractante **„obligația de a transmite Consiliului, în termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la data primirii contestației conform prevederilor art. 271 alin. (1), punctul său de vedere asupra acesteia/acestora, însoțit de orice alte documente considerate edificatoare, precum și, sub sancțiunea amenzii prevăzute la art. 275 alin. (3), o copie a dosarului achiziției publice”**. În speță autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale exprese și imperative trimițând dosarul achiziției după expirarea acestui termen legal, respectiv la data de 20.04.2015.

Din documentele depuse la dosar de către autoritatea contractantă se constată următoarele aspecte:

- nu rezultă că a întocmit nota justificativă potrivit prevederilor art. 20 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 care reglementează obligația stabilită în sarcina compartimentul intern specializat

din cadrul autorității contractante **„de a elabora o notă justificativă în toate situațiile în care procedura de atribuire propusă pentru a fi aplicată este alta decât una dintre cele prevăzute la art. 20 alin. (1) din ordonanța de urgență”**, înscris care potrivit prevederilor art. 213 alin. (1) lit. e) din OUG nr. 34/2006 face parte din dosarul achiziției publice, pus la dispoziția Consiliului de autoritatea contractantă, și în cadrul căruia nu se regăsește acest înscris;

- nu rezultă că autoritatea contractantă a îndeplinit în mod cumulativ toate condițiile expres impuse de legiuitor și de la care nu se poate deroga, astfel aceasta a demonstrat doar primele două cerințe, respectiv faptul că o procedură de licitație deschisă sau restrânsă nu se poate derula datorită pașilor procedurali și a termenelor legale. Extrema urgență nu poate fi motivată prin faptul că la data de 18.04.2015 (deci după 15 zile de la emiterea HCL 95/03.04.2015) expiră durata de valabilitate a Contractului de delegare a gestiunii prin concesiune prin licitație publică deschisă a serviciului public de salubritate menajeră a municipiului ... nr. 15790/18.04.2007, deoarece acest aspect a fost cunoscut de autoritatea contractantă din chiar momentul semnării respectivului contract, respectiv din anul 2007.

Din conținutul niciunui înscris nu rezultă faptul că autoritatea contractantă a îndeplinit cea de a treia cerință cumulativă respectiv faptul că motivele de extremă urgență **sunt determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante, astfel încât să poată uza de inițierea acestui tip de procedură.**

Deși legiuitorul nu a dat o definiție sintagmei „evenimente imprevizibile” totuși în sensul legislației în domeniul achizițiilor publice, evenimentele imprevizibile pot fi asimilate fie evenimentelor/ împrejurărilor absolut extreme și absolut invincibile (în sensul că la nivelul actual al științei ele reprezintă pentru oricine o forță de nebiruit), fie evenimentelor/imprejurărilor care nu pot fi prevăzute, evitate și nici nu pot fi împiedicate, în mod realist, prin acțiunea autorității contractante, contextul creat de astfel de evenimente / împrejurări făcând imposibilă predictibilitatea necesităților reale ale autorității contractante, fără nicio culpă din partea acesteia.

Față de aceste aspecte, coroborat cu faptul că Contractul de delegare a gestiunii prin concesiune prin licitație publică deschisă a serviciului public de salubritate menajeră a municipiului ... nr.

15790/ 18.04.2007, care a fost încheiat mult anterior, era un contract încheiat pe perioadă determinată, rezultă „ipso facto” că necesitatea autorității contractante de a achiziționa serviciul public de salubritate menajeră nu s-a datorat unor evenimente neprevăzute, aceasta cunoscând de la început faptul că în luna aprilie urma să expire durata de valabilitate a contractului și trebuia să manifeste minime diligențe pentru inițierea din timp a unei proceduri de licitație de deschisă sau restrânsă și nu să aștepte trecerea timpului pentru a uza în mod nejustificat de inițierea unei procedurii excepționale de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

În susținerea celor reținute este și art. 8 din Contractul mai susmenționat, unde se stipulează: *„Contractul poate fi prelungit pentru o perioadă egală cu cel mult jumătate din durata sa inițială, prin acordul de voință al părților care vor încheia un act adițional cu cel puțin 6 luni înainte de încetarea lui.”*

Autoritatea contractantă nu poate invoca, în vederea inițierii unei negocieri fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, propria inacțiune, pentru a se crea premisele aplicării prevederilor art. 122 lit. c) din OUG nr. 34/2006, imprevizibilitatea circumstanțelor/evenimentelor trebuie să fie obiectivă și absolută.

Mai mult legiuitorul, așa cum s-a reținut anterior, a reglementat aspectul că, pe lângă faptul că urgența utilizării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este determinată de evenimente imprevizibile această urgență nu trebuie să fie datorată **sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante**. Rezultă „eo ipso” că planificarea defectuoasă a serviciilor nu poate fi încadrată în categoria evenimentelor imprevizibile și, prin urmare, nu constituie o justificare în vederea aplicării prevederilor art. 122 lit. c) din OUG nr. 34/2006. Faptul că autoritatea contractantă a nu a făcut niciun demers (nu a acționat sub nicio formă) să inițieze vreo procedură de licitație deschisă sau restrânsă o perioadă de cel puțin 6 luni nu poate constitui un motiv real pentru a uza de o procedură excepțională de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Mai mult contestatorul a amintit autorității contractante faptul că la data de 18.04.2015 urmează să înceteze perioada de valabilitate a contractului sau delegare a gestiunii prin concesiune prin licitație publică deschisă a serviciului public de salubritate menajeră a municipiului ..., prin adresa nr. 29.08.2014 aflat la dosarul cauzei deci cu cca. 7 luni înainte, atenționare care ar fi

trebuie să determine autoritatea contractantă să ia/aplice măsurile legale.

Astfel, condiția cumulativă impusă de legiuitor cu privire la urgența aplicării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț să fie datorată atât unui **eveniment imprevizibil** cât și aceasta **nu se fi datorat sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante, astfel încât să poată uza de inițierea acestui tip de procedură nu este îndeplinită** în speță:

- achiziționarea contractului având ca obiect desfășurarea activității serviciului public de salubritate menajeră în ...a a fost previzibilă, determinată, stabilită în termen rezonabil, de 6 luni, astfel încât să se poată iniția o procedură de atribuire prin licitație deschisă sau restrânsă (autoritatea contractantă nu a întreprins nicio măsură pentru inițierea unei proceduri de atribuire cca. 6 luni);
- din niciun înscris depus la dosarul cauzei nu rezultă faptul că această pasivitate a autorității contractante de a nu iniția o procedură de atribuire potrivit prevederilor art. 20 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 s-ar fi datorat unor evenimente imprevizibile, evenimente nefavorabile, externe, absolute invincibile, inevitabile, forței majore sau cazului fortuit;
- faptul că la data de 09.04.2015 (cu 9 zile înainte de încetarea valabilității contractului) ANRMAP a respins documentația de atribuire trimisă în vederea validării la data de 31.03.2015 (cu 18 zile înainte de încetarea valabilității contractului), nu poate constitui un motiv întemeiat pentru a uza de organizarea unei proceduri de negociere fără publicare, motivat de faptul că, autoritatea contractantă avea obligația de a iniția această procedură în termen util, aceasta cunoscând faptul că la data de 18.04.2015 contractul urma să înceteze. Starea în pasivitate a autorității contractante până în luna aprilie 2015 nu poate fi acoperită de aceasta prin organizarea unei proceduri de atribuire mai puțin transparentă și care constitui una din excepții;
- riscul ca deșeurile de pe raza municipiului ... să rămână necolectate, fapt care ar pune în pericol integritatea și sănătatea cetățenilor din municipiu, așa cum susține intervenienta nu poate scuza inacțiunea autorității contractante de a iniția o procedură transparentă și legală din timp, astfel încât aceste aspecte neplăcute să nu afecteze cetățenii.

Mai mult, printre actele depuse de către autoritatea contractantă nu se regăsește niciun înscris din care să rezulte faptul că aceasta a respectat prevederile art. 5 alin. (1) din OUG nr. 30/2006 care prevede că „*pentru procedura de atribuire care nu impune publicarea unui/unei anunț/invitații de participare în sistemul electronic de achiziții publice, autoritatea contractantă are obligația de a înștiința Ministerul Finanțelor Publice asupra procedurii ce urmează a fi derulată, odată cu transmiterea invitațiilor de participare către operatorii economici*”.

Solicitarea autorității contractante ca CNSC să recomande o soluție privind asigurarea continuității prestărilor serviciului de salubritate menajeră, urmează să fie respinsă ca inadmisibilă având în vedere competențele Consiliului exprese și imperative de a soluționa strict contestații prin pronunțarea unor decizii și nu de a acorda consultanță/asistență.

Ținând cont prevederile exprese și imperative de la care nu se poate deroga, respectiv art. 122 lit. c) din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 57 din HG nr. 925/2006, precum și faptul că încălcarea dispozițiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire, modificarea tipului procedurii în această etapă (depunerea și deschiderea ofertelor potrivit procesului verbal de deschidere a ofertelor nr. 11440/15.04.2015) aducând atingere principiilor achizițiilor publice, Consiliul consideră că, în speță, nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea procedurii de atribuire.

În raport de cele reținute, Consiliul, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, urmează să admită contestația formulată de către SC ... SA, în contradictoriu cu ...A iar pe cale de consecință să respingă ca nefondată cererea de intervenție formulată de Asocieria SC ... SRL - SC SRL.

Întrucât criticile contestatorului vizând alegerea procedurii de către autoritatea contractantă, respectiv de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare sunt întemeiate, Consiliul stabilește că, în cazul în referință, nu pot fi adoptate măsuri de remediere, fără a fi afectate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța mai sus menționată. Totodată, dat fiind că încălcarea prescripțiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire și având în vedere imposibilitatea continuării acesteia, Consiliul urmează să decidă, pe cale de consecință, anularea întregii proceduri, conform art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 27 (douăzecișapte) pagini.