CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. …./…/…
Data: ….

Prin contestaţia nr. 3807/20.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31974/21.10.2016, S.C. ... S.R.L., cu sediul în ...., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având CIF RO ..., reprezentată legal de ....., în calitate de director general, a contestat adresele nr. 684/12.10.2016 și nr. 673/05.10.2016, reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă și respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, întocmite în cadrul procedurii de atribuire, prin „.....”, offline, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de servicii având ca obiect „.....”, coduri CPV: ..... (Rev.2), inițiată de ...”, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul Reșița, județul Caraș Severin, Piața 1 Decembrie 1918 nr. 7, et. 1, a solicitat anularea actelor contestate și atribuirea contractului de achiziție publică.

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

Prin contestaţia nr. 3807/20.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31974/21.10.2016, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ...”, în calitate de autoritate contractantă, împotriva adreselor nr. 684/12.10.2016 și nr. 673/05.10.2016, reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă și respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, întocmite în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitaţie deschisă”, offline, fără etapă finală de licitaţie electronică, a contractului de achiziţie publică de servicii având ca obiect „....”, s-a solicitat anularea actelor contestate și atribuirea contractului de achiziție publică.

Contestatoarea învederează faptul că prin adresa nr. 673/05.10.2016, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că

oferta sa îndeplinește criteriile de eligibilitate, însă procedura a fost anulată întrucât nu a fost posibilă asigurarea unui nivel satisfăcător al concurenței, respectiv numărul operatorilor economici este mai mic decât cel prevăzut conform prevederilor art. 29 alin. (9) din Legea nr. 51/2006, fiind depusă o singură ofertă.

Față de acest aspect, contestatoarea precizează că a notificat autoritatea contractantă, fiind ulterior informată că nu se vor lua măsuri de remediere, însă contestatoarea apreciază că se impune anularea adresei privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire și respectiv a răspunsului la notificarea prealabilă, întrucât motivul invocat de autoritatea contractantă este nelegal.

În susținere, autoarea contestației, invocă adresa nr. 20385/15.03.2016 a Autorității de Reglementare pentru serviciile Comunitare de Utilități Publice, prin care Comisia Europeană s-a sesizat în cauza 5948/13/MARK prin sistemul EU Pilot, activând procedura de „preinfrigement” în situația neeliminării dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 51/2006 și a reintroducerii aplicabilității normelor privind achizițiile publice.

Prin urmare, până la modificarea Legii nr. 51/2006, se vor aplica în continuare dispozițiile procedurii de delegare prevăzută de OUG nr. 34/2006, potrivit cărora atribuirea contractului se face pe baza criteriului de atribuire aplicat ofertelor admisibile, indiferent de numărul acestora, nefiind astfel condiționată de numărul ofertelor depuse în cadrul unei proceduri.

În dovedirea contestaţiei sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 32178/2301 C5/24.10.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Autoritatea contractantă, a transmis punctul de vedere nr. 696/21.10.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 32573/26.10.2016, împreună cu o parte a dosarului achiziției publice.

În susținere, autoritatea contractantă precizează că în raport de dispozițiile art. 29 alin. (9) din Legea nr. 51/2006, „delegatarul are obligația de a atribui contractul de delegare a gestiunii prin aplicarea procedurii de licitație publică deschisă. Procedura de licitație se poate realiza numai dacă în urma publicării anunțului de participare la licitație au fost depuse cel puțin 3 oferte și cel puțin 3 ofertanți îndeplinesc criteriile de eligibilitate. În cazul în care, în urma publicării anunțului, nu au fost depuse cel puțin 3 oferte sau criteriile de eligibilitate nu sunt îndeplinite de cel puțin 3 ofertanți, delegatarul este obligat să anuleze procedura și să organizeze o nouă licitație, în termen de 30 de zile de la data anulării procedurii”.

De asemenea, autoritatea contractantă consideră că o adresă nu poate abroga o lege indiferent de proveniența acesteia și recomandările din conținutul ei, astfel că este obligată să aplice prevederile legale în vigoare la data luării deciziei și întocmirii actelor.

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă” offline, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de concesionare având ca obiect „...”, coduri CPV ..... (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. ....., stabilind termenul limită pentru depunerea candidaturilor .....2016 ora 10.00, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” și valoarea estimată de ..... lei, fără TVA.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 06.04.2016, prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. 2814/06.04.2016, contestația formulată de SC .... SRL ..., fiind înregistrată la Consiliu la data de 21.10.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, potrivit căreia *„La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Legea parteneriatului public-privat nr. 178/2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 676 din 5 octombrie 2010, cu modificările și completările ulterioare; b) Hotărârea Guvernului 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 Ordonanța de urgenta 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, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 98 din 8 februarie 2007; c) orice alte prevederi contrare cuprinse în orice alte acte normative”* și a Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”, astfel că procedura de soluționare a contestației urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii prezentei contestații.

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, procedurii de atribuire în cauză [astfel cum este acesta definită de art. 3 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.

În cadrul procedurii de atribuire în cauză au depus oferte doi operatori economici, așa cum rezultă din Procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 426/13.06.2016.

Prin Raportul procedurii nr. 672/05.10.2016, membrii Comisiei de evaluare au declarat oferta depusă de SC ..... SRL ca fiind inacceptabilă conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006 iar oferta depusă de SC ... SRL ... ca fiind conformă și admisibilă și au concluzionat că *„nu a*

fost posibilă asigurarea unui nivel satisfăcător al concurenței, respectiv numărul operatorilor economici este mai mic decât cel prevăzut conform prevederilor art. 29 alin. (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, fiind depusă o singură ofertă".

La data de 05.10.2016, a fost emisă decizia de anulare a procedurii de atribuire întrucât „nu a fost posibilă asigurarea unui nivel corespunzător al concurenței, respectiv numărul operatorilor economici este mai mic decât cel prevăzut conform prevederilor art. 29 alin. (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, fiind depuse două oferte".

Prin adresa nr. 673/05.10.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat SC ... SRL ... faptul că oferta acesteia „îndeplinește criteriile de eligibilitate", însă procedura de atribuire a fost anulată întrucât *„nu este posibilă asigurarea unui nivel satisfăcător al concurenței, respectiv numărul operatorilor economici este mai mic decât cel prevăzut conform prevederilor art. 29 alin. (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, fiind depusă o singură ofertă".*

Prin adresa nr. 675/05.10.2016, autoritatea contractantă a revenit la adresa privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 673/05.10.2016, precizând că motivul anulării este următorul: *„nu este posibilă asigurarea unui nivel satisfăcător al concurenței, respectiv numărul operatorilor economici este mai mic decât cel prevăzut conform prevederilor art. 29 alin. (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, fiind depusă o singură ofertă* ***eligibilă****".*

În temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL ... a transmis autorității contractante, o notificare prealabilă, înregistrată la ... sub nr. 684/12.10.2016.

Prin adresa nr. 686/12.10.2016, autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile transmisă de contestatoare precizând că „nu sunt încălcări ale legislației privind concesiunile și pe cale de consecință nu dăm curs solicitării d-voastră".

Fiind nemulțumită de răspunsul primit, SC ... SRL a înaintat Consiliului, contestația nr. 3807/20.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31974/21.10.2016.

Analizând conținutul contestației, Consiliul reține că în cadrul acesteia SC ... SRL critică decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 29 alin. (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, care stipulează următoarele:

„Delegatarul are obligația de a atribui contractul de delegare a gestiunii prin aplicarea procedurii de ***licitație publică deschisă****. Procedura de licitație se poate finaliza numai dacă în urma publicării anunțului de participare la licitație au fost depuse cel puțin 3 oferte și cel puțin 3 ofertanți îndeplinesc criteriile de eligibilitate. În cazul în care, în urma publicării anunțului, nu au fost depuse cel puțin 3 oferte sau criteriile de eligibilitate nu sunt îndeplinite de cel puțin 3 ofertanți, delegatarul este obligat să anuleze procedura și să organizeze o nouă licitație, în termen de maximum 60 de zile de la data anulării procedurii".*

Verificând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul reține că înainte de încheierea raportului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a efectuat demersuri către Ministerul Fondurilor Europene, Autoritatea Națională de Reglementare pentru serviciile comunitare de utilități publice (ANRSC) și Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) în vederea aflării opiniilor acestor instituții.

Astfel,

- prin adresa nr. 435/14.06.2016, autoritatea contractantă a solicitat Ministerului Fondurilor să-i comunice punctul de vedere al acestei instituții cu privire la „posibilitatea încheierii contractului cu ofertantul care a depus ofertă pentru cele 3 zone în cazul în care aceasta este admisibilă și conformă, cu derogare (încălcarea) de la prevederile art. 29 alin. 9 din Legea nr. 51/2006";

- prin adresele nr. 436/14.06.2016 și 437/14.06.2016 autoritatea contractantă a solicitat la ANRSC și la ANAP, prezentarea unor puncte de vedere în legătură cu aceeași chestiune.

Prin adresa nr. 4714/4713/25.07.2016, ANAP a comunicat autorității contractante faptul că: *„atribuirea contractelor la care faceți trimitere în adresa dumneavoastră nu poate fi condiționată de existența a cel puțin trei oferte admisibile așa cum este reglementat în cuprinsul actului normativ Legea nr. 51/2006, autoritatea contractantă având obligația în acest caz de a respecta prevederile O.U.G. nr. 34/2006 și de a stabili oferta câștigătoare potrivit Capitolului V - Atribuirea contractului de achiziție publică, Secțiunea a 4 -a - Stabilirea ofertei câștigătoare din ordonanța de urgenta în discuție precum și, după caz, conform prevederilor art. 39 din HG nr. 71/2007".*

Prin adresa nr. 413030/27.06.2016, ANRSC a răspuns solicitării autorității contractante precizând că: *„Procedura de atribuire a contractelor de delegare pentru serviciul de salubrizare a localităților este cea prevăzută de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în speță nefiind aplicabile dispozițiile art. 29 alin. (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, republicată, cu completările ulterioare".*

Prin adresa nr. 65886/OA/23.08.2016 Ministerul Fondurilor - Direcția Generală Programe Infrastructură Mare – Autoritatea de Management POS Mediu i-a comunicat autorității contractante, printre altele, faptul că: *„încheierea unui contract de achiziție publică se poate face după finalizarea procedurii de atribuire, cu ofertantul declarat câștigător, conform legislației aplicabile. În ceea ce privește «derogarea de la prevederile art. 29 alin. (9) din Legea nr. 51/2006», facem din nou trimitere la adresa ANRSC nr. 404403/29.02.2016, AM POS Mediu nefiind în măsură de a emite un punct de vedere peste cel emis de ANRSC, neavând competențe în domeniul reglementării serviciilor comunitare de utilități publice".*

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține următoarele:

Conform Fișei de date a achiziției, punctul II.1.1), obiectul contractului de concesiune pe care autoritatea contractantă

intenționează să-l atribuie prin prezenta procedură de atribuire îl constituie „Delegarea gestiunii prin concesiune a activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în zona 6 Oțelul Roșu”, procedura de atribuire aplicată de către autoritatea contractantă fiind „**licitație deschisă**” (punctul IV.1.1.b)”.

În acest context, Consiliul reține că, în fișa de date a achiziție la punctul III.1.5) - *Legislația aplicabilă*, autoritatea contractantă a menționat, deopotrivă 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, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, cât și Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, OUG nr. 34/2006 prevede la art. 18 alin. (1), printre procedurile de atribuire a contractului de achiziție publică, „**licitația deschisă**”[lit. a)], în timp ce Legea nr. 51/2006, prevede la art. 29 alin. (8), printre procedurile de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice, **„licitația publică deschisă”** [lit. a)].

În consecință, procedura de atribuire aplicată de către autoritatea contractantă este **„licitație deschisă”,** și nu „**licitație publică deschisă”**, așa cum stipula art. 29 alin. (8) și (9) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006.

În situația în care autoritatea contractantă ar fi organizat o **„licitație publică deschisă”** conform dispozițiilor Legii nr. 51/2006, indicarea legislației în vigoare în materia achizițiilor publice nu și-ar fi regăsit utilitatea în cadrul procedurii de atribuire în discuție.

Este adevărat că în cadrul documentației de atribuire a fost prevăzută ca legislație aplicabilă și Legea serviciilor comunitare de utilităţi publice nr. 51/2006, dar neorganizându-se o „**licitație publică deschisă**” reglementată de respectivul act normativ, ci una dintre procedurile de atribuire reglementată de OUG nr. 34/2006, este evident că actul normativ evocat a fost prevăzut în aplicarea reglementărilor specifice privitoare la competențele, modul de organizare și funcționare a serviciilor de utilităţi publice, acordarea licențelor specifice, modul de finațare etc. și nu în ceea ce privește organizarea și derularea procedurii de atribuire.

Astfel, Consiliul apreciază că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale în vigoare la data inițierii procedurii:

- OUG nr. 34/2006: (art. 218^{1})– *„Autoritatea contractantă are dreptul de a atribui contractul de concesiune de lucrări publice sau contractul de concesiune de servicii prin aplicarea uneia dintre procedurile prevăzute la art. 18 alin. (1) lit. a) -c), precum şi a negocierii cu publicarea prealabilă a unui anunţ de participare în situaţiile prevăzute la art. 110 sau în cele prevăzute la art. 251 alin. (1)*”;

- Norma de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de

concesiune de servicii prevăzute în OUG nr. 34/2006 aprobată prin HG nr. 71/2007:

- art. 26 – *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a atribui contractul de concesiune de lucrări publice sau contractul de concesiune de servicii prin aplicarea uneia dintre procedurile prevăzute la art. 18 alin. (1) lit. a)-c) din ordonanţa de urgenţă*”;
- art. 29 – *„Pentru aplicarea efectivă a procedurilor de atribuire prevăzute la art. 26, prevederile prezentului capitol se completează cu dispoziţiile secţiunilor 2-5 ale cap. III din ordonanţa de urgenţă şi dispoziţiile secţiunilor 1-4 ale cap. IV din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziţie publică din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziţie publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice şi a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările şi completările ulterioare*”;
- art. 32 alin. (1) lit. j) - *„Atribuţiile comisiei de evaluare sunt următoarele: (…) j) în cazuri justificate conform prevederilor art. 209 din ordonanţa de urgenţă, elaborarea unei propuneri de anulare a procedurii de atribuire*”.

Analizând dispozițiile art. 209 din OUG nr. 34/2006, Consiliul reține că depunerea unei singure oferte „eligibile” la procedura de atribuire, prin licitație deschisă, nu se regăsește ca motiv de anulare a procedurii de atribuire, astfel încât decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire este nelegală, fiind luată cu nesocotirea legislației în vigoare aplicabilă procedurii și precizată expres în documentația de atribuire, dar și a îndrumărilor emise de instituțiile publice cărora autoritatea contractantă le-a solicitat emiterea unui punct de vedere în legătură cu aspectul în discuție.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a anulat în mod nelegal procedura de atribuire, motiv pentru care în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către SC BRAI CATA SRL, în contradictoriu cu ...” și va anula, în parte, raportul procedurii nr. 672/05.10.2016 (cap. 3 „Concluzii”) și în tot, Decizia de anulare a procedurii din 05.10.2016, precum și toate actele subsecvente acestora.

Va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire cu respectarea celor evocate în motivarea deciziei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ...", în calitate de autoritate contractantă.

Anulează, în parte, raportul procedurii nr. 672/05.10.2016 (cap. 3 „Concluzii") și în tot, Decizia de anulare a procedurii din 05.10.2016, precum și toate actele subsecvente acestora.

Obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire cu respectarea celor evocate în motivarea deciziei.

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

PREŞEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 pagini