CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului .... reprezentată de domnul .... – administrator, privind procedura de concesionare, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de concesionare având ca obiect *„servicii de salubrizare, comuna ...”*, s-a solicitat Consiliului obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost soluționat prin Încheierea nr. ..., în sensul admiterii lui.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestația de față, prin care SC ... critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire:

- eliminării redevenței de 9800 și a celei de 15% (calculată asupra taxei speciale) din documentația de atribuire, pentru nerespectarea prevederilor speciale cuprinse în art. 29 din Legea nr. 51/2006,
- eliminarea/modificarea/completarea art. 10 lit. p) din modelul de contract,
- completarea art. 11 din modelul de contract cu o serie de obligații ale concedentului,

- facilitarea încheierii de către delegat a contractelor de prestări servicii prin asigurarea evidenței locuitorilor și persoanelor juridice, precum și înștiințarea utilizatorilor despre obligația de a colecta separat deșeurile municipale,

- completarea cap. VIII din modelul de contract cu modul de facturare a contravalorii serviciilor prestate direct utilizatorilor, modul de facturare a taxei speciale pentru utilizatori fără contract, precum și termenele de plată,

- modificarea art. 18 lit. c) și e) din modelul de contract privind valoarea penalității,

- modificarea prevederilor modelului de contract și a indicatorului, în sensul că operatorul poate fi amendat, respectiv poartă răspunderea contractuală numai în măsura în care nu facilitează precolectarea separată a deșeurilor.

Prin punctul de vedere nr. 1/03.01.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. .../03.01.2018, entitatea contractantă a precizat că, anterior primirii contestației SC .. SRL, nu a primit și o notificare prealabilă, în conformitate cu art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la adresa nr. .../20.12.2017, transmisă de contestatoare, arată că aceasta este o solicitare de clarificări, referitor la care, s-a postat în SEAP un răspuns, la data de 22.12.2017, ora 11.07, având codul PWCN 2953/007.

Potrivit entității contractante, atât din textul mail-ului, cât și din textul documentului, se poate observa că este vorba de o solicitare de clarificări și nu de o notificare prealabilă.

În aceste condiții, apreciază contestația formulată de SC RDE HURON SRL ca fiind inadmisibilă.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei un punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației, invocată de entitatea contractantă.

Răspunzând solicitării Consiliului, SC ... SRL a transmis punctul de vedere nr. .../05.01.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. .../05.01.2018, prin care a solicitat respingerea excepției inadmisibilității contestației și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Potrivit contestatoarei, susținerile entității contractante sunt eronate, deoarece, astfel cum rezultă din adresa nr. ../20.12.2017, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. .../20.12.2017, aceasta este atât o solicitare de clarificări, cât și o notificare prealabilă, în sensul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea susține că, în condițiile în care entitatea contractantă a acordat un termen foarte scurt pentru depunerea ofertelor, iar documentația de atribuire conținea o serie de neclarități și nelegalități care vizau documentația de atribuire, a fost presată să formuleze într-o singură adresă atât solicitarea de clarificări, cât și notificarea prealabilă, astfel încât să apeleze, la nevoie, și la CNSC, pentru înlăturarea viciilor documentației de atribuire.

Din cuprinsul adresei invocate, se poate observa că entității contractante i s-a solicitat remedierea, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice și concesiunile, astfel cum prevede art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea mai arată că dispozițiile legale nu prevăd o anumită formă pentru notificarea prealabilă, în afară de faptul că trebuie făcută în scris și să conțină cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesar a fi luate. Or, adresa în discuție conține atât identificarea persoanei vătămate, cât și neregulile și remedierile care trebuie luate de către entitatea contractantă.

În ceea ce privește mail-ul prin care s-a transmis adresa nr. .../ 20.12.2017, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. .../ 20.12.2017, contestatoarea precizează că acesta nu este decât o adresă de înaintare, fără valoare juridică. Dimpotrivă, documentul atașat mail-ului era cel care conținea atât identificarea persoanei vătămate, cât și neregulile și remedierile care trebuie luate de entitatea contractantă, acest act fiind asumat prin semnătură și ștampilă de reprezentantul legal al societății.

Prin punctul de vedere nr. .../09.01.2017, entitatea contractantă a precizat, în primul rând, că anterior primirii contestației SC ... SRL, nu a primit și o notificare prealabilă, în conformitate cu art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la adresa nr. 2341/20.12.2017, transmisă de contestatoare, arată că, deși este denumită „Solicitare de clarificări și Notificare prealabilă", în realitate reprezintă o solicitare de clarificări. În opinia entității contractante, un document trebuie interpretat prin prisma conținutului și nu prin prisma antetului. Mai mult decât atât, solicitarea de clarificări are ca bază legală Legea nr. 100/2016, în timp ce Notificarea prealabilă se întocmește în baza Legii nr. 101/2016.

Pe fondul contestației arată că valoarea redevenței a fost calculată conform legislației în vigoare, că art. 10 lit. (p) din modelul de contract nu este contrar prevederilor Legii nr. 51/2006, că are competențe exclusive în ceea ce privește înființarea, organizarea, gestionarea, coordonarea și atribuirea serviciului de salubrizare, că este suficient răspunsul postat în SEAP referitor la completarea capitolului VIII din modelul de contract, că își menține răspunsul publicat în SEAP cu privire la taxele speciale ridicate și amenzi și că nu este de acord cu afirmațiile contestatoarei legate de modificarea prevederilor modelului de contract și a indicatorului, în sensul că operatorul poate fi amendat, respectiv poartă răspunderea contractuală numai în măsura în care nu facilitează precolectarea separată a deșeurilor.

În aceste condiții, entitatea contractantă solicită respingerea contestației, în principal, ca inadmisibilă, și, în subsidiar, ca nefondată.

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, SC ... SRL a transmis Consiliului adresa nr. 97/11.01.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. .../11.01.2018, prin care face o serie de precizări legate de susținerile autorității contractante pe fondul cauzei.

Astfel, contestatoarea invocă prevederile art. 29 alin., (11) lit. m) din Legea nr. 51/2006, și art. 96 din Normele de aplicare a Legii nr. 100/2016, precizând că susține în continuare faptul că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a stabili redevență (variabilă/fixă) în condițiile în care nu există bunuri de retur pe care le încredințează operatorului.

De asemenea, susține că precizarea autorității contractante conform căreia redevența variabilă s-a stabilit ca o contravaloare a cheltuielilor de încasare a taxei speciale, pe care autoritatea contractantă o colectează în numele operatorului, firmă privată, este total greșită, deoarece taxa specială nu se colectează numai pentru operator, conform art. 44 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 51/2006, și art. 25-26 din Legea nr. 101/2016, aceste venituri sunt bugetare, din care UAT-urile își finanțează dezvoltarea sistemului public de salubrizare, dar și cheltuielile operatorului cu serviciile prestate în beneficiul întregii comunități locale și/sau cu cele ale prestațiilor de care beneficiază individual prin contract.

Contestatoarea mai menționează că cele două dispoziții legale menționează obligativitatea existenței bunurilor de retur pentru determinarea redevenței, iar autoritatea contractantă nu poate extrage din context numai prevederile alin. (3) din art. 96, ci ele trebuie interpretate împreună cu celelalte dispoziții legale, mai cu seamă cele cuprinse în art. 29 din legea specială a utilităților publice nr. 51/2006.

De asemenea, contestatoarea precizează că își menține solicitarea de modificare a art. 10 lit. p) și de completare a art. 11 din modelul de contract.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschidă, pentru atribuirea contractului de concesionare având ca obiect *„servicii de salubrizare, comuna ...”*, publicând în SEAP anunțul de concesionare nr. .../14.12.2017, criteriul de atribuire stabilit fiind *„Prețul ofertei 90.00 Ținta de selectare 10.00”,* cu o valoare estimată de 1.055.372 lei, fără TVA. Atașată anunțului anterior precizat, entitatea contractantă a publicat și documentația de atribuire aferentă acestei proceduri.

Nemulțumită fiind de o serie de prevederi ale documentației de atribuire, SC ... SRL a transmis entității contractante adresa nr. .../20.12.2017, înregistrată la aceasta cu nr. .../20.12.2017, denumită *Solicitare de clarificări și Notificare prealabilă (art. 6 din Legea nr. 101/2016) referitoare la licitația și documentația privind atribuire contractului de servicii de salubrizare în comuna ....*

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căruia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, având a soluționa cu prioritate excepția

inadmisibilității contestației invocată de entitatea contractantă, Consiliul reține următoarele:

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii:

- art. 11: *„(1) Procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau concesiunilor de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 23.227.215 lei. (2) Concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii a căror valoare este mai mică decât pragul valoric prevăzut la alin. (1) se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2), în condiţiile şi potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi*".

- art. 63 alin. (1): *„Entitatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de concesionare atunci când iniţiază una dintre procedurile reglementate de prezenta lege, respectiv licitaţia deschisă sau dialogul competitiv."*

- art. 67: *„Anunţurile de concesionare şi anunţurile de atribuire a concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii, inclusiv anunţurile corespunzătoare tip erată, se transmit spre publicare de către entitatea contractantă prin mijloace electronice, în condiţiile prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi, şi se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, cu respectarea formatelor-standard stabilite de Comisia Europeană în temeiul dispoziţiilor art. 33 din Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European şi a Consiliului"*.

Dat fiind faptul că, astfel cum s-a reținut anterior, valoarea estimată a contractului de concesionare, ce urmează a fi atribuit, este de 1.055.372 lei, fără TVA, sumă aflată sub pragul prevăzut la art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, anterior citat, Consiliul constată incidența în cauză a prevederilor art. 6 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv: *„(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: (...)*

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii.

(3) În cazul în care notificarea prealabilă priveşte conţinutul documentaţiei de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziţii publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire."

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma *„se poate face numai după*”, utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia în termenul prevăzut de lege fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Așadar, din economia textului de lege anterior citat, rezultă că sancțiunea prevăzută de legiuitor, în cazul în care notificarea prealabilă se comunică entității contractante în afara termenului legal, este inadmisibilitatea contestației.

Astfel, având în vedere cele mai sus menţionate şi ţinând cont de dispoziţiile art. 5 din Legea nr. 101/2016, respectiv „(*1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare*”, se constată că, în speţă, o notificare prealabilă împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP la data de 14.12.2017, trebuia înaintată entității contractante până cel târziu la data de 19.12.2017, sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

Considerând, așa cum susține SC ... SRL, că demersul său din adresa nr. ... din 20.12.2017 (înregistrară la entitatea contractantă cu nr. 2341 din 20.12.2017) este o notificare prealabilă, conform art. 6 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că aceasta a fost formulată în data de 20.12.2017 și transmisă entității contractante în aceeași dată, după împlinirea (la data de 19.12.2017) termenului legal de contestare, stabilit prin aplicarea coroborata a dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă.

Prin încălcarea procedurii legale de notificare prealabilă a entității contractante, contestatoarea și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 pentru o asemenea situație, respectiv respingerea contestației ca inadmisibilă.

Astfel, Consiliul admite excepția inadmisibilității contestației, dar din alte considerente decât cele invocate de entitatea contractantă.

În consecință, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55463/28.12.2017, depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

Fără pronunțare cu privire la fondul cauzei și a altor excepții.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 exemplare, conține 7 pagini.