



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. , depusă de SC SA, cu sediul în, str. , ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., Cod Unic de Identificare, atribut fiscal RO, reprezentată legal prin și convențional prin , având sediul procesual ales în , privind procedura de concesiune, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „DELEGAREA GESTIUNII PRIN CONCESIONARE A SERVICIULUI DE ILUMINAT PUBLIC ÎN MUNICIPIUL „„”, cod CPV 50232100-1, de către PRIMĂRIA MUNICIPIULUI „„”, cu sediul în, str., județul, în calitate de entitate contractantă, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii nr. și a tuturor actelor subsecvente;

3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, din etapa evaluării ofertelor, cu respectarea prevederilor legislației achizițiilor publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , SC „„SA, cu sediul în având adresa de corespondență în loc. , înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. și având cod de înregistrare fiscală nr. , reprezentată legal de Director General - ing. , în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a formulat „cerere de intervenție”, prin care a solicitat:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;
- pe cale de excepție, respingerea contestației formulate de S.A. ca fiind tardiv formulată;
- pe fond, respingerea contestației formulate de S.A., sub toate aspectele, ca netemeinică și nelegală și menținerea rezultatului procedurii de achiziție.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SA reclamă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. , considerându-l nelegal.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, prin Raportului procedurii nr. postat în SEAP la data de (Anexa nr. 1), Autoritatea Contractantă a constatat admisibilitatea ofertelor depuse atât de către SA (în calitate de Lider), dar și de către ,,,SA.

Astfel, contestatorul precizează că, în urma aplicării criteriilor de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, Autoritatea Contractantă a constatat că ,,,SA a obținut punctajul cel mai mare, clasându-se pe locul I, decizie nelegală, în opinia sa, astfel cum va arăta în cele ce urmează.

I. Referitor la motivul 1 de nelegalitate a deciziei autorității contractante: „Acordul de subcontractare depus de ,,,SA este nelegal fiind o subdelegare mascată”

1. Oferta ,,,SA încalcă prevederile legale imperative ale art. 29 alin. (14) din legea nr. 51/2006, precum și ale documentației de atribuire - art. 24 alin. (1) din contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public.

Contestatorul arată că, art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice interzice în mod expres subdelegarea de către operatorul cărui i-a fost atribuit contractul de gestiune delegată a activităților din sfera serviciului de utilități publice atribuit:

„Subdelegarea de către operator a gestiunii serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice este interzisă. Subcontractarea de lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/prestării serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice delegat/delegată, se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice.”

Astfel, din prevederile antecitate, contestatorul susține că rezultă următoarele:

i) este interzisă subdelegarea uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice;

ii) este permisă subcontractarea de lucrări sau servicii conexe activităților din sfera serviciului de utilități publice.

În virtutea atribuțiilor prevăzute de art. 3 din OUG nr. 13/2015, contestatorul învederează faptul că, ANAP a emis îndrumarea privind noțiunile de subdelegare și subcontractare în cazul contractelor de delegare a serviciilor de utilități publice și diferențelor dintre acestea („îndrumarea ANAP”) prin care a arătat:

„Conform prevederilor legale, noțiunile de subdelegare și subcontractare sunt diferite și trebuie tratate distinct. Cele două noțiuni

sunt prevăzute împreună doar în cadrul contractelor de servicii de delegare de utilități publice.

Noțiunile de delegare și implicit cea de subdelegare sunt reglementate doar de legislația specifică domeniului utilităților publice, aplicându-se așadar doar în cazul contractelor de utilități publice, și anume: (...); 4. iluminatul public; 5(...)".

„În concluzie, noțiunea de delegare apare doar în cazul contractelor de concesiune sau al contractelor de achiziție publică/sectorială privind delegarea serviciilor de utilități publice și se referă la delegarea unui drept de a administra și de a exploata infrastructura tehnico- edilitară. În consecință, subdelegarea nu este permisă de lege (...)

În ceea ce privește subcontractarea, în cazul unui contract de delegare de utilități publice (fie contract de concesiune, fie contract de achiziție publică/sectorială), aceasta este permisă doar pentru lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/ prestării serviciului uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice delegat/delegată și se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice/sectoriale sau al concesiunilor".

Concluzionând, contestatorul precizează că, îndrumarea ANAP arată:

„Noțiunile de subdelegare și subcontractare vor fi tratate diferit în cadrul contractelor de servicii de delegare de utilități publice:

1.SUBDELEGAREA este interzisă (art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006),

2.SUBCONTRACTAREA este permisă, dar doar pentru lucrări sau servicii conexe, necesare prestării activităților din sfera serviciului de utilități publice delegat. Subcontractarea se va face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor (art. 29 alin. 14 din Legea nr. 51/2006). Clauza contractuală referitoare la interzicerea subdelegării trebuie inclusă în toate contractele de delegare de servicii de utilitate publică (fie că sunt contracte de achiziție publică/sectoriale, fie că sunt contracte de concesiune)."

De asemenea, contestatorul precizează că, în conformitate cu prevederile art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006, dar și cu îndrumarea ANAP, Autoritatea Contractantă a inclus în art. 7.1.3.12 și art. 24 alin. (1) și (3) din Contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public, interzicerea subdelegării activităților și serviciilor parte din contractul de delegare a gestiunii:

„Este interzisă cesionarea sau subdelegarea contractului de către Cesionar. Concesionarul are obligația să nu subcesioneze bunurile care obiectul concesiunii".

„(1) Delegatul nu va putea subdelega gestiunea Serviciului, subroga, nova, transmite, ceda sau transfera în orice mod, totalitatea sau o parte din drepturile și obligațiile sale derivate din sau în legătură cu prezentul Contract, fie în mod direct, fie indirect, doar dacă Legea în vigoare la data respectivei operațiuni permite o astfel de subdelegare, subrogare, novație, transmitere, cesiune sau transfer și doar cu acordul scris prealabil al Delegatarului. Părțile consideră că Delegatul poate constitui garanții pe veniturile obținute din prestarea activităților permise

prin prezentul Contract fără un astfel de acord prealabil. Nerespectarea condițiilor stipulate de prezentul alineat reprezintă o încălcare gravă de către Delegat a obligațiilor sale și constitui o cauză de reziliere a Contractului. (...)”

(3) Subcontractarea de lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/prestării serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera Serviciului delegat, se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice”(art. 24 alin. 2 și 3 din Contractul de delegare).

Astfel, contestatorul apreciază că, din toate cele de mai sus arătate, atât din prevederile legale ale art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 cât și din cele ale art.n 7.1.3.12 și art. 24 alin. (1) și (3) din Contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public, parte a documentației de atribuire, rezultă că subcontractarea activităților/operațiunilor/serviciilor principale ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune nu pot fi subcontractate/ transmise/cesionate/note/cedate/transferate în orice fel-aceasta echivalând cu o subdelegare interzisă de lege și de documentația de atribuire.

Or, contestatorul susține că, prin Acordul de subcontractare nr. 1/29.10.2021 - Formularul 19, parte a ofertei depuse de „„SA, s-au subcontractat către „„, 2005 SRL următoarele activități:

i) Activitatea de întreținere Sistem de iluminat;
ii) Servicii de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv.

Mai mult, contestatorul precizează că, aceste activități, ce urmează a fi subcontractate de „„SA către „„, 205 SRL sunt activități principale, componente a serviciului de iluminat public și nu pot fi transmise, această subcontractare fiind, în fapt, o subdelegare interzisă de art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006.

2. Activitatea de întreținere a sistemului de iluminat public și serviciile de montaj reprezintă activități principale ce nu pot fi subcontractate

Contestatorul arată că, art. 29 alin. (1) Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice definește gestiunea delegată ca fiind modalitatea de gestiune în care autoritățile deliberative ale unităților administrativ-teritoriale atribuie unuia sau mai multor operatori toate ori numai o parte din competențele și responsabilitățile proprii privind furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice, pe baza unui contract, denumit în continuare contract de delegare a gestiunii, iar Art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006 indică activitățile de gestiune a serviciilor de utilități publice ce pot fi delegate, respectiv „operarea, administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente”.

Mai mult, se arată că, Art. 3 din Normele metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a valorii activităților serviciului de iluminat public aprobate prin Ordinul nr. 77 din 14 martie 2007 stabilește activitățile specifice - principale ale serviciului de iluminat public:

„(2) Serviciul de iluminat public cuprinde următoarele activități: a) iluminatul stradal rutier; b) iluminatul stradal pietonal; c) iluminatul

arhitectural; d) iluminatul ornamental; e) iluminatul ornamental-festiv al comunelor; orașelor și municipiilor.

(3) Activitățile specifice serviciului de iluminat public cuprind două componente: a) întreținere; b) modernizare."

De asemenea, contestatorul precizează că, art. 3.44 din Regulamentul cadru de exploatare al serviciului de iluminat public adoptat prin Ordinul ANRSC nr. 86/2007 - ale cărui prevederi se regăsesc și în Regulamentul propriu al serviciului de iluminat public din Municipiul Rm. Sărat - Anexa 1 la Contractul de delegare de gestiune, parte din documentația de atribuire, prevede că sistemul de iluminat public reprezintă

„ansamblu tehnologic și funcțional, amplasat într-o dispunere logică în scopul realizării unui mediu luminos confortabil și/sau funcțional și/sau estetic, capabil să asigure desfășurarea în condiții optime a unei activități, spectacol, sport, circulației, a unui efect luminos estetic - arhitectural și altele, alcătuit din construcții, instalații și echipamente specifice, care cuprinde:

- linii electrice de joasă tensiune, subterane sau aeriene;*
- corpuri de iluminat, console și accesorii;*
- puncte de aprindere, cutii de distribuție, cutii de trecere;*
- echipamente de comandă, automatizare și măsurare;*
- fundații, elemente de susținere a liniilor, instalații de legare la pământ, conductoare, izolatoare, cleme, armături, utilizate pentru iluminatul public;"*

Astfel, contestatorul apreciază că, din prevederile legale de mai sus arătate, rezultă că activitățile principale, specifice serviciului public de iluminat a căror gestionare este delegată prin contractul de concesiune, sunt reprezentate de:

- i) activitatea de întreținere;*
- ii) activitatea de modernizare, în care lucrările de montaj reprezintă operațiunea principală pentru orice lucrare de modernizare/extindere sisteme iluminat public, respectiv lucrări de instalații electrice în sistem de iluminat public, inclusiv racordate la sistemul Electroenergetic Național pentru care este necesară licența ANRSC.*

Mai mult, contestatorul arată că, Art. 2.2 din Caietul de sarcini indică expres activitățile ce intră în obiectul concesiunii de servicii de iluminat public:

„Obiectul concesiunii este Serviciul de Iluminat Public, care presupune următoarele activități:

- a) întocmirea documentației tehnico - economice necesare realizării lucrărilor;*

- b) Concesionare bunuri ce compun Sistemul de Iluminat Public (SIP), proprietate a Concedentului;*

- c) Modernizarea Sistemului de Iluminat Public în vederea realizării unui sistem de iluminat performant din punct de vedere luminotehnic și eficient din punct de vedere energetic;*

- d) Extinderea Sistemului de Iluminat Public în vederea asigurării tuturor cetățenilor accesul la acest serviciu;*

e) *Iluminat Arhitectural: scoaterea în evidență a monumentelor reprezentative;*

f) *Implementarea Sistemului inteligent de monitorizare și comandă a Sistemului de Iluminat Public pentru eficientizarea serviciului de iluminat public;*

g) *Întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public conform Caietului de sarcini și Regulamentului de Iluminat Public în vederea garantării permanenței în funcționare a Sistemului de Iluminat Public;*

h) *Realizarea iluminatului festiv de sărbători;*

i) *Dispecerizarea sistemului de iluminat public cu funcția de monitorizare permanentă a rețelelor de iluminat public, în vederea reducerii timpului necesar remedierii disfuncționalității sau avariilor din întregul Sistem de Iluminat Public (SIP);*

j) *Reducerea cheltuielilor (de exploatare, de întreținere, de menținere)";*

iar, Art. 2.2 din Caietul de sarcini indică expres serviciile și lucrările „ce vor fi derulate în cadrul contractului de delegare a gestiunii ce vor fi prezentate de ofertanți

> *Activitatea de inginerie și proiectare;*

> *Modernizarea Sistemului de Iluminat Public;*

> *Extinderea Sistemului de Iluminat Public;*

> *Iluminat Arhitectural;*

> *Implementarea Sistemului Inteligent de monitorizare și comandă a Sistemului de Iluminat Public;*

> *Întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public;*

> *Realizarea iluminatului festiv de sărbătoare prin furnizarea și montarea/demontarea echipamentelor”.*

De asemenea, contestatorul precizează că, Art. 3.1 alin. (1) din Contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public, parte a documentației de atribuire, stabilește că obiectul contractului îl constituie „dreptul și obligația acordată Concesionarului, de folosință și administrare exclusivă a patrimoniului Sistemului de Iluminat Public, precum și dreptul și obligația de a furniza serviciul de iluminat public, sub controlul Municipiul, pe durata derulării contractului, pe aria teritorială a Municipiului", iar alin. (2) al aceluiași art. 3.1 din Contractul de delegare de gestiune prevede că „Concesionarul își asumă responsabilitatea de a exploata, întreține, menține, dezvolta, moderniza, reabilita, extinde Serviciul de Iluminat Public, în limitele prevăzute de prezentul contract pe întreg teritoriul definit de aria delegată, pe durata prevăzută la capitolul 4”.

Mai mult, contestatorul învederează că, în Anexa la îndrumarea ANAP se arată cu titlu exemplificativ care sunt serviciile/lucrările conexe ce ar putea fi subcontractate în cadrul domeniului de iluminat public:

„1. *Serviciul de resurse umane din cadrul Operatorului de Iluminat Public, pentru asigurarea personalului din cadrul contractului de operare*

2. *Serviciul de reparații și întreținere a echipamentelor de intervenție”.*

Contestatorul precizează că, conform Anexei la îndrumarea ANAP, nu se pot subcontracta următoarele servicii:

- „a) iluminat stradal-rutier și pietonal*
- b) iluminat arhitectural*
- c) iluminat ornamental și festiv”.*

Astfel, din exemplul indicat de ANAP se arată cu titlu exemplificativ care sunt serviciile conexe care pot fi subcontractate, din care rezultă că operațiunile conexe prestării activităților specifice serviciilor de iluminat public care pot fi subcontractate sunt unele adiacente celor principale și care nu se confundă cu acestea.

Activitățile/serviciile conexe ce pot face obiectul unei subcontractări sunt, după cum se arată, cele care nu au legătură directă cu activitatea de realizare a serviciului de iluminat public, ci sunt subsidiare acestuia. Astfel, serviciul de întreținere ce poate fi subcontractant este serviciul de întreținere a echipamentelor de intervenție și nicidecum a echipamentelor ce fac parte din sistemul de iluminat, cum sunt cele menționate în Acordul de subcontractare, parte din oferta „„„SA.

Contestatorul precizează că, atât Serviciul de întreținere și menținere în funcțiune a sistemului de iluminat, cât și Serviciul de montaj aferent modernizării, extinderii, telegestiunii sistemului de iluminat publicum, cum sunt cele subcontractate de „„„SA către „„„ 2005 SRL, reprezintă servicii principale, specifice, componente ale serviciului de iluminat public.

Astfel, contestatorul susține că, montajul aferent modernizării, extinderii, telegestiunii este un serviciu principal, inerent serviciului de iluminat public sau al serviciului de modernizare și extindere a sistemului de iluminat public, activități principale ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune și nu poate fi confundat cu un serviciu conex, cum ar fi repararea și întreținerea echipamentelor de intervenție.

Așadar, având în vedere toate cele de mai sus, contestatoul susține că, rezultă în mod evident faptul că Acordul de subcontractare încheiat între „„„SA și „„„ SRL, parte din oferta „„„SA, reprezintă, în fapt, un contract de subdelegare interzis atât de prevederile legislative cât și de documentația de atribuire.

II. Referitor la motivul 2 de nelegalitate: oferta „„„SA este neconformă și inacceptabilă - nu a fost prezentată licența ANRSC deținută de subcontractant

Contestatorul arată că, Art. 33 din Legea nr. 51/2006 prevede că *„Desfășurarea activităților specifice oricărui serviciu de utilități publice, indiferent de forma de gestiune aleasă, se realizează pe baza regulamentului serviciului, a caietului de sarcini al serviciului și a licenței emise de autoritatea de reglementare competentă, în condițiile legii speciale”.*

De asemenea, contestatorul arată că, art. 2 lit. f) din Legea nr. 51/2006 definește licența ca fiind actul emis de autoritatea de reglementare competentă, în exercitarea competențelor partajate cu autoritățile administrației publice locale, prin care se recunosc unui operator dreptul și capacitatea de a furniza/presta un serviciu/o activitate de utilitate publică în condițiile legislației aplicabile domeniului reglement.

Mai mult, Art. 13 alin. (3) din Legea nr. 51/2006 stabilește că ANRSC, în calitate de autoritate de reglementare: „*eliberează licențe, elaborează metodologii și regulamente-cadru pentru domeniul serviciilor de utilități publice din sfera sa de reglementare și pentru piața acestor servicii și monitorizează modul de respectare și implementare a legislației aplicabile acestor servicii*”, iar conform art. 47 alin. (4) lit. c) din Legea nr. 51/2006, furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice de către operatorii fără licență eliberată potrivit prevederilor legii; constituie contravenție în domeniul serviciilor de utilități publice și se sancționează cu amendă de la 30.000 lei la 50.000 lei.

Astfel, în conformitate cu prevederile Legii nr. 51/2006, Regulamentul din 2007 privind acordarea licențelor în domeniul serviciilor comunitare de utilități publice, adoptat prin Hotărârea nr. 745/2007, prevede următoarele:

i) licența reprezintă actul tehnic și juridic emis de ANRSC, prin care se recunosc calitatea de operator de servicii/activități de utilități publice, precum și capacitatea și dreptul de a furniza/presta un serviciu de utilități publice ori una sau mai multe activități specifice acestuia (art. 5 lit. f) din Regulamentul din 2007);

ii) pentru serviciul de iluminat public, ANRSC acordă o singură licență valabilă pentru toate activitățile specifice serviciului(art. 6 alin. 4 din Regulamentul din 2007);

iii) licența emisă de ANRSC dă dreptul titularului de licență să participe la un număr nelimitat de proceduri de delegare a gestiunii serviciului sau a activităților menționate în aceasta, în unități administrativ-teritoriale corespunzătoare clasei de licențiere acordate (art. 7 din Regulamentul din 2007);

iv) licențele se atribuie, pe 3 clase, solicitanților care nu prestează niciun serviciu/activitate de utilități publice din sfera de reglementare a A.N.R.S.C, dar au această capacitate, precum și furnizorilor/prestatorilor care asigură serviciul ori una sau mai multe activități specifice acestuia în funcție de numărul de locuitori deserviți, după cum urmează (art. 10 din Regulamentul din 2007):

a)clasa 1 - pentru un număr mai mare sau egal cu 300.000 de locuitori;

b)clasa 2 - pentru un număr cuprins între 50.000 și 300.000 de locuitori;

c)clasa 3 - pentru un număr mai mic sau egal cu 50.000 de locuitori.

v) pentru activitățile specifice serviciului de iluminat public, documentația depusă la ANRSC în vederea obținerii licenței va cuprinde o copie de pe contractul/contractele de delegare a gestiunii serviciului încheiat/încheiate cu autoritățile administrației publice locale, în cazul gestiunii delegate;

vi) pentru activitățile specifice serviciului de iluminat public, documentația depusă la ANRSC în vederea obținerii licenței va cuprinde și copia de pe atestatul pentru proiectarea sau executarea de instalații electrice racordate la Sistemul Electroenergetic Național, eliberat de ANRE (art. 21 alin. 5 din Regulamentul din 2007).

Așadar, din prevederile antecitate, contestatorul susține că, rezultă că desfășurarea unei activități/serviciu de utilitate publică, cum sunt cele subcontractate de către „„SA către „„„ 2005 SRL (activitatea de întreținere Sistem de iluminat și Serviciile de montaj aferente modernizării, extinderii și telegestiunii Sistemului de iluminat public) nu poate fi desfășurată decât în baza unei licențe emise de ANRSC. Or, „„„SA nu a probat că SRL deține o astfel de licență - în vederea furnizării/prestării unor astfel de servicii de iluminat public conform Acordului de subcontractare.

Mai mult, contestatorul subliniază faptul că, necesitatea prezentării unei licențe emise de ANRSC este menționată, ca și condiție obligatorie ce trebuie îndeplinită de ofertanți pentru încheierea contractului, și în cadrul caietului de sarcini, Art. 2.3 Condiții obligatorii care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru încheierea contractului de delegare de gestiune, pct. 2.3.7 Autorizații și Atestate, în care se arată:

„Ofertanții vor face dovada desfășurării activității pe baza licențelor eliberate de autoritățile de reglementare competente:

- *Licența ANRSC - clasa corespunzătoare numărului de locuitori deserviți împreună cu numărul de locuitori ce urmează a fi deservit conform prezentei documentații”.*

Cu toate acestea, contestatorul precizează că, în cadrul ofertei „„„SA nu a fost depusă licența ANRSC deținută de subcontractantul „„„ SRL și nici nu s-a făcut proba că acesta ar deține o astfel de licență ce i-ar permite prestarea/furnizarea activității de întreținere Sistem iluminat și a Serviciilor de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitecturat și iluminat festiv.

Opinând, contestatorul consideră că, în temeiul art. 89 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, adoptate prin HG nr. 867/2016, oferta „„„SA este neconformă neîndeplinind cerințele caietului de sarcini.

III. Referitor la motivul 3 de nelegalitate: oferta „„„SA este neconformă și inacceptabilă, încălcând prevederile caietului de sarcini ce impun necesitatea deținerii atestatului ANRE - „„„ SRL nu deține atestat ANRE CIA și C2A

Contestatorul arată că, în cadrul caietului de sarcini, art. 2.3 Condiții obligatorii care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru încheierea contractului de delegare de gestiune, pct. 2.3.7 Autorizații și Atestate, în care se arată:

„Ofertanții vor face dovada desfășurării activității pe baza licențelor eliberate de autoritățile de reglementare competente:

- *Atestate de tip CIA - proiectare de linii electrice, aeriene sau subterane, cu tensiuni nominale de 0,4 kV 20 kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 Kv, stații de medie tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune;*

- *Atestat tip C2A - executarea de linii electrice, aeriene și subterane, cu tensiune nominală de 0,4 kV 20 kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 Kv, stații de medie*

tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune."

Cu toate acestea, contestatorul arată că, în cadrul ofertei depuse de ,,,,SA nu au fost depuse atestatele tip CIA și C2A pentru subcontractantul ,,,, 2005 SRL.

Mai mult, deși la pag. 3 din Raportul procedurii nr. 26548/21.04.2022, în cadrul listei de documente depuse - Dosar subcontractant - se consemnează că s-au fi depus și „Atestate ANRE”, această mențiune nu corespunde realității.

Contestatorul subliniază faptul că, ,,,, 2005 SRL nu deține Atestate ANRE tip CIA și C2A, după cum reiese din extras portal <https://portal.anre.ro/PublicLists/Atestate> (Anexa nr. 2).

Așadar, contestatorul apreciază că, din toate cele de sus, rezultă în mod evident că ,,,, 2005 SRL nu îndeplinește cerințele de minime din Caietul de sarcini, oferta ,,,,SA fiind neconformă, în temeiul art. 89 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice din 2016.

IV. Referitor la nelegalitatea refuzului autorității contractante de a-i permite accesul la dosarul concesiunii - nedovedirea caracterului confidențial al propunerii, contestatorul arată, astfel cum s-a reținut și prin Raportului procedurii nr. , prin adresa nr. SA a solicitat studierea dosarului procedurii.

Autoritatea Contractantă a răspuns prin adresa nr. , menționând că ofertanții pot avea acces la informațiile care nu sunt declarate confidențiale, după comunicarea raportului final al procedurii.

Ulterior comunicării raportului final al procedurii, contestatorul arată că, prin adresa nr. a revenit cu solicitarea de studierea a dosarului concesiunii, respectiv a propunerii tehnice, propunerii financiare și a documentelor de calificare, inclusiv răspunsul la clarificări, depuse de ofertantul ,,,,SA.

Autoritatea Contractantă a răspuns prin adresa nr. prin care i-a transmis contestatorului că poate studia doar informațiile care nu sunt declarate confidențiale, fără însă a justifica sau a proba (sau măcar a indica mijlocele de probă) în temeiul cărora a fost stabilită confidențialitatea documentelor a căror studiere nu i-a fost permisă.

Redând dispozițiile art. 41 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, contestatorul precizează că, sunt confidențiale doar documentele parte din propunerea tehnică sau financiară pentru care ofertantul a probat - depunând dovada odată cu oferta - caracterul de confidențialitate.

Astfel, având în vedere că Autoritatea Contractantă nu a indicat în niciun fel modul în care a fost dovedit/probat caracterul confidențial al informațiilor, în conformitate cu art. 41 din Legea nr. 100/2016, contestatorul consideră că, în mod nelegal aceasta a îngăduit accesul la dosarul concesiunii în integralitatea sa, lipsindu-l de exercitarea în mod complet a dreptului la apărare și al formularea unei căi de atac eficiente.

Așadar, în conformitate cu art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită accesul la dosarul concesiunii constituit la CNSC, inclusiv a propunerii tehnice, propunerii financiare, a documentelor de calificare și a răspunsul la clarificări, depuse de ofertantul ,,,,SA.

În drept: se invocă dispozițiile art. 1, art. 8, art. 10 și art. 19 din Legea nr. 101/2016, art. 41 și 89 din Legea nr. 100/2016, art. 89 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și a tuturor prevederilor legale invocate în cadrul contestației.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , ,,,, a formulat punct de vedere cu privire la contestația formulată de SA, astfel:

Cu privire la motivele invocate și criticile Contestatoarei, entitatea contractantă învederează următoarele aspecte:

1. În ceea ce privește primul motiv „Acordul de subcontractare depus de ,,,,S.A. este nelegal fiind o subdelegare mascată”, entitatea contractantă menționează faptul că:

- Oferta depusă de către ofertantul ,,,,S.A. include un acord de subcontractare cu subcontractantul S.C. ,,,, S.R.L. și nu de subdelegare cum reclamă contestatarul.

Mai mult, în acordul de subcontractare este menționat "servicii de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat architectural și iluminat festiv", mențiune care nu poate fi interpretată că subcontractantul efectuează în totalitate toate aceste servicii, unele dintre ele pot fi efectuate parțial, în funcție de acreditările pe care subcontractatul le are la momentul efectuării acestora;

-Conform articolului 14 din Legea nr. 51/2006 (articol invocat de contestator) subcontractarea se face numai în condițiile respectării legislației în vigoare privind achizițiile publice;

-Legislația privind concesiunile de servicii aplicabilă este Legea nr. 100/2016 care la art. 5 alin. (1) lit. gg), precizează că subcontractantul este acel operator care nu este parte a unui contract de concesiune și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;

-Art. 96 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, referitor la subcontractanți precizează că în cazul în care este identificată o situație de excludere, autoritatea/entitatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să înlocuiască subcontractantul;

-Nu sunt întrunite elemente de nelegalitate prezentate de contestator referitoare la subdelegare, achiziția publică are drept scop "Delegarea gestiunii prin concesiune a serviciului de iluminat public" și documentele achiziției au fost avizate de A.N.A.P.

2.În ceea ce privește motivul nr. 2 „Oferta ,,,,SA este neconformă și inacceptabilă nu a fost prezentată Licența A.N.R.S.C. deținută de subcontractant”, entitatea contractantă menționează următoarele;

-Prin documentația achiziției publice și a documentelor ulterioare, nu s-a solicitat licența A.N.R.S.C. pentru asociați sau subcontractanți;

-Conform art. 49 alin. (3) din Legea nr. 51/2006, operatorii au obligația de a solicita și de a obține eliberarea licenței în termen de 90 de zile de la data aprobării hotărârii de dare în administrare sau, după caz, de la data semnării contractului de delegare a gestiunii.

Având în vedere cele precizate mai sus, referitor la motivul 2 de contestare, entitatea contractantă apreciază că se poate concluziona că licența A.N.R.S.C. se obține în termen de 90 zile de la data aprobării hotărârii de dare în administrare/semnarea contractului de delegare a gestiunii (ulterior procedurii de achiziție);

-Subcontractantul, nu este parte a unui Contract de delegare de gestiune și în cale de consecință, nu poate deține licența A.N.R.S.C.

3.În ceea ce privește motivul nr. 3 „Oferta „„S.A. este neconformă și inacceptabilă încălcând prevederile Caietului de sarcini ce impun necesitatea deținerii Atestatului A.N.R.E. C1A și C2A de către S.C. „„, 2005 S.R.L.”, entitatea contractantă menționează că prin documentația achiziției publice și a documentelor ulterioare, nu s-a solicitat Atestate A.N.R.E. C1A și C2A pentru asociați sau subcontractanți.

4.În ceea ce privește motivul nr. 4 „Nelegalitatea refuzului Autorității Contractante de a permite accesul la dosarul concesiunii - nedovedirea caracterului confidențial al propunerii”, entitatea contractantă menționează că motivarea privind confidențialitatea prezentate de către cei doi ofertanți se regăsește în Raportul procedurii nr. , iar motivarea ofertantului „„s-a predat spre consultare reprezentantului SA în data de și menționat în Procesul - verbal de predare în vederea consultării de către SA a documentelor care nu sunt declarate confidențiale cu nr.

Pentru cele mai sus expuse și având în vedere criticile nefondate formulate de S.A., entitatea contractantă solicită Consiliului să constate netemeinicia acestora și să dispună respingerea contestației.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , SC „„SA, în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, a formulat „cerere de intervenție”, prin care a solicitat:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;
- pe cale de excepție, respingerea contestației formulată de S.A. ca fiind tardiv formulată;
- pe fond, respingerea contestației formulate de S.A., sub toate aspectele, ca netemeinică și nelegală și menținerea rezultatului procedurii de achiziție.

I)*Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție*, intervenientul apreciază ca aceasta trebuie admisă în principiu, având în vedere calitatea sa de ofertant câștigător al procedurii, fiind în prezența unei prezumții de legalitate a procedurii de desemnare, contestatoarea având obligația de a o răsturnă, prin prezentarea unor dovezi temeinice, legale, care să aibă legătură cu procedura de atribuire, aspecte pe care le apreciază ca nefiind îndeplinite în speță.

II)Tardivitatea contestației

Primordial, intervenientul solicită a se verifica dacă contestatoarea a îndeplinit obligațiile procedurale legale privind comunicarea contestației formulate în termenul legal de atac, atât către C.N.S.C. cât și către autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile alin. 1 și 2 ale art. 16 din Legea nr. 101/2016, sens în care, înțelege să invoce tardivitatea contestației, având în vedere necomunicarea acesteia respectiv a confirmării primirii și către autoritatea contractantă în termenul legal.

Intervenientul arată că Raportul procedurii nr. a fost comunicat ofertanților de către autoritatea contractantă în data de , termenul de atac de 10 zile curgând de la acea dată, astfel, în considerarea înregistrării contestației la autoritatea contractantă în data de , rezultă că aceasta a fost transmisă autorității cu depășirea termenului.

Astfel, intervenientul apreciază că, contestatoarea nu poate dovedi, în lipsa confirmării destinatarului respectarea procedurii, conform dispozițiilor art. 16 alin. (5) ale Legii nr. 101/2016: "Toate actele procedurale se transmit fie prin poștă, fie prin fax, fie prin mijloace electronice, cu confirmare de primire".

Referitor la obligativitatea transmiterii contestației cu confirmare de primire, în jurisprudența sa, intervenientul arată că, Consiliul a reținut următoarele: „Particularitatea corespondenței de orice fel, inclusiv cea electronică, cu confirmare de primire, constă în dovada prezentată de expeditor privind primirea trimiterii de corespondență confirmată în scris de către destinatar”.

Intervenientul arată că, Raționamentul juridic este susținut și de practica instanțelor, elocventă în acest sens, fiind și Decizia civilă nr. 2161/22 mai 2014, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în care aceasta a reținut, între altele: *„Contrar susținerilor petiționarei, aceasta era ținută să facă dovada conținutului corespondenței cu AR transmise autorității contractante, căci autoritatea nu putea face dovada pretinsă de petiționară, respectiv dovada că nu a primit contestația (întrucât nu este admisibilă și nu se poate face dovada unui fapt negativ - că nu a primit contestația), o astfel de dovadă făcându-se doar prin probarea faptului pozitiv contrar, fapt care trebuia dovedit de petiționare?”*.

Suplimentar, intervenientul atașează un extras de pe portalul SICAP, care atestă publicarea contestației formulată de S.A. (mai departe ,,,,) abia în data de :

În concluzie, în cazul în care contestatoarea nu face dovada transmiterii contestației în termenul legal printr-o modalitate care presupune confirmarea de primire din partea destinatarului (autoritatea contractantă), intervenientul solicită admiterea excepției tardivității formulării contestației.

III) Cu privire la caracterul neîntemeiat al contestației, intervenientul învederează următoarele:

1) În ceea ce privește presupusa "subdelegare mascată" încheiată între SC ,,,,SA și subcontractantul declarat

Intervenientul consideră că, alegațiile contestatoarei sub acest aspect sunt evident neîntemeiate în condițiile în care nici măcar principalele norme juridice invocate, pe care aceasta înțelege să își edifice întreaga construcție juridică, sunt inaplicabile în speță. Mai mult, contestatoarea emite propria interpretare a unor norme legale prin scoatere din context, respectiv prin trunchierea citării acestora sau chiar înlocuirea în cadrul citatului inițial a unor cuvinte.

a) Îndrumarea ANAP despre care contestatoarea face vorbire, și pe care aceasta își întemeiază susținerile privind interpretarea noțiunilor de "subcontractare" și "subdelegare" a fost emisă abia în data de , adică

ulterior datei publicării documentației în , sens în care, se poate accesa site-ul ANAP.

Ori, intervenientul apreciază că, contestatoarele ar trebui să cunoască faptul că orice procedura de achiziție publică este reglementată de legislația în vigoare la data publicării acesteia.

Pe cale de consecință, intervenientul consideră că, toate susținerile întemeiate pe această normă cu caracter de îndrumare, emisă de către ANAP, sunt neîntemeiate.

b) Având în vedere cele de mai sus, respectiv publicarea îndrumării ANAP la acea dată, intervenientul apreciază că, susținerea contestatoarei de la pag. 3/12, ultimul paragraf, redată, nu poate fi decât falsă, autoritatea neputând include în contract cadru parte a documentației de atribuire o prevedere care încă nu fusese emisă la momentul redactării acesteia.

Astfel, intervenientul apreciază că, ceea ce se observă din cele de mai sus, este evidentă încercare de inducere în eroare, cu privire la aplicabilitatea respectivei îndrumări în speța de față, deși la o analiză mai atentă, oferta sa respecta chiar și cerințele acesteia, după cum va demonstra în continuare.

c) Chiar în ziua ulterioară publicării de către ANAP a respectivei îndrumări, în , a avut loc, la sediul autorității contractante deschiderea ofertelor, în prezența reprezentanților ofertanților, adică și a contestatoarei.

Astfel, intervenientul arată că, sub acest aspect se pot evidenția două idei principale:

- pe de o parte, încă o dată, clara inaplicabilitate în speță a respectivei îndrumări, datorită emiterii ulterioare publicării documentației, cu doar o zi înainte de deschiderea ofertelor;

- pe de altă parte, acea dată, , arată momentul la care contestatoarea a luat cunoștință cu privire la modul de participare a societății sale la licitație, având un subcontractant declarat; ori, contestatoarea nu a formulat la acea dată vreo obiecțiune sub acest aspect, ceea ce, în opinia sa, atrage tardivitatea invocării acestuia prin intermediul contestației formulate.

d) În data de , autoritatea contractantă a publicat în portalul SICAP documentul intitulat "Declarația de participare", document necontestat de către ,,, în termenul legal de la luarea la cunoștință, în condițiile în care data publicării este considerată a fi data luării la cunoștință.

Ori, intervenientul susține că, și pe această cale, contestatoarea a luat la cunoștință cu privire la existența subcontractantului său declarat, dar nici atunci nu a considerat oportun să conteste o presupusă nelegalitate, ceea ce, în opinia sa, atrage tardivitatea contestării acesteia.

e) Contrar susținerii contestatoarei de la pag. 7/12 din contestație, intervenientul apreciază că, versiunea corectă, astfel cum apare aceasta în Anexa la îndrumarea ANAP privind noțiunile de subdelegare și sub contractare în cazul contractelor de delegare a serviciilor de utilități publice și diferențele dintre acestea, arată astfel:

Servicii aferente operării (care nu pot fi subdelegate)

Serviciul de iluminat public include:

- a) *iluminat stradal-rutier și pietonai*
- b) *iluminat arhitectural*
- c) *iluminat ornamental și festiv*

Intervenientul apreciază că, din cele de mai sus se poate observa în mod evident cum contestatoarea înlocuiește, în citarea normei legale, termenul de SUBDELEGARE cu cel de SUBCONTRACTARE, încercând inducerea în eroare și crearea unei aparențe de temeinicie a propriilor susțineri.

f) O altă citare, de data aceasta trunchiată din aceeași Anexa la îndrumarea ANAP, intervenientul arată că, se poate identifica la pag. 7/12 din Contestație, unde contestatoarea încearcă să inducă ideea că doar acestea sau doar aceste tipuri de servicii/lucrări pot fi subcontractate. Astfel, intervenientul arată că, nu dorește să dezvolte discuția că aceste tipuri sunt menționate de ANAP ca fiind doar exemplificative, mai important fiind faptul că, în continuarea celor redată de contestatoare, există redat un alt exemplu precizat de ANAP, dar pe care contestatoarea nu îl mai reproduce:

„Servicii/lucrări conexe care ar putea fi subcontractate/externalizate (exemple)

3. Lucrări de execuție de lucrări civile (ex fundații la stâlpi)(în cazul în care contractul de delegare include și lucrări de extindere a sistemului de iluminat public)“.

Astfel, intervenientul subliniază faptul că, ANAP, prin îndrumarea emisă ulterior demarării procedurii de achiziție publică, precizează explicit că pot fi subcontractate lucrări de execuție complexe, nu doar anumite servicii. Ori, intervenientul susține că, dacă pot fi subcontractate aceste tipuri de lucrări de execuție, complexe, este evident ca există posibilitatea de a subcontracta anumite operațiuni de întreținere a sistemului de iluminat.

g) Intervenientul precizează că, Acordul de subcontractare încheiat între societatea și societatea „„„ SRL, cu sediul în mun., a fost întocmit în baza modelului de acord, parte a documentației de atribuire, Formular nr. 19.

Obiectul acestui acord este prevăzut la art. 2 din cadrul acestuia:

„Art. 2. Obiectul acordului:

Părțile au convenit ca în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare la procedura de achiziție publică organizată de Municipiul să desfășoare următoarele activități ce se vor subcontracta:

- Activitatea de intretinere Sistem de iluminat festiv.

- Servicii de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural si iluminat festiv.

Art.3. Valoarea estimată a serviciilor ce se vor presta de subcontractantul SC „„„ SRL reprezintă procent 33 % din valoarea totala a serviciilor oferate.”

Așadar, intervenientul precizează că, nu a subdelegat contractul de concesiune sau parte din acesta, ci a subcontractat o parte dintre servicii; Tipurile de activități care fac obiectul contractului de concesiune fiind prevăzute de autoritatea contractantă la cap.11.1.4 „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor" din cadrul Fișei de date:

"Obiectul concesiunii este Sennciul de Iluminat Public, care presupune urmatoarele acuități:

a)Întocmirea documentațiilor tehnico-economice necesare realizării lucrărilor

b)Concesionarea bunurilor ce compun Sistemul de Iluminat Public (SIP), proprietate a Concedentului;

c)Modernizarea Sistemului de iluminat Public în vederea realizării unui sistem de iluminat performant din punct de vedere luminotehnic și eficient din punct de vedere energetic;

d)Extinderea Sistemului de Iluminat Public în vederea asigurării tuturor cetățenilor accesul la acest serviciu;

e)Iluminat Arhitectural: scoaterea în evidență a monumentelor reprezentative;

f)Implementarea Sistemului inteligent de monitorizare și comandă a Sistemului de Iluminat Public pentru eficiențizarea serviciului de iluminat public;

g)Întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public conform Caiet de sarcini: și Regulamentul Serviciului de Iluminat Public în vederea garantării permanenței în funcționare a Sistemului de Iluminatului Public.

h)Realizarea iluminatului festiv de sărbători

i)Dispecerizarea sistemului de iluminat public cu funcția de monitorizare permanentă a rețelelor de iluminat public, în vederea reducerii timpului necesar remedierii disfuncționalităților sau avariilor din întregul Sistem de Iluminat Public (SIP).

j) Reducerea cheltuielilor de întreținere".

Intervenientul arată că, cele de mai sus reprezintă activitățile principale ale contractului de delegare de gestiune, nu cum în mod eronat susține contestatoarea la pct. 16 pag. 5/12 din contestație, că acestea sunt limitate la:

i) activitatea de întreținere;

ii) activitatea de modernizare, în care lucrările de montaj reprezintă operațiunea principală pentru orice lucrare de modernizare/extindere sisteme iluminat public sistem de iluminat public, inclusiv racordate la sistemul Electroenergetic Național pentru care este necesară licența ANRSC.

Așadar, din coroborarea celor de mai sus, intervenientul apreciază că se pot sintetiza următoarele:

- nu există vreo subdelegare a contractului;
- au fost subcontractate anumite tipuri de servicii, iar acestea NU în totalitate, cum încearcă să insinueze contestatoarea; aceste tipuri de activități erau obligatorii de indicat, conform formularului, prin raportare la obiectul procedurii definit de autoritatea la cap. II. 1.4 din Fișa de date, mai sus menționat;

- se poate observa că, la lit.g) cap. II.1.4 din Fișa de date, sunt menționate activități de "întreținere și menținere în funcțiune a sistemului de iluminat public conform Caiet de sarcini"; în cadrul cap.2.4.6. „întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public" din cadrul Caietului de sarcini sunt defalcate aceste activități în "Servicii

operative", "Revizii tehnice", "Reparații curente", acestea însumând câteva zeci de operațiuni; acordul de subcontractare prevede în mod generic "activitate de întreținere", în condițiile în care subcontractul va presta o parte dintre aceste operațiuni, în funcție de modul de organizare, disponibilitatea existentă la acel moment;

- s-ar putea susține și că, printr-o interpretare gramaticală, subcontractarea vizează doar operațiunile de întreținere nu și cele de menținere a sistemului de iluminat; în sensul dat, se au în vedere prevederile pct. 10 alin. 1 art. 12.2 din Caietul de sarcini, unde, separat de "descrierea modului de realizare a serviciului de întreținere" se solicită a se preciza și "Soluția tehnică privind factorul de menținere: Fluxul luminos al aparatelor de iluminat, trebuie să fie menținut în mod permanent la nivelul parametrilor prevăzuți în Caietul de sarcini".

Astfel, intervenientul arată că, raționamentul redat în paragrafele de mai sus este aplicabil și în situația subcontractării serviciilor de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv, acestea fiind activități de suport, în vederea îndeplinirii obiectului contractului, în sensul exemplului menționat și de ANAP, cel indicat, omis de contestatoare.

Mai mult, intervenientul menționează că, prevederile Legii nr. 100/2016 includ, la art. 5 alin.(1) lit. gg), definirea noțiunii de subcontractant ca fiind *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de concesiune și care execută și sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției și/sau prestează anumite servicii ce reprezintă activități care fac parte din obiectul contractului de concesiune, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*, aceasta fiind versiunea aplicabilă la data de 27.07.2021, data publicării anunțului de participare, din care se pot observa următoarele:

- inexistența unui raport direct al subcontractantului cu autoritatea contractantă;

- posibilitatea execuției/prestării anumitor părți ale lucrărilor/prestării anumitor servicii ce reprezintă activități care fac parte din obiectul contractului de concesiune;

- răspunderea subcontractantului este doar față de contractantul sau, nu față de autoritatea contractantă.

Astfel, intervenientul apreciază că, din redarea definiției de mai sus, se poate observa cât se poate de clar diferența față de pretinsa subdelegare susținută neîntemeiat de contestatoare (nu va exista un raport direct între subcontractantul său și autoritate, acesta va răspunde doar față de ELBA COM, urmând a presta anumite activități parte a unor lucrări/care fac parte din obiectul contractului de concesiune).

Intervenientul arată că, deși prin O.G. nr. 3/2021 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice, aceasta definiție a suferit anumite modificări, însă versiunea de mai sus redată este cea aplicabilă în speță.

2) Neprezentarea licenței ANRSC de către subcontractant

Cu privire la acest aspect, intervenientul arată că, contestatoarea redă pe larg prevederi ale Legii nr. 51/2006 privind serviciile publice

comunitare, respectiv a HG nr. 745/2007 privind Regulamentul de licențiere a operatorilor, suplimentar extragând un paragraf din Caietul de sarcini referitoare la condiția prezentării de către orice ofertant a licenței „ANRSC - *clasa coresunzătoare numărului de locuitori deserviți împreună cu numărul de locuitori ce urmează a fi deservit conform prezentei documentații, conform prevederilor legislative în vigoare. Va fi prezentată conform prevederilor legale*”.

Astfel, intervenientul apreciază că, în mod cert, aceste cerințe se aplică ofertanților, dar subcontractantului său nu i se aplică aceste prevederi, societatea sa fiind ofertanta care a trebuit să demonstreze îndeplinirea acestora.

Separat celor de mai sus, intervenientul arată că, deși prevederile legale arată în mod neechivoc faptul că cerința prezentării licenței ANRSC se aplică doar ofertanților, nu și subcontractanților, dispozițiile art. 49 alin. (3) ale Legii nr. 51/2006, învederează că „Operatorii au obligația de a solicita și de a obține eliberarea licenței în termen de 90 de zile de la data aprobării hotărârii de dare în administrare sau, după caz, de la data semnării contractului de delegare a gestiunii”. Cu alte cuvinte, norma legală acordă delegatului (ofertant) desemnat de către o autoritatea contractantă o perioadă de 90 de zile de la un moment ulterior desemnării acestuia ca având calitate de delegat al unui serviciu public.

Mai mult, intervenientul subliniază faptul că, temeiul legal indicat de contestatoare se aplică doar ofertanților nu și subcontractanților.

Așadar, având în vedere aceste calități diferite, intervenientul solicită respingerea solicitării contestatoarei drept neîntemeiată sub acest aspect.

3) Presupusa neprezentare a atestatelor ANRE CIA și C2A de către subcontractantul său.

Intervenientul arată că, în același registru cu cele menționate la punctul dezvoltat supra, cerința privind prezentarea atestatelor de anumite tipuri este obligatorie a fi îndeplinită de către ofertanți, nu de către subcontractanți. Într-adevăr, intervenientul precizează că, în forma inițială a documentației exista cerința, aplicabilă și subcontractanților respectiv terților susținători, dar prin Erata nr. EN1032037/22.10.2021, autoritatea contractantă a renunțat la această cerință, nemaifiind reluată, potrivit cap. VII.1.2) „Text care urmează să fie corectat în anunțul original”, redat sub formă tabelară.

Așadar, intervenientul apreciază că, se poate observa că în versiunea modificată în urma eratei, autoritatea contractantă a renunțat la cerința menționată în Nota inițială.

În mod hilar, intervenientul arată că, pe site-ul ANRE, <https://portal.anre.ro/PublicLists/Atestate>, ofertanta asociată contestatoarei în procedura de achiziție publică, nu apare ca deținând vreun certificat de acest tip.

Intervenientul menționează că subcontractantul său deține atestat ANRE tip B, personal cu atestat ANRE tip IIA, IIB și utilaje specifice activităților pentru care a fost subcontractat, documente care au fost depuse la momentul prezentării ofertei, acestea regăsindu-se la dosarul achiziției publice.

Un alt aspect pe care intervenientul îl evidențiază este acela că, prin avizele ex-ante date în cauză, publicate de către autoritatea contractantă în portalul SICAP, ANAP atestă că a efectuat verificări ale procedurii fără a sesiza vreo neconformitate.

4) Sub aspectul solicitării privind accesul la documentele declarate drept confidențiale de și aflate la dosarul de achiziție publică, aceasta învederează următoarele:

a) prin modul de solicitare a accesului, ,,, , își arogă atributul de analiză a ofertei sale, respectiv reverificare a comisiei de evaluare, aspect incompatibil cu normele legale în vigoare, comițând un abuz de drept, prin forțarea prevederilor legale incidente privind caracterul confidențial al ofertelor depuse în cadrul procedurii de achiziție publică;

b) prin Declarația de confidențialitate, parte a ofertei sale, regăsită începând cu pag. 736, a justificat caracterul confidențial al ofertei sale, dovedind susținerile sale;

c) ,,, , este una dintre concurențele sale, sens în care redă două documente doveditoare: declarația de participare la o procedură de achiziție similară derulată de o autoritate contractantă, respectiv un extras dintr-un Raport al procedurii, atât cât și aveau calitatea de participant.

d) prin permiterea accesului la oferta, i s-ar crea un prejudiciu important, în condițiile în care una dintre concurențele sale va avea acces la modul de construcție a ofertelor sale tehnice și financiare, respectiv ale documentelor sale de calificare; acestea nu vor mai putea fi folosite la nici o altă procedură ulterioară, ceea ce ar putea duce la imposibilitatea sa de a participa la aceste viitoare licitații.

În continuare, intervenientul prezintă argumente cu privire la Caracterul abuziv al solicitării ,,, , privind accesul la oferta sa, în raport de caracterul confidențial al ofertei sale.

În drept, se invocă dispozițiile legale invocate în cuprinsul cererii.

Concluzionând, intervenientul apreciază că, în mod indubitabil decizia autorității contractante este corectă, cu aplicarea stricto-sensu a normelor legale, spre deosebire de contestația formulată, pe care o consideră ca neîntemeiată și nelegală, fiind respectate toate principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, nefiind produsă vreo vătămare vreunui ofertant.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , contesatatorul a formulat „concluzii scrise”, prin care a reiterat solicitarea privind admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, învederând următoarele:

I. În ceea ce privește excepția tardivității formulării contestației, invocată de către intervenienta , contesatatorul consideră că este nefondată.

Contestatorul arată că, prin Raportul procedurii înregistrat sub nr. a fost comunicat ofertanților de către autoritatea contractantă, în data de , astfel încât termenul legal de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 pentru formularea contestației se împlinea la data de , conform dispozițiilor art. 5 alin. (2) din actul normativ menționat, astfel că, contestația a fost transmisă în termen legal, la data de , către Consiliu și către autoritatea contractantă, atât prin e-mail, cât și prin

serviciul de curierat (Anexa nr. 1), conform dovezilor de comuniare atașate (Anexa nr. 2).

Așadar, față de considerentele prezentate, contestatorul susține că, în speță au fost respectate dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel încât, excepția tardivității contestației este vădit nefondată.

II. *Contestatorul susține că autoritatea contractantă avea obligația legală de a respinge oferta ,,,față de încălcarea dispozițiilor art. 29 alin. (14) din legea nr. 51/2006. Subcontractarea activităților ce fac obiectul acordului de subcontractare constituie o subdelegare mascată.*

1. *Susținerile ,,,referitoare la pretinsa tardivitate a contestării ofertei sale în raport cu existența mențiunii privind subcontractantul ,,, 2005 SRL în Declarația de participare, sunt, în opinia contestatorului, vădit nefondate.*

Astfel, contestatorul apreciază că, raționamentul intervenientei conform căruia ,,, a avut cunoștință de modul în care ,,, a participat la prezenta procedură și de existența subcontractantului ,,, SRL încă de la momentul deshidării ofertelor, respectiv de la momentul publicării Declarației de participare, fapt care ar atrage tardivitatea contestării ofertei câștigătoare sub acest aspect, este vădit eronat, având în vedere următoarele aspecte:

i) la momentele indicate de către intervenientă, ,,, nu putea avea cunoștință de obiectul acordului de subcontractare încheiat între ,,, și ,,, 2005 SRL; or elementul de nelegalitate în speță nu rezidă în simpla subcontractare a unor activități/servicii aferente contractului ce urmează a fi atribuit, ci în subcontractarea unor activități componente ale serviciului de iluminat public, respectiv subdelegarea acestora, ce constituie o operațiune interzisă de legislația în vigoare la data publicării documentației de atribuire;

ii) conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, obiectul contestației îl poate face "un act al autorității contractante", definit la art. 3 alin. (1) lit. a) din actul normativ antecitat drept "orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire".

Prin urmare, contestatorul apreciază că, chiar și în ipoteza absurdă în care ar fi luat cunoștință de obiectul acordului de subcontractare încheiat între ,,, și ,,, SRL la momentele indicate de către intervenientă, la acele puncte de referință nu exista niciun act al autorității contractante de natură să vatăme interesele sale, respectiv:

- ,,, nu putea anticipa modul în care comisia de evaluare urma să evalueze ofertele depuse, iar în măsura în care autoritatea contractantă ar fi procedat în mod legal ar fi respins oferta , față de încălcarea dispozițiilor art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006, care interzic subdelegarea serviciului sau a unor activități componente ale acestuia;

- interesul ,,, de a contesta sub orice aspect oferta ,,, putea lua naștere doar în măsura în care aceasta s-ar fi clasat pe un loc superior

ofertei ,,,, ori în ipoteza în care oferta ,,,,ar fi fost declarată admisibilă, iar oferta ,,,, ar fi fost respinsă, ceea ce nu putea fi cazul la momentele indicate de către intervenientă;

-actul vătămător al autorității contractante, care atestă modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta declarată câștigătoare, din care a rezultat obiectul subcontractării realizate de către ,,,,și pe care ,,,, l-a contestat în termen legal, a fost Raportul procedurii.

În considerarea împrejurărilor date, contestatorul apreciază că susținerile intervenientei privind pretinsa tardivitate a criticii privind subdelegarea mascată și nelegală a activităților de "întreținere a sistemului de iluminat public" și "montaj aferent modernizării, extinderii, telegestiunii sistemului de iluminat public" sunt eronate și tendențioase.

2. Ofertantul ,,,,a subdelegat în mod mascat către ,,,, SRL activități componente ale serviciului de iluminat public ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune

2.1. Contestatorul susține că, activitățile ce fac obiectul acordului de subcontractare încheiat între ,,,,și ,,,, SRL reprezintă activități componente ale serviciului de iluminat public

Astfel, se arată că, prin Acordul de subcontractare nr. - Formularul 19, parte a ofertei depuse de ,,,,SA, s-au subcontractat către ,,,, SRL următoarele activități:

iii) *activitatea de întreținere Sistem de iluminat;*

iv) *servicii de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv.*

Mai mult, contestatorul prtețizează că, aceste activități sunt activități principale, componente ale serviciului de iluminat public, după cum rezultă din următoarele dispoziții legale:

i) *potrivit art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, activitățile componente ale serviciilor de utilități publice ce pot fi delegate sunt „operarea, administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente”;*

ii) *art. 3 alin. (3) din Normele metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a valorii activităților serviciului de iluminat public aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 77/2007 prevede că "(3) Activitățile specifice serviciului de iluminat public cuprind două componente: a) întreținere; b) modernizare*

Astfel, contestatorul învederează faptul că, activitățile principale, specifice serviciului public de iluminat a căror gestiune este delegată prin contractul de concesiune, sunt reprezentate de:

- activitatea de întreținere;
- activitatea de modernizare, în care lucrările de montaj reprezintă operațiunea principală pentru orice lucrare de modernizare/extindere a sistemului de iluminat public, respectiv lucrări de instalații electrice în sistemul de iluminat public, inclusiv racordare la sistemul Electroenergetic Național.

De asemenea, contestatorul arată că, la art. 2.2 din Caietul de Sarcini, autoritatea contractantă a menționat în mod expres activitățile ce intră în obiectul concesiunii de servicii de iluminat public, respectiv:

"Obiectul concesiunii este Serviciul de Iluminat Public, care presupune următoarele activități:

(...)

c) Modernizarea Sistemului de Iluminat Public în vederea realizării unui sistem de iluminat performant din punct de vedere luminotehnic și eficient din punct de vedere energetic;

d) Extinderea Sistemului de Iluminat Public în vederea asigurării tuturor cetățenilor accesul la acest serviciu;

g) Întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public conform Caietului de sarcini și Regulamentului de Iluminat Public în vederea garantării permanenței în funcționare a Sistemului de Iluminat Public;

h) Realizarea iluminatului festiv de sărbători".

Iar la art. 2.2 din Caietul de Sarcini s-au indicat în mod expres serviciile și lucrările „ce vor fi derulate în cadrul contractului de delegare a gestiunii ce vor fi prezentate de ofertanți, respectiv:

- ❖ *Activitatea de inginerie și proiectare;*
- ❖ *Modernizarea Sistemului de Iluminat Public;*
- ❖ *Extinderea Sistemului de Iluminat Public;*
- ❖ *Iluminat Arhitectural;*
- ❖ *Implementarea Sistemului Inteligent de monitorizare și comandă a Sistemului de Iluminat Public;*
- ❖ *Întreținerea și menținerea în funcțiune a sistemului de iluminat public;*
- ❖ *Realizarea iluminatului festiv de sărbătoare prin furnizarea și montarea/demontarea echipamentelor."*

Mai mult, corelativ mențiunilor anterioare, contestatorul arată că, la art. 3.1 alin. (2) din contractul de delegare a gestiunii serviciului s-a prevăzut: „Concesionarul își asumă responsabilitatea de a exploata, întreține, menține, dezvolta, moderniza, reabilita, extinde Serviciul de Iluminat Public, în limitele prevăzute de prezentul contract pe întreg teritoriul definit de aria delegată, pe durata prevăzută la capitolul 4".

Astfel, față de toate prevederi legale și ale documentației de atribuire, contestatorul apreciază că este incontestabil faptul că activitățile ce fac obiectul Acordului de subcontractare încheiat între „,„și „,„ SRL, respectiv *"Întreținere Sistem de iluminat" și "Servicii de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv"* reprezintă activități principale, componente ale serviciului de iluminat public și nu pot fi transmise către un alt operator decât cel căruia i s-a delegat gestiunea serviciului.

Așadar, având în vedere că la cap.III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din Fișa de Date a achiziției s-a solicitat să se prezinte *"Acordurile de subcontractare încheiate cu fiecare subcontractant cu detalierea dară a activităților realizate de fiecare subcontractant"*, iar în Raportul procedurii s-a consemnat că printre părțile din contractul de achiziție publică pe care „,„intenționează să le subcontracteze se numără *"Activitatea de întreținere a Sistemului de iluminat public"*, contestatorul

susține că, rezultă că ,,,,a subcontractat, respectiv a subdelegat această activitate esențială a serviciului de iluminat public.

Prin urmare, contestatorul consideră că, susținerile intervenientei conform cărora "acordul de subcontractare prevede în mod generic <activitatea de întreținere>, în condițiile în care subcontractantul va presta o parte din aceste operațiuni" sunt lipsite de orice suport probator și au ca unic scop să mascheze faptul că, în realitate, ,,,,a subdelegat această activitate.

În ceea ce privește montajul aferent modernizării, extinderii, telegestiunii serviciului, contestatorul precizează că acesta este o activitate principală, inerentă prestării serviciului de iluminat public sau modernizării și extinderii sistemului de iluminat public, activități principale ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune și care nu pot fi confundate cu un serviciu conex, precum repararea și întreținerea echipamentelor de intervenție sau execuția fundațiilor la stâlpii de iluminat.

Mai mult, faptul că activitatea de întreținere a sistemului de iluminat public nu poate face obiectul subcontractării, ci poate fi prestată numai de către operatorul căruia i s-a delegat gestiunea serviciului, rezultă, susține contestatorul, și raportat la împrejurarea că activitatea de întreținere este în strânsă legătură cu îndeplinirea indicatorilor de performanță ai serviciului, prevăzuți în Anexa nr. 4 la contract, precum "Numărul de reclamații privind disfuncționalitățile iluminatului public pe tipuri de iluminat", "Numărul de reclamații privind gradul de asigurare în funcționare" sau "Numărul de întreruperi neprogramate constatate, pe tipuri de iluminat".

Față de toate considerentele prezentate, contestatorul susține că, acordul de subcontractare încheiat între ,,,,și ,,,, constituie, în fapt, o subdelegare interzisă de art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006.

2.2. Contestatorul subliniază faptul că, valoarea activităților subdelegate de către , ce fac obiectul acordului de subcontractare încheiat cu ,,,, SRL, reprezintă o treime (33%) din valoarea contractului de delegare de gestiune.

Astfel, contestatorul arată, după cum a precizat intervenienta, că la art. 3 din Acordul de subcontractare încheiat între ,,,,și ,,,, SRL se prevede că „Valoarea estimată a serviciilor ce se vor presta de subcontractantul SC ,,,, 2005 SRL reprezintă procent 33% din valoarea totală a serviciilor oferite”.

Prin urmare, contestatorul consideră că, susținerile ,,,,conform cărora serviciile de "montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv (...) sunt activități de suport, în vederea îndeplinirii obiectului contractului", sunt complet eronate și formulate cu rea-credință, în condițiile în care valoarea activităților subcontractate reprezintă o treime din valoarea contractului de delegare de gestiune.

În măsura în care aceste activități ar fi fost unele conexe serviciului de iluminat, după cum insistă să afirme intervenienta, contestatorul susține că, valoarea acestora ar fi fost una redusă și cheltuielile aferente s-ar fi regăsit în cadrul cheltuielilor indirecte.

3. În ceea ce privește încălcarea prevederilor imperative ale 29 alin. (14) din legea nr. 51/2006 și ale art. 24 alin. (1) din contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public, contestatorul învederează următoarele:

Astfel, contestatorul arată că, Art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 interzice în mod expres subdelegarea activităților din sfera serviciului de utilități publice de către operatorul căruia i s-a delegat serviciul sau activități componente ale acestuia, respectiv: „*Subdelegarea de către operator a gestiunii serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice este interzisă. Subcontractarea de lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/prestării serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice delegat/delegată, se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice.*”

De asemenea, contestatorul arată că, prin îndrumarea privind noțiunile de subdelegare și subcontractare în cazul contractelor de delegare a serviciilor de utilități publice și diferențelor dintre acestea emisă de ANAP („îndrumarea ANAP”), autoritatea de reglementare a precizat în mod expres:

„Noțiunile de subdelegare și subcontractare vor fi tratate diferit în cadrul contractelor de servicii de delegare de utilități publice:

1. *SUBDELEGAREA, este interzisă (art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006),*

2. *SUBCONTRACTAREA este permisă, dar doar pentru lucrări sau servicii conexe, necesare prestării activităților din sfera serviciului de utilități publice delegat. Subcontractarea se va face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor (art. 29 alin. 14 din Legea nr. 51/2006). Clauza contractuală referitoare la interzicerea subdelegării trebuie inclusă în toate contractele de delegare de servicii de utilitate publică (fie că sunt contracte de achiziție publică/sectoriale, fie că sunt contracte de concesiune).”*

Mai mult, contestatorul învederează faptul că, în Anexa la îndrumarea ANAP se prevede în mod expres că NU se pot subcontracta serviciile de "a) iluminat stradal-rutier și pietonai; b) iluminat arhitectural; c) iluminat ornamental și festiv", tipul de activități care pot face obiectul subcontractării fiind menționate în mod exemplificativ drept "Serviciul de resurse umane din cadrul Operatorului de Iluminat Public", "Serviciul de reparații și întreținere a echipamentelor de intervenție".

Așadar, contestatorul consideră că, susținerile intervenientei conform cărora aspectele tranșate de către ANAP prin îndrumarea menționată ar fi inaplicabile în speță față de faptul că aceasta a fost emisă ulterior publicării documentației de atribuire sunt lipsite de relevanță, întrucât prin îndrumarea ANAP autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să clarifice modalitatea în care trebuie interpretate și aplicate dispoziții legale deja existente la data publicării documentației de atribuire din prezenta speță, nefiind vorba de o reglementare nouă.

De asemenea, contestatorul precizează că, interdicția de subdelegare a serviciului de iluminat public sau a unor activități componente ale acestuia se regăsește și în art. 7.1.3.12 și art. 24 alin. (1) și (3) din

Contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public, unde se prevede în mod expres:

"Este interzisă cesionarea sau subdelegarea contractului de către Cesionar. Concesionarul are obligația să nu subcesioneze bunurile care obiectul concesiunii."

„(1) Delegatul nu va putea subdelega gestiunea Serviciului, subroga, nova, transmite, ceda sau transfera în orice mod, totalitatea sau o parte din drepturile și obligațiile sale derivate din sau în legătură cu prezentul Contract, fie în mod direct, fie indirect, doar dacă Legea în vigoare la data respectivei operațiuni permite o astfel de subdelegare, subrogare, novație, transmitere, cesiune sau transfer și doar cu acordul scris prealabil al Delegatarului. Părțile consideră că Delegatul poate constitui garanții pe veniturile obținute din prestarea activităților permise prin prezentul Contract fără un astfel de acord prealabil. Nerespectarea condițiilor stipulate de prezentul alineat reprezintă o încălcare gravă de către Delegat a obligațiilor sale și constitui o cauză de reziliere a Contractului. (...)"

Mai mult, contestatorul precizează, după cum rezultă și din îndrumarea ANAP, că activitățile/serviciile conexe ce pot face obiectul unei subcontractări sunt cele care nu au legătură directă cu activitatea de realizare a serviciului de iluminat public, ci sunt subsidiare acestuia. Serviciul de întreținere ce poate fi subcontractant este serviciul de întreținere a echipamentelor de intervenție și nicidecum a echipamentelor ce fac parte din sistemul de iluminat, cum sunt cele menționate în Acordul de subcontractare, parte din oferta „„SA.

Contestatorul menționează că, atât activitatea de "întreținere a sistemului de iluminat", cât și serviciile de "montaj aferente modernizării extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv", cum sunt cele subcontractate de „„SA către „„ 2005 SRL, reprezintă activități principale componente ale serviciului de iluminat public, iar NU servicii conexe prestării serviciului, care ar fi putut face obiectul subcontractării conform îndrumării ANAP și a prevederilor art. 24 alin. (3) din Contractul de delegare a gestiunii.

Totodată, contestatorul apreciază că, Exemplul din cadrul Anexei la îndrumarea ANAP, citat de către intervenientă, conform căruia lucrări conexe care ar putea face obiectul subcontractării pot fi considerate și "fundații la stâlpi (în cazul în care contractul de delegare include și lucrări de extindere a sistemului de iluminat public)", nu face altceva decât să confirme faptul că obiect al subcontractării nu pot fi decât activități/servicii care nu sunt în mod direct legate de prestarea serviciului de iluminat public/activităților componente ale acestuia, ce fac obiectul delegării de gestiune.

Astfel, contestatorul consideră că, interpretarea eronată a intervenientei în ceea ce privește exemplul menționat rezidă în faptul că interdicția subcontractării nu are în vedere așa-numita complexitate a activității realizate (e.g. și reparația unui utilaj necesar prestării serviciilor de întreținere a serviciului poate fi o operațiune complexă), ci natura acestei activități, respectiv măsura în care activitatea în cauză reprezintă, *per se*, o activitate specifică și componentă a serviciului de iluminat public,

astfel cum sunt acestea definite de art. 3 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 77/2007.

În consecință, contestatorul apreciază că susținerile ,,,conform căroră "dacă pot fi subcontractate aceste tipuri de lucrări de execuție, complexe, este evident că exista posibilitatea de a subcontracta anumite operațiuni de întreținere a sistemului de iluminat", sunt complet eronate.

III. Contestatorul susține că subcontractantul ,,, SRL nu deține atestat ANRE CIA și C2A pentru executarea în mod legal a activităților ce fac obiectul acordului de subcontractare încheiat cu . Oferta ,,,este neconformă.

Astfel, contestatorul susține că activitățile de "întreținere a sistemului de iluminat public" și "montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv", ce fac obiectul acordului de subcontractare încheiat de ,,,cu ,,, 2005 SRL, reprezintă activități pentru a căror realizare legea prevede necesitatea deținerii atestatelor ANRE CIA și C2A, fără a fi necesară o cerință a documentației de atribuire în acest sens.

Mai mult, se arată că, potrivit Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice, aprobat prin Ordinul ANRE nr. 45/2016, toate intervențiile în sistemul de iluminat public sunt condiționate de deținerea atestatelor ANRE de tip CIA și C2A, care permit proiectarea și execuția rețelelor electrice de iluminat public aeriene și/sau subterane.

De asemenea, contestatorul menționează faptul că, activitatea de "întreținere a sistemului de iluminat public" subcontractată de ,,,este definită la art. 4 lit. i) din Normele Metodologice aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 77/2007 drept "ansamblul activităților de menținere în funcțiune a sistemului de iluminat public la parametrii lumino tehnici normați, care se realizează atât cu înlocuirea de componente, cât și fără înlocuirea acestora".

Totodată, contestatorul arată că, la art. 3.25 din Regulamentul - Cadru al serviciului de iluminat public, aprobat prin Ordinul nr. 86/2007, activitatea de "întreținere (n.n. a serviciului de iluminat public)" este definită ca fiind "ansamblul de operații de volum redus, executate periodic sau neprogramat în activitatea de exploatare, având drept scop menținerea în stare tehnică corespunzătoare a diferitelor subansambluri ale instalațiilor".

Se arată că, potrivit art. 24 din Regulamentul - Cadru: „(1) *Lucrările de întreținere periodice sunt cele prevăzute în instrucțiunile furnizorilor de echipamente, regulamente de exploatare tehnică și în instrucțiunile/procedurile tehnice interne și se execută, de regulă, fără întreruperea furnizării serviciului. (2) Lucrările de întreținere curentă neprogramate se execută în scopul prevenirii sau eliminării deteriorărilor, avariilor sau incidentelor și vor fi definite în fișa postului și în instrucțiunile de exploatare*”.

De asemenea, se arată că art. 84 din Regulamentul - Cadru prevede că "La întreținerea și revizia tablourilor electrice de alimentare, distribuție, conectare/deconectare se vor realiza următoarele operații: a) înlocuirea

siguranțelor necorespunzătoare; b) înlocuirea contactoarelor și a dispozitivelor de automatizare defecte".

Așadar, contestatorul precizează că, conform dispozițiilor legale antecitate, activitatea de întreținere a sistemului de iluminat public implică în mod incontestabil intervenții în sistemul de iluminat public, care nu se pot realiza în mod legal în lipsa deținerii atestatelor ANRE de tip CIA și C2A, iar activitatea de întreținere a sistemului reprezintă o componentă esențială a serviciului de iluminat public, care nu poate fi prestată decât de operatorul căruia i s-a delegat serviciu.

În plus, contesatatorul menționează că în cadrul lucrărilor de întreținere, modernizare, telegestiune, iluminat arhitectural și iluminat festiv, ce fac obiectul acordului de subcontractare, nu sunt incluse lucrări de construcții civile, precum cele menționate de către ,,, , în cererea de intervenție, cu scopul de a induce în eroare Consiliul.

Având în vedere că din prevederile Regulamentului rezultă fără echivoc că legiuitorul a delimitat în mod clar activitățile care se referă la iluminatul public de toate celelalte activități autorizate, sens în care pentru toate activitățile în care apare sintagma "iluminat public" este necesară deținerea atestatelor ANRE de tip CIA și C2A, pe care subcontractantul ,,,, 2005 SRL nu le deține, contesatatorul consideră că, este evident că acesta nu îndeplinește condițiile legale pentru a presta niciun procent din serviciile subcontractate, respectiv subdelegate.

În ceea ce privește atestatul ANRE de tip B, a cărui deținere de către subcontractant a fost invocată de către intervenientă, contesatatorul menționează că acesta permite realizarea doar de bransamente și vizează exclusiv rețele cu tensiuni nominale de până la 0,4 kV, conform Regulamentului menționat, față de rețele de până la 20kV ce compun sistemul de iluminat public.

Contestatorul susține, în condițiile în care valoarea serviciilor subcontractate către ,,,, SRL reprezintă procent 33% din valoarea totală a contractului, că rezultă că ,,,, a subdelegat 33% dintre serviciile ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune, către un operator care nu este autorizat pentru prestarea acestor servicii.

Față de considerentele prezentate, contestatorul consideră că, oferta ,,,, SA trebuia respinsă ca neconformă, în temeiul prevederilor art. 89 alin. (3) lit. a) din HG nr. 867/2016.

Totodată, contestatorul subliniază faptul că declararea drept câștigător a operatorului , a cărui ofertă contravine dispozițiilor legale sub multiple aspecte, este atât nelegală, cât și de natură să expună autoritatea contractantă la un risc semnificativ de neîndeplinire a contractului de delegare de gestiune astfel încheiat.

În sensul dat, contestatorul precizează că este de notorietate faptul că la începutul acestui an a fost reziliat contractul de mentenanță, extindere și modernizare a rețelei de iluminat public existente încheiat între Municipiul și operatorul , din cauza incapacității acestuia de a efectua măcar o operațiune în cadrul respectivului contract (<https://timponline.ro/municipalitatea-reziliaza-ontractul-cu-elba-pentru-iluminatul-public-ce-se-intampla-in-continuare>).

Pentru toate considerentele anterior dezvoltate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , ,,,SA, în temeiul art. 21 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, a formulat „concluzii scrise”, prin care reiterează solicitarea privind:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție și, pe cale de consecință, introducerea ,,,S.A., în calitate de intervenientă, în dosarul nr. format pe rolul C.N.S.C.,

- pe cale de excepție, de a respinge contestația formulată de societatea S.A. ca fiind tardiv formulată;

- pe fond, respingerea contestației formulată de societatea S.A., sub toate aspectele, ca netemeinică și nelegală și menținerea rezultatului procedurii de achiziție.

În susținere, intervenientul reiterează cele menționate prin cererea de intervenție depusă la dosar, precum și următoarele considerații cu privire la înscrisul depus de contestatoare la dosar în data de , intitulat "Concluzii scrise":

I)Cu privire la tardivitatea contestației, intervenientul arată că își menține punctul de vedere privind neîndeplinirea de către contestatoare a cerințelor legale privind comunicarea înscrisurilor prin intermediul unui serviciu de curierat rapid.

Redând dispozițiile art. 183 alin. (3) din Cod procedură civilă, intervenientul susține că, contestatoarea nu a indicat unde există această înregistrare pe actul transmis către, act transmis care se presupune că este contestația. E adevărat, a fost depus un AWB, care atestă predarea unui colet către un serviciu de curierat, dar nu există nici o dovadă că acest colet a conținut și contestația depusă.

Cel puțin, contestatoarea putea face mențiune pe AWB cu privire la conținutul coletului, după cum există această recomandare în doctrină, dar nu a depus nici măcar această minimă diligență.

II. Cu privire la pretinsa "subdelegare mascată", susținută în mod eronat de contestatoare:

1. Intervenientul învederează faptul că, în susținerea sa, contestatoarea face trimitere aproape exclusiv, în special la nivel de exemplu, la îndrumarea ANAP emisă în data de , adică ulterior publicării documentației (de fapt cu doar o zi înainte de data deschiderii ofertelor), sens în care solicită să nu țină cont de cele referite la aceasta.

2.Activitățile pe care le va presta, în parte, subcontractantul său, intervenientul arată că, sunt anumite operațiuni de întreținere, respectiv servicii de montaj aparate de iluminat.

În conformitate cu definiția dată de către ANRE, prin Regulamentul-cadru al serviciului de iluminat public, aprobat prin Ordinul nr. 86/2007, art. 3, pct. 3.25, prin "întreținere" se înțelege "ansamblul de operații de volum redus, executate periodic sau neprogramat în activitatea de exploatare, având drept scop menținerea în stare tehnică corespunzătoare a diferitelor subansambluri ale instalațiilor".

În continuare, se arată că, art. 61 alin. (3), respectiv art. 74 alin. (3) din Regulament detaliază ce presupun aceste operațiuni de "întreținere":

"Întreținerea sistemelor de iluminat trebuie să se facă în permanență, prin curățarea periodică a corpurilor de iluminat, conform factorului de menținere luat în calcul la proiectare astfel încât parametrii lumino tehnici să nu scadă sub valorile admise între două operațiuni succesive de întreținere".

"Nivelul de luminanță va fi menținut în timp prin întreținerea la perioade specificate a instalațiilor de iluminat, luându-se măsuri pentru înlocuirea lămpilor uzate, curățarea lămpilor și a corpurilor de iluminat, asigurându-se factorul de menținere stabilit în caietul de sarcini".

Așadar, intervenientul consideră că, din cele mai sus enunțate, rezultă, fără echivoc, că aceste operațiuni de întreținere sunt operațiuni "de volum redus", nicidecum "activități principale" ale serviciului de iluminat public, aceste activități principale ale serviciului de iluminat public fiind cele de gestiune a "iluminatului stradal-rutier și pietonal", "iluminat arhitectural" și "iluminat ornamental și festiv".

3. Cu privire la activitățile de montaj, intervenientul precizează, după cum a arătat și prin cererea de intervenție, dacă ANAP exemplifică lucrarea de montaj a fundației unui stâlp ca fiind permisă a fi subcontractată, lucrare care presupune săpături, execuție de cofraje, betonari, lucrare de o complexitate mult mai ridicată decât montajul unui aparat de iluminat, care se poate efectua chiar și în aprox. 15 min., este evidentă posibilitatea subcontractării acesteia din urmă.

4. În lipsa unor argumente solide, intervenientul apreciază că contestatoarea încearcă forțarea unor aspecte strict formale, având în vedere că aceasta nu a dovedit susținerea sa eronată privind "subdelegarea" unei părți a contractului către o altă firmă, scoțând din context anumite reglementări.

Astfel, se arată că, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și de servicii, art. 5 alin.(1), lit. gg), prin "subcontractant" se înțelege "orice operator economic care nu este parte a unui contract de concesiune și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției și/sau prestează anumite servicii ce reprezintă activități care fac parte din obiectul contractului de concesiune, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop".

Ori, intervenientul susține că, în conformitate cu definiția mai sus indicată, subcontractantul său va efectua anumite servicii de întreținere, adică "operații de volum redus" după cum le-a definit supra, nicidecum nu a subdelegat către acesta în tot/în parte obiectul contractului.

În opinia intervenientului, ceea ce este important de reținut este că societatea sa este ofertantul în procedură, fiind responsabilă în fața autorității contractante cu privire la îndeplinirea indicatorilor de performanță a contractului de delegare de gestiune. Mai mult, dispozițiile legale permit oricând în cursul contractului, bineînțeles cu acordul autorității contractante, renunțarea la un anumit subcontractant, înlocuirea unor subcontractați sau chiar introducerea unor noi subcontractanți.

III. cu privire la neprezentarea atestatelor ANRE CIA și C2A de către subcontractantul său, intervenientul consideră că prezentarea acestui aspect de către contestatoarea este exemplificativă cu privire la lipsa de

temeinicie a contestației luată ca ansamblu. În concluziile scrise depuse de contestatoare, intervenientul arată că a identificat aproape la fiecare paragraf susțineri și interpretări eronate, sens în care, în cele ce urmează, prezintă pe scurt, următoarele:

În ceea ce privește susținerea „Potrivit Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice, aprobat prin Ordinul ANRE nr. 45/2016, toate intervențiile în sistemul de iluminat public sunt condiționate de deținerea atestatelor ANRE de tip CIA și C2A, care permit proiectarea și execuția rețelelor electrice de iluminat public aeriene și/sau subterane” (extras "Concluzii scrise" ,,,,, pag.8 și pag. 9), intervenientul susține că:

- mențiunea este falsă, întrucât Regulamentul invocat nu conține vreo cerință în acest sens;

- Regulamentul invocat a fost abrogat prin Ordinul ANRE nr. 134/2021, de aprobare a Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice;

- În al treilea rând, în încercarea evidentă a contestatoarei de a induce în eroare Consiliul, intervenientul învederează faptul că, aceasta nu face vreo trimitere către vreun articol, nu face nici o citare din actul de reglementare pe care își întemeiază susținerile false, act oricum abrogat.

În ceea ce privește susținerea contestatorului „În ceea ce privește atestatul ANRE de tip B, a cărui deținere de către subcontractant a fost invocată de către intervenientă, menționăm că acesta permite realizarea doar de branșamente și vizează exclusiv rețele cu tensiuni nominale de până la 0,4 kV, conform Regulamentului menționat, față de rețele de până la 20kV ce compun sistemul de iluminat public” (extras "Concluzii scrise" ,,,,, pag.10), intervenientul apreciază că:

- susținerea este falsă, după cum va dovedi în cele ce urmează;

- Regulamentul-cadru al serviciului de iluminat public, aprobat prin Ordinul nr. 86/2007, art. 3, la pct. 3.44 definește sistemul de iluminat public ca fiind "ansamblu tehnologic și funcțional, amplasat într-o dispunere logică în scopul realizării unui mediu luminos confortabil și/sau funcțional și/sau estetic, capabil să asigure desfășurarea în condiții optime a unei activități, spectacol, sport, circulației, a unui efect luminos estetic-arhitectural și altele, alcătuit din construcții, instalații și echipamente specifice, care cuprinde:

- linii electrice de joasă tensiune, subterane sau aeriene;
- corpuri de iluminat, console și accesorii;
- puncte de aprindere, cutii de distribuție, cutii de trecere;
- echipamente de comandă, automatizare și măsurare;
- fundații, elemente de susținere a liniilor, instalații de legare la pământ, conductoare, izolatoare, cleme, armături, utilizate pentru iluminatul public".

- pe de altă parte, Ordinul ANRE nr. 239/2019 de aprobare a Normei tehnice privind delimitarea zonelor de protecție și de siguranță aferente capacităților energetice, definește conceptele de joasă și medie tensiune, art. 7 pct. 50 și pct. 57:

"Joasă tensiune - tensiune care are valoarea efectivă nominală $U(n) \leq 1 \text{ kv}$ (în România, 400 V); Medie tensiune - tensiune care are valoarea

efectivă nominală cuprinsă între $1 \text{ kV} < U(n) \leq 35 \text{ kV}$ (în România, 6 kV, 10 kV și 20 kV)".

Astfel, din coroborarea celor de mai sus, intervenientul susține că rezulta în mod neechivoc că, în sistemul de iluminat public există o tensiune de joasă tensiune, adică sub 400V, care sunt egali cu 0,4kV, nicidecum medie tensiune cum susține în mod fals contestatoarea.

Ori, intervenientul precizează că, subcontractantul său deține toate atestatele ANRE privind orice tip de lucrare interioară/exterioară în rețele de joasă tensiune, după cum este și cazul sistemului de iluminat public.

Pe de altă parte, SA arată că deține atestate ANRE privind intervenții și în rețele de medie tensiune, aceste atestate fiind depuse la dosarul de achiziție publică.

IV. În ceea ce privește neprezentarea licenței ANRSC de către subcontractant, intervenientul arată că, prin intermediul "Concluziilor scrise", nu a mai fost adus în discuție acest aspect, acesta fiind dezvoltat în cadrul punctului 2 al Cererii sale de intervenție.

V. Referitor la susțineri ireverențioase ale contestatoarei, din finalul "Concluziilor scrise":

„În acest sens, precizăm că este de notorietate faptul că la începutul acestui an a fost reziliat contractul de mentenanță, extindere și modernizare a rețelei de iluminat public existente încheiat între Municipiul și operatorul, din cauza incapacității acestuia de a efectua măcar o operațiune în cadrul respectivului contract"(extras pag. 10 din "Concluzii scrise"), intervenientul învederează următoarele considerații:

- SA este cel mai vechi producător de aparate de iluminat din România, cu o istorie de 101 ani, SA fiind divizia comercială, execuție de lucrări și prestări servicii a acesteia, înființată ca entitate separată în anul 2000;

- cei aproximativ 1000 de colegi care formează colectivul aduc fiecare aportul la continuarea dezvoltării producerii de aparate de iluminat în România, la modernizarea prin intermediul acestor produse a sistemelor de iluminat public din localitățile din țară, prin integrarea furnizorilor și subcontractanților locali;

- linkul spre care face trimitere contestatoarea reprezintă un articol din presa locală a mun. din care extrage exact poziția oficială a autorității contractante, Mun. : „în cursul anului 2021, s-au evidențiat neconcordanțe de interpretare a unor prevederi contractuale de către cele două părți, apreciate ca fiind ireconciliabile, context în care a fost exprimată opțiunea încetării contractului prin acordul părților, pentru a fi evitate eventuale litigii care pot implica costuri mari pentru ambele părți", precizează municipalitatea.

- doar atât se menționează în articol, referitor la poziția autorității contractante;

- cu privire la punctul de vedere al d-lui Primar al Mun. Bistrița pe acest subiect, intervenientul redă, din nou, citarea exactă a acestuia:

„Avem o problemă cu, societatea care a câștigat licitația pentru gestionarea iluminatului public. În urma discuției pe care am avut-o ieri cu o delegație a celor de la, am ajuns la concluzia că cel mai bine, pentru toată lumea, ar fi să reziliem, de comun acord contractul cu această

societate. Din păcate, partea de extindere și modernizare de rețele, pe care dâșii au asimilat-o pe soluție aeriană nu poate fi acceptată de municipalitate. Nu pot fi de acord ca în oraș să extindem iluminatul public pe soluție aeriană", a explicat .

De asemenea, acesta a mai spus că ,,,propune o soluție de extindere a iluminatului public mai scumpă decât „contracandidatele” sale de la licitație. ,,,se va ocupa în continuare de parte de mentenanță și intervenție, însă nu și de partea de extindere a rețelor.

În loc de concluzie, din punerea în paralel a susținerilor contestatoarei sub acest aspect cu situația reală, de fapt, intervenientul susține că, rezultă diferențe "ireconciliabile", ca cele dintre realitate și irealitate. O problema de interpretare a unei soluții tehnice oferite unei autorități contractante este distorsionată - în linia întregii contestații formulate de ,,, - în afirmații false și ireverențioase cu privire la societatea sa.

Totodată, intervenientul menționează că, la data formulării prezentei, contractul încheiat între Mun. și ,,,este încă în curs de derulare, producând efecte pe partea de mentenanță și întreținere sistem de iluminat public.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , contestatorul a răspuns, în replică la concluziile scrise depuse de la data de , a depus, în completarea concluziilor scrise depuse la data de , „note scrise”, prin care a reiterat solicitarea privind admiterea contestației formulate și, în consecință, solicită:

1. Anularea ca nelegal a Raportului procedurii nr. și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

2. Obligarea Autorității Contractante la reluarea procedurii de atribuire, din etapa evaluării ofertelor, cu respectarea prevederilor legislației achizițiilor publice.

I. Cu privire la excepția tardivității formulării contestației, invocată de către intervenienta , contestatorul susține că este nefondată, având în vedere următoarele:

1. Raportul procedurii nr. a fost comunicat ofertanților de către autoritatea contractantă în data de , astfel încât termenul legal de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 pentru formularea contestației se împlinea la data de , conform dispozițiilor art. 5 alin. (2) din actul normativ menționat.

2. Constestația a fost transmisă în termen legal, la data de , către Consiliu și către autoritatea contractantă, atât prin e-mail, cât și prin serviciul de curierat (Anexa nr. 1 depusă odată cu concluziile scrise formulate la data de), conform dovezilor de comunicare atașate (Anexa nr. 2 depusă odată cu concluziile scrise formulate la data de).

3. Susținerile intervenientei din concluziile scrise sunt neîntemeiate și vădit greșite.

4. Astfel, se poate observa din cadrul AWB - urilor depuse odată cu concluziilor scrise formulate de SA la data de (Anexa nr. 2 la concluziile depuse la , că acestea cuprind inclusiv mențiunea cu privire la conținutul coletului/plicului „Constestație procedură ”).

5. Față de considerentele prezentate, contestatorul consideră că în speță au fost respectate dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel că, excepția tardivității contestației este vădit nefondată.

Contestatorul consideră că, ofertantul ,,,a subdelegat în mod mascat către ,,,, 2005 SRL activități componente ale serviciului de iluminat public ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune - încălcarea prevederilor imperative ale 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 și ale art. 24 alin. (1) din contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public.

Cu toate că, prin concluziile scrise depuse, ,,,,susține că ,,,, 2005 SRL are calitatea de subcontractant, în conformitate cu prevederile Legii nr. 100/2016, contestatorul apreciază aceste susțineri ca fiind greșite, ,,,, „uitând” să menționeze și prevederile art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 invocate de SA prin contestație ce interzic subdelegarea și permit subcontractarea doar pentru serviciile conexe. Or, contestatorul susține că, serviciile contractate ,,,, de către ,,,,nu sunt servicii conexe, contractarea acestora fiind interzisă de lege.

Astfel, se arată că, art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 interzice în mod expres subdelegarea activităților din sfera serviciului de utilități publice de către operatorul căruia i s-a delegat serviciul sau activități componente ale acestuia, respectiv:

„Subdelegarea de către operator a gestiunii serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice este interzisă. Subcontractarea de lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/prestării serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice delegat/delegată, se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice.”

Or, contestatorul precizează, după cum a arătat și în contestație, că activitățile/serviciile conexe ce pot face obiectul unei subcontractări sunt cele care nu au legătură directă cu activitatea de realizare a serviciului de iluminat public, ci sunt subsidiare acesteia. Serviciul de întreținere ce poate fi subcontractant este serviciul de întreținere a echipamentelor de intervenție și nicidecum a echipamentelor ce fac parte din sistemul de iluminat, cum sunt cele menționate în Acordul de subcontractare, parte din oferta ,,,,SA.

Astfel, contestatorul învederează că, atât activitatea de "întreținere a sistemului de iluminat", cât și serviciile de "montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public; iluminat arhitectural și iluminat festiv", cum sunt cele subcontractate de ,,,,SA către ,,,, 2005 SRL, reprezintă activități principale componente ale serviciului de iluminat public, iar NU servicii conexe prestării serviciului, care ar fi putut face obiectul subcontractării conform îndrumării ANAP și a prevederilor art. 24 alin. (3) din Contractul de delegare a gestiunii.

Contestatorul apreciază că, interpretarea eronată a intervenientei în ceea ce privește exemplul menționat rezidă în faptul că interdicția subcontractării nu are în vedere așa-numita complexitate a activității realizate (e.g. și reparația unui utilaj necesar prestării serviciilor de întreținere a serviciului poate fi o operațiune complexă), ci natura acestei activități, respectiv măsura în care activitatea în cauză reprezintă, per se,

o activitate specifică și componentă a serviciului de iluminat public, astfel cum sunt acestea definite de art. 3 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 77/2007.

În consecință, contestatorul consideră susținerile ,,,,conform cărora "dacă pot fi subcontractate aceste tipuri de lucrări de execuție, complexe, este evident că exista posibilitatea de a subcontracta anumite operațiuni de întreținere a sistemului de iluminat", complet eronate.

De asemenea, contestatorul susține că, subcontractantul ,,,, SRL nu deține atestat ANRE CIA ȘI C2A pentru executarea în mod legal a activităților ce fac obiectul acordului de subcontractare încheiat cu , , astfel că, oferta ,,,,este neconformă.

Astfel, contestatorul arată că, Activitățile de "întreținere a sistemului de iluminat public" și "montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv", ce fac obiectul acordului de subcontractare încheiat de ,,,,cu ,,,, SRL, reprezintă activități pentru a căror realizare legea prevede necesitatea deținerii atestatelor ANRE CIA și C2A, fără a fi necesară o cerință a documentației de atribuire în acest sens.

Mai mult, se arată că, conform Regulamentului din 2021 pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice, atestatele sunt de mai multe tipuri, în funcție de „competențele titularului de atestat”, respectiv de activitatea pe care acesta este îndreptățit (atestat) să o realizeze, iar conform Anexei nr. 3 la Regulamentului din 2021 pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice, atestatele tip CIA și C2A sunt cele care permit intervenții la rețelele de iluminat public, aeriene sau subterane. Or, contestatorul susține că, atestatul de tip B deținut de ,,,, nu conferă dreptul de a executa intervenții la rețelele de iluminat public.

Așadar, intenția legiuitorului este clară, Anexa nr. 3 la Regulamentului din 2021 pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice menționând în mod expres că atestatele de tip CIA și C2A sunt pentru „rețele de iluminat public aerian și /sau subterane”.

Atestatul ANRE de tip B, a cărui deținere de către subcontractant a fost invocată de către intervenientă, permite realizarea doar de bransamente și vizează exclusiv rețele cu tensiuni nominale de până la 0,4 kV, conform Regulamentului menționat, față de rețele de până la 20kV ce compun sistemul de iluminat public. Astfel, ,,,, nu poate realiza lucrări în rețele de iluminat public.

În condițiile în care valoarea serviciilor subcontractate către ,,,, SRL reprezintă procent 33% din valoarea totală a contractului, rezultă că ,,,,a subdelegat 33% dintre serviciile ce fac obiectul contractului de delegare de gestiune, către un operator care nu este autorizat pentru prestarea acestor servicii.

Așadar, față de considerentele prezentate, contestatorul consideră că oferta ,,,,SA trebuia respinsă ca neconformă, în temeiul prevederilor art. 89 alin. (3) lit. a) din HG nr. 867/2016.

În ceea ce privește afirmațiile ,,,referitoare la SA, contestatorul învederează faptul că, în practica comercială, „transferul” de identitate nu există.

Cu alte cuvinte, contestatorul arată că, nu se poate pune un semn de egalitate, între ,,,SA și , acestea fiind două societăți diferite.

Mai mult, se arată că, ,,,este o societate ce are ca obiect principal de activitate, declarat, „Comerț cu ridicata al mobilei, covoarelor și a articolelor de iluminat”. Cu alte cuvinte, aceasta este activitatea din care ,,,obține profit, în care este specializată și nu lucrările ce fac obiectul contractului de concesiune având ca obiect delegarea gestiunii serviciului de iluminat public.

În fapt, contestatorul menționează faptul că, există multe articole, care vorbesc despre situația dezastruoasă a iluminatului din Bistrița, inclusiv contracte prin care Primarul Mun. declară: „Contractul cu compania care se ocupa de serviciul de iluminat public este un eșec” (<https://www.ziardebistrita.ro/primarul-ioan-turc-contractul-cu-compania-care-se-ocupa-de-serviciul-de-iluminat-public-este-un-esec-ce-are-de-gand-sa-faca-municipalitatea>).

În realitate, contractele susținute de ,,,prin concluziile scrise, în data , contestatorul învederează faptul că, Consiliul Local a votat și aprobat, cu 20 de voturi pentru, încetarea Contractului de delegare a gestiunii, prin concesiune, a serviciului de iluminat public din Mun. .

În opinia contestatorului, faptul că ,,,are obligația de a asigura serviciile de urgență, până la desemnarea unui alt operator, nu înseamnă că acest contract nu a fost reziliat, cum încearcă, cu rea-credință, să arate ,,,prin concluziile scrise.

Așadar, pentru toate considerentele anterior dezvoltate, contestatorul reiterează solicitarea privind admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Contestatorul a constituit cauțiunea în sumă de ron, conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. , emisă de CEC Bank – Sucursala , la data de .

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

,,,, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de concesiune, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „DELEGAREA GESTIUNII PRIN CONCESIONARE A SERVICIULUI DE ILUMINAT PUBLIC ÎN MUNICIPIUL ,,,”, cod CPV 50232100-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de concesiune nr. , criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate - preț”.

Împotriva documentației de atribuire, SA și SA au depus contestații, ce au fost soluționate prin Decizia CNSC nr. , prin care s-a dispus:

„Respinge, ca inadmisibilă, contestația depusă de SA, în contradictoriu cu MUNICIPIUL ,,,, pentru neconstituirea cauțiunii.

Ia act de renunțarea la contestația formulată de SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă MUNICIPIUL ,,,,.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.”

În cadrul procedurii au fost depuse 2 oferte, printre care și a contestatorului SC SA, ce au fost accesate în data de 16.11.2021, la sediul entității contractante.

Prin raportul procedurii nr. , entitatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de ,,,,SRL, având 95,42 puncte, iar oferta contestatorului SC SA s-a clasat pe locul II, având 88,28 puncte.

Împotriva rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii nr. SC SA a depus contestația în cauză, ce formează obiectul dosarului nr.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ,,,,SA; acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii, potrivit raportului procedurii nr. , fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, invocată de intervenient, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii nr. , ... SA a transmis contestația nr. , atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, inițial prin e-mail (poșta electronică), aceasta fiind înregistrată la Consiliu sub nr. , și ulterior prin servicii de curierat, AWB-ul firmei de curierat fiind datat .

Astfel, luând în considerare că, se critică rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii nr. , despre care a luat la cunoștință la data de (data postării în SEAP), raportat la data formulării contestației, respectiv , Consiliul reține că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

În ceea ce privește fondul contestației SA, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o admită, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, contestatorul critică oferta desemnată câștigătoare, respectiv SC ,,,,SRL, considerând că această ofertă *încalcă prevederile legale imperative ale art. 29 alin. (14) din legea nr. 51/2006, precum și ale documentației de atribuire - art. 24 alin. (1) din contractul de delegare a gestiunii serviciului de iluminat public.*

Astfel, acesta consideră că „acordul de subcontractare depus de SC ,,,,SA este nelegal, fiind o subdelegare mascată”.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că SC „„„SA a depus Acordul de subcontractare nr. 1/29.10.2021 - Formularul 19, prin care s-au subcontractat către „„„ SRL următoarele activități:

- **Activitatea de întreținere Sistem de iluminat;**
- **Servicii de montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv.**

Potrivit dispozițiilor 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, **„Subdelegarea de către operator a gestiunii serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice este interzisă. Subcontractarea de lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/prestării serviciului/uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice delegat/delegată, se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice.”**

Prin ÎNDRUMAREA privind noțiunile de subdelegare și subcontractare în cazul contractelor de delegare a serviciilor de utilități publice și diferențele dintre acestea, emisă de ANAP, autoritatea de reglementare în domeniul achizițiilor publice, în considerarea dispozițiilor art. 3 din OUG nr. 13/2015, au fost făcute următoarele precizări:

„Conform prevederilor legale, noțiunile de subdelegare și subcontractare sunt diferite și trebuie tratate distinct.

Cele două noțiuni sunt prevăzute împreună doar în cadrul contractelor de servicii de delegare de utilități publice. Noțiunile de delegare și implicit cea de subdelegare sunt reglementate doar de legislația specifică domeniului utilităților publice, aplicându-se așadar doar în cazul contractelor de utilități publice, și anume: 1. alimentarea cu apă; canalizarea și epurarea apelor uzate; colectarea, canalizarea și evacuarea apelor pluviale; 2. alimentarea cu energie termică în sistem centralizat; 3. salubritatea localităților; 4. iluminatul public; 5. alimentarea cu gaze naturale; 6. transportul public local de călători.

Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi: 1. un contract de concesiune (se transferă o parte semnificativă a riscului de operare către concesionar, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective). Veniturile operatorului provin, în principal, de la Beneficiarii finali (populație) sau

2. un contract de achiziție publică/sectorial (riscul semnificativ de operare în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective rămâne la AC/EC). În cazul unui contract de achiziție publică/sectorial, veniturile operatorului provin de la AC/EC.

În concluzie, noțiunea de delegare apare doar în cazul contractelor de concesiune sau al contractelor de achiziție publică/sectorială privind delegarea serviciilor de utilități publice și se referă la delegarea unui drept de a administra și de a exploata infrastructura tehnico-edilitară.

În consecință, subdelegarea nu este permisă de lege pentru că dacă ar fi permisă ar implica:

1. transferarea dreptului de operare în mod direct de la un privat la un alt privat, care a fost delegat de către o Autoritate Publică către un

operator printr-o procedură publică concurențială, ceea ce ar conduce la anularea concurenței obținute ca urmare a licitării contractului respectiv.

2. punerea la dispoziție a sistemului de utilități publice aferent serviciului delegat operatorului economic către care s-ar subdelega.

3. riscuri crescute pentru AC/EC (și, pe cale de consecință și pentru comunitatea deservită de utilitățile publice respective) pentru că ar pierde din controlul și pârghiile contractuale pe care le are în ceea ce privește calitatea serviciilor prin intervenția unui terț subdelegatar, comparativ cu situația în care aceste elemente sunt asigurate de consistența și exclusivitatea relației contractuale pe care o are cu operatorul economic contractor (și care nu subdeleagă parte din contractul său).

4. nerespectarea principiului concurenței din procedurile de achiziții/concesiuni pentru că ar permite contractorului câștigător să transfere părți din contract diverșilor operatori din industria respectivă/domeniul respectiv cu care poate chiar încheia aranjamente nelegale de control al pieței acestor tipuri de contracte.

În ceea ce privește subcontractarea, în cazul unui contract de delegare de utilități publice (fie contract de concesiune, fie contract de achiziție publică/sectorială), aceasta este permisă doar pentru lucrări sau servicii conexe, necesare furnizării/ prestării serviciului uneia sau mai multor activități din sfera serviciului de utilități publice delegat/delegată și se face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor publice/sectoriale sau al concesiunilor.

Concluzii:

Noțiunile de subdelegare și subcontractare vor fi tratate diferit în cadrul contractelor de servicii de delegare de utilități publice:

1. SUBDELEGAREA este interzisă (art. 29 alin. (14) din Legea nr. 51/2006),

2. SUBCONTRACTAREA este permisă, dar doar pentru lucrări sau servicii conexe, necesare prestării activităților din sfera serviciului de utilități publice delegat. Subcontractarea se va face numai în condițiile prevăzute de legislația din domeniul achizițiilor (art. 29 alin. 14 din Legea nr. 51/2006). Clauza contractuală referitoare la interzicerea subdelegării trebuie inclusă în toate contractele de delegare de servicii de utilitate publică (fie că sunt contracte de achiziție publică/sectoriale, fie că sunt contracte de concesiune). Această clauză nu contravine prevederilor legislației achizițiilor, aceasta fiind o caracteristică specifică acestui tip de contracte (respectiv de delegare a serviciilor de utilități publice) și legislației specifice aferente”.

Având în vedere dispozițiile legale anterior citate precum și pecizările ANAP aplicabile în speță, Consiliul apreciază că cele susținute de contestator sunt întemeiate, activitățile subcontractate de SC „„SA către „„„ SRL (Serviciul de întreținere și menținere în funcțiune a sistemului de iluminat, cât și Serviciul de montaj aferent modernizării, extinderii, telegestiunii sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv) reprezintă servicii principale, componente ale serviciului de iluminat public, și nu lucrări/servicii conexe, permise a fi subcontractate conform legislației specifice.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate susținerile intervenientului SC ,,,SA referitoare la faptul că trimiterea contestatorului la Îndrumarea emisă de ANAP nu ar trebui luată în considerare în prezenta speță, întrucât a fost publicată în data de 15.11.2021, ulterior publicării documentației de atribuire, deoarece aceasta aduce doar o interpretare a dispozițiilor legale preexistente, dispoziții care interzic subdelegarea în cazul contractelor de delegare a serviciilor de utilități publice.

Ori este evident că serviciile subcontractate de SC ,,,SA (Serviciul de întreținere și mentținere în funcțiune a sistemului de iluminat, cât și Serviciul de montaj aferent modernizării, extinderii, telegestiunii sistemului de iluminat public, iluminat arhitectural și iluminat festiv) nu pot fi apreciate ca fiind conexe serviciului principal care face obiectul delegării de gestiune prin concesiune a serviciului de iluminat public.

De altminteri, însuși intervenientul arată că art. 61 alin. (3), respectiv art. 74 alin. (3) din Regulamentul-cadru al serviciului de iluminat public emis de ANRE, aprobat prin Ordinul nr. 86/2007, detaliază ce presupun aceste operațiuni de „întreținere”:

„Întreținerea sistemelor de iluminat trebuie să se facă în permanență, prin curățarea periodică a corpurilor de iluminat, conform factorului de mentținere luat în calcul la proiectare astfel încât parametrii luminotehnici să nu scadă sub valorile admise între două operațiuni succesive de întreținere”.

„Nivelul de luminanță va fi menținut în timp prin întreținerea la perioade specificate a instalațiilor de iluminat, luându-se măsuri pentru înlocuirea lămpilor uzate, curățarea lămpilor și a corpurilor de iluminat, asigurându-se factorul de mentținere stabilit în caietul de sarcini”.

Contrar afirmațiilor intervenientului SC ,,,SA, în opinia Consiliului, activitățile de „întreținere a sistemului de iluminat”, și de „montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public; iluminat arhitectural și iluminat festiv” nu pot fi apreciate ca fiind conexe, întrucât activitățile/serviciile conexe ce pot face obiectul unei subcontractări sunt cele care nu au legătură directă cu activitatea de realizare a serviciului de iluminat public, ci sunt subsidiare acesteia.

În condițiile în care serviciul de „întreținere a sistemului de iluminat”, și serviciile de „montaj aferente modernizării, extinderii, telegestiunii Sistemului de iluminat public; iluminat arhitectural și iluminat festiv” fac parte din obiectul contractului de concesiune a serviciului de iluminat public, sunt servicii principale și obligatorii care trebuie permanent efectuate în derularea acestuia, nu se poate susține că acestea sunt servicii conexe, astfel că acestea nu pot fi subcontractate, în conformitate cu legislația specifică în materie.

În acest context, Consiliul apreciază că desemnarea ofertei SC ,,,SA ca fiind admisibilă și câștigătoare a procedurii nu are suport legal.

În consecință, analizarea celorlalte critici formulate de contestatorul SA nu mai prezintă relevanță, de vreme ce caracterul inadmisibil al ofertei SC ,,,SA nu poate fi înlăturat, conform celor mai sus reținute.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite

contestația formulată de SA și va dispune anularea raportului procedurii nr. și a comunicărilor subsecvente acestuia, precum și continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SC,SA potrivit motivării, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SC,SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației, invocată de intervenientul SC,SA.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu

Dispune anularea raportului procedurii nr. și a comunicărilor subsecvente acestuia.

Dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei SC,SA potrivit motivării, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de SC,SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....