



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) 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. 1279/C9/1288

Data: 08.06.2023

Prin contestația nr. 1760/15.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26018/15.05.2023, depusă de SA, cu sediul în, ..., sectorul 1, având CUI RO 13838255 și număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată prin - președintele Consiliului de Administrație, privind procedura de negociere fără publicarea unui anunț, organizată de SECTORUL AL MUNICIPIULUI, cu sediul în, ..., sectorul ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC ȘI STICLA COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA SECTORULUI AL MUNICIPIULUI, cod CPV 90500000-2 Servicii privind deșeurile menajere și deșeurile (Rev. 2), contestatoarea a solicitat:

1. admiterea contestației formulate și
2. în principal, anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 50 alin. (8) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
3. în subsidiar, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, conform prevederilor legale incidente și ale considerentelor deciziei Consiliului ce urmează a fi pronunțată, potrivit

motivelor de contestație dezvoltate în cele ce urmează, cu obligarea autorității contractante la prelungirea termenului de pregătire a ofertelor, raportat la volumul și complexitatea remedierilor necesar a fi aduse;

4. suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, potrivit art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Prin Încheierea nr. 1421/C9/1288 din 18.05.2023 s-a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației, formulată de SA.

**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 SA solicită cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea susține că, anterior, la data de 02.02.2023, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de delegare a gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticla colectate separat de pe raza sectorului 4 al municipiului, durata contractului fiind de 5 ani.

Prin decizia Consiliului nr. 579/C3/363 din 15.03.2023, s-a dispus anularea procedurii, pe motiv că nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016, fiind aplicabile cele ale Legii nr. 100/2016.

Autoritatea contractantă a formulat plângere împotriva deciziei care a făcut obiectul dosarului nr. 2143/2/2023, Curtea de Apel respingând plângerea ca nefondată, în data de 10.05.2023.

Deși plângerea nu era definitivă, la data de 04.05.2023, achizitoarea a decis lansarea unei noi proceduri pentru atribuirea unui contract cu același obiect.

Raportat la obiectul contractului, apreciază că, în analiza legalității și temeiniciei criticilor aduse documentației de atribuire trebuie să se țină cont și de Legile nr. 51/2006 și 100/2006 care conțin reglementări specifice serviciilor de salubritate.

Contestatoarea susține că este întemeiată contestația sa și se impune a fi admisă, pentru următoarele considerente:

1. Pentru atribuirea contractului ce are ca obiect delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticla colectate separat de pe raza sectorului 4 al municipiului nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016 a achizițiilor publice, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă invocă pentru organizarea procedurii de atribuire ca temei legal prevederile din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că, având în vedere obiectul contractului, pentru realizarea unei analize corecte a legalității procedurii, este necesar a se ține cont și de următoarelor dispoziții legale:

a) art. 1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice;

b) art. 51 alin. (8) și (9) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice;

c) art. 5 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

d) art. 6 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Contractul ce urmează a se atribui consideră că este un contract de concesiune, având în vedere că:

a) Plata serviciilor de sortare se va realiza de către operatorul de colectare separată și transport separat de deșeuri municipale, astfel cum rezultă din prevederile art. 6 din caietul de sarcini (pag. 11-12), respectiv ale art. 11 alin. (3) din modelul de contract de achiziție publică de servicii;

b) Prin urmare, riscul de operare este în sarcina operatorului.

Astfel, câtă vreme plata serviciilor de sortare se va realiza de către operatorii de salubritate, operatorul din cadrul contractului încheiat în urma prezentei proceduri este expus și riscului de neplată din partea acestor operatori, unul esențial în considerarea cash-flow-ului necesar pentru prestarea serviciului în mod continuu.

În aceste condiții, nu se poate considera că riscul de operare ar fi în sarcina autorității contractante, ci într-o proporție semnificativă în cea a operatorului, caz în care, potrivit art. 6 din Legea nr. 100/2016, procedura de atribuire și contractul de delegare încheiat ar fi trebuit să fie cele aferente concesiunilor de servicii.

În consecință, nu putea fi organizată o altă procedură decât una pentru încheierea unui contract de concesiune și în niciun caz pentru încheierea unui contract de achiziții publice de servicii cum a procedat autoritatea contractantă.

De asemenea, la secțiunea 9 din caietul de sarcini, sunt enumerate riscurile pe care ofertanții trebuie să le ia în considerare la întocmirea ofertei, printre acestea fiind enumerate și: cantitățile de servicii menționate în documentația de atribuire să nu fie atinse, respectiv cantitatea de deșeuri estimată să nu fie adusă în stația de sortare.

Chiar în studiul de oportunitate existent la nivelul sectorului 4 al Municipiului se prevede clar că, date fiind riscurile pe care le

implică derularea contractului, acesta are natura juridică a unui contract de concesiune, și nu de achiziție publică.

Este invocată Decizia nr. 138/10.05.2023 a Curții de Apel

Contestatoarea afirmă că nu s-ar putea derula o procedură de negociere fără publicare a unui anunț de participare pe motiv de urgență, dat fiind că o astfel de reglementare nu există în dispozițiile Legii nr. 100/2016.

Or, ținând cont de cele precizate mai sus prin raportare la prevederile art. 1 din Legea nr. 98/2016, rezultă că autoritatea contractantă în mod eronat a aplicat prevederile Legii nr. 98/2006.

2. Neîndeplinirea condițiilor legale pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, fapt pentru care derularea procedurii s-a făcut cu încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației impuse de dispozițiile art. 93 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Sunt invocate prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă nici măcar nu justifică urgența în aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare astfel cum aceasta este definită la art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, dispozițiile legale în vigoare impuneau finalizarea procedurilor de atribuire a contractelor de delegare de gestiune ce aveau ca obiect activitatea de sortare, încă de la 30 ianuarie 2023.

Astfel, la data de 30 septembrie 2022 au intrat în vigoare dispozițiile art. V alin. (2) din OUG nr. 133/2022, care prevăd clar termenul în care trebuie să fie încheiate contractele de delegare de gestiune, respectiv 120 de zile, termen care se împlinea la data de 30.01.2023. Faptul că autoritatea contractantă nu a respectat termenul imperativ prevăzut de lege și nu a întreprins niciun demers pentru respectarea acestuia nu poate constitui motiv de urgență.

Mai mult, la data de 26 aprilie 2023 s-a modificat art. V alin. (2) din OUG nr. 133/2022, stabilindu-se ca termen 31.12.2023. Prin urmare, urgența nu se justifică nici din perspectiva termenelor impuse prin dispozițiile legale pentru încheierea unui contract de delegare de gestiune pentru activitatea de tratare.

Nu în ultimul rând, se poate observa că dispozițiile Legii nr. 100/2016 nu prevăd situația derulării unei proceduri de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare pe motiv de urgență, astfel că anularea procedurii se impune și din această perspectivă.

3 Documentația de atribuire nu îndeplinește cerințele impuse de dispozițiile Legii nr. 101/2006, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 133/2022 și nici dispozițiile Legii nr. 51/2006.

Societatea contestatoare precizează că, în organizarea procedurii de delegare a gestiunii activității de sortare, pe lângă dispozițiile generale din Legea nr. 98/2016, trebuie să se țină cont și de cerințele specifice impuse prin Legea nr. 101/2006 și prin Legea nr. 51/2006, art. 22 alin. (4).

3.1. Obligativitatea publicării unui regulament al serviciului care să reglementeze serviciul de salubritate rezultă și din dispozițiile art. 8 alin. (3) lit. d¹) din Legea nr. 51/2006.

De altfel, inclusiv în caietul de sarcini se face trimitere la respectarea, în elaborarea ofertei, a regulamentului de organizare și funcționare a serviciului de salubritate, iar în modelul de contract, regulamentul serviciului este indicat ca anexă la contract.

Cu toate acestea, în cadrul documentației de atribuire, nu a fost publicat niciun Regulament al serviciului elaborat în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 101/2006 astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 133/2022, nici ca anexă la caietul de sarcini, nici ca anexă la modelul de contract.

De asemenea, nu se regăsesc în cadrul documentației de atribuire:

- anexa "Indicatorii tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național" indicată la art. 6 alin. (5) din modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (10) lit. e) din Legea nr. 51/2006;

- anexa "Indicatori de performanță" indicată la art. 6 alin. (9) din modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (11) lit. i) din Legea nr. 51/2006;

- modul de monitorizare și evaluare a îndeplinirii indicatorilor de performanță astfel cum se prevede în dispozițiile art. 29 alin. (11) lit. i) din Legea nr. 51/2006.

3.2. Stabilirea interdicției de a întrerupe prestarea serviciului doar în cazul în care neplata facturilor depășește 6 luni, timp în care delegatul ar trebui să susțină finanțarea serviciului de sortare din surse proprii, inclusiv contravaloarea serviciilor de depozitare și a contribuției pentru economia circulară (aferenta refuzului de sortare), reprezintă o clauză abuzivă și contrară principiului echilibrului contractual prevăzut de art. 20 alin. (2) lit b) din Legea nr. 101/2006¹, cu consecințe negative asupra activității delegatului.

4. Valoarea estimată a contractului nu a fost determinată în conformitate cu art. 13 și 15 alin. (1) din Normele metodologice din 2022 de stabilire (art. 13 și art. 15), ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de

salubritate aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 640/2022, iar în cadrul procedurii Studiul de oportunitate nu îndeplinește cerințele art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006.

Contestatoarea arată că, din informațiile furnizate prin documentația de atribuire, nu rezultă că tariful de 250 lei/tonă aferent serviciului de sortare s-ar fi făcut prin raportare la aceste prevederi legale.

Mai mult decât atât, în Studiul de oportunitate publicat nici nu există o determinare a valorii estimate a contractului doar pentru activitatea de sortare, fiind analizată și dezvoltată doar situația atribuirii în cadrul aceluiași contract atât a activităților de colectare și transport, cât și cea de operare stație de sortare deșeurilor menajere.

De asemenea, în analiza Studiului de oportunitate, au fost luate în considerare prevederile legale în vigoare anterior datei de 30 septembrie 2022, respectiv dispozițiile Legii nr. 101/2006 anterioare intrării în vigoare a modificărilor aduse prin OUG nr. 133/2022.

Astfel, societatea contestatoare precizează că analiza activității de sortare s-a făcut prin raportare la "sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare", iar nu doar la sortarea deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat din deșeurile municipale în stații de sortare, inclusiv transportul reziduurilor rezultate din sortare la depozitele de deșeurii și/sau la instalațiile de valorificare energetică.

Practic, analiza făcută prin Studiul de oportunitate, privește o altă activitate de salubritate decât cea care face obiectul prezentei proceduri.

Faptul că în determinarea valorii estimate a contractului nu s-a ținut cont de dispozițiile Ordinului ANRSC nr. 640/2022 rezultă și din faptul că în tot cuprinsul Studiului de oportunitate se face referire la Ordinul nr. 109/2007, ordin care a fost abrogat de Ordinul nr. 640/2022.

Această situație echivalează practic cu lipsa unui Studiu de oportunitate aferent acestei proceduri, ceea ce duce și la încălcarea dispozițiilor art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006.

În plus, în cadrul studiului de oportunitate, datele utilizate în determinarea valorii estimate nu sunt actualizate.

5. Cerințele legate de capacitatea tehnică și profesională impuse prin fișa de date au caracter restrictiv și încalcă principiul proporționalității.

5.1. Contestatoarea invocă prevederile art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și precizează că cerințele privind experiența similară și obținerea licenței, astfel cum au fost impuse prin documentația de atribuire, nu respectă nici cerința de a fi necesare, nici cerința de a fi adecvate și restrânge în mod artificial concurența.

La stabilirea acestei cerințe, autoritatea contractantă trebuia să specifice clar că se are în vedere încheierea unor contracte pentru

serviciile de sortare, astfel cum această activitate era reglementată în forma anterioară a legii - sortarea deșeurilor municipale și a deșeurilor similare - dat fiind că această reglementare acoperă cea mai mare parte a perioadei pentru care se solicită experiență similară - 17.03.2020-30.09.2022 - și raportat la aceste dispoziții legale au fost autorizate până în prezent stațiile de sortare.

Modificarea legislativă intervenită după data de 30.09.2022 (OUG nr. 133/2022) care a limitat activitatea stațiilor de sortare doar la deșeurile de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat din deșeurile municipale acoperă o perioadă relativ scurtă de timp și nu a avut impact asupra activității stațiilor de sortare deja autorizate, fapt pentru care, ținând cont de realitățile existente și în vederea asigurării participării la procedură a unui număr cât mai mare de competitori, autoritatea contractantă trebuia să specifice clar că, în vedere îndeplinirii cerinței referitoare la cantitatea de deșeuri procesate (minim 38.400 tone deșeuri), se vor lua în calcul toate deșeurile intrate în stația de sortare în ultimii trei ani.

5.2 Nelegală și restrictivă este și prevederea de la pct. 7 din caietul de sarcini unde se specifică faptul că: în termen de maximum 6 luni de la data intrării în vigoare a OUG nr. 133/2022, operatorii care prestează activitatea de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă, colectate separat din deșeurile municipale, au obligația să solicite și să obțină de la A.N.R.S.C. licența pentru activitatea de sortare a deșeurilor municipale colectate separat.

Luând în considerare faptul că OUG nr. 133/2022 a intrat în vigoare la data de 30 septembrie 2022, termenul de 6 luni se împlinește la data de 30 martie 2023.

Impunerea cerinței de a obține licența ANRSC până la 30 martie 2023 este nelegală și se solită eliminarea acesteia.

6. Cerințele tehnice minimale din caietul de sarcini de la secțiunea 2.8 pct. 5 referitoare la: iluminat public pe toată suprafața stației, hală de sortare închisă și acoperită cu sistem de ventilație sunt restrictive, excesive raportat la obiectul contractului și au ca scop restrângerea artificială a concurenței, având în vedere că:

1. Desfășurarea oricărei activități de salubritate, inclusiv activitatea unei stații de sortare nu poate avea loc decât în baza unei autorizații de mediu/autorizații integrate de mediu în conformitate cu dispozițiile OUG nr. 195/2005 privind protecția mediului;

2. Autorizațiile de mediu/autorizațiile integrate de mediu sunt emise de Agențiile pentru Protecția Mediului competente și urmăresc tocmai stabilirea parametrilor de desfășurare a activității în limitele stabilite de normele care asigură protecția mediului.

3. Acest fapt rezultă și din definiția dată acestor acte de reglementare la art. 2 pct 9 și pct. 10 din OUG nr. 195/2005.

Prin urmare, atât timp cât o instalație de sortare a deșeurilor colectate separat din deșeurile municipale deține autorizație de mediu/autorizație integrată de mediu, rezultă că îndeplinește toate condițiile din punct de vedere al protecției mediului pentru desfășurarea respectivei activități, astfel că impunerea îndeplinirii unor cerințe tehnice suplimentare cum sunt cele de mai sus, care nu sunt justificate nici din punct de vedere al respectării normelor de protecție a mediului, nici din punct de vedere al obiectului contractului (deșeurile reciclabile nu sunt generatoare de mirosuri astfel încât să se justifice existența unei hale închise sau a unui sistem de ventilație) este restrictivă și încalcă principiile nediscriminării, a tratamentului egal și al proporționalității, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea adaugă că, în ceea ce privește cerința privind iluminatul public, aceasta este nerealistă, spațiile aferente stațiilor de sortare fiind proprietatea privată a operatorilor economici, astfel că nu se poate asigura iluminat public în incinta acestor spații, ci eventual un sistem de iluminat implementat de operatorul economic.

Societatea contestatoare concluzionează că toate motivele anterior invocate vizează în opinia sa nelegalități de substanță și de structură ce afectează procedura de atribuire. Discutând despre neregularități structurale ale procedurii, care au la bază fie încălcări ale normelor legale în materie de atribuire a contractului, fie în materia serviciului de salubritate în particular ori a celor aplicabile serviciilor de utilități publice în general, ele nu sunt susceptibile de o simplă remediere a documentației de atribuire, ci aducerea la legalitate presupune o reconcepție a acestei proceduri, cu documentația aferentă.

Din aceste motive, argumentele anterior expuse sunt de natură a atrage anularea procedurii, conform art. 212 alin. (1) lit. c) teza I, coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. P10.3/998/22.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 27725/23.05.2023, SECTORUL ... AL MUNICIPIULUI a înaintat punctul său de vedere, prin care solicită să se dispună respingerea contestației, în principal, ca nefondată, precum și pentru motivele învederate prin cuprinsul punctului de vedere, raportat la fiecare motiv de contestare, cu consecința menținerii ca fiind legale și temeinice a actelor contestate, și continuarea procedurii de achiziție publică, în vederea atingerii necesității a cărei acoperire a justificat demararea procedurii.

I. Premergător analizării motivelor de contestare, achizitoarea precizează că operatorul economic folosește demersul de contestare, în sensul blocării oricărei inițiative, de așezare a serviciilor de salubritate,

scop de natură să-i profite acestuia în calitatea sa de operator de salubritate ce acționează pe piața de depozitare a deșeurilor și beneficiar al contractelor de delegare a gestiunii serviciilor de depozitare la nivelul Municipiului

În ceea ce privește motivele cu care contestatoarea investește Consiliul, autoritatea contractantă invocă următoarele apărări:

1. Pentru atribuirea contractului ce are ca obiect "DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC ȘI STICLA COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA SECTORULUI AL MUN." nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016 a achizițiilor publice, cu modificările și completările ulterioare.

Față de această critică, autoritatea contractantă invocă faptul că, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016, atribuirea contractului de achiziție publică este rezultatul unui proces care se derulează în 3 etape succesive: etapa de planificare/pregătire, inclusiv consultarea pieței, etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului, etapa postatribuire contract, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului.

În raport de considerentele de mai sus și prevederile legale aplicabile sus-menționate, aceasta precizează că decizia de a uza de dispozițiile Legii nr. 98/2016 pentru achiziția prezentei necesități nu se situează în etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului de achiziție publică, această opțiune, realizându-se în etapa de planificare/pregătire a procesului.

Achizitoarea afirmă că societatea contestatoare își fundamentează demersul de motivare pe o serie de texte normative, cărora le dă o interpretare secvențială, peste care suprapune concluzia sa neîntemeiată, respectiv, că autoritatea contractantă în mod eronat a aplicat prevederile Legii nr. 98/2006, fapt contrazis tocmai de conținutul normelor redactate de acesta, pe care Consiliul trebuie să le interpreteze în ansamblul său. Referitor la fondul criticii, art. 1 alin. (2) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 prevede că „În înțelesul prezentei legi, serviciile comunitare de utilități publice, denumite în continuare servicii de utilități publice, sunt definite ca totalitatea activităților reglementate prin prezenta lege și prin legi speciale, care asigură satisfacerea nevoilor esențiale de utilitate și interes public general cu caracter social ale colectivităților locale, cu privire la: e) salubritatea localităților.”

Potrivit art. 22 alin. (1) din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, autoritățile administrației publice locale sunt libere să hotărască asupra modalității de gestiune a serviciilor de utilități publice aflate sub responsabilitatea lor.

De asemenea, dispoziția art. 29 din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, stabilește:

Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi:

- contract de concesiune de servicii;
- contract de achiziție publică de servicii.

În cazul serviciilor de utilități publice, astfel cum sunt definite la art. 1 alin. (2), procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii se stabilește, după caz, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 și Legii nr. 100/2016.

Din dispozițiile citate ale Legii nr. 51/2006, coroborate, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul de a decide alegerea procedurii pentru încheierea contractului de delegare, textele normative reglementând în afară de orice dubiu, ca opțiune și încheierea unui contract de achiziție publică, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016.

Față de aceste considerente, apreciază că nu a încălcat prevederile legale, ci a manifestat o aplicare a acestora la situația de fapt incidentă, și-a manifestat dreptul de opțiune, alegând una dintre cele două căi legale deopotrivă posibile, în etapa planificare/pregătire a achiziției.

Așadar, atât timp cât derularea procedurii în baza Legii nr. 98/2016 este realizată cu respectarea dispozițiilor legale, autoritatea contractantă putând opta să organizeze procedura în maniera în care a făcut-o, Consiliul nu este în măsură să dispună anularea respectivei proceduri pe motive de oportunitate, aspect ce incumbă exclusiv competenței și responsabilității autorității achizitoare.

Referitor la lipsa de substanță a criticii înaintate, este de precizat, faptul că asocierea unui risc contractual care reprezintă un eveniment viitor incert și improbabil, cu riscul de operare, ca și condiție esențială pentru încheierea unui contract de concesiune, reprezintă în esență o susținere fără caracter serios.

Modul de decontare a serviciilor este unul care sub nicio formă nu stă în puterea autorității contractante, aceasta neavând puterea de a decide altfel, astfel cum decurge din conținutul documentelor achiziției. Delegatul urmează a încheia contracte cu operatorul de colectare a deșeurilor pentru prestarea activităților de salubritate prevăzute în prezentul contract desfășurate pe fluxul deșeurilor municipale și va emite facturi către acesta, același mod de decontare existând și în cazul contractului de concesiune.

Prin urmare, în această situație de reglementare strictă a decontării între operatori pe lanțul activităților de salubritate, legiuitorul permite dreptul de opțiune, prin raportare la dispozițiile Legii nr. 98/2016, alternativ cu cele ale Legii nr. 100/2016, altfel spus, consfințește dreptul autorității contractante de a decide pe baza asumării responsabilității între a încheia un contract de achiziții publice sau de concesiune.

Achizitoarea arată că riscul pe care operatorul îl va suporta în derularea acestui contract se raportează strict la activitatea sa, respectiv la modul în care se prestează respectivele activități delegate, organizate potrivit ultimelor modificări legislative care impactează activitatea.

Așadar, pentru a fi considerat un risc, situația invocată, trebuie să îndeplinească cumulativ condițiile susmenționate, or, riscul prestatorului de a nu primi plata pentru serviciul realizat:

- nu implică expunerea la fluctuațiile pieței, ci încălcarea unei obligații contractuale din partea debitorului,
- nu afectează dreptul prestatorului de a-și recupera plata serviciului prestat prin acționarea în judecată a debitorului, astfel încât acesta să își recupereze costurile efectuate în legătură cu exploatarea serviciilor.

În conformitate cu prevederile legale aplicabile în materia serviciului de salubritate, prin tarifele percepute pentru activitățile specifice serviciului de salubritate, desfășurate în baza acestor contracte de delegare, operatorul își va asigura recuperarea integrală a costurilor cu serviciile de operare, precum și a costurilor cu investițiile efectuate anterior și pe parcursul operării, în vederea prestării activității delegate.

Nu în ultimul rând, operatorul va beneficia conform prevederilor exprese ale documentației de atribuire și de posibilitatea ajustării, respectiv a modificării tarifelor, în conformitate cu dispozițiile Ordinului ANRSC nr. 640/2022, ceea ce constituie o garanție suplimentară cu privire la recuperarea costurilor înregistrate cu desfășurarea activităților specifice serviciului de salubritate ce fac obiectul acestor contracte.

Vizavi de legalitatea demersului contestatoarei este invocată decizia Consiliului nr. 711/C9/498, 580, 582 din 29.03.2023.

Referitor la alegațiile contestatoarei potrivit cărora: „(...) Prin urmare, chiar în studiul de oportunitate existent la nivelul sectorului 4 al Municipiului se prevede clar că, dat fiind riscurile pe care le implică derularea a contractului, acesta are natura juridică a unui contract de concesiune și nu a unui contract de achiziție publică”, este de precizat faptul că acestea nu reprezintă documente în contextul procedurii criticate.

Autoritatea contractantă transmite că, referitor la aceste susțineri, Consiliul nu are ca atribuții verificarea respectării unor obligații care exced legislației achizițiilor publice, iar Studiul de oportunitate nu reprezintă un document pe care autoritatea contractantă să fie obligată să îl includă în documentația de atribuire pusă la dispoziția potențialilor ofertanți, cu atât mai mult cu cât documentele din care citează contestatoarea nu sunt invocate în procedura criticată.

Referitor la efectele studiului publicat în contextul procedurii de licitație, alta decât cea de față, achiziția menționează întinderea efectelor pe care aceasta înțelege să o dea acelor documente în raport de procedura de licitație inițiată de aceasta și scopul pentru care a publicat aceste documente. Documentul de care face vorbire contestatoarea este un mix între fundamentare și oportunitate,

concluziile cu privire la fundamentare din acest document fiind pe deplin perimate și inaplicabile.

În altă ordine, autoritatea de reglementare ANRSC a opinat faptul că nu este necesară elaborarea unui Studiu de oportunitate în contextul în care se organizează o procedură competitivă de atribuire a contractului de prestare temporară a activităților de salubritate, ori, în contextul în care, autoritatea contractantă a invitat să depună oferta în cadrul procedurii de atribuire toți operatorii economici identificați care acționează pe piața de profil, de natură să asigure un grad adecvat de concurență, consideră că a asigurat acel nivel de competitivitate despre care face vorbire ANRSC și care îi exonerează de obligația de a elabora respectivul Studiu de oportunitate.

În ceea ce privește cele două tipuri de studii, de oportunitate și de fundamentare se fac următoarele mențiuni:

- Studiul de oportunitate are drept scop alegerea de către autoritatea contractantă a modalității de gestiune a serviciului de salubritate, respectiv gestiune directă sau gestiune delegată;

- Studiul de fundamentare are drept scop demonstrarea necesității și oportunității realizării unui proiect/contract pe termen lung, autoritatea contractantă având obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic, astfel cum este definit în legea privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Concluzionând, susține că:

- i. studiul despre care face vorbire contestatoarea nu reprezintă un document în contextul procedurii criticate;

- ii. întinderea efectelor acestui studiu, pe care autoritatea contractantă a înțeles și înțelege, pe baza principiului disponibilității, să le acorde acestui document, publicat la procedura de licitație deschisă pentru atribuirea activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat, privesc doar modalitatea de alegere a gestiunii, care este gestiunea delegată, celelalte efecte neavând legătură cu realitatea curentă, fiind perimate;

- iii. specularea efectelor din conținutul acestui document pentru inactivarea deciziei de alegere a procedurii de licitație deschisă în baza Legii nr. 98/2016, prin luarea în calcul a unor riscuri aferente unui proiect care nu se mai realizează la nivelul subunității administrativ teritoriale și a unor situații perimate, situează Decizia Consiliului nr. 579/C3/363/15.03.2023, pronunțată în dosarul nr. 363/C3/2023, definitivă prin decizia nr. 138/10.05.2023 a Curții de Apel, din punct de vedere al autorității contractante, în categoria erorilor judiciare.

2. Referitor la susținerea privind neîndeplinirea condițiilor legale pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui

anunț de participare, fapt pentru care derularea procedurii s-a făcut cu încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației impuse de dispozițiile art. 93 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă arată că, în mod concret, procedura de negociere fără publicare permite achizitorilor publici să achiziționeze bunuri și servicii în cel mai scurt timp posibil. Prin „procedura de negociere fără publicare”, dreptul Uniunii oferă un instrument suplimentar, care permite o atribuire mai rapidă a contractelor, pentru a se putea răspunde nevoilor stringente cu caracter urgent.

Procedura de atribuire aleasă a fost cea de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în considerarea următoarelor argumente:

I. Pe de o parte, recente modificări legislative - Legea nr. 101/2016;

II. Pe de altă parte, ținând cont de faptul că procedura de achiziție competitivă, având ca obiect „Delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza Sectorului 4 al Mun.”, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1051598/02.02.2023, în prezent în starea suspendată, la momentul inițierii procedurii, urmare a Deciziei Consiliului nr. 579/C3/363/ 15.03.2023, atacată cu plângere, cale de atac pendinte pe rolul Curții de Apel, ce formează obiectul dosarului 2143/2/2023;

Întrucât cele de mai sus reprezintă motive de extremă urgență, determinate de evenimente care nu puteau fi prevăzute de către autoritatea contractantă, termenele pentru procedurile de licitație deschisă, licitație restrânsă, negociere competitivă sau procedură simplificată nu pot fi respectate, se aplică procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare conform art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 prin atribuirea unui contract a cărui durată va înceta odată cu semnarea contractului atribuit ca urmare a aplicării procedurii competitive prevăzută de Legea nr. 98/2016.

3. Vizavi de susținerea că documentația de atribuire nu îndeplinește cerințele impuse de dispozițiile Legii nr. 101/2006, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 133/2022 și nici dispozițiile Legii nr. 51/2006, se arată că, raportat la pretinsa obligativitate de publicare a Regulamentului serviciului concomitent cu toate celelalte documente aferente documentației de atribuire, achizitoarea subliniază inexistența acestei obligații în cuprinsul dispozițiilor Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

Inclusiv dispozițiile la care contestatoarea face trimitere în cuprinsul contestației vizează etape diferite raportat la momentul finalizării procedurii de atribuire, și anume art. 8 alin. (3) lit. d¹) din Legea nr. 51/2006 care nu prevede în mod expres includerea Regulamentului

serviciului în documentația de atribuire, și respectiv art. 29 alin. (10) din același act normativ care vizează condițiile semnării contractului de delegare a gestiunii ulterior finalizării procedurii de atribuire.

Referitor la critica conform căreia „De asemenea, nu se regăsește în cadrul documentației de atribuire:

nici anexa "Indicatorii tehnici corelați cu cu țintele/obiectivele asumate la nivel național" indicată la art. 6 alin. (5) din Modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (10) lit. e) din Legea nr. 51/2006;

nici anexa "Indicatori de performanță" indicată la art. 6 alin. (9) din Modelul de contract și impusă prin dispozițiile art. 29 alin. (11) lit. i) din Legea nr. 51/2006 - "i) indicatorii de performanță privind calitatea și cantitatea serviciului și modul de monitorizare și evaluare a îndeplinirii acestora;"

(...)

Indicatorii de performanță aplicabili pentru activitatea de sortare;"
autoritatea contractantă transmite că indicatorul tehnic corelat cu țintele/obiectivele asumate la nivel național, pentru activitatea de sortare acesta este implicit legat de indicatorul de performanță.

Prin conținutul actului de contestare cu care operatorul economic a investit organul administrativ-jurisdicțional, contestatoarea aduce critici care nici măcar nu au corespondent în conținutul documentelor criticate, fără a motiva în vreun fel modul în care este vătămat de documentația autorității contractante.

Achizitoarea susține că, în fapt, contestatoarea lasă la latitudinea organismului administrativ-jurisdicțional să găsească argumente.

Simpla înșiruire a unor acte normative nu echivalează automat cu o încălcare a acestora, nicio dispoziție legată cunoscută neinstituind în persoana operatorilor economici drept de control asupra legalității actelor autorității contractante, poziție din care acesta să acționeze ca o autoritate în materie, astfel că o eventuală critică de încălcare a prevederilor legale nu poate fi susținută de inițiator doar la nivel declarativ pe bază de simple alegații, speculații, ci trebuie să se materializeze într-un demers serios de motivare, în caz contrar, contestației lipsindu-i elementele fundamentale de natură să conducă la admisibilitatea sa.

4. În ceea ce privește critica potrivit căreia valoarea estimată a contractului nu a fost determinată în conformitate cu art. 13 și 15 alin. (1) din Normele metodologice din 2022 de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 640/2022, iar în cadrul procedurii Studiul de oportunitate nu îndeplinește cerințele 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, autoritatea contractantă menționează că a procedat la estimarea valorii contractului cu respectarea normelor și prescripțiilor de la nivelul art. 7 și următoarele din Legea nr. 98/2016,

precum și cele ale art. 16 și următoarele din H.G nr. 395/2016, legea care îi era aplicabilă raportat la tipul de procedură uzitat.

Referitor la critica potrivit căreia valoarea estimată a achiziției nu a fost determinată în conformitate cu dispozițiile art. 13 și art. 15 alin. (1) din Normele metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate aprobate prin Ordinul nr. 640/2022, achizitoarea susține că se impune a fi respinsă, ca nefondată, întrucât Ordinul nr. 640/2022 nu reglementează modalitatea în care trebuie estimată valoarea contractului de delegare a gestiunii serviciului de sortare a deșeurilor, contestatoarea găsindu-se într-o eroare de interpretare a legislației pe care o invocă.

În fapt, potrivit art. 1 alin. (1), acest act normativ reglementează procedura de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și metodologiile de calcul ale tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate plătite de utilizator.

Mai mult, dispozițiile art. 15 alin. (1) despre care contestatoarea susține că nu ar fi fost respectate, fac referire la determinarea tarifului distinct pentru activitățile desfășurate de operatori pentru gestionarea deșeurilor reziduale din deșeurile municipale, inclusiv a reziduurilor menajere și similare și al altor deșeuri colectate separat decât cele de hârtie, metal, plastic și sticlă; în schimb, obiectul contractului supus procedurii de negociere este reprezentat de sortarea deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat.

Tariful aferent activității de sortare a deșeurilor este reprezentat de tariful ofertat de operatorul câștigător al procedurii de negociere, acesta nefiind un tarif determinat de autoritatea contractantă. Tariful ofertat trebuie însă fundamentat de către ofertanți, iar pentru a putea fi aplicat trebuie aprobat de către autoritatea deliberativă a unității administrative teritoriale.

Din cele mai sus arătate, rezultă că Ordinul nr. 640/2022 nu reglementează modul în care trebuie determinată valoarea estimată a achiziției, motiv pentru care critica contestatoarei se impune a fi respinsă ca nefondată.

Astfel, valoarea totală estimată, fără TVA, aferentă prezentei proceduri a fost determinată prin aplicarea tarifului per tonă la cantitatea total estimată.

Cu privire la estimarea valorii achiziției, contestatoarea invocă art. 9 alin. (1) și art. 12 din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cadrul anterior fixat, autoritatea contractantă apreciază că valoarea estimată reprezintă, pe de-o parte, un instrument aflat la dispoziția autorității contractante pentru a determina cuantumul

sumelor ce urmează a fi disponibilizate, iar, pe de altă parte, reprezintă un barometru utilizat în vederea evaluării propunerilor financiare depuse.

Aceasta consideră că, în motivarea demersului său, autoarea contestației critică în orb stabilirea valorii estimate, fără a cunoaște nicio informație privind modul de calcul al valorii estimate, criticile neavând o legătură directă cu modul de stabilire a valorii estimate, fără prezentarea vreunui argument concret care să vizeze conținutul și substanța operațiunii criticate.

Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept, sens în care dispune legiuitorul, singura ipoteză în care se admite completarea motivării este aceea de la art. 11 din Legea nr. 101/2016, când Consiliul apreciază că, în contestație, nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația

Achizitoarea afirmă că societatea contestatoare nu a furnizat Consiliului niciun motiv concret legat de modul și modalitățile concrete de stabilire a valorii estimate, recunoscând că nici măcar nu cunoaște aceste aspecte.

5. Referitor la cerințele legate de capacitatea tehnică și profesională impuse prin fișa de date au caracter restrictiv și încalcă principiul proporționalității, autoritatea contractantă arată că solicitarea unei minime experiențe în domeniu este conformă cu reglementările în vigoare în materie de achiziții publice și nu aduce atingere principiilor tratamentului egal și al nediscriminării în condițiile în care documentația de atribuire le permite ofertanților care nu au derulat astfel de contracte asocierea cu cei care dovedesc performanța solicitată în acest domeniu.

Numărul maxim de contracte ce se permite a fi invocat pentru îndeplinirea nivelului minim solicitat este stabilit cu respectarea principiului proporționalității, fiind formulat conform îndrumărilor de bună practică emise de ANAP, Instrucțiunea nr. 2/2017.

Achizitoarea consideră că motivarea contestatoarei potrivit căreia, la stabilirea acestei cerințe, autoritatea trebuia să specifice clar că se are în vedere încheierea unor contracte pentru serviciile de sortare, astfel cum această activitate era reglementată în forma anterioară a legii, nu îndeplinește exigența de motivare specifică demersului și se impune a fi respinsă, motivat de următoarele:

- perioada de raportare denotă o motivare superfluă, fără legătură cu prezenta procedura;

- din moment ce modalitatea de formulare a cerinței nu distinge în sensul presupus de contestatoare este evident că autoritatea contractantă nu solicită experiență pentru contracte derulate în viitor;

- neclaritățile/confuziile/îndoielile/presupuneri contestatoarei nu se pot constitui în motive de investire a organismului administrativ

jurisdicțional, în acest caz societatea având deschisă calea oferită de legiuitor a solicitărilor de clarificări.

5.2. Referitor la susținerea că nelegală și restrictivă este și prevederea de la pct. 7 din caietul de sarcini unde se specifică faptul că: în termen de maximum 6 luni de la data intrării în vigoare a OUG nr. 133/2022, operatorii care prestează activitatea de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă, colectate separat din deșeurile municipale, au obligația să solicite și să obțină de la A.N.R.S.C. licența pentru activitatea de sortare a deșeurilor municipale colectate separat, autoritatea contractantă achiesează la pretențiile contestatoarei, drept pentru care a procedat la eliminarea acesteia din cadrul cerințelor aferente documentelor achiziției, prin răspunsul consolidat la clarificările cu privire la documentația de atribuire, document ce a fost comunicat și societății contestatoare.

6. Referitor la susținerea că cerințele tehnice minimale din caietul de sarcini de la secțiunea 2.8, pct. 5 referitoare la: iluminat public pe toată suprafața stației, hală de sortare închisă și acoperită cu sistem de ventilație sunt restrictive, excesive raportat la obiectul contractului și au ca scop restrângerea artificială a concurenței, având în vedere faptul că asigurarea necesităților pe baze concurențiale reprezintă scopului legislației achizițiilor publice, și unul din principalele principii ale autorității contractante, atunci când inițiază proceduri de atribuire, în scopul de promovare a concurenței între operatorii economici, cât și al respectării principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, care prevalează în respectare, chiar dacă sunt raportate la drepturi ale autorității contractante, pentru a asigura accesul nerestricționat la procedură, cea din urmă afirmă că va achiesa la pretențiile contestatoarei și va elimina cerințele tehnice minimale din caietul de sarcini de la secțiunea 2.8, pct. 5 referitoare la: iluminat public pe toată suprafața stației; hală de sortare închisă și acoperită cu sistem de ventilație (astfel cum a fost adus la cunoștința tuturor operatorilor economici cărora li s-a transmis documentația de atribuire prin clarificarea din oficiu).

Pentru aceste considerente, astfel cum au fost expuse la nivelul prezentului punct de vedere, achiziția solicită să se dispună, respingerea contestației înaintate, în principal, ca nefondată, cu consecința menținerii ca fiind legale și temeinice a actelor contestate și continuarea procedurii de achiziție publică, în vederea atingerii necesității a cărei acoperire a justificat demararea procedurii.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 26603/17.05.2023.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 29872/06.06.2023, ... SA a depus concluzii scrise, prin care a

răspuns celor susținute în punctul de vedere de către autoritatea contractantă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

SECTORUL 4 AL MUNICIPIULUI a inițiat procedura de negociere fără publicarea unui anunț, în vederea atribuirii contractului având ca obiect DELEGAREA GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC ȘI STICLĂ COLECTATE SEPARAT DE PE RAZA SECTORULUI 4 AL MUNICIPIULUI, cod CPV 90500000-2 Servicii privind deșeurile menajere și deșeurile (Rev. 2), prin publicarea pe site-ul propriu a invitației nr. P10.3/825/04.05.2023, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin invitație pentru 24.05.2023, ora 1500. Valoarea estimată a contractului este 9.624.160,00 lei, fără TVA.

Nemulțumită de legislația aplicabilă procedurii în cauză și de prevederile documentației de atribuire, ... SA a înaintat contestația de față.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 220.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209161121/1 din 19.05.2023, eliberată de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, prin aceasta, sunt susținute următoarele elemente principale: pentru atribuirea contractului nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016; neîndeplinirea condițiilor legale pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, fapt pentru care derularea procedurii s-a făcut cu încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației impuse de dispozițiile art. 93 alin. (1) din HG nr. 395/2016; documentația de atribuire nu îndeplinește cerințele impuse de dispozițiile Legii nr. 101/2006, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 133/2022 și nici dispozițiile Legii nr. 51/2006; valoarea estimată a contractului nu a fost determinată în conformitate cu art. 13 și 15 alin. (1) din normele metodologice din 2022 de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate aprobate prin Ordinul ANRSC nr. 640/2022, iar în cadrul procedurii, Studiul de oportunitate nu îndeplinește cerințele art. 29 alin. (2) din Legea nr. 51/2006; cerințele legate de capacitatea tehnică și profesională impuse prin fișa de date au caracter restrictiv și încalcă principiul proporționalității; cerințele tehnice minimale din caietul de sarcini de la secțiunea 2.8, pct. 5, referitoare la : iluminat public pe toată suprafața stației, hală de sortare închisă și acoperită cu sistem de

ventilație sunt restrictive, excesive, raportat la obiectul contractului și au ca scop restrângerea artificială a concurenței.

Analizând prioritar excepțiile lipsei calității de persoană vătămată a contestatoarei și lipsei de interes în formularea contestației, ambele invocat de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, Consiliul reține a fi relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ care definește persoana care se consideră vătămată, ca fiind *orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) *are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și*
(ii) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.*

Art. 3 alin. (3) din lege, stabilește că, *în sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.*

În hotărârea Curții Europene de Justiție din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de ... (...), în procedura împotriva mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc *să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă.* Articolul precizat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În speță, ... SRL s-a considerat vătămat atât de legislația aplicabilă contractului și procedura aleasă, cât și de prevederile documentației de atribuire.

În punctul său de vedere, achizitoarea a susținut că demersurile contestatoarei tind către o imposibilitate efectivă de asigurare a serviciilor de salubritate la nivelul subdiviziunii administrativ teritoriale,

pe baze competitive, în condițiile în care apreciază pe deplin motivat că a respectat prevederile legale incidente, printre altele, chiar invitarea operatorului economic contestatar la procedură, având în vedere istoricul litigios, reprezentând o manifestare a principiului transparenței.

Față de cele reclamate de achizitoare, Consiliul reține că dreptul operatorului economic de a depune o contestație împotriva unei proceduri apreciate nelegale nu poate fi înlăturat prin constatarea lipsei interesului sau a calității de persoană vătămată, pe motiv că a formulat mai multe contestații împotriva procedurilor inițiate pentru atribuirea contractelor de salubritate la nivelul sectorului 4. Mai mult, chiar achizitoarea a recunoscut că demersurile litigioase ale contestatoarei în unele situații au fost soluționate favorabil, prin admiterea contestațiilor.

Or, demersurile repetate ale contestatoarei de depunere a unor acțiuni împotriva procedurilor de atribuire având un obiect similar nu constituie motive pentru a se aprecia că SA nu are interes în soluționarea cauzei, dacă consideră nelegală demararea procedurii și prevederile documentației de atribuire.

De asemenea, faptul că anumite proceduri, organizate în aceleași condiții, nu au fost contestate de SA nu înseamnă că nu are dreptul de a contesta prezenta procedură.

Astfel fiind, Consiliul va respinge excepțiile invocate și va soluționa cauza pe fond.

O primă critică privește faptul că, în cauză, nu trebuiau aplicate dispozițiile Legii nr. 98/2016, urmând a fi atribuit un contract de concesiune, și nu un contract de achiziție publică.

Contestatoarea, în susținerea celor afirmate în contestație, invocă următoarele dispoziții legale:

- art. 1 alin. (1) din Legea nr. 51/2006 Prezenta lege stabilește cadrul juridic și instituțional unitar, obiectivele, competențele, atribuțiile și instrumentele specifice necesare înființării, organizării, gestionării, finanțării, exploatării, monitorizării și controlului furnizării/prestării reglementate a serviciilor comunitare de utilități publice.

(2) În înțelesul prezentei legi, serviciile comunitare de utilități publice, denumite în continuare servicii de utilități publice, sunt definite ca totalitatea activităților reglementate prin prezenta lege și prin legi speciale, care asigură satisfacerea nevoilor esențiale de utilitate și interes public general cu caracter social ale colectivităților locale, cu privire la:

- a) alimentarea cu apă;
- b) canalizarea și epurarea apelor uzate;
- b¹) procesarea apelor uzate din cadrul unităților administrativ-teritoriale printr-un serviciu public inteligent alternativ;
- c) colectarea, canalizarea și evacuarea apelor pluviale;
- d) alimentarea cu energie termică în sistem centralizat;
- e) salubritatea localităților;**
- f) iluminatul public;
- f¹) alimentarea cu gaze naturale;

g) «abrogat»

h) transportul public local de călători.

- art. 29 alin. (8) din Legea nr. 51/2006 Contractul de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi:

a) contract de concesiune de servicii;

b) contract de achiziție publică de servicii.

(9) În cazul serviciilor de utilități publice, astfel cum sunt definite la art. 1 alin. (2), procedura de atribuire a contractelor de delegare a gestiunii se stabilește, după caz, în baza prevederilor Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016 și Legii nr. 100/2016.

- art. 5 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 Pentru aplicarea prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică după cum urmează:

h) contract de concesiune de servicii - contract cu titlu oneros, asimilat potrivit legii actului administrativ, încheiat în scris, prin care una sau mai multe autorități/entități contractante încredințează prestarea și gestionarea de servicii, altele decât executarea de lucrări prevăzută la lit. g), unuia sau mai multor operatori economici, în care contraprestația pentru servicii este reprezentată fie exclusiv de dreptul de a exploata serviciile care fac obiectul contractului, fie de acest drept însoțit de o plată;

- art. 6 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 Atribuirea unei concesiuni de lucrări sau de servicii implică întotdeauna transferul către concesionar a unei părți semnificative a riscului de operare de natură economică, în legătură cu exploatarea lucrărilor și/sau a serviciilor respective.

(2) Se consideră că o parte semnificativă a riscului de operare a fost transferată atunci când pierderea potențială estimată suportată de concesionar nu este una neglijabilă.

(3) Riscul de operare este riscul care îndeplinește, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) este generat de evenimente care nu se află sub controlul părților la contractul de concesiune;

b) implică expunerea la fluctuațiile pieței;

c) ca efect al asumării riscului de operare, concesionarului nu i se garantează, în condiții normale de exploatare, recuperarea costurilor investițiilor efectuate și a costurilor în legătură cu exploatarea lucrărilor sau a serviciilor;

(4) În sensul alin. (3), riscul de operare poate consta în:

a) fie riscul de cerere - riscul privind cererea reală pentru lucrările sau serviciile care fac obiectul concesiunii de lucrări sau de servicii;

b) fie riscul de ofertă - riscul legat de furnizarea lucrărilor sau a serviciilor care fac obiectul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii, în special riscul că furnizarea serviciilor nu va corespunde cererii. Riscul de ofertă poate fi împărțit în riscul de lucrare și riscul operațional legat de disponibilitatea serviciilor atunci când lucrarea și operarea constituie cele două mari faze ale proiectului de concesiune;

c) fie ambele riscuri, de cerere și de ofertă.

Față de dispozițiile legale invocate, contestatoarea a susținut că suntem în prezența unui **contract de concesiune, având în vedere următoarele:**

Contractul de "DELEGARE A GESTIUNII ACTIVITĂȚII DE SORTARE A DEȘEURILOR DE HÂRTIE, CARTON, METAL, PLASTIC SI STICLA COLECTATE SEPARAT

DE PE RAZA SECTORULUI AL MUN." ce face obiectul procedurii este un contract de concesiune, având în vedere că:

a) Plata serviciilor de sortare se va realiza de către operatorul de colectare separată și transport separat de deșeurilor municipale, astfel cum rezultă din prevederile art. 6 din Caietul de sarcini (pag 11-12), respectiv ale art. 11 alin. (3) din Modelul de Contract de achiziție publică de servicii;

b) Prin urmare, riscul de operare este în sarcina operatorului.

Astfel, câtă vreme plata serviciilor de sortare se va realiza de către operatorii de salubritate, operatorul din cadrul contractului încheiat în urma prezentei proceduri este expus și riscului de neplată din partea acestor operatori, unul esențial în considerarea cash-flow-ului necesar pentru prestarea serviciului în mod continuu.

Doar cu titlu exemplificativ, la acest moment are de încasat de la unul dintre operatorii de colectare din Municipiul creanțe de ordinul a milioane de EUR și care, independent de faptul că pot fi recuperate în urma acțiunilor în justiție formulate, afectează fundamental echilibrul contractual din cauza destabilizării cash-flow-ului.

În aceste condiții, nu se poate considera că riscul de operare ar fi în sarcina autorității contractante, ci într-o proporție semnificativă în cea a operatorului, caz în care, potrivit art. 6 din Legea nr. 100/2016, procedura de atribuire și contractul de delegare încheiat ar fi trebuit să fie cele aferente concesiunilor de servicii.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a invocat următoarele:

Față de această critică, autoritatea contractantă invocă faptul că în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016, atribuirea contractului de achiziție publică este rezultatul unui proces care se derulează în 3 etape succesive, și anume:

„etapa de planificare/pregătire, inclusiv consultarea pieței”,

„etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului”,

„etapa postatribuire contract, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului”,

În raport de considerentele de mai sus și prevederile legale aplicabile sus-menționate, precizăm că decizia autorității contractante de a uza de dispozițiile Legii nr. 98/2016 pentru achiziția prezentei necesități nu se situează în etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului de achiziție publică, această opțiune, realizându-se în etapa de planificare/pregătire a procesului.

Drept urmare, potrivit competenței sale materiale, stabilită expres prin dispoziția art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).” Consiliul urmează a se pronunța exclusiv asupra respectării legalității actelor autorității contractante emise după publicarea anunțului de organizare a procedurii, nu și asupra actelor autorității în pregătirea acesteia, cum este și decizia de alegere a tipului de procedură utilizat și a modalității de contractare.

Distincția făcută de legiuitor între etapele procesului ce vizează atribuirea unui contract de achiziție publică, conduce la concluzia că etapa de planificare este distinctă de cea de organizare și desfășurare a procedurii, doar cea din urmă intrând, potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sfera de competență materială a Consiliului pentru verificarea legalității ei.

Date fiind aspectele de fapt și de drept evocate, solicitarea contestatoarei, de invalidare a modalității de atribuire aleasă de autoritatea contractantă, nu este întemeiată.

Este invocată decizia Curții de Apel Cluj, nr. 398 din 12.05.2020, în care au fost expuse următoarele:

În ceea ce privește materia specială dedusă judecății, curtea reține ca dispozițiile art. 26 alin 2 din Legea nr 101/2016 stipulează că, cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat. Or, după cum se observă, legiuitorul nu a înțeles că în această materie specială să reglementeze o derogare de la prevederile dreptului comun. Or, reținând aceste dispoziții legale și considerații jurisprudențiale, curtea constată că s-a apreciat în mod corect de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor că în etapa de planificare a achiziției stabilirea tipului procedurii de atribuire ce urmează a fi desfășurată revine exclusiv autorității contractante, atribuțiile Consiliului vizând exclusiv etapa de organizare a procedurii de la momentul publicării în SEAP a anunțului până la momentul atribuirii contractului. În acest sens, dispozițiile art. 29 alin. 8 din Legea nr 51/2006 stipulează că un contract de delegare a gestiunii serviciilor de utilități publice poate fi contract de concesiune de servicii sau contract de achiziție publică, astfel că se constată că, în temeiul acestui text legal, autoritatea contractantă are dreptul de a alege tipul contractului, urmare a analizei tuturor elementelor pe care le implică delegarea gestiunii serviciilor în cauză, legea specială permițând așadar autorității să aleagă între contract de concesiune sau contract de achiziție publică, inclusiv acord-cadru, astfel că în mod corect s-a apreciat că nu este niciun motiv pentru a invalida această opțiune a autorității pentru motive de oportunitate.

Mai mult, în mod corect s-a concluzionat în decizia atacată că, deși argumentele expuse de petentă ar putea să pară pertinente din punct de vedere economic în ceea ce privește propria situație acest aspect nu prezintă relevanță în prezenta cauză, întrucât analiza pe care atât Consiliul, cât și instanța sunt chemate să o realizeze vizează aspecte de nelegalitate privitoare la derularea procedurii de atribuire, iar nu situația specială în care se află unul dintre operatorii economici ofertanți și măsura în care acesta ar putea fi avantajat din punct de vedere economic prin derularea unui anumit tip de procedură. [...].

Drept urmare, potrivit competenței sale materiale, stabilită expres prin dispoziția art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 *Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 [alin. \(2\)](#)*, Consiliul urmează a se pronunța exclusiv asupra respectării legalității actelor autorității contractante emise după publicarea anunțului de organizare a procedurii, nu și asupra actelor autorității în pregătirea acesteia, cum este și decizia de alegere a tipului de procedură utilizat și a modalității de contractare.

Din dispozițiile coroborate citate ale Legii nr. 51/2006, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul de a decide alegerea procedurii pentru încheierea achiziției publice în baza prevederilor Legii [nr. 98/2016](#), lege ce reglementează, ca opțiune de contractare.

Drept urmare, Consiliul stabilește că derularea unei proceduri pentru atribuirea unui contract, având obiectul supus discuției, nu încalcă prevederile legii serviciilor comunitare de utilități publice și nici legea

privind achizițiile publice, neexistând niciun motiv pentru invalidarea acestei opțiuni a autorității, pe motiv de nelegalitate.

Așadar, atât timp cât alegerea atribuirii unui contract, în baza Legii nr. 98/2016, este realizată cu respectarea dispozițiilor legale, autoritatea contractantă putând opta să organizeze procedura în maniera în care a făcut-o, Consiliul nu este în măsură să dispună anularea respectivei proceduri pe motive de oportunitate, aspect ce incumbă exclusiv competenței și responsabilității autorității achizitoare.

În susținerea raționamentului Consiliului este chiar textul art. 8 din HG nr. 395/2016, care stabilește următoarele:

(1) Atribuirea unui contract de achiziții publică/acord-cadru este rezultatul unui proces ce se derulează în mai multe etape.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a se documenta și de a parcurge pentru fiecare proces de achiziție publică trei etape distincte:

a) etapa de planificare/pregătire;

b) etapa de organizare a procedurii și atribuirea contractului /acordului-cadru;

c) etapa postatribuire contract/acord-cadru, respectiv executarea și monitorizarea implementării contractului/acordului-cadru.”

Văzând distincția făcută de legiuitor între etapele procesului ce vizează atribuirea unui contract de achiziție publică/acord-cadru, se observă că etapa de planificare este distinctă de cea de organizare și desfășurare a procedurii, cea din urmă intrând, potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sfera de competență materială a Consiliului pentru verificarea legalității ei.

Date fiind aspectele de fapt și de drept evocate, Consiliul conchide că solicitarea contestatoarei, de invalidare a modalității de atribuire aleasă de autoritatea contractantă, respectiv prin atribuirea unui contract, nu este întemeiată.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat Consiliu prin decizia nr. 844/C11/693,709,718 din 20.04.2022, în cuprinsul căreia au fost reținute și considerentele deciziei Curții de Apel Cluj, Secția contencios administrativ și fiscal, nr. 398 din 12.05.2020.

De asemenea, Consiliul are în vedere că, în cuprinsul punctului de vedere, achizitoarea a invocat faptul că procedura a fost inițiată pentru punerea în aplicare a deciziei Consiliului nr. 711/C9/498,580,582 din 29.03.2023. Or, în această decizie, s-a reținut în sensul celor de mai sus, respectiv că este alegerea autorității contractante aplicarea dispozițiilor Legii nr. 98/2016. Decizia amintită a rămas definitivă, fiind respinsă de către Curtea de Apel, Secția a X-a de contencios administrativ și fiscal și pentru achiziții publice (dosar nr. 2576/2/2023), plângerea formulată de Sectorul 4 al Municipiului

În ceea ce privește decizia nr. 138/10.05.2023, emise de Curtea de Apel, prin care s-a stabilit că, pentru atribuirea activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza sectorului 4 al municipiului, nu sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016, aceasta nu are autoritatea de lucru judecat pentru procedura de negociere, vizând o altă procedură.

Astfel fiind, se constată a fi nefondată critica mai sus cercetată.

Trecând la analiza celei de-a doua critici, se constată că aceasta este în referire la neîndeplinirea condițiilor legale pentru aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. S-a susținut încălcarea dispozițiilor art. 93 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 potrivit căroră *Înainte de inițierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă, autoritatea contractantă are obligația de a verifica întrunirea condițiilor prevăzute la art. 104 din Lege și să justifice încadrarea într-una din situațiile respective.*

În referatul de necesitate nr. P. 19/3077/04.05.2023, s-au consemnat următoarele:

Având în vedere:

A Modificările legislative, respectiv Legea nr. 101/2016:

- începând cu expirarea termenului până la care trebuie încheiat/e contractul/contractele de delegare de gestiune a activității de depozitare (după 120 de zile de la data intrării în vigoare a OUG nr. 133/2022), este interzisă prestarea de către operatori a activităților de sortare, tratare și /sau de eliminare, prin depozitare, a deșeurilor municipale fără contract de delegare încheiat cu unitatea/subdiviziunea administrativ- teritorială de pe raza căreia provin deșeurile;

- înainte de atribuirea activității de colectare separată și transport separat a deșeurilor municipale, unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, sectoarele Municipiului sunt obligate să atribuie, individual sau în asociere, activitățile de transfer, sortare, tratare anaerobă/aerobă și/sau de eliminare, prin depozitare;

B. Pe de altă parte, ținând cont de faptul că procedura de achiziție competitivă, având ca obiect „Delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza Sectorului 4 al Municipiului” inițiată prin anunțul de participare nr. { CN1051598} din 02.02.2023, în prezent în starea suspendată, urmare a Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 579/C3/363/15.03.2023, atacată cu plângere, cale de atac pendinte pe rolul Curții de Apel, ce formează obiectul dosarului 2143/2/2023;

C. Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 711/C9/498,580,582 din data de 29.03.2023 care obligă autoritatea contractantă în termen de 20 zile la modificarea documentației de atribuire inițiată prin anunțul de participare {CN1052470} din data de 23.02.2023, având ca obiect „Delegarea de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza Sectorului al Municipiului” respectiv a indicării stațiilor de sortare/tratare și depozitelor ecologice, conform celor din motivare, și decalării termenului pentru depunerea ofertelor.

Luând în considerare:

Principiile de organizare și funcționare a serviciului de salubritate stabilite prin Legea serviciului de salubritate a localităților nr. 101/2006, actualizată:

- a) Protecția sănătății populației;
- b) Autonomia locală și descentralizarea serviciilor;
- c) Responsabilitatea față de cetățeni,
- d) Conservarea și protecția mediului înconjurător;
- e) Asigurarea calității și continuității serviciului;
- f) Tarifarea echitabilă, corelată cu calitatea și cantitatea serviciului prestat;
- g) Nediscriminarea și egalitatea de tratament al utilizatorilor;
- h) Transparența, consultarea și antrenarea în decizii a cetățenilor;
- i) Administrarea corectă și eficientă a bunurilor din proprietatea publică sau privată

a unităților administrativ-teritoriale și a banilor publici;

j) Securitatea serviciului;

k) Dezvoltarea durabilă,

Față de cele menționate mai sus, pentru a asigura menținerea unui micro-climat favorabil îmbunătățirii calității vieții la nivelul comunității locale a Sectorului, este necesar demararea procedurii de atribuire a unui contract privind „Delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza Sectorului al Municipiului", având o durată de 12 luni, cu posibilitatea de prelungire a contractului pentru încă 12 luni.

(...)

D. Justificarea alegerii modalității de satisfacere a necesității

Având în vedere necesitatea autorității contractante de a încheia un contract de servicii privind „Delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza Sectorului al Municipiului", este necesară demararea unei proceduri de urgență până la atribuirea procedurii inițiate în SEAP.

Totodată, sunt de amintit cele susținute de autoritatea contractantă în punctul său de vedere:

I. Pe de o parte recente modificări legislative: Legea nr. 101/2016:

Începând cu expirarea termenului până la care trebuie încheiat/e contractul/contractele de delegare de gestiune a activității de depozitare (după 120 de zile de la data intrării în vigoare a OUG nr. 133/2022), este interzisă prestarea de către operatori a activităților de sortare, tratare și/sau de eliminare, prin depozitare, a deșeurilor municipale fără contract de delegare încheiat cu unitatea/subdiviziunea administrativ-teritorială de pe raza căreia provin deșeurile;

Înainte de atribuirea activității de colectare separată și transport separat al deșeurilor municipale, unitățile administrativ-teritoriale sau, după caz, sectoarele municipiului sunt obligate să atribuie, individual sau în asociere, activitățile de transfer, sortare, tratare anacrobă/aerobă și/sau de eliminare, prin depozitare;

II. Pe de altă parte ținând cont de faptul că procedura de achiziție competitivă, având ca obiect „Delegarea gestiunii activității de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticlă colectate separat de pe raza Sectorului al Mun.", inițiată prin anunțul de participare nr. CN1051598/02.02.2023, în prezent în starea suspendată, la momentul inițierii procedurii, urmare a Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 579/C3/363 din data de 15.03.2023, atacată cu plângere, cale de atac pendinte pe rolul Curții de Apel, ce formează obiectul dosarului 2143/2/2023;

III. Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 711/C9/498, 580, 582 din data de 29.03.2023 care obligă autoritatea contractantă în termen de 20

de zile la modificarea documentației de atribuire inițiată prin anunțul de participare CN 1052470 din data de 23.02.2023 având ca obiect „Delegarea de gestiune a serviciului public de salubritate pe raza Sectorului al Municipiului,” respectiv a indicării stațiilor de sortare/tratare și depozitelor ecologice, conform celor din motivare, și decalării termenului pentru depunerea ofertelor.

Față de cele de mai sus, se poate constata că motivul urgenței a fost determinat atât de punerea în aplicarea celor decise prin decizia anterioară a Consiliului nr. 711/C9/498,580,582 din data de 29.03.2023, cât și de faptul că procedura de licitație deschisă, inițiată prin anunțul de participare nr. CN1051598/02.02.2023, a fost anulată.

Faptul că, anterior pronunțării instanței vizavi de decizia de anulare a a procedurii, s-a inițiat procedura de negociere fără publicarea unui anunț, nu înseamnă că nu este justificată alegerea procedurii de negociere, câtă vreme derularea acesteia are în vedere perioada de până la atribuirea unui contract în urma derulării unei proceduri de licitație deschisă.

Astfel fiind, se constată a fi nefondate criticile contestatoarei vizavi de procedura aleasă.

Analizând în continuare criticile aduse documentației de atribuire, se poate constata că o primă critică privește lipsa din documentație a Regulamentului serviciului, a anexelor cu Indicatorii tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național și a anexei cuprinzând Indicatorii de performanță, precum și a modului de monitorizare și evaluare a îndeplinirii indicatorilor de performanță.

Contestatoarea a invocat următoarele dispoziții legale:

- art. 8 alin. (3) lit. d¹ din Legea nr. 51/2006 În exercitarea competențelor și atribuțiilor ce le revin în sfera serviciilor de utilități publice, autoritățile deliberative ale administrației publice locale asigură cadrul necesar pentru furnizarea serviciilor de utilități publice și adoptă hotărâri în legătură cu:

d¹) aprobarea documentației de atribuire, care va include obligatoriu proiectul contractului de delegare a gestiunii ce urmează a fi atribuit și anexele obligatorii la acestea - în cazul gestiunii delegate;

- art. 29 alin. (10) din același act normativ Contractul de delegare a gestiunii va fi însoțit în mod obligatoriu de următoarele anexe:

a) caietul de sarcini privind furnizarea/prestarea serviciului;

b) regulamentul serviciului;

c) inventarul bunurilor mobile și imobile, proprietate publică sau privată a unităților administrativ-teritoriale, aferente serviciului;

d) procesul-verbal de predare-preluare a bunurilor prevăzute la lit. c);

e) indicatori tehnici corelați cu țintele/obiectivele asumate la nivel național.

- art. 30 alin. (5) din același act normativ Documentația de atribuire cuprinde toate informațiile necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de organizare, desfășurare și aplicare a procedurii de atribuire a contractului de delegare a gestiunii și include în mod obligatoriu proiectul contractului de delegare a gestiunii și anexele obligatorii la acestea prevăzute la art. 29 alin. (13). În cazul asociațiilor de dezvoltare

intercomunitară având ca scop serviciile de utilități publice, documentația de atribuire se elaborează în cadrul asociației, se supune avizării autorităților deliberative ale unităților administrativ-teritoriale membre și se aprobă de adunarea generală a asociației, în calitatea acesteia de organ deliberativ, în baza mandatului primit.

Cum a arătat și autoritatea contractantă, pe de o parte, fiind aplicată Legea nr. 98/2016, normele de aplicare a acesteia aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 stabilesc ce anume documente cuprinde documentația de atribuire, nefiind inclus regulamentul serviciului între aceste documente, iar pe de altă parte, operatorul economic nu a indicat informațiile care lipsesc și care împiedică elaborarea unei oferte corespunzătoare.

Totodată, trebuie reținut că informații legate de indicatorii de performanță aplicabili pentru activitatea de sortare se regăsesc atât în caietul de sarcini (2.8-13), cât și în modelul de contract (art. 14), iar contestatoarea nu a enumerat care anume informații îi lipsesc și o împiedică în elaborarea ofertei și nici nu a argumentat în acest sens.

Vizavi de criticile referitoare la faptul că Stabilirea interdicției de a întrerupe prestarea serviciului doar în cazul în care neplata facturilor depășește 6 luni, timp în care delegatul ar trebui să susțină finanțarea serviciului de sortare din surse proprii, inclusiv contravaloarea serviciilor de depozitare și a contribuției pentru economia circulară (aferea refuzului de sortare), reprezintă o clauză abuzivă și contrară principiului echilibrului contractual prevăzut de art. 20 alin. (2) lit b) din Legea nr. 101/2006, cu consecințe negative asupra activității delegatului, se constată că acestora le lipsește argumentarea aferentă. Consiliul nu poate fi obligat să motiveze contestația în locul operatorului economic. Nu s-a indicat care ar fi perioada corectă pentru care delegatul ar trebui să susțină finanțare și nu au fost aduse argumente în susținerea respectivei perioade.

O altă critică adusă documentației de atribuire privește valoarea estimată, apreciindu-se că nu a fost stabilită cu respectarea dispozițiilor art. 13 și 15 alin. (1) din normele metodologice de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate, precum și de calculare a tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate, aprobate prin Ordinul nr. 640/2022 potrivit căruia – art. 13 alin. (1) În conformitate cu prevederile art. 17 alin. (5) lit. f) din O.U.G. nr. 92/2021, cu modificările și completările ulterioare, autoritățile administrației publice locale ale unităților/subdiviziunilor administrativ-teritoriale sau, după caz, asociațiile de dezvoltare intercomunitară, au obligație să calculeze și să aprobe:

(i) tariful distinct pentru activitățile desfășurate de operatori pentru gestionarea deșeurilor de hârtie, metal plastic și sticlă colectate separat din deșeurile municipale;

(ii) tariful distinct pentru activitățile desfășurate de operatori pentru gestionarea deșeurilor reziduale, inclusiv a reziduurilor menajere și similare și al altor deșeuri colectate separat decât cele de hârtie, metal, plastic și sticlă.

(2) Tarifele distincte prevăzute la alin. (1) se calculează și se aprobă, din propria inițiativă, a autorităților administrației publice locale ale unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale sau, după caz, a asociației de dezvoltare intercomunitară, la orice stabilire, ajustare sau modificare a unui tarif aferent vreunei activități de salubritate desfășurate de operatori pe fluxul deșeurilor municipale.

(3) Tarifele distincte prevăzute la alin. (1) nu se fundamentează pe elemente de cheltuieli;

- art. 15 alin. (1) Tariful distinct pentru activitățile desfășurate de operatori pentru gestionarea deșeurilor reziduale din deșeurile municipale, exprimat în lei/tonă, se calculează, în funcție de stadiul implementării sistemului de colectare separată a biodeșeurilor, astfel: a) în cazul în care nu este implementat sistemul de colectare separată a biodeșeurilor se calculează un tarif, potrivit formulei: (...).

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a invocat, referitor la modul de determinare a valorii estimate faptul că nu este aplicabil Ordinul amintit întrucât, potrivit art. 1 alin. (1) din norme acestea reglementează procedura de stabilire, ajustare sau modificare a tarifelor pentru activitățile de salubritate prevăzute la art. 2 alin. (3) din Legea serviciului de salubritate a localităților nr. 101/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și metodologiile de calcul ale tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea deșeurilor și a taxelor de salubritate plătite de utilizatori., iar potrivit art. 2 alin. (1) din același act normativ normele metodologice se aplică de către autoritățile administrației publice locale ale unităților/subdiviziunilor administrativ-teritoriale sau, după caz, de asociațiile de dezvoltare intercomunitară, la aprobarea tarifelor pentru activitățile de salubritate, la aprobarea tarifelor/taxelor distincte pentru gestionarea fracțiilor de deșeuri municipale colectate separat, precum și la aprobarea de către autoritățile administrației publice locale ale unităților/subdiviziunilor administrativ-teritoriale a taxelor de salubritate pentru utilizatori.

Totodată, a susținut că a respectat dispozițiile art. 7 și următoarele din Legea nr. 98/2016 și art. 16 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, aplicabile la tipul de procedură utilizat.

Față de cele expuse, ținând seama de faptul că s-a stabilit că, în cauză, sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016, urmând a fi încheiat un contract de achiziție publică, în urma unei proceduri de negociere, sunt aplicabile, implicit, pentru determinarea valorii estimate dispozițiile acestei legi. Ordinul nr. 640/2022 a cărui respectare este urmărită de contestatoare nu este aplicabil procedurii, în raport de cele anterioare stabilite.

Mai mult, astfel cum a susținut și achizițarea, trebuie avut în vedere că prevederile art. 15 alin. (1) din normele metodologice, citate mai sus, privesc calcularea tarifului pentru gestionarea deșeurilor reziduale din deșeurile municipale, obiectul contractului care urmează a se atribui fiind cel de sortare a deșeurilor de hârtie, carton, metal, plastic și sticla colectate separat.

Se constată, totodată, că nu au fost prezentate, în concret, calcule din care să rezulte erorile cu privire la determinarea valorii estimate.

Rezultă față de cele de mai sus caracterul nefondat al criticilor în discuție.

În ceea ce privește caracterul restrictiv al cerinței privind experiența similară, Consiliul constată că, prin fișa de date a achiziției, cap. III.1.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1, s-au solicitat următoarele: *Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat, în ultimii 3 ani, în cadrul unuia sau a maxim 3 contracte, servicii de sortare a minim 38.400 tone deșeuri.*

Contestatoarea a apreciat necesar a se specifica, în clar, că în vederea îndeplinirii cerinței referitoare la cantitatea de deșeuri procesate (minim 38.400 tone deșeuri) se vor lua în calcul toate deșeurile intrate în stația de sortare în ultimii trei ani.

Or, cum a arătat și autoritatea contractantă în punctul său de vedere, atâta vreme cât modalitatea de formulare a cerinței nu distinge asupra tipurilor de deșeuri este evident că nu se solicită experiența similară pentru contracte derulate cu aplicarea legislației aplicabile după 30.09.2022, data intrării în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 133/2022, ci se are în vedere experiența din ultimii trei ani.

Se constată, astfel, că nu este necesare o lămurire a cerinței în sensul cerut de contestatoare.

În ceea ce privește solicitare de eliminare a pct. 7 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a achiesat la această solicitare, prin răspunsul consolidat la clarificări, fiind eliminat acest punct. Astfel, critica a rămas fără obiect.

De asemenea, prin clarificarea nr. P10.3/997/22.05.2023, transmisă operatorilor economici cărora li s-a transmis documentația de atribuire, atașată punctului de vedere, au fost eliminate cerințele de la secțiunea 2.8 pct. 5 din caietul de sarcini, astfel că și critica aferentă acestor cerințe a rămas fără obiect.

Referitor la solicitarea de anulare a procedurii, Consiliul o va respinge, ca nefondată, dat fiind că s-a constatat caracterul nefondat al criticilor.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SA.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu Sectorul 4 (Primăria).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

....

MEMBRU,

.....