CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 8128/10.01.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1305/10.01.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ... – administrator, formulată împotriva documentației de atribuire, aferentă lotului 1, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de servicii, divizat pe loturi, având ca obiect *„Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare pentru activitățile de colectare separata și transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare, zona de colectare ..."*, s-a solicitat Consiliului:

- obligarea autorității contractante să ia măsurile de remediere a documentației de atribuire, în sensul revocării, modificării sau completării acesteia, pentru înlăturarea motivelor de nelegalitate indicate în cuprinsul contestației;

- obligarea autorității contractante la prelungirea termenul limită de depunere a ofertelor, cu perioada corespunzătoare efectuării remedierilor și cu timpul necesar ofertanților să adapteze ofertele față de remedierile adoptate.

Prin Încheierea nr. ... s-a admis solicitarea SC ... SRL de suspendare a procedurii de licitație deschisă, pentru lotul 1, organizată de ....

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 ... SRL critică conținutul documentației de atribuire.

În preambul, contestatoarea învederează faptul că este interesată de participarea la procedura de atribuire strict cu privire la prestarea serviciului aferent Lotului 1, astfel că toate referirile din cuprinsul contestației referitoare la procedura de atribuire, documentația de atribuire, contract s.a. vizează elementele relevante atribuirii contractului pentru Lotul 1.

Pentru început, contestatoarea susține că, prin adresa 2043/21.12.2017, autoritatea contractantă nu a adoptat măsurile de remediere, întocmai celor dispuse de CNSC, prin decizia nr. ..., iar, prin răspunsul la notificarea prealabilă, publicată în SEAP prin anunțul de tip erată nr. ..., clarificarea nr. 3/05.01.2018, a admis în parte notificarea prealabilă formulată, dar a respins critica cu privire la nelegalitatea remedierilor adoptate cu privire la art. 25.2 din modelul contractului.

Pe fond, contestatoarea critică nelegalitatea remedierii adoptate de autoritatea contractantă cu privire la art. 25.2 din modelul contractului, care, în forma contestată în fața CNSC în dosarul nr. ..., prevede: *„Clauzele contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public”,* respectiva clauză conferind un drept potestativ și discreționar autorității contractante, prin care aceasta poate modifica contractul, fără să poată fi determinate pe baza contractului elemente obiective justificative. Prin decizia CNSC, cu privire la criticile de nelegalitate ale art. 25.2 din modelul contractului, autoritatea contractantă a fost obligată să adopte măsuri de remediere, în sensul definirii exacte a motivelor și condițiilor în care autoritatea are dreptul de a modifica unilateral contractul, precum și eventualele drepturi compensatorii pentru delegat în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ ca urmare a acestor modificări.

Contestatoarea menționează că, prin adresa nr. 2043/21.12.2017, autoritatea contractantă a adoptat remedieri cu privire la acest articol, însă nu conform celor dispuse de CNSC, ci prin eliminarea integrală din cuprinsul modelului contractului a art. 25.2.

De asemenea, arată contestatoarea, pe lângă faptul că nu a respectat decizia inițială a CNSC, autoritatea contractantă a încălcat și dreptul conferit în favoarea delegatului de ai fi stabilite contractual eventuale compensații pentru modificările contractuale impuse autorității contractante din rațiuni tehnice economice, legislative sau de altă natură, modificări care, la un contract de lungă durată, precum cel în discuție, au caracter inevitabil.

Prin punctul de vedere nr. 28/17.01.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 2715/19.01.2018, referitor la nelegalitatea remedierii

adoptate cu privire la art. 25.2 din modelul contractului, autoritatea contractantă precizează că, urmare a deciziei CNSC nr. ..., a considerat că, la acest moment, nu pot fi definite cu exactitate rațiunile tehnice, economice sau de altă natură care ar putea apărea pe parcursul derulării contractului și care ar impune apărarea interesului public. Totodată, s-a considerat că există alte prevederi contractuale, în special cele ale clauzelor prevăzute la art. 19, care reglementează toate situațiile în care ... încetează contractul. În aceste condiții, s-a apreciat că se impune eliminarea clauzei prevăzute la art. 25.2 din clauzele contractuale.

Autoritatea contractantă menționează că, prin eliminarea clauzei prevăzute la art. 25.2 din clauzele contractuale, contestatoarea nu mai poate fi considerată persoană vătămată, deoarece nu mai riscă să sufere vreun posibil prejudiciu, prin modificarea unilaterală a contractului de către delagatar, în temeiul acestei clauze.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că, după eliminarea subclauzei 25.2, modificarea contractului se va realiza prin act adițional, în condițiile prevăzute în celelalte clauze contractuale și ale Codului civil.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de servicii, divizat pe loturi, având ca obiect „Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare pentru activitățile de colectare separata și transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare, zona de colectare ...”, clasificare CPV: 90511000-2 Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev.2) 90500000-2 Servicii privind deșeurile menajere și deșeurile (Rev.2) 90511200-4 Servicii de colectare a gunoiului menajer (Rev.2) 90512000-9 Servicii de transport de deșeuri menajere (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de concesionare nr. ..., valoarea estimată totală, fără TVA, fiind de 87.197.072,00 lei, fără TVA, împărțită astfel: Lotul 1 – 85.941.428 lei, fără TVA, Lotul 2 – 1.255.644 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost atașată anunțului de concesionare nr. 2924/04.10.2017.

În cadrul procedurii, împotriva documentației de atribuire aferentă lotului 1 - *Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului de salubrizare pentru activitățile de colectare separată și transport separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare din zona de colectare ...*, s-a depus contestația nr. 7983/03.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 46851/03.11.2017, înaintată de SC ... SRL, soluționată prin decizia nr. ..., prin care Consiliul admite contestația formulată și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să aducă modificările menționate în considerentele deciziei la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de

participarea la această procedură de atribuire, prin publicarea lor în SEAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 85 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

Nemulțumită fiind de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să pună în aplicare cele dispuse de Consiliu prin decizia sa, după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, se observă că singura critică a contestatoarei vizează demersul autorității contractante de a elimina, în întregime, din cuprinsul modelului de contract, art. 25.2, deși, învederează aceasta, Consiliul a instituit în sarcina autorității contractante obligația de a remedia cuprinsul acestei clauze.

În acest context, Consiliul constată că, prin decizia sa nr. ..., s-au reținut următoarele:

„G. Referitor la clauza prevăzută la art. 25.2 din modelul contractului, respectiv „Prevederile contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public", Consiliul reține că prin adresa nr. 1968/26.10.2017, lit. T, autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri de remediere:

„În clauzele contractuale în loc de

25.1 Clauzele obligatorii ale prezentului Contract vor putea fi modificate prin acordul părților, prin încheierea de acte adiționale.

25.2 Prevederile contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public

Se va citi:

25.1 Clauzele specifice ale prezentului Contract vor putea fi modificate prin acordul părților, prin încheierea de acte adiționale.

25.2 Clauzele obligatorii ale contractului vor putea fi modificate unilateral de către Delegatar atunci când rațiuni tehnice, economice sau de altă natură impun apărarea interesului public".

În soluționare, se observă că, deși autoritatea a înțeles să modifice clauza respectivă, nici prin modul ulterior de redactare nu se elimină arbitrariului din partea ei, prin nedefinirea, în mod clar, a condițiilor care conduc la necesitatea unei astfel de modificări a clauzelor contractului.

De asemenea, este constatat faptul că nici argumentele autorității contractante, din cuprinsul punctului de vedere, nu sunt în măsură să clarifice/justifice necesitatea și legalitatea clauzei criticate.

Dreptul autorității publice contractante de a modifica unilateral partea reglementară a contractului se fundamentează pe dreptul său exclusiv de a constata modificarea interesului public și de a adapta în consecință serviciul public, iar contractantul nu va putea contesta oportunitatea măsurii. În opinia Consiliului, acest drept al administrației nu poate fi exercitat însă în mod discreționar, ci numai dacă respectiva modificare este cerută de o mai bună adaptare a

contractului la necesitățile satisfacerii interesului public. Autoritățile publice competente organizează serviciile publice, în regim de drept public, în scopul satisfacerii unui interes public. În măsura în care autoritatea contractantă constată o modificare a interesului public, aceasta poate, prin acte administrative de autoritate, să modifice condițiile de desfășurare a serviciului public ori chiar să desființeze serviciul public, modificând sau, după caz, punând capăt contractului. Însă, apreciază Consiliul, acest drept nu poate fi restrâns sau limitat prin contractul administrativ.

Pe de altă parte, raportat la faptul că, într-o astfel de situație, nu se poate reține nicio culpă în sarcina delegatului, o asemenea de clauză contravine regulilor de drept, prin afectarea principiului forței obligatorii a contractului.

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a prevăzut în mod clar, precis și neechivoc, în cadrul documentației de atribuire modalitatea de modificare a contractului și nici vreo compensație aferentă Delegatului.

În concluzie, Consiliul, constatând temeinicia criticilor contestatoarei cu privire la acest aspect, va admite această critică și va dispune obligarea autorității contractante în definirea exactă a motivelor și condițiilor în care autoritatea are dreptul de a modifica unilateral contractul, precum și eventualele drepturi compensatorii pentru delegat în cazul în care echilibrul contractual este afectat în mod semnificativ ca urmare a acestor modificări".

În aplicarea acestor dispoziții ale Consiliului, prin adresa nr. 2043/21.12.2017, autoritatea contractantă a adoptat mai multe măsuri de remediere, printre care și cea criticată prin prezenta contestație:

„Măsura nr. 7

Se elimină clauza prevăzută la art. 25.2 din Clauzele contractuale.

NOTĂ: ca urmare a adoptării acestor măsuri de remediere, autoritatea contractantă va publica o erată la anunțul de participare".

În aceste condiții, Consiliul reține că noul conținut al clauzei 25 - Modificarea contractului este:

„25. MODIFICAREA CONTRACTULUI

25.1. Clauzele obligatorii ale prezentului Contract vor putea fi modificate prin acordul părţilor, prin încheierea de acte adiţionale. "

Astfel, se constată că noua prevedere reglementează posibilitatea modificării clauzelor contractuale obligatorii ale contractului numai prin acordul părților, sens în care nu se mai poate vorbi de existența, în cauză, a unei drept discreționar acordat autorității contractante, în detrimentul contestatoarei.

În acest context de fapt și de drept, Consiliul apreciază că măsura de remediere adoptată de autoritatea contractantă, chiar dacă nu este în deplină concordanță cu cele dispuse prin decizia sa anterioară, nu contravine considerentelor acesteia, care urmăreau

eliminarea arbitrariului cauzat de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să reglementeze situațiile care îi permiteau modificarea unilaterală a contractului. Or, atât timp cât o astfel de posibilitate a fost înlăturată, iar, la momentul de față, este necesar acordul partenerului contractual pentru ca modificarea apreciată necesară de o parte să poată opera, Consiliul observă că nu sunt identificate motive pentru care noua reglementare a art. 25 din contract să fie considerată abuzivă.

Unul dintre argumentele reținute de Consiliu, în decizia sa anterioară, în susținerea soluției regăsite în cuprinsul acesteia, a fost acela că existența clauzei, în maniera în care era redactată la momentul soluționării contestației respective, contravenea regulilor de drept, prin afectarea principiului forței obligatorii a contractului, astfel că, prin eliminarea ei întru-totul, au fost eliminate și situațiile ulterioare, care ar fi putut apărea în derularea contractului, cu consecințe asupra respectării normelor legale.

De asemenea, este observat faptul că prin contract sunt reglementate situațiile în care, atunci când interesul național sau local o impune, contractul să fie denunțat unilateral de Delegatar, însă cu plata unei despăgubiri juste şi prealabile în sarcina acestuia [clauza 19.4, lit. b) din contract *„19.4. Prezentul contract poate înceta fără nicio formalitate, punere în întârziere sau intervenția unei instanțe judecătorești, în următoarele situații: (...) b) în cazul în care interesul național sau local o impune, prin denunțarea unilaterala de către Delegatar, cu plata unei despăgubiri juste şi prealabile în sarcina acestuia*”], observându-se astfel că nu mai există motive pentru a se constata un eventual prejudiciu cauzat Delegatului, din acest punct de vedere.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

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

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

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.