



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 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. 896/C3/804

Data: 02.06.2020

Prin contestația nr. 1720/30.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 16900/04.05.2020, înaintată de SA, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin Director General - și convențional prin avocat, formulată împotriva organizării procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, de către JUDEȚUL (.....), cu sediul în, str. Calea Dorobanților, nr. 106, județul, în vederea atribuirii contractului de "Delegarea gestiunii activității de operare și administrare a Depozitului de Deșeuri din cadrul Centrului de Management Integrat al Deșeurilor", s-a solicitat:

În principal:

1. anularea adresei nr. 11686/23.04.2020 și a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii, precum și reluarea procedurii, de la momentul transmiterii invitațiilor de participare;

2. obligarea autorității contractante la transmiterea către ea a invitației de participare, însoțită de documentația de atribuire, cu acordarea unui termen rezonabil pentru elaborarea și transmiterea ofertei, precum și obligarea autorității contractante la suspendarea procedurii, până la soluționarea cauzei pe fond.

În subsidiar: anularea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare.

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

Prin contestația nr. 1720/30.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 16900/04.05.2020, ... SA, contestă procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, organizată de JUDEȚUL (.....), considerând că autoritatea contractantă a organizat procedura ce face obiectul prezentei cauze, pe un act normativ inaplicabil, respectiv art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și că, prin natura lor și în sensul cadrului normativ existent, serviciile de salubritate a localităților pot fi atribuite, exclusiv, prin proceduri de concesiune organizate în temeiul Legii nr. 100/2016.

Contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 1258/26.03.2020, a solicitat autorității contractante să îi transmită o invitație de participare, însoțită de documentația de atribuire, la procedura ce face obiectul prezentei cauze.

Prin adresa nr. 11686/23.04.2020, autoritatea contractantă i-a comunicat contestatoarei, refuzul de a-i transmite invitația de participare, precizând că: „Regia Autonomă a Domeniului Public -, este singurul operator autorizat să asigure fluxul de deșeuri pentru județul, iar situația de urgență nu permite posibilitatea transmiterii invitației de participare către mai mulți operatori economici care, la această dată, nu au capacitatea să asigure fluxul de deșeuri pentru județul, respectiv realizarea unei negocieri competitive”.

La data de 15.04.2020, autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de concesiune PC1001467/15.04.2020, Fișa de date și documentația de atribuire aferentă contractului de concesiune cu denumirea “Delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului public de operare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor, cod CPV 90500000 – 2 Servicii privind deșeurile menajere și deșeurile.

În opinia contestatoarei, obiectul acestei noi proceduri este identic cu cel al procedurii de negociere fără publicarea unui anunț.

Având în vedere identitatea noii proceduri cu cea a procedurii de negociere fără publicare a unui anunț, contestatoarea precizează că, se consideră o persoană vătămată, în sensul dispozițiilor art. 2, raportat la art. 3 alin. (1), lit. f) din Legea nr. 101/2016, întrucât:

- este operator economic activ și foarte experimentat în domeniul serviciilor de depozitare, tratare și sortare deșeuri;
- are în obiectul de activitate aceleași servicii care fac obiectul procedurii de achiziție publică;
- iar refuzul autorității contractante de a-i transmite invitația de participare, în opinia sa, este nelegal și vătămător și o lipsește de șansa de a participa cu ofertă și de a câștiga procedura de atribuire.

Contestatoarea susține că îndeplinește toate cerințele impuse prin documentația de atribuire, astfel cum a fost aprobată prin Hotărârea nr. 62/20.03.2020 a Consiliului Județean, iar refuzul autorității contractante de a-i transmite invitația de participare, însoțită de documentația de atribuire, este nelegal și abuziv, fiind încălcate atât dispozițiile art. 94 din HG nr. 395/2016, cât și dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei, în situația de față, contrar celor reținute de autoritatea contractantă, nu există niciun impediment legal pentru transmiterea invitației de participare.

Susținerea autorității contractante, potrivit căreia ar exista o situație de criză în ceea ce privește gestionarea de deșuri la nivelul județului, apreciază contestatoarea, este golită de conținut, având în vedere faptul că momentul decembrie 2019 este invocat cu claritate prin actele juridice menționate chiar de către autoritatea contractantă, prin adresa nr. 11686/ 23.04.2020, respectiv: Memorandumul nr. 20/27033/AT/20.12.2019; Hotărârea nr. 1/29.01.2020 a Comitetului Județean pentru Situații de Urgență; Adresa Agenției pentru Protecția Mediului nr. 3985/ 19.02.2020; Hotărârea nr. 17/15.04.2020 a Comitetului Județean pentru Situații de Urgență

Din conținutul Hotărârii nr. 1/29.01.2020 a Comitetului Județean pentru Situații de Urgență, precizează contestatoarea, rezultă că situația de urgență, din perspectiva gestionării la nivelul județului, era existentă încă din luna iunie 2019.

În opinia contestatoarei, transmiterea unei invitații, către ea, nu ar fi avut niciun fel de impact asupra situației de urgență, deoarece nu opera o prelungire a timpului necesar pentru atribuirea contractului.

În ceea ce privește refuzul, contestatoarea face următoarele precizări:

1. necesitatea ca operatorul economic să fie autorizat pentru a asigura fluxul de deșuri pentru județul a fost inventată de către autoritatea contractantă, doar pentru a justifica refuzul nelegal de a-i comunica o invitație de participare;

2. este supusă acelorași proceduri de autorizare (inclusiv, din perspectiva autorizăției de mediu) și licențiere (licența de operare ANRSC), ca și RADP -

3. faptul că RADP - este un operator local de salubritate nu justifică desfășurarea procedurii ce face obiectul prezentei cauze;

4. procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, către mai mulți operatori economici (art. 94 din HG nr. 395/2016).

5. prin refuzul de a-i transmite invitația de participare și prin favorizarea evidentă și nejustificată a RADP -, autoritatea contractantă a încălcat principiul nediscriminării și al tratamentului egal.

Transmiterea invitației de participare doar unui participant, acesta neavând cu cine să concureze la preț, autoritatea contractantă nu a putut obține cel mai mic preț posibil, nedând astfel eficiență în utilizarea fondurilor publice.

În acest sens, contestatoarea invocă jurisprudența CNSC, prin care s-a arătat că practica transmiterii invitației de participare către un singur operator, în condițiile în care există și alți operatori care și-au manifestat dorința de a primi invitație și de a depune ofertă, nu poate fi acceptată deoarece restrânge concurența.

Mai mult, contractul ce face obiectul procedurii de negociere fără publicare a unui anunț de participare nu poate fi, în realitate, decât un contract de concesiune și nu unul de achiziții publice, întrucât:

„1. atribuirea acestui contract este o soluție temporară, până la finalizarea procedurii competitive;

2. serviciile ce fac obiectul procedurii de negociere se suprapun cu serviciile ce fac obiectul procedurii de licitație deschisă;

3. Cap. I – Riscuri din Caietul de sarcini, atribuirea contractului de servicii implică transferul către delegatar a unui risc de operare legat de exploatarea infrastructurii necesară operării;

(...)

5. în documentația de atribuire se folosesc termenii „delegat” și „delegator”, terminologie specifică domeniului concesiunilor;

6. modelul de contract din documentația de atribuire conține, în totalitatea sa, clauze specifice unui contract de achiziții publice de servicii”.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu putea organiza o altă procedură decât una pentru încheierea unui contract de concesiune. În materia serviciilor de salubritate, nu există posibilitatea derulării unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț, în temeiul Legii nr. 98/2016.

În drept, contestația este întemeiată pe dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

În replică, prin adresa nr. 15420/06.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 17348/06.05.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere referitor la cererea de suspendare a procedurii, formulată de către SA, prin care supune atenției că obiectul contestației nu intră în competența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, fiind vorba despre un act administrativ adoptat de către o autoritate publică locală, asupra legalității căruia Consiliul nu poate să se pronunțe.

Precizează autoritatea că, până la proba contrarie, actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, prezumție care, la rândul ei, se bazează pe autenticitate și veridicitate, de unde decurge că a nu executa un act administrativ, emis în baza legii, echivalează cu a nu executa legea.

Or, atâta timp cât HCJ nu este contestată sub aspectul legalității, aceasta se bucură de prezumția de legalitate, astfel cum se bucură de aceeași prezumție și toate actele ce decurg din aceasta.

În opinia sa, refuzul de a transmite contestatoarei invitația de participare este generat de însuși respectarea și punerea în aplicare a art. 2 al HCJ nr. 62/20.03.2020, care statuează, în mod expres, că invitația la negociere și transmiterea documentației de atribuire se va face către RADP -

Autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei, la solicitarea Consiliului, punctul de vedere nr. 15420/06.05.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 17348/06.05.2020, referitor la cererea de suspendare a procedurii, în data de 19.05.2020, ora 11:14, transmitând Consiliului dovada în acest sens, la aceeași dată.

Cu adresa nr. 1947/19.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 19453/19.05.2020, contestatoarea a transmis, răspuns la punctul de vedere al

autorității contractante, privind cererea sa de suspendare a procedurii, precizând că i-a fost comunicat, prin e-mail, în data de 19.05.2020.

În ceea ce privește apărarea autorității contractante referitoare la lipsa de competență a CNSC în soluționarea prezentei cauze, contestatoarea susține că, la o analiză de ansamblu a obiectului contestației și a conținutului său, demonstrează că aceasta a fost îndreptată, exclusiv, împotriva procedurii de achiziție prin negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare și nu împotriva Hotărârii nr. 62/20.03.2020 emisă de către

Prin adresa nr. 15667/07.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 19343/19.05.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere referitor la contestația formulată de către SA, prin care solicită respingerea acesteia.

Aspectul cel mai relevant, care vine în susținerea situației de urgență, este cel care vizează punerea în pericol a sănătății populației și a mediului înconjurător. În acest sens, autoritatea citează, cu titlu de exemplu:

1. adresa DSP nr. 8902/16.10.2019, în care se menționează că „populația din vecinătatea depozitelor de deșeuri poate fi expusă la risc de îmbolnăviri cu alterări ale funcției pulmonare, evenimente cardio - respiratorii, infecții respiratorii acute, acutizarea afecțiunilor comice (bronșite, astm, BPOCJ, intoxicații cu amoniac, metan, hidrogen sulfurat; bolile infecțioase cu transmitere enterală (hepatită acută virală, boli diareice, febră tifoidă, paraziteze)”;

2. adresa Centrului de Mediu și Sănătate nr. 868/16.10.2019, din care rezultă impactul negativ asupra sănătății populației, în cazul nefinalizării, în regim de urgență, a CMID;

3. adresa DSVSA nr. 18651/1904/21.10.2019, din care rezultă că depozitarea ilegală a deșeurilor și gestionarea necorespunzătoare a acestora reprezintă surse de risc, atât pentru sănătatea oamenilor cât și pentru sănătatea animalelor, prin potențiala dezvoltare și răspândire directă a agenților patogeni.

Prin adresa nr. 661/MB/24.12.2019, Ministerul Fondurilor Europene a transmis autorității contractante Memorandumul nr. 20/27033/AT/20.12.2019, cu tema “Aprobarea unor soluții temporare privind delegarea serviciilor de operare a infrastructurii pentru proiectele fazate, finanțate din fonduri europene, în domeniul deșeurilor, astfel încât eligibilitatea cheltuielilor deja efectuate să nu fie periclitată, până la finalizarea procedurii competitive”, în care sunt prevăzute condițiile ce trebuie îndeplinite cu privire la obligațiile asumate prin proiect, și anume:

- demararea procedurii competitive de achiziție, pentru operarea infrastructurii;

- demonstrarea situației de urgență, care să necesite adoptarea unei soluții temporare de operare a infrastructurii;

- în cadrul soluției temporare, fluxul deșeurilor trebuie să fie conform celor stabilite în aplicația de finanțare (respectiv, să se utilizeze infrastructura realizată în cadrul SMID, precum și să se asigure, în măsura

în care este fezabilă, tratarea deșeurilor înainte de eliminare, prin depozitare);

- asumarea, prin hotărâre a consiliului județean, a faptului că adoptarea soluției este temporară, până la finalizarea procedurii competitive;

- respectarea tarifelor maxime stabilite prin proiect;

- utilizarea contractelor standardizate de operare recomandate de Autoritatea de Management, ANRSC și

Autoritatea contractantă menționează că a demarat procedura de negociere fără publicare după îndeplinirea acestor condiții.

În cadrul procedurii de autorizare, Agenția pentru Protecția Mediului, prin adresa nr. 366 din 22.01.2020, a revenit, în completarea îndrumarului transmis cu nr. 366/15.01.2020, cu solicitarea de refacere a documentației depuse pentru obținerea Autorizației Integrate de Mediu, pentru Centrul de Management Integrat al Deșeurilor cu „(...) prezentarea fluxurilor din cadrul managementului integrat al deșeurilor derulate atât pe amplasament cât și externalizate (în acest sens se va depune dovada colaborării cu firmele prin care se vor realiza activitățile externalizate)”.

..... a solicitat Agenției pentru Protecția Mediului să comunice care sunt operatorii care dețin capacitățile autorizate să asigure fluxul de deșeuri până la acceptarea deșeurilor la depozitare. Prin adresa nr. 3985/19.02.2020, Agenția pentru Protecția Mediului, a transmis informațiile privind capacitățile autorizate să asigure fluxul de deșeuri.

Din analiza informațiilor comunicate de către Agenția pentru Protecția Mediului, susține autoritatea contractantă că singurul operator economic care are capacitatea autorizată să asigure fluxul de deșeuri este RADP (120.000 tone/an).

În susținerea tezei, în sensul că RADP este singurul operator economic care are capacitatea autorizată să asigure fluxul, autoritatea evidențiază faptul că fluxul deșeurilor colectate de pe raza județului, conform aplicației de finanțare, este de 92.000 tone/an.

Concluzionează autoritatea contractantă că rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că Județul a făcut dovada că a parcurs toate etapele premergătoare în vederea delegării temporare, respectând condițiile impuse prin Memorandum.

Cu privire la solicitarea anulării adresei nr. 11686/23.04.2020 și a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii, precum și transmiterea unei invitații de participare către contestatoare, autoritatea contractantă precizează că, în acord cu dispozițiile art. 94 din HG nr. 395/2016, nu a încălcat prevederile legale, prin transmiterea invitației de negociere unui singur operator, întrucât situația este motivată, în principal, de existența situației de urgență, atestată de Comitet. Transmiterea unei invitații către mai mulți operatori economici ar fi creat posibilitatea unui blocaj, prin introducerea de noi contestații, fapt care ar fi dus la încălcarea obligațiilor impuse de către Comitetul pentru Situații de Urgență, de a lua toate măsurile necesare pentru finalizarea și punerea în funcțiune, în regim de urgență, a întregului Centru de Management

Integrat al Deșeurilor, cu respectarea normelor legale incidente în materie și că a respectat toate dispozițiile legale incidente în vederea organizării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă, astfel cum sunt prevăzute de Legea nr. 98/2016 și de HG nr. 395/2016.

Raționamentul care a justificat transmiterea invitației la negociere unui singur ofertant l-a constituit faptul că s-ar fi creat un posibil blocaj, prin noi contestații, precum și prelungirea procedurii, prin evaluarea și respectarea termenelor ce se impun, în cazul în care la procedură participă mai mulți participanți, astfel cum rezultă din interpretarea „per a contrario” a dispozițiilor art. 59 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Referitor la susținerea contestației privind autorizarea, autoritatea contractantă apreciază această critică nefondată.

Decizia transmiterii invitației către RADP - este o decizie de management, adoptată în vederea gestionării situației de urgență, decizie luată în urma corespondenței cu Agenția pentru protecția Mediului, pentru identificarea operatorului care îndeplinea condiția capacității autorizate să asigure fluxul de deșeuri, până la acceptarea deșeurilor la depozitare.

În opinia autorității contractante, contestația confundă sau vrea, cu rea credință, să inducă CNSC în eroare, asupra situației de fapt, cu privire la obținerea autorizației integrate de mediu pentru operarea celulei de depozitare.

Fără condiția asigurării fluxului de deșeuri, autoritatea contractantă nu ar fi putut demara procedura de negociere, întrucât ar fi încălcat atât dispozițiile Memorandumului, cât și cerințele APM pentru obținerea Autorizației Integrate de Mediu, necesară punerii în funcțiune a celulei de depozitare.

Referitor la principiile nediscriminării și tratamentului egal, consideră autoritatea contractantă, poziția societății contestatoare este neîntemeiată, în primul rând, prin prisma faptului că, din toate aspectele de mai sus, rezultă, indubitabil, situația de extremă urgență, existentă la nivelul județului, situație care a condus la alegerea și implementarea procedurii de negociere.

Este evident că aceste circumstanțe trebuie avute în vedere la momentul evaluării respectării principiilor în discuție, neputându-se pleca de la premisa existenței unei situații de normalitate, în care autoritatea contractantă avea rolul de liber arbitru pentru alegerea procedurii.

Mai mult, consideră autoritatea contractantă, cele două principii au fost categoric respectate, iar alegerea operatorului invitat la procedură s-a realizat pe baza unor criterii pur obiective, respectiv faptul că este singurul operator care, la acest moment, este autorizat și are capacități autorizate să asigure fluxul de deșeuri până la acceptarea deșeurilor la depozitare.

Referitor la observațiile contestației legate de justificarea refuzului autorității contractante de a-i transmite invitația de participare, pe considerentul că doar Regia Autonomă a Domeniului Public ar putea îndeplini contractul, și care ar duce la schimbarea temeiului legal în baza căruia se derulează procedura de negociere (104 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016), nu poate fi susținută.

Demararea procedurii de negociere este justificată de extrema urgență, constatată de hotărârile Comitetului, în speță, extrema urgență este determinată de evenimente imprevizibile și care nu se datorează acțiunii/inacțiunii autorității contractante.

Cu privire la capătul secundar de cerere, privind anularea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea formulează următoarea apărare: „este de ordinul evidenței faptul că, în ceea ce privește formularea acestui capăt de cerere contestatorul urmărește interpretarea legii în favoarea sa. Astfel, dacă autoritatea contractantă îi trimite o invitație de participare, procedura de negociere este legală, dacă nu, procedura e nelegală”.

Referitor la susținerile contestatoarei, conform cărora, procedurii contestate nu îi sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 98/2016, autoritatea contractantă, precizează că:

- scopul organizării procedurii vizează adoptarea unei soluții temporare de delegare a operării activității de administrare a Depozitului de Deșeuri din cadrul Centrului de Management Integrat al deșeurilor, acțiune limitată în timp până la finalizarea procedurii competitive;

- situația de urgență a fost constatată de către Comitetul Județean pentru Situații de Urgență, prin Hotărârea nr. 1/29.01.2020, iar măsura depozitării de către RADP - a fost stabilită prin Hotărârea nr. 17/15.04.2020;

- procedura este în acord și cu prevederile Memorandumului nr. 20/27033/AT/20.12.2019 - Aprobarea soluțiilor temporare privind delegarea serviciilor de operare a infrastructurii pentru proiectele finanțate din fonduri europene, în domeniul deșeurilor, astfel încât eligibilitatea cheltuielilor deja efectuate să nu fie periclitată și care să asigure funcționalitatea și intrarea în uz a proiectelor, transmis de către Ministerul Fondurilor Europene prin adresa nr. 661/24.12.2019.

În ceea ce privește posibilitatea de aplicare a Legii nr. 98/2016 în cazul contractelor de salubritate, se vor avea în vedere prevederile Legii nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, cu modificările și completările ulterioare, respectiv, art. 29.

Potrivit prevederilor acestui act normativ, autoritățile publice pot încheia contracte de delegare a gestiunii serviciului de salubritate în temeiul Legii nr. 98/2016.

Având în vedere că a fost elaborată o documentație de atribuire pentru operarea CMID - și a fost demarată o procedură de achiziție publică prin licitație deschisă, este evident că prevederile caietului de sarcini aferent procedurii de negociere vor respecta cerințele și condițiile din documentația de atribuire inițială, fiind adaptate doar din punct de vedere al obiectului achiziției.

Implicit și riscurile prevăzute în caietul de sarcini aferent procedurii competitive sunt aplicabile activităților delegate prin procedura de negociere, iar la o analiza atentă se poate observa că modul de alocare a riscurilor este în funcție de partea care poate acționa pentru diminuarea/reducerea/eliminarea acestora.

Pentru toate aceste considerente, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SA, ca nefondată.

Cu adresa nr. 1890/13.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 18545/13.05.2020, contestatoarea a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care solicită respingerea apărărilor acesteia și admiterea contestației sale.

Contestatoarea apreciază că situația de urgență invocată, de autoritatea contractantă, este inexistentă, deoarece problema modului de gestionare a deșeurilor la nivelul județului exista cu mult înainte de inițierea prezentei proceduri și era cunoscută.

Mai precizează contestatoarea că, din chiar înscrisurile atașate, cu titlu de probă, de autoritatea contractantă, rezultă că "pretinsa" situație de urgență exista și era cunoscută autorității contractante, încă din anul 2018.

Prin Hotărârea nr. 5/03.05.2018 a Comitetului Județean pentru Situații de Urgență, în cadrul punctului 2, s-a decis ca măsură pe termen mediu, finalizarea Centrului Integrat al Managementului Deșeurilor administrat de și acordarea sprijinului legal necesar autorității județene, în acest demers.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a interpretat, în mod greșit și tendențios, Hotărârile nr. 1/29.01.2020 și nr. 17/15.04.2020, emise de Comitetul Județean pentru Situații de Urgență și, în mod deliberat, a interpretat total eronat conținutul faptic al acestora. Prin niciuna din cele două hotărâri, nu se constată, în fapt, existența vreunei situații de urgență.

În altă ordine de idei, susține contestatoarea, autoritatea contractantă a interpretat, în mod greșit, dispozițiile Autorizației de Mediu nr. 115/14.09.2015, revizuită ulterior și emisă pe numele RADP - Niciunde în cuprinsul autorizației respective nu este stipulată obligația legală de sistare a depozitării, în situația atingerii gradului de încărcare de 75%.

În sensul Autorizației de Mediu emisă RADP - Nap....oca, invocată de autoritatea contractantă, în situația în care capacitatea stocată de deșeuri este egală cu 75% din capacitatea de depozitare, măsura care se va lua este aceea de notificare a APM și de demarare a procedurilor de găsimire a altui depozit de deșeuri autorizat, în vederea redirectionării deșeurilor, și nicidecum aceea de sistare a depozitării.

De altfel, susține contestatoarea, așa cum rezultă din chiar documentele depuse de autoritatea contractantă, nici acum nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru depozitarea conformă a deșeurilor în cadrul Celulei 1 din CMID, întrucât nu a fost eliberată, nici până în acest moment, Autorizația Integrată de Mediu aferentă administrării și operării celulei de depozitare 1 din cadrul CMID. Or, în absența Autorizației Integrate de Mediu, este interzisă prestarea serviciilor ce fac obiectul prezentei proceduri.

În ceea ce privește celelalte apărări formulate de către autoritatea contractantă, în cuprinsul punctului de vedere, contestatoarea reiterează argumentele și motivațiile din cuprinsul contestației.

Cu adresa nr. 1840/14.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 18782/14.05.2020, contestatoarea a transmis concluzii scrise, prin care reiterează capetele de cerere și considerentele din cuprinsul contestației.

Contestatoarea, prin adresa nr. 1934/18.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 19282/19.05.2020, a transmis concluzii scrise suplimentare.

Contestatoarea a anexat concluziilor scrise suplimentare Anexa nr. 1, ce cuprinde adresa nr. 1818/06.05.2020, din care rezultă că aceasta a îndeplinit procedura prealabilă reglementată de art. 7 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, solicitând autorității contractante să admită plângerea prealabilă, cu consecința revocării în totalitate a Hotărârii nr. 62/20.03.2020 emisă de, inclusiv a actelor anexă la aceasta, ca fiind netemeinice și nelegale.

În altă ordine de idei, contestatoarea susține că Hotărârile nr. 1/29.01.2020 și nr. 17/15.04.2020, emise de, nu îndreptățesc autoritatea contractantă la aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, în condițiile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă avea obligația de a lua măsurile necesare pentru finalizarea și punerea în funcțiune, în regim de urgență a întregului Centru de Management Integrat al Deșeurilor, și nu numai a Celulei de depozitare nr. 1, cu respectarea normelor legale incidente în materie.

Pe de altă parte, susține contestatoarea, dispozițiile articolului 2 din cele două hotărâri, emise de CJ, nu fac nicio referire la luarea unor măsuri pentru delegarea serviciului de operare și gestionare a Celulei de depozitare 1 prin atribuirea unui astfel de contract către RADP

Afirmațiile autorității contractante, referitoare la faptul că RADP ar fi singurul operator cu care se poate desfășura procedura de negociere, întrucât ar fi singurul operator ce ar avea capacitatea autorizată să asigure fluxul de deșeuri, în opinia contestatoarei, sunt nereale și nefondate.

Prin adresa nr. 16634/15.05.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 18946/15.05.2020, autoritatea contractantă a transmis la dosar concluzii scrise, prin care solicită respingerea contestației formulate de SA, ca nefondată.

În concluziile scrise, autoritatea contractantă reiterează motivele din punctele de vedere depuse la dosarul cauzei.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, în vederea atribuirii contractului de "Delegarea gestiunii activității de operare și administrare a Depozitului de Deșeuri din cadrul Centrului de Management Integrat al Deșeurilor".

Considerând nelegală procedura organizată, ... SA a formulat contestația de față, criticând lipsa primirii unei invitații la procedură, pe de o parte, dar și modul de desfășurare a acesteia, în temeiul art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016. Pentru aceste motive, solicită:

- în principal:

1. anularea adresei nr. 11686/23.04.2020 și a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii, precum și reluarea procedurii, de la momentul transmiterii invitațiilor de participare;

2. obligarea autorității contractante la transmiterea către ea a invitației de participare, însoțită de documentația de atribuire, cu acordarea unui termen rezonabil pentru elaborarea și transmiterea ofertei, precum și obligarea autorității contractante la suspendarea procedurii, până la soluționarea cauzei pe fond.

- în subsidiar: anularea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare.

Cererea de suspendarea a procedurii a fost soluționată de Consiliu și respinsă, ca nefondată, prin Încheierea nr. 784/C3/804 din data de 07.05.2020.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206244063/2, în valoare de 220.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în data de 30.04.2020.

Analizând cu prioritate excepția lipsei de competență a CNSC în soluționarea prezentei contestații, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul o va respinge, ca nefondată.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere, pe de o parte, definiția actului autorității contractante, prevăzut la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: „orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare”, iar, pe de altă parte, obiectul contestației.

Or, contestația este formulată împotriva refuzului autorității contractante de a-i transmite invitație, respectiv împotriva adresei nr. 11686/ 23.04.2020 și nu împotriva Hotărârii Consiliului Județean nr. 62/ 20.03.2020.

În consecință, contestația de față intră în sfera de competență materială a Consiliului.

Analizând contestația, prin prisma documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă invocă, pentru organizarea procedurii de atribuire, ca temei legal, prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: *(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a*

unui anunț de participare pentru atribuirea contractelor de achiziții publice/acordurilor-cadru de lucrări, de produse sau de servicii într-unul din următoarele cazuri: ... c) ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă, negociere competitivă sau procedura simplificată nu pot fi respectate din motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante. În situații în care se impune intervenția imediată, autoritatea contractantă are dreptul de a realiza achiziția publică în paralel cu aplicarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Necesitatea autorității contractante, conform HCJ nr. 62/20.03.2020: „art. 1: (1) se aprobă adoptarea unei soluții temporare de delegare a gestiunii activității (...) până la finalizarea procedurii competitive de atribuire a contractului de delegare prin concesiune de servicii. (2) Delegarea temporară a gestiunii activității de operare și administrare a Centrului de Management Integrat al Deșeurilor (CMID) se va efectua prin procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare”, este concesiune în baza Legii nr. 100/2016.

În consecință, nu putea fi organizată o procedură diferită de cea pentru încheierea unui contract de concesiune și, în niciun caz, pentru încheierea unui contract de servicii, așa cum a procedat autoritatea contractantă, neexistând posibilitatea derulării unei proceduri de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț, conform Legii nr. 98/2016.

Prin raportare la prevederile art. 1 din Legea nr. 98/2016, respectiv *Prezenta lege reglementează modul de realizare a achizițiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică și de organizare a concursurilor de soluții, instrumentele și tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziție publică*, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, în mod eronat, a aplicat prevederile Legii nr. 98/2016.

Potrivit art. 1 alin. (2) din HCJ nr. 62/20.03.2020, delegarea unor servicii precum cele supuse achiziției, cu valoarea estimată mai mare de 25.013.925 lei, se face printr-un contract de concesiune atribuit cu respectarea legii adoptate în acest sens, respectiv Legea nr. 100/2016, care la art. 1 prevede că: *Prezenta lege reglementează modul de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și a contractelor de concesiune de servicii, regimul juridic aplicabil acestor contracte, precum și anumite aspecte specifice în legătură cu executarea acestora*.

Totodată, Consiliul consideră relevante și următoarele dispoziții din Legea nr. 100/2016:

- art. 50: (1) *Autoritatea/entitatea contractantă atribuie contractul de concesiune prin una dintre următoarele proceduri de atribuire: a) licitație deschisă; b) dialog competitiv.* (2) *Prin excepție de la prevederile alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă poate utiliza ca procedură de atribuire negocierea fără publicare a unui anunț de concesiune, potrivit prevederilor art. 64 și art. 65;*

- art. 63: (1) *Autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de concesionare atunci când inițiază una dintre procedurile reglementate de prezenta lege, respectiv licitația deschisă sau dialogul competitiv;*

- art. 64: (1) *Prin excepție de la prevederile art. 63 alin. (1), autoritățile/entitățile contractante nu au obligația de a publica un anunț de concesionare dacă lucrările/serviciile respective pot fi furnizate numai de către un anumit operator economic, pentru unul dintre următoarele motive: a) scopul concesiunii de lucrări sau al concesiunii de servicii este crearea sau achiziționarea unei opere de artă sau a unei reprezentații artistice unice; b) concurența lipsește din motive tehnice; c) existența unui drept exclusiv; d) protecția unor drepturi de proprietate intelectuală și a altor drepturi exclusive, altele decât cele definite la art. 5 alin. (1) lit. o). (2) Motivele prevăzute la alin. (1) lit. b) -d) se aplică doar în cazul în care nu există o soluție alternativă sau înlocuitoare rezonabilă, iar absența concurenței nu este rezultatul unei restrângeri artificiale a parametrilor concesiunii de lucrări sau ai concesiunii de servicii;*

- art. 65: *Prin excepție de la prevederile art. 63 alin. (1), autoritățile/entitățile contractante nu au obligația de a publica un nou anunț de concesionare dacă, în cadrul unei proceduri de atribuire inițiale, prevăzute în prezenta lege, nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau au fost depuse numai oferte/solicitări de participare neconforme, cu condiția să nu se modifice în mod substanțial condițiile inițiale ale concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii și, dacă la solicitarea Comisiei Europene, s-a transmis un raport în acest sens.*

Devine evident faptul că orice procedură privind atribuirea unui astfel de contract trebuie organizată cu respectarea dispozițiilor Legii nr. 100/2016, natura contractului neputând fi stabilită de autoritatea contractantă în funcție de necesitatea aplicării anumitor dispoziții legale, care să permită organizarea unei proceduri, în caz de urgență.

Chiar dacă este evidentă urgența autorității contractante ca, pentru o perioadă limitată, să asigure derularea activităților supuse unui astfel de contract, se constată că aceste dispoziții nu permit derularea unei proceduri fără existența unui anunț, decât în situațiile expres prevăzute, iar situația de față neregăsindu-se printre cele 4 situații, enumerate mai sus, la art. 64 din Legea nr. 100/2016.

Consiliul are în vedere durata contractului „... 24 de luni cu posibilitatea prelungirii ...” și valoarea estimată de 237.540.000 lei, situată peste pragul prevăzut de dispozițiile art. 11 din Legea nr. 100/2016: (1) *Procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau concesiunilor de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 25.013.925 lei. (2) Concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii a căror valoare este mai mică decât pragul valoric prevăzut la alin. (1) se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2), în condițiile și potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi. _*

Consiliul constată faptul că, la data de 15.04.2020, autoritatea contractantă a elaborat Strategia de contractare pentru „Delegarea gestiunii activității de operare și administrare a depozitului de deșeur din cadrul Centrului de Management Integrat al deșeurilor” nr. 13807, în cadrul căreia s-a menționat alegerea procedurii fără publicarea prealabilă a unui anunț, cu următoarea justificare: «Județul se confruntă cu o situație de criză în ceea ce privește gestionarea deșeurilor, neputând asigura depozitarea deșeurilor în condițiile prevăzute de legislația în vigoare fără a utiliza infrastructura creată prin proiectul Sistem de Management Integrat al Deșeurilor. Prin adresa nr. 661/MB/24.12.2019 Ministerul Fondurilor Europene ne transmite Memorandumul nr. 20/27033/AT/20.12.2019 cu tema Aprobarea soluțiilor temporare privind delegarea serviciilor de operare a infrastructurii pentru proiectele finanțate din fonduri europene, în domeniul deșeurilor, astfel încât eligibilitatea cheltuielilor deja efectuate să nu fie periclitată și care să asigure funcționalitatea și intrarea în uz a proiectelor. În Memorandumul menționat, se identifică următoarele soluții pentru rezolvarea situației:

a. construirea și operarea unei facilități de depozitare temporară a deșeurilor: această opțiune creează cele mai puține riscuri din punct de vedere al implementării proiectului, însă necesită investiții suplimentare din partea beneficiarilor și o durată de timp pentru realizare;

b. operarea temporară a centrului de management integrat printr-un operator propriu al Consiliului Județean până la finalizarea procedurii de atribuire: presupune existența unui operator la nivelul beneficiarului, necesitând timp pentru înființarea și autorizarea acestuia în cazul în care nu există și generând posibile situații de limitare a competiției;

c. delegarea temporară a operării (în temeiul Legii 98/2016, art.104, justificată de urgență) către un operator privat, până la finalizarea procedurii de atribuire: este cea mai rapidă soluție, însă trebuie justificată din punct de vedere al urgenței și poate fi realizată doar dacă a fost deja demarată o procedură de achiziție publică.

Din cele trei soluții identificate în Memorandum, pentru investiția de la Centrul de Management Integrat al Deșeurilor se poate aplica soluția c.), celelalte două soluții nefiind viabile, deoarece presupun o perioadă lungă de desfășurare, după cum se prezintă chiar în Memorandum.

În cadrul Memorandumului sunt prevăzute condițiile ce trebuie îndeplinite cu privire la obligațiile asumate prin proiect, și anume:

1. Demararea procedurii competitive de achiziție pentru operarea infrastructurii;

2. Demonstrarea situației de urgență care să necesite adoptarea unei soluții temporare de operare a infrastructurii;

3. În cadrul soluției temporare fluxul deșeurilor trebuie să fie conform celor stabilite în aplicația de finanțare; respectiv să se utilizeze infrastructura realizată în cadrul SMID precum și să se asigure în măsura în care este fezabil tratarea deșeurilor înainte de eliminare prin depozitare;

4. Asumarea prin hotărâre de Consiliu Județean a faptului că adoptarea soluției este temporară, până la finalizarea procedurii

competitive de atribuire a contractului de delegare prin concesiune de servicii;

5. Respectarea tarifelor maxime stabilite prin proiect;

6. Utilizarea contractelor standardizate de operare recomandate de Autoritatea de Management, ANRSC și

Astfel, situația cu care se confruntă județul în privința gestionării deșeurilor a fost supusă discuției în cadrul Comitetului Județean pentru Situații de Urgență, care a adoptat Hotărârea nr. 1/29.01.2020 privind constatarea unei stări generatoare de situații de urgență create de modul de gestionare a deșeurilor pe teritoriul județului

Având în vedere constatarea situației de urgență se impune delegarea gestiunii activității de operare și administrare a Depozitului de Deșeuri din cadrul Centrului de Management Integrat al Deșeurilor (CMID) către un operator privat, prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare fiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 104 alin (1) lit. c) din Legea 98/2016».

Rezultă că autoritatea contractantă a ales să organizeze procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în temeiul prevederilor art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, care dispun, în mod expres și imperativ, faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare numai ca o măsură strict necesară, atunci când perioadele de aplicare a procedurilor de licitație deschisă, licitație restrânsă, negociere competitivă sau procedură simplificată nu pot fi respectate din motive de extremă urgență, determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nici o formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante.

Din motivele invocate de autoritatea contractantă, în cadrul Strategiei de contractare, rezultă că aceasta nu a îndeplinit, în mod cumulativ, nici condițiile expres impuse de legiuitor și de la care nu se poate deroga, astfel aceasta a demonstrat doar primele două cerințe respectiv faptul că procedura de licitație deschisă inițiată, în baza Legii nr. 100/2016, prin Anunțul de concesiune nr. PC1001467, publicat în data de 15.04.2020, pentru o perioadă de 10 ani și o valoare estimată de 406.416.278 lei, nu s-ar putea derula din cauza pașilor procedurali și a termenelor legale.

Or, din conținutul niciunui înscris nu rezultă faptul că autoritatea contractantă a îndeplinit cea de a treia cerință, respectiv că motivele de extremă urgență sunt determinate de evenimente imprevizibile și care nu se datorează sub nicio formă unei acțiuni sau inacțiuni a autorității contractante, astfel încât să poată uza de inițierea acestui tip de procedură.

Rezultă că planificarea defectuoasă, a achiziției serviciilor în cauză, nu poate fi încadrată în categoria evenimentelor imprevizibile și urgente. Faptul că autoritatea contractantă nu a făcut niciun demers, nu a acționat sub nicio formă să inițieze procedura de licitație deschisă decât în data de 15.04.2020 (data publicării anunțului în SEAP) nu poate constitui un motiv

real pentru a uza de o procedură excepțională, de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

În considerarea celor mai sus menționate, Consiliul reține și dispozițiile art. 94 din HG nr. 395/2016, potrivit căroră: „Inițierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, însoțită de documentația de atribuire, către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici”.

Or, refuzul autorității contractante de a-i transmite invitație de participare și contestatoarei, motivat de faptul că aceasta nu ar avea capacitatea autorizată, de 120.000 tone, să asigure fluxul de deșeuri pentru județul, reprezintă, în opinia Consiliului, cel mult un posibil motiv tehnic, (în niciun caz „urgentă”) – care, în cazul în care s-ar putea justifica, ar putea sta la baza unei proceduri de negociere cu un singur ofertant.

Totodată, contrar opiniei autorității contractante, Consiliul constată că HCJ nr. 62/20.03.2020 nu o obliga la transmiterea invitației de participare doar Regiei Autonome a Domeniului Public

În aceste condiții, transmiterea invitației de participare unui singur ofertant, respectiv Regiei Autonome a Domeniului Public și refuzul autorității contractante de a invita și contestatoarea, cu toate că i-a solicitat expres acest lucru, conduce la încălcarea scopului și principiilor prevăzute achizițiilor publice.

Având în vedere caracterul nelegal al procedurii (art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016), precum și stadiul procedurii, respectiv atribuirea contractului participantului la procedură, Consiliul constată că se impune anularea întregii proceduri. Prin urmare, orice analiză suplimentară cu privire la respectarea principiilor este de prisos, câtă vreme rezultatul este același.

În raport de toate aspectele reținute, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către SC SA, în contradictoriu cu JUDEȚUL (.....) și va anula procedura.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția lipsei de competență a CNSC, în soluționarea contestației.

Admite contestația formulată de către SC SA, în contradictoriu cu JUDEȚUL (.....) și anulează procedura.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....