



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 16981/29.03.2023, Curtea de Apel București, urmare a deciziei civile nr. 55/06.03.2023, a transmis Consiliului, în vederea soluționării, contestația neînregistrată și nedată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 53072/31.10.2022 și, respectiv, sub nr. 53456/01.11.2022, de ..., cu sediul în municipiul ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI 13627967, reprezentată legal de dl. ..., în calitate de administrator și convențional, prin ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... în municipiul ..., prin care a contestat inițierea procedurii de atribuire prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” a contractului având ca obiect „Lot 3 – «Prestarea serviciului de salubritate în zona de colectare 3 Centru»”, cod CPV 90500000-2 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., și a solicitat anularea procedurii de atribuire pentru încălcări grave ale legislației achizițiilor publice, anularea tuturor actelor anterioare emise de autoritatea contractantă, care au stat la baza sau în legătură cu aplicarea procedurii de atribuire și/sau concomitente aplicării acesteia și/sau ulterioare aplicării acesteia, precum și permiterea accesului la dosarul cauzei.

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

Prin contestația depusă, ... arată că autoritatea contractantă a semnat în data de 10.10.2022 Contractul LOT 3 „Prestarea serviciului de salubritate în zona de colectare 3 Centru” nr. 44 - Delegarea Gestiunii activităților componente ale serviciului de salubritate a localităților din zona de colectare 3 Centru/Bârcea Mare - Colectarea separată și transportul separat al deșeurilor municipale și al deșeurilor similare. Societatea contestatoare precizează că nu este în posesia acestui contract.

De asemenea, contestatoarea menționează că este titulara Contractului de delegare nr. 394/720/25.04.2018 – zona 1 Brad, reziliat ca urmare a aprobării Hotărârii A.G.A. nr. 14/20.07.2022, a Contractului de delegare nr. 874/1975/22.08.2018 - zona 2 Hațeg, reziliat ca urmare a aprobării Hotărârii A.G.A. nr. 11/20.07.2022, respectiv a Contractului de delegare nr. 1760/760/27.12.2018 zona 3 Centru, reziliat ca urmare ca Hotărârii A.G.A. nr. 11/20.07.2022. Împotriva tuturor notificărilor de reziliere, societatea sa a formulat, în primă fază, plângeri prealabile și, ulterior, acțiune în instanță, considerându-le abuzive și nelegale.

Astfel, ... se consideră persoană vătămată, inclusiv prin derularea prezentei proceduri de atribuire care este afectată de încălcări grave ale legislației achizițiilor publice.

În continuare, contestatoarea prezintă aspecte cu privire la nelegalitatea aplicării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, arătând, printre altele, că autoritatea contractantă, după rezilierea abuzivă a contractelor de delegare, încheiate cu societatea sa în data de 26.07.2022, a lăsat să curgă o perioadă de 16 zile până la publicarea anunțului de participare nr. .. din data de 11.08.2022, a organizat o procedură de negociere competitivă pretinzând termene mai reduse, și-a auto-anulat procedura negocierii competitive, prin Procesul-verbal de anulare a procedurii din data de 25.08.2022 și a continuat cu atribuirea directă a Contractului Lot 3 nr. 44/10.10.2022, printr-o procedură pe care o apreciază ca fiind „dedicată” ofertantului Supercom SA, în total, 77 de zile de la rezilierea contractelor și până la încheierea nelegală a contractului mai sus precizat.

În opinia contestatoarei, ... avea obligația, potrivit art. 142 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, să inițieze o procedură de licitație deschisă sau restrânsă.

De asemenea, contestatoarea arată că procedura de atribuire este una nelegală deoarece:

a) .. nu a aprobat/validat alegerea și aplicarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, implicit nici documentația de atribuire pentru noua procedură. Regulamentul serviciului de salubritate, atașat la procedura de atribuire, nu este regulamentul aprobat de UAT-urile care formează ADI Hunedoara;

- în acest sens, arată că nu există documente sau informații care să ateste faptul că .. a adoptat, prin hotărâre AGA, procedura negocierii fără publicarea unui anunț de participare și documentația de atribuire

pentru noua procedură de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, iar în ceea ce privește Regulamentul serviciului de salubritate aprobat în anul 2021, apreciază că acesta a fost adoptat de către ...în mod nelegal, de vreme ce nu a fost înscușit, prin hotărâre, de toate cele 37 de consilii locale ale unităților administrativ-teritoriale asociate, aspect care se află în contradicție cu principiul constituțional al autonomiei locale și este de natură să atragă nulitatea procedurii de față;

b) .. nu a obținut mandate de la toate UAT-urile membre;

- conform statutului .., actualizat la data de 13.08.2021, din cadrul fac parte 70 de UAT-uri ce au calitatea de asociați, iar din Zona 3 Centru/Bârcea Mare 37 de UAT-uri; prin urmare, pentru a putea fi organizată o nouă procedură pentru delegarea gestiunii serviciului de salubritate și pentru semnarea unui nou contract, respectiv a Contractului LOT 3 nr. 44/10.10.2022, erau necesare 37 de mandate exprese din partea UAT-urilor membre ale Zonei 3 Centru/Bârcea Mare, prin care acestea să-și exprime poziția privind organizarea unei noi proceduri de atribuire, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 98/2016; în cauză, nu există mandatele exprese din partea UAT-urilor membre ale Zonei 3 Centru/Bârcea Mare, aspect care, de asemenea, conduce la nelegalitatea procedurii de atribuire;

c) ADI Hunedoara și-a preconstituit o presupusă stare de urgență pentru atribuirea Contractului LOT 3 prin procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare;

- într-o primă fază, ... a reziliat, discreționar, contractele de delegare pentru zonele 1 Brad, 2 Hațeg și 3 Centru/Bârcea Mare, iar ulterior, pentru a crea o aparență de legalitate, ADI Hunedoara a declanșat procedura de atribuire prin negociere competitivă, ce a făcut obiectul anunțului de participare nr. .. publicat în SEAP;

- invocând lipsa concurenței prin depunerea unei singure oferte, .. a anulat procedura, deși avea posibilitatea legală a continuării acesteia; mai mult, cunoscând faptul că Brai Cata are un termen de 90 de zile în care mai poate și trebuie să mai presteze serviciul de salubritate de la momentul rezilierii Contractului de delegare pentru Zona 3 Centru/Bârcea Mare, reziliere ce a intervenit la data de 26.07.2022, conform Notificării de reziliere nr. 1513/26.07.2022, ADI Hunedoara a anulat procedura negocierii competitive, prelungind artificial perioada în care nu are selectat un contractant în mod legal, prin organizarea unei proceduri transparente și competitive, licitația deschisă sau restrânsă, preconstituindu-și în acest fel presupusa stare de urgență;

d) .. nu a publicat anunț de atribuire în SEAP.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

Prin adresa nr. 3093/02.11.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 53800/02.11.2022, .. a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 208543237/1 din 02.11.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 220.000 lei.

Prin adresa neînregistrată și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 54561/07.11.2022, autoritatea contractantă, reprezentată convențional prin ... a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice și de oferta depusă de ...

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, în principal, pe cale de excepție, ca tardivă sau, după caz, ca lipsită de interes și, în subsidiar, respingerea contestației ca nefondată.

Preliminar, autoritatea contractantă încunoștințează că, la data de 11.08.2022, a publicat procedura de negociere competitivă, pe care a anulat-o la data de 29.08.2022, prin urmare procedând la elaborarea unei noi strategii de contractare, finalizată la data de 12.09.2022, în vederea asigurării continuității serviciului de salubritate.

Astfel, autoritatea contractantă arată că în procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare s-a transmis invitație singurului ofertant care a depus ofertă în cadrul procedurii anulate, de negociere competitivă, procedură finalizată cu semnarea contractului nr. 44/167/10.10.2022.

Cu privire la excepția tardivității contestației, autoritatea contractantă arată faptul că autoarea contestației nu face nicio precizare cu privire la momentul sau modul în care a luat cunoștință de existența procedurii de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă, în acest context, ținând cont de faptul că procedura de atribuire s-a finalizat în data de 10.10.2022 (dată la care a fost semnat Contractul nr. 44/167/2022 cu operatorul economic ...A), până la data depunerii contestației, respectiv 31.10.2022, au existat un număr de cel puțin 21 de zile în care contestatoarea ar fi luat cunoștință de existența procedurii de atribuire pe care o consideră nelegală (sau chiar mai mult, ținând cont că procedura se desfășoară încă din data de 12.09.2022).

În aprecierea autorității contractante, trebuie avut în vedere și faptul că, în data de 29.08.2022, a fost publicat în SEAP procesul verbal de anulare a procedurii de negociere competitivă. Astfel, contestatoarea a avut cunoștință de rezultatul procedurii de negociere competitivă. Contestatoarea cunoștea, de asemenea, faptul că în data de 26.10.2022 serviciile prestate de aceasta vor fi încetate. În tot acest interval, contestatoarea nu și-a manifestat în nicio secundă intenția de a participa la nicio procedură. Toate aceste termene îi sunt pe deplin opozabile contestatoarei care, cu rea-credință, alege să introducă prezenta contestație după finalizarea procedurii și după ce contractul a fost atribuit, cunoscând prejudiciile pe care anularea procedurii le aduce cetățenilor și mediului înconjurător.

În acest context, fără clarificări din partea contestatoarei cu privire la modul în care a luat cunoștință de existența procedurii, este imposibil de stabilit exact dacă prezenta contestație a fost formulată în termenul legal, fiind șanse foarte mari ca aceasta să fie tardivă.

Cu privire la excepția lipsei de interes, autoritatea contractantă precizează că ... urmărește anularea procedurii de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă, măsură care nu îi aduce niciun folos practic în condițiile în care nu a depus ofertă în cadrul procedurii. În plus, chiar și în eventualitatea în care ar exista un interes, acesta trebuie să fie unul legitim. Din argumentele invocate de contestatoare pe fondul cauzei, reiese fără dubiu că aceasta nu are niciun interes legitim, scopul acestui întreg demers fiind unul evident șicanator. Deși contestatoarea avea cunoștință de demararea unei proceduri de achiziție pe SEAP, acesta nu a depus ofertă în cadrul procedurii și nici nu a comunicat, în vreun fel, autorității intenția sa de a participa la procedură. Mai mult, s-a ajuns în această situație limită tocmai din cauza culpei contractuale a contestatoarei care, deși avea atribuite contractele anterioare, nu și-a respectat obligațiile contractuale.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă susține că procedura pe care o derulează este legală, situația de fapt fiind de natură a îndeplini în mod obiectiv condiția urgenței, aceasta constând în faptul că în data de 26.10.2022 urma ca operatorul economic actual să înceteze prestarea serviciilor, iar acest fapt conducea la riscul casalubrizarea zonei Centru să nu mai fie realizată, cu consecințe deosebit de grave pentru sănătatea populației și pentru mediul înconjurător.

Din momentul în care s-a decis astfel și până la data la care serviciile actualului operator economic urmau a înceta, au existat aprox. 40 de zile, un termen extrem de scurt și care nu ar fi permis desfășurarea unei proceduri deschise în condiții de legalitate. Prin urmare, existau doar două posibile scenarii: desfășurarea cu celeritate a unei proceduri care să asigure continuitate în prestarea serviciilor sau alegerea unui alt tip de procedură care ar fi condus la sincope în prestarea serviciilor, cu consecințele mai sus-prefigurate.

Soluția aleasă a fost cea care pune pe prim plan interesul public, sănătatea și securitatea cetățenilor și protecția mediului înconjurător. Totodată, în decizia luată, s-a ținut cont și de faptul că, în prealabil, s-a desfășurat procedura de negociere competitivă, că a fost publicată documentația de atribuire în SEAP, cu respectarea tuturor principiilor fundamentale aplicabile în achizițiile publice, iar la procedură nu s-a înscris decât un singur operator.

În ceea ce privește invitația transmisă unui singur operator economic, autoritatea contractantă precizează că aceasta este o măsură legală și care nu aduce vătămări vreunui operator economic.

.. este singurul operator economic care a depus ofertă și care și-a exprima intenția de participare în cadrul procedurii de atribuire prin negociere competitivă materială, tehnică și umană de a executa contractul. În plus, s-a avut în vedere că în domeniul salubrității nu sunt mulți operatori economici care să îndeplinească cerințele prevăzute în caietul de sarcini, atât în ceea ce privește capitalul necesar (echipamente tehnologice, mașini, resursă umană), cât și în ceea ce privește condițiile de autorizare și funcționare legală (avize, autorizații etc.), iar natura

serviciilor de salubritate impun o serie de măsuri și proceduri, inclusiv preluarea unor echipamente, a unor amplasamente, fapt ce face ca executarea efectivă a unui astfel de contract de servicii de salubritate să fie una anevoioasă și să presupună un anumit interval de timp pentru începerea executării serviciilor.

Referitor la critica privind neobținerea mandatelor tuturor UAT-urilor membre, autoritatea contractantă arată că a adoptat Hotărârea AGA nr. 12/20.07.2022, prin care se aprobă documentația de atribuire pentru organizarea procedurii de negociere competitivă și a documentelor suport. Or, așa cum rezultă din Nota de fundamentare privind aprobarea Documentației de atribuire, a documentelor suport și acordarea mandatelor înregistrată sub nr. 984/18.05.2022 (și aprobată prin AGA împreună cu întreaga documentație de atribuire aferentă procedurii de negociere competitivă), a fost aprobat în mod expres faptul că, în cazul în care procedura de negociere competitivă nu poate fi îndeplinită din motive ce nu țin de activitatea Asociației, se va recurge la procedura de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă.

Totodată, arată că potrivit legislației aplicabile, autoritatea contractantă, care va proceda la o procedură de negociere fără publicare prealabilă pentru atribuirea unui contract de servicii pe art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, are obligația să inițieze o nouă procedură competitivă pentru atribuirea unui contract de delegare a gestiunii în paralel cu negocierea fără publicare prealabilă. Or, în prezent, se lucrează la un nou studiu de oportunitate, un nou caiet de sarcini, precum și la Regulamentul serviciului de salubritate în concordanță cu noua legislație aplicabilă, respectiv Ordinul nr. 640/2022 și O.U.G. nr. 133/2022, toate acestea urmând a fi transmise UAT-urilor din zonele 1 Brad, 2 Hațeg și 3 Centru pentru a fi aprobate în condiții de legalitate, urmând a fi aprobate și ulterior votate în Adunarea generală.

În final, autoritatea contractantă mai precizează, cu privire la critica ce vizează Regulamentul serviciului de salubritate aprobat în anul 2021, că aceasta este atât neîntemeiată, cât și lipsită de utilitate pentru soluționarea prezentei cauze, actele administrative bucurându-se de prezumția de legalitate iar contestatoarea neaducând nicio dovadă a încălcării prezumției de legalitate, limitându-se doar la niște susțineri lipsite de fundament.

Termenul de 16 zile de până la publicarea noului anunț a fost un termen mai mult decât rezonabil pentru ca autoritatea contractantă să pregătească documentația necesară unei noi proceduri de atribuire (strategii, planificare, elaborare caiet de sarcini, fișă de date etc.).

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea a transmis la dosarul cauzei adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 56000/15.11.2022 și, respectiv, sub nr. 56630/17.11.2022.

Cu privire la modul în care a luat la cunoștință de existența procedurii de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă a unui

anunț de participare, contestatoarea arată că informația cu privire la alegerea procedurii și presupusa motivare a încadrării într-unul dintre cazurile de excepție, nu au putut fi identificate într-un document emis de autoritatea contractantă special în acest sens, ci în documente derivate din procedura de atribuire, adoptate ulterior, cum ar fi: i) Proiect de Hotărâre nr. 478/20.10.2022 a Consiliului Local al Mun. Hunedoara privind aprobarea taxei de salubritate în Mun. Hunedoara; ii) Proiect de Hotărâre nr. 75/2022 a Com. Teliucu Inferior; iii) Hotărârea nr. 429/24.10.2022 a Consiliului Județean al Municipiului Deva privind instituirea taxei de salubritate pentru toți utilizatorii serviciului, persoane fizice și juridice, în municipiul Deva; iv) Notă de fundamentare nr. 2054/18.10.2022 a ADI Hunedoara privind aprobarea Regulamentului de instituire și administrare a taxei speciale de salubritate pentru zona de colectare 3 Centru.

Așadar, contestatoarea susține că, neavând cunoștință și neexistând un document oficial emis de autoritatea contractantă în acest sens, nu a avut posibilitatea să ia la cunoștință de existența procedurii de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare.

În ipoteza în care s-ar considera ca fiind reprezentativ pentru momentul luării la cunoștință de existența procedurii de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, unul dintre documentele sus-menționate, trebuie să se observe și să se constate faptul că termenul pentru formularea contestației a fost respectat, ținându-se seama de cel mai vechi document, respectiv Nota de fundamentare nr. 2054 din data de 18.10.2022 a ADI Hunedoara privind aprobarea Regulamentului de instituire și administrare a taxei speciale de salubritate pentru zona de colectare 3 Centru, și de data depunerii contestației, respectiv 28.10.2022. În plus, data de 31.10.2022, invocată de autoritatea contractantă, nu este data formulării contestației ci data înregistrării acesteia la Consiliu.

Totodată, contestatoarea solicită respingerea ca neîntemeiată și a excepției lipsei de interes în formularea contestației, motivat, în primul rând, de faptul că, a fost contestată procedura de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, iar nu procedura de negociere competitivă, aceasta din urmă făcând obiectul unei alte contestații depuse și înregistrate la CNSC, respectiv contestația nr. 41480/22.08.2022.

Aceasta arată că interesul său personal constă în dorința de a presta serviciile care formează obiectul contractelor de achiziție publică, dar aplicarea procedurii de atribuire trebuie să se desfășoare în condiții de legalitate, motiv pentru care a și contestat procedura în cauză.

Pe fond, reiterează cele susținute prin contestație.

Prin adresa nr. 1098/11.04.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. înregistrată la Consiliu cu nr. 19753/11.04.2023, autoritatea contractantă a precizat că, după data de 22.11.2022, nu au mai fost emise alte documente în cadrul procedurii, procedura fiind finalizată

pentru încheierea contractului de achiziție publică nr. 44/167/10.10.2023 încheiat cu operatorul .. Cu toate acestea, depune atașate punctului de vedere, o serie de documente ce fac parte din procedura de negociere competitivă și pe care le apreciază ca fiind utile cauzei.

De asemenea, precizează că își menține solicitările de respingerea a contestației, în principal, ca tardivă sau, după caz, ca lipsită de interes, și, în subsidiar, ca nefondată.

Prin Concluziile scrise fără număr de înregistrare, din data de 28.04.2023, transmise prin mijloace electronice, înregistrate la Consiliu cu nr. 23086/02.05.2023, contestatoarea a reiterat solicitările din cuprinsul contestației. În plus, a solicitat să nu se țină seama de documentele transmise de autoritatea contractantă în data de 11.04.2023, acestea fiind depuse tardiv și *pro causa*.

Prin adresa nr. 23485/03.05.2023, Consiliul a informat autoritatea contractantă în legătură cu faptul că termenul de soluționare a contestației a fost prelungit cu 10 zile, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” a contractului având ca obiect „Lot 3 – «Prestarea serviciului de salubritate în zona de colectare 3 Centru»”, cod CPV 90500000-2 (Rev.2), prin transmiterea Invitației de participare nr. 31/13.09.2022 către un singur ofertant, respectiv, .., stabilind data de depunere a ofertei la 30.09.2022, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 42.707.903,43 lei.

Așa cum rezultă din Procesul verbal privind deschiderea ofertelor nr. 36/30.09.2022, până la data limită de depunere a ofertelor a depus ofertă SUPERCOR SA.

Prin Raportul procedurii nr. 42/10.10.2022, comisia de evaluare a desemnat ca ofertant câștigător pe ..A, iar prin adresa nr. 43/10.10.2022 i-a comunicat acestuia rezultatul procedurii de atribuire, fiind încheiat Contractul Lot 3 – „Prestarea serviciului de salubritate în zona de colectare 3 Centru” nr. 44/10.10.2022.

Nemulțumit de decizia autorității contractante de a derula procedura de atribuire prin „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare” și de a încheia contractul cu ofertantul a depus contestația care a format obiectul dosarului nr. 2630/2022.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208543237/1 din 02.11.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 220.000 lei.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu

dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin decizia nr. 2461/C5/2630 din data 22.11.2022, Consiliul a dispus declinarea cauzei care a făcut obiectul dosarului nr. 2630/2022 către Tribunal București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Tribunalul București a emis Sentința Civilă nr. 74 din data de 13.01.2023, prin care a dispus anularea procedurii de atribuire de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Fiind nemulțumită de acest rezultat, autoritatea contractantă a formulat recurs la Curtea de Apel București care, prin Decizia Civilă nr. 55 din data de 06.03.2023, a dispus trimiterea, spre soluționare de către CNSC, a contestației formulate de ... respectiv a capătului de cerere având ca obiect anularea procedurii de atribuire, precum și trimiterea spre rejudecare, la Tribunal București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, a capătului de cerere privind anularea contractului de achiziție publică.

Analizând excepțiile invocate de autoritatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia lor, pentru argumentele prezentate în continuare.

Referitor la excepția tardivității contestației formulate de ..., invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”* și se va pronunța cu prioritate asupra excepției.

.. a formulat contestația împotriva procedurii de atribuire de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, finalizată cu încheierea contractului la data de 10.10.2022. Despre acest contract a luat cunoștință din documentele încheiate ulterior de autoritatea contractantă. În adresa fără număr din data de 14.11.2022, ... SRL afirmă, la pct. 16, că cel mai vechi document, din cele care fac referire la contract, este Nota de fundamentare nr. 2054 din data de 18.10.2022, dată la care s-a raportat atunci când a formulat contestația.

Deci, actul administrativ contestat poate fi considerat acest document.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță, sunt aplicabile dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

„a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este

obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea estimată a achiziției publice, menționată la pagina 208 din dosarul achiziției (42.707.903,43 lei, fără TVA), mai mare decât pragul valoric menționat la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, și a tipului de contract (servicii), rezultă faptul că ... a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a transmite contestația autorității contractante și CNSC într-un anumit termen, respectiv în 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul acesteia considerat nelegal, respectiv Nota de fundamentare nr. 2054 din data de 18.10.2022.

Urmare a luării la cunoștință despre conținutul acestui document la data de 18.10.2022, ... a transmis către C.N.S.C. și către autoritatea contractantă, contestația, în termen, prin mijloace electronice (e-mail), la data de **28.10.2022**, respectându-se termenul legal de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anterior calculat.

Astfel, Consiliul reține că potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și **se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului**”*, iar potrivit art. 183 art. (1) și (3) din Codul de procedura civilă, *„(1) Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau **e-mail, este socotit a fi făcut în termen.** (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum și mențiunea datei și orei primirii faxului sau a **e-mail-ului**, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, **servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată**”.*

Informațiile cu privire la inițierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă, modul de desfășurare a acesteia și cum s-a finalizat procedura, nu au putut fi identificate de contestator într-un document emis de autoritatea contractantă special în acest sens, ci în documente derivate din procedura de atribuire, adoptate ulterior, cum ar fi:

- i) Proiect de Hotărâre nr. 478/20.10.2022 a Consiliului Local al Mun. Hunedoara privind aprobarea taxei de salubritate în Mun. Hunedoara;
- ii) Proiect de Hotărâre nr. 75/2022 a Com. Teliucu Inferior;

iii) Hotărârea nr. 429/24.10.2022 a Consiliului Județean al Mun. Deva privind instituirea taxei de salubritate pentru toți utilizatorii serviciului, persoane fizice și juridice, în municipiul Deva;

iv) Notă de fundamentare nr. 2054/18.10.2022 a ... privind aprobarea Regulamentului de instituire și administrare a taxei speciale de salubritate pentru zona de colectare 3 Centru.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a putut face dovada că termenul de contestare se raportează la o altă dată decât cea indicată de contestatoare (18.10.2022), susținerile acestora fiind speculative, la acel moment nefiind publicat în SEAP anunțul de atribuire, Consiliul constată că ... a formulat și transmis la C.N.S.C. și autoritatea contractantă contestația în termenul legal, motiv pentru care va respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă, referitoare la tardivitatea depunerii contestației de către

În ceea ce privește excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că .., în calitate de ofertant interesat de procedura de atribuire, deși nu a depus ofertă, justifică un interes, în promovarea prezentei contestații, fiind îndeplinite întocmai condițiile stipulate de art. 33 C. proc. civ.: *„Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal născut și actual”*.

Deși, nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Consiliul apreciază că pronunțarea de către CNSC a unei decizii de admitere a capătului de cerere din contestația depusă de .., trimis spre judecare Consiliului de către Curtea de Apel București, și anularea procedurii de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, îi dă posibilitatea societății să participe la o nouă procedură de atribuire.

Punând în aplicare decizia CAB, Consiliul consideră că solicitarea contestatorului de anulare a procedurii de atribuire de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este întemeiată din considerentele prezentate în continuare.

La data de 26.07.2022, autoritatea contractantă a reziliat contractul de delegare nr. 1760/760/27.12.2018 (zona 3 Centru), conform Notificării de reziliere nr. 1513/26.07.2022, încheiat cu ... După 16 zile de la reziliere, aceasta a organizat o procedură de negociere competitivă la care s-a înscris un singur ofertant, respectiv SUPERCOM SA. Având în vedere faptul că nu a fost asigurată concurența, fiind un singur participant, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de negociere competitivă.

La data de 12.09.2022, ... a inițiat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare la care a invitat un singur operator economic, respectiv ..., pe care l-a declarat câștigător și a încheiat cu acesta contractul de salubritate nr. 44/10.10.2022 pentru lotul 3 – „Prestarea serviciului de salubritate în zona de colectare 3 Centru”.

Negocierea fără publicare prealabilă a unui anunț de participare este una dintre procedurile reglementate de art. 68 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016. Spre deosebire de procedura de licitație deschisă și restrânsă, care reprezintă regula în materia atribuirii contractelor de achiziție publică, la care orice operator economic interesat are dreptul de a depune ofertă, procedura de negociere fără publicare prealabilă reprezintă excepția de la aplicarea acestor proceduri, care se aplică în circumstanțe excepționale, care trebuie dovedite în prealabil dincolo de orice dubiu, dat fiind că prin modul în care autoritatea contractantă înțelege să o aplice, poate distorsiona piața și tratamentul egal între operatorii economici, prin atribuirea netransparentă și necompetitivă a unui contract public. Astfel, procedura de negociere fără publicare prealabilă se aplică exclusiv și limitativ în cazurile speciale reglementate expres de art. 104 alin. (1) lit. a) - c) din Legea nr. 98/2016.

Procedura negocierii fără publicare prealabilă a unui anunț de participare intervine în următoarele cazuri reglementate de art. 104 alin. (1) lit. a) - 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:

a) dacă în cadrul unei proceduri de licitație deschisă, licitație restrânsă ori procedură simplificată organizate pentru achiziția produselor, serviciilor sau lucrărilor respective nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau au fost depuse numai oferte/solicitări de participare neadecvate, cu condiția să nu se modifice în mod substanțial condițiile inițiale ale achiziției și, la solicitarea Comisiei Europene, să fie transmis acesteia un raport;

b) dacă lucrările, produsele sau serviciile pot fi furnizate numai de către un anumit operator economic pentru unul dintre motivele prevăzute la alin. (2);

c) ca o măsură absolut necesară, atunci când, din 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”.

Per a contraria, în orice alt caz nu este legală aplicarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare.

Așadar, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare

exclusiv în cazul în care este imposibilă aplicarea procedurii de licitație deschisă sau restrânsă pentru motivele mai sus citate.

Dat fiind că motivele reglementate la lit. a)-b) ale art. 104 nu pot fi aplicate, în acest caz, din motive evidente, rezultă că a intervenit, în mod obiectiv, un caz de urgență, reglementat de art. 104 alin. 1 lit. c). Oricum, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a stabili durata contractului de achiziție publică pe o perioadă mai mare decât cea necesară pentru a face față situației de urgență (90 de zile), perioadă care trebuia demonstrată în mod corespunzător. Or, în cazul de față, nu este aplicabil niciun criteriu care ar da dreptul autorității contractante să aplice procedura negocierii fără publicare prealabilă a unui anunț de participare.

Prealabil aplicării procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, autoritatea contractantă are obligația să verifice întrunirea condițiilor prevăzute la art. 104 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și să justifice încadrarea în una dintre situațiile respective, în acord cu dispozițiile art. 93 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Rezultă, pe de o parte, că încadrarea într-unul dintre cazurile reglementate la art. 104 alin. (1) lit. a) - c) din Legea nr. 98/2016 trebuia să fie analizată și asumată de .., în sensul că circumstanțele de fapt sunt reale și corespund întru-totul, dincolo de orice apreciere subiectivă din partea ..., iar, pe de altă parte, trebuia asumată și justificată, în sensul de a fi singura posibilitate a ADI Hunedoara de a aplica o procedură publică care derogă de la principiile fundamentale ale achizițiilor publice, cum ar fi principiul transparenței și concurenței loiale, reglementate de Legea nr. 98/2016. Numai după ce ADI Hunedoara și-a îndeplinit cele două obligații, cumulativ, ar fi avut dreptul de a aplica procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare. Neîndeplinirea celor două obligații sau fie și numai a unei obligații, are drept efect aplicarea nelegală a procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare.

.., după rezilierea contractului de delegare, încheiat cu ..., în data de 26.07.2022, a lăsat să curgă o perioadă de 16 zile până la publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. C.... din 11.08.2022, a organizat o procedură de negociere competitivă, pretinzând termene mai reduse, pe care a anulat-o prin Procesul-verbal de anulare a procedurii din data de 25.08.2022, și a continuat cu atribuirea directă a Contractului lot 3 nr. 44/10.10.2022, printr-o procedură nelegală.

Până la data emiterii prezentei decizii, .. nu a publicat anunț de participare privind inițierea unei proceduri de licitație deschise sau restrânse, astfel cum avea obligația potrivit art. 142 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deși în cadrul punctului de vedere susține că „avea obligația de a iniția o nouă procedură competitivă pentru atribuirea unui contract de delegare a gestiunii în paralel”. Contrar celor afirmate de contestator, anunțul de atribuire a contractului de achiziție publică mai sus menționat a fost publicat în SEAP la data de 18.11.2022 (CAN1092001).

Potrivit art. 94 din H.G. nr. 395/2016:

„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”.

Societatea .., ca și alți operatori economici de pe piața de profil, trebuiau invitați să depună ofertă, în condițiile în care aceasta era contractantul actual, iar la o procedură de atribuire pot participa și asocieri de operatori economici, conform dispozițiilor art. 93 din Legea nr. 98/2016, temeinicia rezilierii contractului urmând a fi decisă de instanța de judecată.

În realitate, așa cum rezultă din Strategia de contractare privind atribuirea contractului pentru lotul 3 prin procedura de „negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”, aprobată de președintele ADI Hunedoara, s-a optat pentru transmiterea unei invitații către un singur ofertant, având în vedere termenul scurt pe care autoritatea contractantă îl mai avea la dispoziție (până la 26.10.2022) pentru încheierea unui contract de servicii având ca obiect prestarea serviciilor de salubritate în zona de colectare 3 Centru, precum și pentru a preîntâmpina formularea unor posibile contestații la rezultatul procedurii, în cazul în care ar fi invitat să participe mai mulți ofertanți (a se vedea în acest sens pag. 176-177, vol. I din dosarul CNSC nr. 2630/2022).

Afirmația contestatorului referitoare la faptul că ... nu a obținut mandat din partea tuturor UAT-urilor membre și nu a aprobat alegerea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare și nici documentația de atribuire în baza căreia a aplicat această procedură, nu este întemeiată, deoarece autoritatea contractantă a adoptat Hotărârea AGA nr. 12/20.07.2022, prin care se aprobă documentația de atribuire pentru organizarea procedurii de negociere competitivă și a documentelor suport. Pe de altă parte, condiția de inițiere a negocierii fără publicare prealabilă rezultă din Nota de fundamentare privind aprobarea Documentației de atribuire, a documentelor suport și acordarea mandatelor, înregistrată sub nr. 984/18.05.2022 (și aprobată prin AGA împreună cu întreaga documentație de atribuire aferentă procedurii de negociere competitivă), prin care a fost aprobat în mod expres faptul că în cazul în care procedura de negociere competitivă nu poate fi îndeplinită din motive ce nu țin de activitatea Asociației, se va recurge la procedura de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă.

În Nota de fundamentare se precizează:

„NOTĂ: în cazul în care, din motive ce nu țin de activitatea Asociației (ex. contestații) această procedură nu poate fi îndeplinită, aceleași materiale se vor folosi și în procedura de «negociere fără publicarea unui anunț de participare»”.

Însă, inițierea negocierii fără publicare prealabilă nu a fost consecința existenței vreunei contestații.

În acest sens, autoritatea contractantă a emis Nota justificativă nr. 30/12.09.2022 privind selectarea procedurii de „Negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare”.

Autoritatea contractantă a ales să parcurgă procedura de atribuire prin negociere competitivă, prevăzută de art. 80-85 din Legea nr. 98/2016 ceea ce nu îi dă dreptul să continue cu o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în condițiile art. 104 alin. (1) lit. a) din același act normativ. Această procedură a fost anulată chiar de autoritatea contractantă pentru lipsa numărului minim de candidați.

Din compararea termenelor de desfășurare a procedurii de negociere competitivă (aleasă de autoritatea contractantă) și procedura licitației deschise (regula), nu rezultă că una s-ar desfășura într-un interval mai scurt comparativ cu cealaltă. Consiliul apreciază că factorul de timp nu a fost esențial pentru autoritatea contractantă în momentul selectării procedurii de urmat. Ambele proceduri presupun publicarea unui anunț de participare, iar termenele prevăzute de art. 84 și art. 74 din Legea nr. 98/2016, sunt similare, inclusiv cu privire la posibilitatea reduceriiilor. Licităția deschisă se poate desfășura într-o singură etapă, în timp ce negocierea competitivă se desfășoară în două etape, astfel că nu poate fi exclusă situația în care procedura negocierii competitive să dureze mai mult comparativ cu procedura licitației deschise.

Autoritatea contractantă arată în punctul său de vedere că a publicat în SEAP anunțul de participare pe data de 11.08.2022, deși activase clauza de reziliere pe data de 26.07.2022, deci cu o oarecare întârziere în opinia Consiliului.

Acceptând punctul de vedere al autorității contractante, ar însemna că aceasta poate alege să rezilieze un contract în derulare, să opteze pentru procedura competitivă, pe care ulterior să o anuleze din lipsa competitorilor, pentru ca, finalmente, sub pretextul „crizei de timp” să încheie contractul prin derularea unei proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț. Acest mod de a acționa este însă contrar principiilor specifice materiei achizițiilor publice, reglementate de art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv transparenței și asumării răspunderii.

Argumentele de inițiere a negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, din punctul de vedere, sunt contradictorii: pe de o parte autoritatea contractantă arată că în domeniul salubrității sunt puțini operatori economici care pot îndeplini cerințele achizitorului, dar pe de altă parte, a preferat să anuleze negocierea competitivă, unde a participat un ofertant (Supercom). Deși, susține că primează sănătatea publică, autoritatea contractantă nu a optat pentru finalizarea negocierii competitive prin încheierea contractului, ci a anulat procedura.

Motivul de inițiere a negocierii fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este contrar prevederilor de la art. 104 lit. c) din Legea nr. 98/2016, neexistând niciun caz de urgență. Autoritatea contractantă a anulat negocierea competitivă la care a participat doar

Supercom, invitând la negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț doar același operator economic.

Mai mult decât atât, la data emiterii prezentei decizii, condițiile de „urgență” nu mai subzistă sub nicio formă, după mai mult de 6 luni de la anularea procedurii de negociere competitivă. În tot acest timp autoritatea contractantă a avut la dispoziție o perioadă suficientă pentru inițierea unei proceduri de atribuire transparentă.

Din cele de mai sus, rezultă faptul că procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare s-a desfășurat cu încălcarea prevederilor legale, în sensul că trebuia să inițieze mai întâi proceduri de licitație deschisă, licitație restrânsă ori procedură simplificată, fapt ce impune anularea procedurii.

Procedând în acest fel, autoritatea contractantă nu a asigurat concurența, nu a dat posibilitatea participării mai multor operatori economici.

Consiliul constată astfel că, prin conduita adoptată de autoritatea contractantă, privitor la modul de organizare și desfășurare a procedurii, operatorii economici (inclusiv societatea contestatoarea în cauză) au fost privați de o informare clară în legătură cu aceasta.

Inițierea acestei proceduri a fost de natură să împiedice operatorii economici să participe la procedură și să restrângă în mod vădit concurența între operatorii economici interesați.

Autoritatea trebuia să urmărească sporirea concurenței la procedura de achiziție, iar nu să o îngreuească sau să o diminueze prin alegerea unei proceduri netransparente.

Prin modalitatea de derulare a procedurii, în condițiile din prezenta speță (o singură invitație), este restrâns accesul în mod egal al operatorilor economici la procedura de achiziție, reprezentând un obstacol de natură să restrângă concurența între aceștia, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 98/2016.

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

În consecință, justificările autorității contractante nu sunt apreciate de Consiliu ca fiind pertinente și în acord cu dispozițiile art. 104 din Legea nr. 98/2016.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... și va anula procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de către autoritatea contractantă față de contestația formulată de către

Admite contestația formulată de .. în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și anulează procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

..

MEMBRU,

..

MEMBRU,

..

Redactat practicaua deciziei,

..

Redactat în 4 exemplare originale, conține 17 pagini.