CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 8135/15.01.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 1913/15.01.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI RO ... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... – administrator, împotriva deciziei de anulare a procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale în cadrul Sistemului de management integrat al deșeurilor în județul ...”*, organizată de de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat Consiliului:

- anularea în tot a Deciziei ... nr..., privind anularea procedurii, ca netemeinică și nelegală;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii ce face obiectul anunțului de concesionare nr. ...;
- obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen limită de depunere a ofertelor, cu respectarea termenului de 30 de zile prevăzut la art. 54 alin. (1) din Legea nr. 100/2016;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestația de față, prin care SC ... SRL critică decizia autorității contractante de a anula procedura anterior menționată, apreciind că motivele reținute în justificarea anulării, atât prin nota justificativă la decizia de anulare, cât și

prin răspunsul la notificarea prealabilă, sunt neîntemeiate, decizia de anulare fiind, în opinia contestatoarei, nelegală în întregime.

Contestatoarea arată că, autoritatea contractantă și-a justificat anularea procedurii pe baza motivelor de anulare prevăzute de art. 89 alin. 1 lit. c și lit. d din Legea nr. 100/2016, însă aceste motive de anulare nu se regăsesc în fapt. În opinia contestatoarei, anularea procedurii în baza articolului anterior menționat se poate face doar în cazul:

- existenței unor încălcări ale prevederilor legale care afectează procedura de atribuire iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere fără ca acestea să ducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2 din lege;

- este imposibilă încheierea contractului;

- Consiliul sau instanța de judecată a dispus măsuri de remediere, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere fără ca acestea să ducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2 din lege.

Potrivit contestatoarei, în cazul de față, autoritatea contractantă avea timp suficient și instrumentele juridice necesare să adopte în mod legal toate măsurile de remediere impuse de CNSC sau necesare procedurii pentru ca aceasta să se poată finaliza prin încheierea contractului, situație în care anularea procedurii este nejustificată.

Astfel, referitor la prevederile legale pretins încălcate de documentația de atribuire, contestatoarea arată următoarele:

1. Autoritatea contractantă susține că art. 1 alin. 3 din Anexa nr. 1 a Contractului de finanțare nr. 28/14.02.2017 ce prevede că „*beneficiarul are obligația de a încasa redevența în cuantumul stabilit prin contractul de delegare a gestiunii serviciului și de a nu acorda scutiri de la plata acesteia*”, este încălcată ca efect aș deciziei Consiliului prin care redevența a fost menținută la 300.000 lei (anterior aceasta fiind modificată de la 300.000 lei la 1.800.000 lei, ca efect al transferului în valoarea redevenței a fondului IID 1800.000 lei, măsură constatată ca nelegală de Consiliu.

În opinia contestatoarei, textul citat stabilește două obligații în sarcina autorității contractante, cu efect în etapa de executare a contractului și nu în etapa procedurii de atribuire. Cele două obligații sunt de a încasa redevența și de a nu accepta scutiri de la plata acesteia. În situația de față, redevența propusă de autoritate prin transferul valorii fondului IID în valoarea redevenței a fost constatată ca nelegală de către Consiliu, motiv pentru care, în cazul în care contractul s-ar încheia, art. 1 alin. (3) din Anexa 1 la Contractul de finanțare se va aplica cu referire la suma de 300.000 lei.

2. Referitor la art. 1 alin. (7) din Anexa 1 la contractul de finanțare nr. 28/14.02.2017, potrivit căruia autoritatea contractantă este sancționată în cazul în care oferă unui organism privat ori public avantaje ilicite, autoritatea contractantă consideră ca fiind un element de nelegalitate lipsa obligației perceperii unei garanții de bună execuție în executarea contractului licitat, precum și perceperea redevenței de 300.000 lei/an față de 1.800.000 lei/an, cât se intenționa inițial.

Potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă greșește din 3 motive principale. În primul rând decizia Consiliului este definitivă ca efect al respingerii plângerii de către Curtea de Apel .... Astfel, aceasta beneficiază de autoritate de lucru judecat, motiv pentru care nu mai poate fi contestat conținutul acesteia, decizia fiind obligatorie pentru părțile litigante. Anularea procedurii pentru motivul că autoritatea consideră decizia Consiliului ca fiind nelegală, în opinia contestatoarei, este o încălcare a forței obligatorii a deciziei și a autorității de lucru judecat.

În al doilea rând, textul citat de autoritatea contractantă vorbește despre crearea unor avantaje ilicite prin decizii ale autorității în timp ce constatarea nelegalității redevenței la valoarea de 1.800.000 lei/an și stabilirii valorii acesteia la 300.000 lei/an a fost dispusă de Consiliu, fiind obligatorie pentru autoritatea contractantă.

În ceea ce privește eliminarea cerinței privind garanția de bună execuție, aceasta a fost adoptată de autoritatea contractantă prin mecanismul răspunsului la notificarea prealabilă, din punct de vedere material, aceasta conformându-se dispozițiilor Legii nr. 51/2006, interpretate prin prisma prevederilor Legii nr. 100/2016 și ale HG nr. 867/2006, care nu dispun în cadrul concesiunii posibilitatea instituirii unei garanții de bună execuție, aceasta fiind expres și detaliat reglementată doar prin Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 99/2016.

De asemenea, contestatoarea arată că este eronată concluzia autorității contractante, deoarece textul citat vorbește de crearea unor avantaje ilicite unor entități determinate și determinabile. Eliminarea garanției de bună execuție și stabilirea unor valori mai mici ale redevenței este, pe de o parte, licită, fiind adoptată de entitatea abilitată de lege să emită astfel de decizii și, pe de altă parte, se aplică tuturor participanților la procedură, în mod transparent și nediscriminatoriu, fiind adoptată anterior atribuirii contractului.

3. Cu referire la art. 5 pct. 1 final din Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului, autoritatea contractantă nu indică în mod expres motivele pentru care consideră că documentația de atribuire încalcă acest text legal, însă, implicit, motivul pare a fi modificarea de către CNSC a modului de reglementare a unora dintre riscurile contractului.

Potrivit contestatoarei, această concluzie este una greșită deoarece, modificarea modului de reglementare a riscurilor contractuale s-a făcut prin decizia CNSC, rămasă definitivă, care beneficiază de autoritate de lucru judecat. Anularea procedurii de atribuire pentru evitarea punerii în practică a deciziei Consiliului este, în opinia contestatoarei, o încălcare a forței obligatorii a respectivei decizii. Pe de altă parte, prin modificarea unora din riscurile contractului, Consiliul nu a schimbat natura contractului de concesiune, riscul semnificativ de operare fiind în continuare în sarcina viitorului concesionar. Raportat la modul în care sunt alocate riscurile, operatorul suportă riscul de operare și se menține situația ca în executarea contractului, în condiții normale de funcționare, operatorul riscă să nu-și poată recupera costurile de investiție și de operare.

4. Autoritatea contractantă nu precizează motivul pentru care documentația de atribuire încalcă prevederile art. 29 alin. (11) lit. m) din Legea nr. 51/2006, însă, rezultă implicit că motivul este faptul că nivelul redevenței la care s-a ajuns prin efectul Deciziei Consiliului nu este cel ce ar rezulta din stabilirea acesteia prin metoda indicată de textul de lege.

În opinia contestatoarei, acest motiv de pretinsă nelegalitate este neîntemeiat, deoarece, pe de o parte, documentația de atribuire prevede în sarcina viitorului concesionar obligația de plată a unei redevențe de minim 300.000 lei/an. Valoarea la care s-a ajuns a fost stabilită unilateral de autoritatea contractantă, fiind justificată în baza documentației de atribuire publicată inițial. Pe de altă parte, perceperea unei redevențe în cadrul unei concesiuni nu este o obligație a autorității contractante ci un drept pe care legea îl prevede în favoarea acesteia. Acest lucru rezultă, în primul rând, din cuprinsul art. 29 alin. (7) din Legea nr. 51/2006, care prevede că redevența la care are dreptul autoritatea contractantă în schimbul delegării gestiunii unui serviciu de interes public este facultativă, legea stabilind că aceasta se percepe după caz. Ceea ce este obligatoriu pentru autoritatea publică este să transmită prin contractul de delegare, către operator, obligația de administrare și exploatare a infrastructurii aferente serviciului.

Această concluzie este întărită și de prevederile art. 5 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 100/2016 ce definește contractul de concesiune ca fiind acel contract prin care se încredințează gestiunea unui serviciu public către un operator economic, în schimbul gestiunii, operatorul primind fie dreptul de a exploata serviciul fie acest drept și o plată din partea concedentului. Același lucru rezultă și din prevederile art. 96 alin. (3) din HG nr. 867/2016, teza a II-a. Raportat la acest text de lege, rezultă, din nou, că redevența este facultativă, putând lipsi din contract, cum este situația în speța de față, nivelul acesteia fiind la libera apreciere a autorității contractante. În speță, aceasta a fost stabilită la suma de 300.000 lei/an, prin voința autorității contractante, manifestată la data întocmirii documentației de atribuire, iar în baza deciziei Consiliului, această valoare s-a menținut.

Potrivit contestatoarei, dat fiind faptul că redevența este un drept al autorității contractante și întrucât o astfel de redevență există prevăzută în documentația de atribuire, prin decizia Consiliului nu este afectată natura contractului preconizat, acesta rămânând în continuare unul de delegare prin concesiune a serviciilor și nu afectează nici viabilitatea acestuia, concesiunea fiind aptă să asigure realizarea conformă și legală a serviciului public licitat.

Nu în ultimul rând, trebuie reținut că modalitatea de stabilire a redevenței prezentei proceduri a fost analizată de Consiliu care, prin decizie definitivă, a constatat că suma de 300.000 lei, stabilită inițial, este legală.

5. Autoritatea contractantă nu precizează în ce fel sunt încălcate prevederile Ordinului ministrului finanțelor publice nr. 1917/2005 și ale HG

nr. 2139/2004, și cum pot atrage acestea nelegalitatea prezentei proceduri, în măsură să atragă anularea acesteia.

Potrivit contestatoarei, trimiterile la cele doua acte normative privind amortizarea bunurilor nu poate să reprezinte un motiv de nelegalitate a proceduri deoarece: a) amortizarea fiscală a bunurilor proprietate publică nu are legătură cu prezenta procedură, neexistând obligații în sarcina concesionarului referitoare la amortizare; b) valoarea redevenței reprezintă un criteriu relevant în realizarea amortizării.

6. Autoritatea contractantă consideră că prin decizia Consiliului i-a fost încălcat dreptul de a decide cel mai bun mod de gestionare a serviciilor de salubrizare, respectiv, i-a fost lăsată fără efecte decizia de a atribui gestionarea serviciului prin concesiune, prin aceea că a fost modificată matricea riscului, iar ca urmare a acestei modificări, riscul semnificativ de operare a fost transferat din sarcina operatorului în sarcina autorității contractante.

Potrivit contestatoarei, această argumentație este falsă deoarece, conform Legii nr. 101/2016, Consiliul este abilitat să verifice legalitatea oricărui act al autorității contractante în legătură cu o procedură de atribuire, în acest sens, Consiliul nefiind ținut de deciziile autorității contractante. Pe de altă parte, prin decizia Consiliului nu s-a realizat o realocare a riscului semnificativ de operare de la concesionar la concedent ci au fost modificate punctual o serie de riscuri care, în mod nejustificat, au fost puse în sarcina concesionarului, deși acestea țin mai degrabă de concedent sau se află, în bună parte, sub controlul acestuia din urmă.

În plus, riscurile modificate prin decizia Consiliului nu fac parte din riscul economic de funcționare transferat în mod semnificativ operatorului, astfel cum sunt acestea stabilite la art. 6 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 100/2016.

7. Prin invocarea art. 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016, autoritatea contractantă încearcă să justifice anularea procedurii pe motivul neclarității documentației de atribuire, neclaritate ce a generat formularea de către operatori a unui număr de 45 de solicitări de clarificări, 14 notificări prealabile și 6 contestații.

Contestatoarea arată că, pentru situațiile în care documentația de atribuire nu este clară. Legislația în vigoare prevede mecanismele necesare pentru remedierea oricăror elemente echivoce, neclare sau lipsă. Aceste mecanisme sunt tocmai cele utilizate de operatorii economici, respectiv, solicitările de clarificări, notificările prealabile și contestațiile. Apelarea la aceste mijloace nu poate fi un motiv de nelegalitate a procedurii care să justifice anularea ei ci, din contră, reprezintă demersuri care, treptat și punctual, au dus la remedierea oricăror nereguli ale procedurii.

8. Cu referire la art. 20 alin. (1) lit. k) din HG nr. 867/2016, contestatoarea precizează că, în urma deciziei Consiliului, nu se mai cere constituirea niciunei garanții contractuale, motiv pentru care textul dispozitiv prevăzut de articolul citat nu se aplică. Totodată, arată că, CNSC a eliminat în mod just obligația de constituirea a garanției de bună

execuție a contractului, aceasta fiind impusă de lege doar în cazul atribuirii unui contract de servicii nu și în cazul atribuirii gestiunii unui serviciu prin concesiune. În plus, în cazul concesiunii riscul semnificativ aparține concesionarului, fapt pentru care nu există riscuri de operare în sarcina concedentului care se impun a fi garantate printr-o garanție suplimentară.

Concluzionând, contestatoarea precizează că nu există niciun motiv care să justifice anularea în mod legal a procedurii de atribuire. Motivul de anulare prevăzut de art. 88 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 100/2016 nu există, neexistând în realitate nicio încălcare a prevederilor legale indicate de autoritatea contractantă prin nota justificativă. De asemenea, motivul de anulare prevăzut de art. 88 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 100/2016 nu există, autoritatea contractantă având la îndemână instrumentele legale necesare pentru a adopta măsurile de remediere impuse prin Decizia CNSC, având posibilitatea de a proroga termenul limită de depunere a ofertelor cu timpul necesar pentru adoptarea remedierilor, publicarea acestora și acordarea unui termen suficient participanților pentru a lua la cunoștință de conținutul acestor remedieri.

Astfel, consideră că, în lipsa existenței, în fapt, a motivelor excepțional și limitative de anulare, astfel cum sunt acestea prevăzute de lege, decizia de anulare a procedurii adoptată de autoritatea contractantă este nelegală, iar anularea nejustificată a procedurii este abuzivă, încălcând, pe de o parte, drepturile și interesele operatorilor economici interesați de procedură și, pe de altă parte, drepturile și interesele publice ale comunității beneficiare a serviciilor licitate.

Prin punctul de vedere nr. 1068/18.01.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 2782/19.01.2018, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației SC ... SRL și menținerea ca temeinică și legală a deciziei de anulare a procedurii.

Potrivit autorității contractante, într-adevăr scopul inițierii unei proceduri este ca aceasta să fie finalizată prin încheierea contractului, dar numai cu respectarea normelor legale incidente care protejează toate categoriile de interese, inclusiv interesul public. De altfel, așa cum lesne se poate observa din articolul mai sus citat, în mod eronat, se invocă caracterul excepțional al anulării unei proceduri întrucât legiuitorul nu a înțeles să atribuie un caracter de excepție ca modalitate de finalizare a procedurii ci, dimpotrivă, a reglementat în sarcina sa prin art. 89 alin. 1 lit. a)-g) din Legea nr. 100/2016, cazurile în care este obligată să anuleze procedura iar în două din aceste cazuri (art. 89 alin. 1 lit. c) și d) din Legea nr. 100/2016) se încadrează în fapt și prezenta procedură.

În acest sens, arată că decizia de anulare a procedurii a fost temeinic justificată atât în fapt cât și în drept, așa cum rezultă din Decizia nr. 23782/19.12.2017 și Nota justificativă nr. 23739/19.12.2017 însoțită de Anexa nr. 1 și Anexa nr. 2. publicate în SEAP în data de 20.12.2017.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia procedura de atribuire nu poate fi anulată decât în cazul în care elemente de nelegalitate ale documentației de atribuire nu pot fi remediate prin

măsuri adoptate de autoritatea contractantă fără ca prin acestea să se ajungă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin.2 din Legea nr. 100/2016 autoritatea contractantă arată că, pe parcursul procedurii de atribuire, s-au constatat numeroase erori și omisiuni iar documentația de atribuire revizuită, conține prevederi care nesocotesc Contractul de finanțare nr. 28/14 februarie 2017, dispozițiile legale care guvernează domeniul serviciilor comunitare de utilități publice – salubrizare, și principiile prevăzute la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 100/2016 respectiv:

- principiul asumării răspunderii ca urmare a erorilor/ omisiunilor/nerespectării dispozițiilor legale anterior citate ce atrag sancțiuni severe din partea organelor de control Curtea de Conturi a României, ANAP, față de prevederile art. 1 alin. 5 din HG nr. 867/2016 față de prevederile Contractului de finanțare nr. 28/14 februarie 2017, Anexa nr. 1, Articolul 1 alin. (7), conform căreia autoritatea contractantă este sancționată în cazul în care oferă unui organism privat ori public avantaje ilicite, în speță, prin neinstituirea obligației în sarcina Concesionarului privat de a plăti redevența pentru Bunurile de Retur, obligație statuată de legiuitor prin art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006;

- principiul proporționalității prin neasigurarea corelației între: necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de concesiune și cerințele tehnice, funcționale, economice, financiare etc. solicitate a fi îndeplinite. În concret, redevența fiind redusă la valoarea de 300.000 lei/an numai pentru terenul aferent ... înseamnă că, în mod evident nelegal și netemeinic, ar exista obligația concesionării și punerii la dispoziția operatorilor economici a bunurilor de retur (în valoare totală de 136.980.119,58 lei din care 125.222.297,33 lei aferentă investițiilor noi realizate prin proiectul ... (Faza 1 + Faza 2) și 11.757.822,25 lei aferenta investițiilor existente) fără redevența ceea ce ar califica în mod obligatoriu acest contract ca fiind de împrumut de folosință gratuită (comodat) și, nicidecum, un contract de concesiune.

În acest sens, autoritatea contractantă reiterează faptul ca unul din elementele de nelegalitate a documentației de atribuire - consecință directă a măsurii de remediere impusă prin Decizia CNSC nr. ... este eliminarea redevenței pentru bunurile de retur cu motivația reținută de Consiliul la fila 38 din decizie, respectiv că autoritatea contractantă nu a arătat motivele pentru care s-a omis stabilirea unei valori complete a redevenței încă de la momentul inițierii procedurii și nici modalitatea de stabilire a celei corespunzătoare bunurilor de retur, arătând totodată că în documentele prezentate nu se regăsesc calculele efectuate în vederea stabilirii valorii suplimentare a redevenței ori a gradului de suportabilitate a populației.

Potrivit autorității contractante, suma de 1.500.000 lei/an a existat încă de la început în documentația de atribuire ca o obligație de plată în sarcina Concesionarului pentru bunurile ce fac obiectul concesiunii. În urma solicitărilor de clarificări și a notificărilor prealabile, au fost adoptate măsuri de remediere, în sensul recalificării sumei de 1.500.000 lei/an, ca

redevență, în realitate fiind vorba de o cumulare a două sume (300.000 lei/an pentru terenul aferent ... + 1.500.000 lei/an pentru Bunurile de Retur concesionate), rezultând astfel o redevență totală de 1.800.000 lei/an.

Autoritatea contractantă mai precizează că, la momentul demarării procedurii de atribuire, s-au stabilit obligațiile de plată în sarcina concesionarului, în sumă de 300.000 lei/an + 1.500.000 lei/an, aceasta din urmă recalificată, ulterior, ca redevență întrucât în perioada de referință, respectiv în mai/iunie 2017, valoarea bunurilor de inventar care cuprinde integral costurile proiectului nu putea fi finalizată deoarece etapa de implementare a Proiectului „Fazarea proiectului ..." nu a fost finalizată, bunurile mobile și imobile fiind preponderent realizate prin Proiectul ... Faza 2 care era în etapa de finalizare înregistrând un progres fizic și financiar de peste 90%.

Mai arată autoritatea contractantă că înainte de pronunțarea deciziei Consiliului nr. ... a comunicat prin email către Consiliu modalitatea de stabilire a redevenței corespunzătoare a bunurilor de retur, fiind transmise adresele nr. 16203./06.09.2017 și nr. 16349/08.09.2017.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, în perioada de pregătire a proiectului ... a fost efectuată și analiza gradului de suportabilitate în baza căreia s-a obținut finanțarea proiectului și care a fost reevaluată la momentul elaborării Studiului de fundamentare, în cadrul subcap. 4.2.1 Venituri sin taxe/tarife plătite de utilizatori.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază ca fiind vădit nefondată susținerea contestatoarei că documentația revizuită prin care valoarea redevenței de la 1 800 000 lei/an (300 000 lei teren+1 500 000 lei, Bunuri de retur) a fost redusă la 300 000 lei (teren) nu încalcă articolul 1 alin. (3) din Anexa nr. 1 a Contractului de finanțare nr. 28/14 februarie 2017 care prevede că "*Beneficiarul are obligația de a încasa redevența în cuantumul stabilit prin contractul de delegare a gestiunii serviciului și de a nu va acorda scutiri de la plata acesteia*" și, în mod cert, nu se poate susține argumentat că articolul citat are efect numai în etapa de executare a contractului având în vedere dispozițiile art. 19 alin.(3) lit. c) din HG nr. 867/2016.

Or, în etapa de executare a contractului se pot regăsi strict clauze și prevederi din documentația de atribuire publicată în etapa procedurii de atribuire având în vedere principiul asigurării securității raporturilor juridice conform căruia "*cerințele autorității contractante nu pot fi schimbate după semnarea contractului*", aspecte tranșate în mod explicit la fila 44 alin. 1 și 2 din Decizia CNSC nr. ... pronunțată în acest dosar.

Autoritatea contractantă mai arată că valoarea redevenței pentru Bunurile de Retur concesionate, stabilită în conformitate cu art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006, se calculează potrivit prevederilor Ordinului ministrului finanțelor publice nr. 1917/2005 pentru aprobarea Normelor metodologice privind organizarea și conducerea contabilității instituțiilor publice, Planul de conturi pentru instituțiile publice și instrucțiunile de aplicare a acestuia și prevederilor HG nr. 2.139/2004

pentru aprobarea Catalogului privind clasificarea și duratele normale de funcționare a mijloacelor fixe, cu modificările și completările ulterioare.

Contrar celor arătate de contestatoare cu privire la faptul că redevența este "facultativă" sau că se stabilește "după caz", autoritatea contractantă solicită să se observe că art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006 statuează *„Contractul de delegare a gestiunii cuprinde in mod obligatoriu clauze referitoare la: (...) m) nivelul redevenței sau al altor obligații, după caz*.'' Prin urmare, din textul de lege rezultă în mod clar că sintagma *„după caz*" se referă la „alte obligații" și nu la redevența. De asemenea, indiferent de interpretare nu se poate reține că redevența este facultativă ci stabilirea redevenței este un demers obligatoriu pentru autoritatea contractantă de protejare a unui interes public, deoarece aceasta are obligația de a apăra cu prioritate interesul public, prin valorificarea unor drepturi subiective sau interese publice directe stabilite de legiuitor.

În consecință, menținerea de către autoritatea contractantă ca redevență în cuantum de 300.000 lei (calculat doar pentru valoarea terenului aferent pe care se află Centrul de Management Integrat al Deșeurilor ...), încalcă prevederi legale, contractuale (contractul de finanțare), principiile proporționalității și asumării răspunderii și fac imposibilă încheierea contractului de concesiune, în condițiile în care există o opinie unanimă a autorității contractante - operatori economici - CNSC (fila 38 alin. 1 din Decizia ... pronunțată în acest dosar) în sensul că autoritatea contractantă are dreptul de a percepe o redevență (chirie) pentru bunurile imobile și/sau mobile puse la dispoziția Concesionarului.

În opinia autorității contractante, este profund greșită încercarea contestatoarei de a sugera că trebuie privit separat fiecare element al concesiunii *(valoarea estimată, riscuri, garanții, indicatori de performanță, redevență, etc)* pe de o parte și separat fiecare dispoziție legală și/sau angajament juridic asumat de autoritatea contractantă dar nesocotit prin documentația de atribuire revizuită *(articolul 1 alin. (3) a/in. (7) din Anexa nr. 1 a Contractului de finanțare nr.28/14 februarie 2017, art. 5 pet. I paragraful final din Directiva 2014/23/UE, art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006, art. 871 alin. 1 din Codul civil, Legea nr. 100/2016,* etc.) pe de altă parte întrucât documentația de atribuire și așa extrem de complexă nu poate fi privită decât ca un tot unitar.

În ceea ce privește art. 1 alin. (7), Anexa nr. 1 din contractul de finanțare nr. 28/14.02.2017, potrivit căruia autoritatea contractantă este sancționată în cazul în care oferă unui organism privat ori public avantaje ilicite, autoritatea contractantă face trimitere la Nota justificativă nr. 23739/19.12.2017, fila 4, în care se arată că documentația de atribuire nesocotește art. 1 alin. (3) și alin. (7) din Anexa nr. 1 la contractul de finanțare nr. 28/14.02.2017, prin neinstituirea obligației în sarcina concesionarului privat de a plăti redevența și pentru bunurile de retur, obligație statuată de legiuitor prin art. 29 alin. (11) lit. m) din Legea nr. 51/2006.

De asemenea, în aceeași notă justificativă, referitor la garanția de bună execuție se arată că aceasta a fost eliminată în baza jurisprudenței Consiliului, astfel încât este neadevărată afirmația conform căreia Consiliul s-ar fi pronunțat în speță cu privire la garanția de bună execuție și că această decizie ar avea autoritate de lucru judecat.

Autoritatea contractantă consideră important de reținut faptul că garanția de bună execuție nu a făcut obiectul și nici nu a fost eliminată de CNSC, că autoritatea contractantă a invocat doar că practică judiciară două decizii ale CNSC (decizia CNSC nr. ... și Decizia CNSC nr. ...) și că garanția de bună execuție a fost eliminată de autoritatea contractantă în urma Notificării prealabile nr. 7760/10.07.2017 înregistrată la ... sub nr. 12667/ 10.07.2017, astfel cum rezultă din Răspuns notificare prealabilă nr. 13024/ 13.07.2017 și din cuprinsul Măsurilor de remediere nr. 13271/19.07.2017 publicat în SEAP sub denumirea "Măsuri de remediere nr. 2([PWCN2903/028]Măsuri de remediere nr. 2.pdf.p7s)" în data de 19.07.2017 12:28.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că prin solicitarea unei astfel de garanții a dorit să își asigure o măsură de precauție în vederea acoperirii eventualelor prejudicii cauzate de nerespectarea contractului (plata redevență, penalități contractuale etc...), iar practica judiciară referitor la această cerință este contradictorie. Este nefondată susținerea contestatoarei că, în cazul concesiunii, riscul semnificativ de operare aparține concesionarului, că nu există riscuri de operare în sarcina concedentului, care se impun a fi garantate printr-o garanție suplimentară întrucât și autoritatea contractantă își asumă anumite riscuri, iar, pentru a evita un comportament necorespunzător din partea operatorului economic, are dreptul de a-și asigura prin documentație și prin clauze contractuale măsuri de precauție. Mai mult decât atât, operatorul economic nu pierde această garanție în condițiile în care și-a îndeplinit în mod corespunzător contractul pe toată durata de prestare, aceasta fiind returnată ulterior.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei că documentația de atribuire nu încalcă art. 5 pct. l paragraful final din Directiva 2014/23/UE, art. 3, 6 și 8 din Legea nr. 100/2016 sau art. 230 din Legea nr. 98/2016 că „riscul semnificativ de operare fiind transferat în continuare în sarcina viitorului concesionar" (fila 9 din contestație), că, în condiții normale de funcționare, operatorul riscă să nu-și poată recupera costurile de investiție de operare" (fila 9 din contestație) sunt, în opinia autorității, susțineri pur formale întrucât legiuitorul a stabilit în mod clar prin art. 7 și 8 din Legea nr. 100/2016 sau art. 8 lit. a) raportat la art. 9 alin. 2 si art. 11-15 din HG nr. 867/2016, 229-230 din Legea nr. 98/2016 că autoritatea contractantă are obligația de a elabora un studiu de fundamentare care să demonstreze necesitatea și oportunitatea realizării proiectului (concesiunii), iar acest studiu include aspecte privind fezabilitatea economică-financiară-tehnică, aspecte sociale și aspecte instituționale, aspecte de mediu (art. 12 din HG nr. 867/2016), analiza privind încadrarea contractului în categoria celor de concesiune (art. 13 din HG

nr. 867/2016) inclusiv dacă concesiunea răspunde cerințelor și politicilor entității contractante (art. 15 lit. b) din HG nr. 867/2016).

Or, față de cele de mai sus, se poate observa că redevență de 300.000 lei/an X 5 ani impusă prin decizia CNSC, în loc de 1800000 lei/an X 5 ani, eliminarea garanției de bună execuție, eliminarea unor riscuri, modificarea clauzelor contractuale, a modului de prezentare a propunerii financiare, a indicatorilor de performanță etc. nu rezultă nici din studiul de fundamentare inițial, nici din strategia de contractare prin care se documentează deciziile conform art. 9 alin 2 și 3 din HG nr. 867/2016 și nu reprezintă decizia autorității contractante care, așa cum s-a arătat anterior, a avut în vedere un complex de elemente diferite de cele din documentația de atribuire revizuită. În aceste condiții, susținerea că riscul de operare este transferat la concesionar, că nu este afectată natura contractului, apreciază autoritatea, nu poate fi reținută și nici justificată argumentat.

- în ceea ce privește cele 45 solicitări de clarificări, 14 notificări prealabile și 6 contestații la care autoritatea contractantă a publicat în SEAP și în JOUE clarificări/documentații revizuite/erate (conform Anexei nr. 1 și Anexei nr. 2) și, totodată, a formulat răspunsuri la notificări prealabile/puncte de vedere asupra contestațiilor concluzii scrise, autoritatea arăta că, într-o interpretare corectă și de bună credință, acestea nu pot fi apreciate decât ca demersuri constante de a finaliza procedura și nu circumstanțe artificiale de anulare cum greșit se susține în notificare. În acest sens, autoritatea contractantă arată că obiectivul său este de a finaliza procedura însă nu în orice condiții ci numai dacă nu se încalcă prevederile legale în vigoare și dacă nu se nesocotește interesul public.

Prin Concluziile scrise nr. 8159/25.01.2018, înregistrate la Consiliu cu nr. 3362/25.01.2018, contestatoarea a răspuns punctului de vedere al autorității contractante, solicitând respingerea apărărilor formulate de aceasta.

Cu privire la nelegalitatea valorii redevenței invocată de autoritatea contractantă, contestatoarea arată următoarele:

- autoritatea contractanta confundă obiectul Contractului preconizat, urmărind mai degrabă obținerea de venituri din concesionarea bunurilor aferente serviciului, în loc să urmărească desemnarea unui operator capabil să presteze serviciul de salubrizare cu respectarea principiilor impuse de art. 3 din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubrizare a localităților;

- întrucât scopul declarat al procedurii de atribuire este delegarea serviciului de salubritate și nu închirierea bunurilor de retur, invocarea unei disproporții între valoarea redevenței și valoarea bunurilor de retur nu poate constitui motiv de anulare a procedurii; în acest sens precizează că:

(1) redevența în contractele de concesiune nu este obligatorie;

(2) modul de determinare a valorii redevenței nu este impus în mod imperativ de lege, autoritatea contractantă având un grad mare de

apreciere cu privire la impunerea acesteia, fapt ce rezultă din prevederile art. 29 alin. 11 lit. m din Legea nr. 51/2006;

(3) concesionarului nu i se transferă proprietatea bunurilor de retur, astfel cum indică și denumirea, acestea urmând a reveni în patrimoniul autorității contractante, în mod gratuit, la momentul încetării contractului scopul principal al cedării folosinței acestora către delegat fiind facilitarea prestării serviciului concesionat în favoarea beneficiarilor;

(4) prin concesionarea bunurilor de retur în schimbul unei redevențe reduse nu se ajunge la o îmbogățire fără justă cauză a operatorului, ci, din contră, asigură o povară financiară cât mai mică beneficiarilor serviciului concesionat (redevența regăsindu-se în final în valoarea tarifelor);

- prin decizia CNSC, rămasă definitivă ca efect al respingerii de către Curtea de Apel ... a plângerii formulate de autoritatea contractantă împotriva acesteia, Consiliul stabilește în mod clar caracterul nelegal al redevenței în cuantum de 1.500.000 lei stabilită de autoritatea contractantă, precum și obligația ca aceasta să fie eliminată de autoritatea contractantă din documentația de atribuire;

- prevederile art. 430 alin. 1 Cod procedură civilă cu privire la autoritatea de lucru judecat a hotărârilor judecătorești, precum și prevederile art. 634 Cod procedură civilă cu referire la hotărârile definitive, sunt aplicabile Deciziei CNSC prin raportare la prevederile 68 din Legea nr. 101 /2016.

- în ceea ce privește temeinicia acestei decizii a CNSC, precum și a legalității procedurii de atribuire ulterior adoptării modificărilor impuse de decizia CNSC, au relevanță prevederile art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 referitor la soluțiile pe care le poate pronunța Consiliul în soluționarea contestațiilor; Conform art. 26 alin. 2 pct. c din legea citată, CNSC poate dispune *„orice altă măsură, în afara celor prevăzute la lit. a) și b),* necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire"; în baza acestui text, CNSC, în soluționarea unei contestații este ținut să pronunțe o soluție care să asigure legalitatea procedurii de atribuire și care să permită, în baza remedierilor impuse autorității contractante, finalizarea în condiții de legalitate a procedurii obiect al contestației;

- întrucât decizia CNSC a fost pronunțată în condiții de legalitate și beneficiază de autoritate de lucru judecat, obligațiile stabilite prin aceasta nu pot constitui motiv de nelegalitate a documentației de atribuire care să justifice o anulare legală a procedurii de atribuire;

- ca efect al unei notificări prealabile, autoritatea contractantă a fost de acord că modalitatea de impunere a unei „cote de dezvoltare (Fond IID)" prevăzută în documentația de atribuire este nelegală, remediind documentația de atribuire prin schimbarea denumirii acestei obligații din *cota de dezvoltare (Fond IID)* în *redevență*

- prin decizia CNSC s-a constatat nelegalitatea instituirii redevenței în cuantum de 1.500.000 lei și a fost obligată autoritatea contractantă să elimine obligația de plată a acestei sume din documentația de atribuire;

aceasta măsură însă nu este aptă să atragă nelegalitatea documentației de atribuire, astfel cum se susține de către autoritatea contractantă întrucât: (1) prin eliminarea unui cost impus operatorului (redevență), se reduc costurile totale pe baza cărora acesta este ținut să-și fundamenteze tarifele, motiv pentru care, ca efect al presiunii concurențiale din cadrul procedurii, se determină o reducere a tarifelor pe baza cărora se va presta serviciul; (2) în condițiile în care gradul de sustenabilitate al populației permitea instituirea unei redevențe de 1.500.000 lei/an, este indubitabil că populația va putea suporta mai ușor un tarif care nu trebuie să acopere o astfel de cheltuială;

- în condițiile în care art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2006 prevede ca un principiu esențial al organizării și funcționării serviciului de salubritate *„tarifarea echitabilă, corelată cu calitatea și cantitatea serviciului prestat*", prestarea serviciului licitat la un tarif care nu cuprinde și redevența de 1.500.000 lei/an face mult mai facilă respectarea acestui principiu;

- stabilirea unei alte valori a redevenței decât cea stabilită prin documentația de atribuire inițial publicată nu încalcă acest text contractual, art. 1 alin. 3 din Anexa la Contractul de Finanțare vorbind despre obligația autorității contractante de a încasa redevența stabilită prin contractul de delegare;

- potrivit art. 29 alin. 7 și alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006 și art. 96 alin. 3 din HG nr. 867/2016, nu există o obligație legală în sarcina autorității contractante de a prevedea în contract o redevență și nu există o prescripție legală în sarcina autorității în baza căreia aceasta să fie ținută la impunerea unei redevențe de o anumită valoare;

- nu există o obligație legală expresă a autorităților contractante de a percepe o redevență, aceasta decizie fiind determinată, de la caz la caz, în funcție de mecanismul concret al delegării; neexistând o obligație de impunere a unei redevențe, nu există nici o obligație cu privire la modul de determinare a acesteia;

- Prin art. 29 alin. 11 lit. m din Legea nr. 51/2006, se prevăd două elemente pe care autoritatea contractantă trebuie să le aibă în vedere la momentul determinării valorii redevenței, astfel încât acest element de cost contractual să poată respecta principiile prevăzute de art. 1 alin. 4 din lege, în special cel prevăzut la lit. i: Serviciile de utilități publice fac obiectul unor obligații specifice de serviciu public în scopul asigurării unui nivel ridicat al calității siguranței și accesibilității, egalității de tratament, promovării accesului universal și a drepturilor utilizatorilor și au următoarele particularități: (i) sunt organizate pe principii economice de eficiență în condiții care să le permită să își îndeplinească misiunile și obligațiile specifice de serviciu public; altfel spus, în stabilirea redevenței, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere valoarea de amortizare a bunurilor aferente serviciului și gradul de suportabilitate a populației, fără a se considera că valoarea redevenței trebuie să fie egală cu valoarea de amortizare a bunurilor limitată la gradul de suportabilitate a populației;

- stabilirea redevenței la valoarea de 300.000 lei/pe an nu este o eroare sau o omisiune, fiind justificată în acest sens încă din etapa

Studiului de fundamentare inițial publicat în SEAP; nici eliminarea din documentația de atribuire a cotei de dezvoltare (fond IID) nu poate fi considerată o eroare/omisiune care să justifice anularea procedurii în temeiul art. 89 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 100/2016, o astfel de eroare/omisiune atrăgând anularea doar în cazul în care afectează procedura de atribuire sau face imposibilă încheierea contractului;

- în condițiile în care scopul declarat al procedurii este atribuirea serviciilor de salubritate în aria delegării, eliminarea sumei de 1.500.000 lei din documentația de atribuire nu afectează procedura de atribuire în sine și nu face imposibilă încheierea contractului, din contră, favorizează încheierea acestui contract, permițând ofertarea unor tarife mai mici și duce implicit la creșterea caracterului lucrativ al concesiunii:

- într-adevăr, în acest caz, autoritatea contractantă nu mai are dreptul de a încasa această sumă, situație în care este pusă în situația de a găsi alte surse de finanțare a obligațiilor pe care și le-a asumat (eventual prin instituirea unor taxe); acest lucru însă nu ține de prezenta procedură de atribuire și nu afectează viabilitatea contractului;

- eliminarea din documentația de atribuire a redevenței de 1.500.000 lei/an nu reprezintă un element de nelegalitate care să atragă anularea procedurii de atribuire în baza prevederilor art. 89 alin. 1 lit. c) și/sau d) din Lega nr. 100/2016, motiv pentru care Decizia de anulare adoptată de ... este nelegală:

- lipsa impunerii unei garanții de bună execuție nu afectează modul de derulare a procedurii de atribuire și nu face imposibilă încheierea contractului, astfel cum cere art. 89 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 100/2016 pentru ca un motiv de anulare a procedurii s fie întemeiat; mai mult, eliminarea acestei obligații din cadrul documentației de atribuire a fost dispusă chiar de către autoritatea contractantă, considerând la acel moment că o astfel de garanție nu este necesară pentru finalizarea procedurii și încheierea contractului; o astfel de concluzie este întemeiată raportat la prevederile Legii nr. 100/2016 și ale HG nr. 867/2016 care, spre deosebire de Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, nu prevede în cazul concesiunilor obligația instituirii unei astfel de garanții și nu prevede nici condițiile în care o astfel de garanție poate fi reținută (limite, condiții de constituire, condiții de reținere, condiții de restituire etc.);

- răspunsul la notificare nr. 13024/13.07.2017 prin care autoritatea contractantă a dispus renunțarea la garanția de bună execuție a fost publicat în SEAP în cadrul Măsurilor de remediere nr. 13271/19.07.2017, act ce are natura juridică a unui act administrativ; odată publicat în SEAP, acest act administrativ a intrat în circuitul civil, fiind obligatoriu inclusiv pentru autoritatea contractantă; de asemenea, fiind parte a circuitului civil, autoritatea contractantă nu mai poate reveni asupra acestui act în sensul revocării sale; cu toate acestea, prin anularea procedurii pentru acest motiv, autoritatea contractantă a obținut o revocare faptică a deciziei de eliminare a garanției de bună execuție din contract, eliberându-se de efectele potențiale pe care această decizie le avea;

- prin această măsură, autoritatea contractantă a procedat la încălcarea art. 1 pct. 6 din Legea nr. 554/2004, revocându-și, în mod implicit, propriul act.

Prin Concluziile scrise nr.1600/26.01.2018, înregistrate la Consiliu cu nr. 3642/26.01.2018, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

- în ceea ce privește caracterul excepțional al anulării unei proceduri trebuie avut în vedere și faptul că, potrivit informațiilor dispozițiile în SEAP, în perioada 26.05.2016 când a intrat în vigoare Legea nr. 100/2016 și data de 19.01.2018, au fost finalizate 13 proceduri de concesiune, din care 5 au fost atribuite iar 8 au fost anulate, 5 au fost suspendate, iar, alte 17, se află în derulare;

- contrar celor susținute de contestatoare în Concluziile scrise nr. 8159/25.01.2017, autoritatea contractantă reiterează că procedura a fost anulată deoarece documentația de atribuire a fost în totalitate modificată semnificativ prin măsurile de remediere adoptate și care au vizat valoarea estimată a concesiunii, garanția de participare, garanția de bună execuție, redevența, riscurile, perioada de mobilizare, modul de prezentare a propunerii financiare, clauzele contractuale și indicatorii de performanță, ceea ce a condus la modificarea fundamentală a Studiului de fundamentare inițial, la distanțarea substanțială de interesul public, de analiza cost-beneficiu și de celelalte elemente inițial adoptate de autoritatea contractantă, de exigențele proiectului, precum și la nesocotirea art. 1 alin. (3) și (7) din Anexa la contractul de finanțare nr. 28/14.02.2017, art. 5 alin. (1) din Directiva 2014/23/UE, art. 29 alin. (11) lit. m) din Legea nr. 51/2006, art. 871 alin. (1) din codul civil, art. 1, 6 și 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016 și art. 230 din Legea nr. 98/2016;

- cu referire la autoritatea de lucru judecat, nu există identitate de obiect între contestațiile soluționate prin deciziile nr. ..., care au avut ca obiect măsuri de remediere și prezenta contestație care are ca obiect măsura de anulare a procedurii;

- evoluția procedurii este mult diferită față de momentul pronunțării deciziei Consiliului, în sensul că, de la acel moment, au mai fost formulate încă 22 de solicitări de clarificări, 14 răspunsuri la solicitările de clarificări, 6 notificări prealabile și 4 contestații;

- este pur formală susținerea contestatoarei că, prin eliminarea redevenței se reduc tarifele, deoarece concesionarul nu urmărește decât să obțină profit prin tarife maximale indiferent de valoarea redevenței; în mod cert, din experiența proprie autorității contractante, nu prestatorii nu manifestă preocupare decât pentru interesul propriu și nu pentru beneficiul populației;

- se impune a fi analizat și situația inversă în care un operator economic ar concesiona către UAT Județul ... bunuri în valoare de 136.980.119, 58 lei, cu titlu gratuit fără redevență, aceasta fiind, conform opiniei contestatoarei, facultativă;

- redevența nu este facultativă, ci, stabilirea acesteia este un demers obligatoriu pentru autoritatea contractantă de protejare a unui interes public, autoritatea contractantă având obligația de a apăra cu

prioritate interesul public prin valorificarea unor drepturi subiective sau interese publice directe stabilite de legiuitor;

- criticile suplimentare din cuprinsul Concluziilor scrise ale contestatoarei nu pot fi luate în considerare, fiind inadmisibile, conform art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016;

- în mod eronat se susține că eliminarea garanției de bună execuție a fost dispusă chiar de către autoritatea contractantă, considerând la acel moment că o astfel de garanție nu este necesară pentru finalizarea procedurii și încheierea contractului; în fapt, eliminarea respectivei garanții a fost făcută având în vedere decizia Consiliului nr. ..., decizie care, însă, este contrazisă de o altă decizie a Consiliului, respectiv decizia nr. ....

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

... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale în cadrul Sistemului de management integrat al deșeurilor în județul ...”*, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de concesionare nr. .... Valoarea estimată a contractului de concesiune ce urmează a fi atribuit, este de 118.508.765,46 lei, fără TVA.

Prealabil analizării pe fond a cauzei, Consiliul constată că, în această procedură de achiziție publică, au mai fost formulate contestații, astfel:

I. contestația nr. 7776/19.07.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 29552/19.07.2017, formulată de SC ... SRL, contestația nr. 7798/01.08.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 31841/01.08.2017, formulată de SC ... SRL, contestația nr. 363/10.08.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 34138/17.08.2017, formulată de SC ... SRL si contestația nr. 362/10.08.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 34139/17.08.2017, formulată de SC ... SRL, soluționate prin **...**, prin care Consiliul:

- a admis contestația nr. 7776 din 19.07.2017 depusă de SC ... SRL;

- a admis capătul principal de cerere din contestația nr. 363 din 10.08.2017 depusă de SC ... SRL;

- a admis în parte capătul principal de cerere, din contestația nr. 362 din 10.08.2017 depusă de SC ... SRL, respectiv critica privind modificarea valorii redevenței;

- a anulat toate actele autorității contractante, emise în procedura de atribuire, în care se face vorbire despre valoarea de 1.800.000 lei/an stabilită pentru redevență;

- a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului: să publice toate documentele solicitate de SC ... SRL prin adresa nr. 902 din 21.07.2017, măsură la care autoritatea contractantă a achiesat prin adresa nr. 14675 din 08.08.2017, dacă acestea nu au fost deja publicate; să modifice documentația de atribuire, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să aducă modificările efectuate la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire, prin publicarea lor în

SEAP, și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 85 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

- a respins ca tardivă contestația nr. 7798 din 01.08.2017 depusă de SC ... SRL;

- a respins ca nefondat capătul subsidiar de cerere, din contestațiile nr. 363 din 10.08.2017 și nr. 362 din 10.08.2017, depuse de SC ... SRL, vizând anularea procedurii de atribuire;

- a respins ca nefondată critica din cererea principală a contestației nr. 362 din 10.08.2017, depusă de SC ... SRL, vizând obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere în ceea ce privește modificarea valorii estimate a contractului.

Împotriva acestei decizii s-a formulat plângerea soluționată de Curtea de Apel ... în dosarul nr. ..., în sensul admiterii excepției tardivității acesteia și anularii plângerii înaintate de autoritatea contractantă (hotărârea nr. ...).

II. contestația nr. 370/25.09.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 40046/25.09.2017, depusă de SC ... SRL, soluționată prin **decizia nr. ...**, prin care Consiliul a luat act de renunțarea la aceasta contestație.

III. contestația nr. 376/08.11.2017 înregistrată la Consiliu cu nr. 48169/13.11.2017, formulată de SC ... SRL, soluționată prin **decizia nr. ...**, prin care Consiliul:

- a respins excepțiile invocate de autoritatea contractantă;

- a admis contestația depusă de SC ... SRL;

- a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 85 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, dată care să asigure realizarea cumulativă a următoarelor: primirea hotărârii nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel ...; publicarea măsurilor de remediere la care autoritatea contractantă a fost obligată prin decizia Consiliului nr. ...; elaborarea și depunerea, de către operatorii economici interesați de participarea la procedură, a unor oferte care să răspundă tuturor exigențelor documentației de atribuire, așa cum a fost modificată.

IV. contestația nr. 382/19.12.2017 înregistrată la Consiliu cu nr. 54269/19.12.2017, formulată de SC ... SRL, soluționată prin **decizia nr. ...**, prin care Consiliul a respins ca rămasă fără obiect contestația depusă de SC ... SRL.

Decizia privind anularea procedurii i-a fost comunicată SC ... SRL prin adresa nr. 23782 din 19.12.2017, în care se arată că, in temeiul art. 89 alin. (1) lit. c) si d), art. 91 si art. 70 alin. (8) din Legea nr. 100/2016, s-a decis anularea procedurii de atribuire.

Împotriva acestei decizii, SC ... SRL, a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- anularea în tot a Deciziei ..., privind anularea procedurii, ca netemeinică și nelegală;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii ce face obiectul anunțului de concesionare nr. ...;
- obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen limită de depunere a ofertelor, cu respectarea termenului de 30 de zile prevăzut la art. 54 alin. (1) din Legea nr. 100/2016;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Verificând legalitatea acestei decizii a entității contractante, Consiliul retine cele consemnate în Nota justificativă nr. 23739 din 19.12.2017 cu privire la anularea procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de concesiune având ca obiect „Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale în cadrul Sistemului de management integrat al deșeurilor în Județul ...":

««Prin Anunț de concesionare numărul ... publicat în SEAP și Anunț numărul: ... publicat în JOUE, JUDEȚUL ... a inițiat și publicat procedura de LICITAȚIE DESCHISĂ pentru atribuirea contractului de concesiune având ca obiect „Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale în cadrul Sistemului de management integrat al deșeurilor în Județul ...".

Până în prezent în cadrul procedurii de concesiune s-au formulat un număr de: 45 solicitări de clarificări, 14 notificări prealabile și 6 contestații iar autoritatea contractantă a publicat în SEAP și în JOUE clarificări/clarificări din oficiu/documentații revizuite/erate (conform Anexei nr. 1 și Anexei nr. 2) și, totodată, a formulat răspunsuri la notificări prealabile/puncte de vedere asupra contestațiilor și concluzii scrise.

Urmare solicitărilor de clarificări/notificărilor prealabile/contestațiilor, a celor dispuse de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor prin Decizia ... rămasă definitivă prin Decizia nr. 3786/30.10.2017 pronunțată de Curtea de Apel ... precum și a modificărilor legislative (OUG 48/30.06.2017 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 196/2005 privind Fondul pentru mediu), autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere prin care a modificat în mod substanțial toată Documentația de atribuire, respectiv:

- Studiul de fundamentare aprobat prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 127/14.04.2017 modificat succesiv prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 162/24.05.2017, Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 253/27 iulie 2017 și Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 359/29 noiembrie 2017;

- Caietul de sarcini aprobat prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 129/14.04.2017 modificat succesiv prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 254/27 iulie 2017 și prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 360/29 noiembrie 2017;

- Fișa de date

- Model contract de concesiune

- Formulare

În concret, prin măsurile de remediere adoptate/impuse autorității contractante s-au adus modificări substanțiale care au vizat în principal:

1. Valoarea estimată a concesiunii

Valoarea concesiunii s-a modificat de la 118,508,765.46 lei, fără TVA la 106,180,632.04 lei, fără TVA și ulterior de la 106,180,632.04 lei fără TVA la 108,369,773.38 lei fără TVA;

2. Garanția de participare

Cuantumul garanției de participare s-a modificat de la 450,000.00 lei (Valoarea totală estimată: 118,508,765.46/5 ani X max. 2%) la 400,000.00 lei (Valoarea totală estimată: 106,180,632.04/5 ani X max. 2%), conf. art.45 din HG nr. 867/2016" și ulterior la 410.000 lei (Valoarea totală estimată: 108.369.773,38/5ani x max. 2%), conf. art. 45 din HG nr. 867/2016;

3. Garanția de bună execuție

A fost eliminată garanția de bună execuție care urma să se constituie în cota de 5% din valoarea anuală actualizată fără TVA a contractului având în vedere practica judiciară, respectiv decizia CNSC nr. ... în cuprinsul căreia la fila 37 se reține

„Astfel fiind Consiliul stabilește că autoritatea contractantă trebuie să elimine cerința referitoare la constituirea garanției de bună execuție".

Această decizie însă este contrazisă de o altă Decizie CNSC nr. ... (identificată după expirarea termenului de răspuns de 3 zile de la depunerea notificării prealabile) în cuprinsul căreia la fila 112 se reține "Consiliul constată că garanția de bună execuție reprezintă 10% din valoarea anuală estimată a contractului, instituirea acesteia fiind o măsură de precauție pe care autoritatea contractantă a adoptat-o în vederea acoperirii eventualelor prejudicii cauzate de nerespectarea contractului (plata redevenței, penalități contractuale, etc."

4. Redevența

Valoarea redevenței = 1.800.000 lei/an (300.000 lei/an + 1.500.000 lei/an) pentru terenul aferent CMID ... (300.000 lei/an) și pentru Bunurile de Retur concesionate (1.500.000 lei) s-a redus la 300.000 lei/an exclusiv pentru terenul aferent CMID ... ceea ce presupune că pentru Bunurile de retur (în valoare totală de 136.980.119,58 lei) suntem în prezența unui contract de împrumut de folosință gratuită (comodat).

Prin Decizia nr. ..., CNSC a reținut faptul că autoritatea contractantă nu a arătat motivele pentru care s-a omis stabilirea unei valori complete a redevenței încă de la momentul inițierii procedurii și nici modalitatea de stabilire a celei corespunzătoare bunurilor de retur, arătând totodată că în documentele prezentate nu se regăsesc calculele efectuate în vederea stabilirii valorii suplimentare a redevenței ori a gradului de suportabilitate a populației.

Precizăm că valoarea redevenței pentru Bunurile de Retur concesionate stabilită în conformitate cu art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006 se calculează potrivit prevederilor Ordinului ministrului finanțelor publice nr. 1917/2005 pentru aprobarea Normelor metodologice privind organizarea și conducerea contabilității instituțiilor publice, Planul de conturi pentru instituțiile publice și instrucțiunile de aplicare a acestuia și prevederilor H.G. nr. 2.139/2004 pentru aprobarea Catalogului privind clasificarea și duratele normale de funcționare a mijloacelor fixe, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere că pe parcursul Procedurii de atribuire au fost constatate omisiuni (respectiv omisiunea de a indica, de la început, valoarea totală a redevenței, respectiv 1.800.000 lei/an), iar această omisiune nu mai poate fi remediată, menținerea de către Autoritatea contractantă a redevenței inițiale în valoare de 300.000 lei (calculată doar pentru valoarea terenului aferent pe care se află Centrul de Management Integrat al Deșeurilor ...), încalcă prevederi legale, contractuale (contractul de finanțare), principiile proporționalității și asumării răspunderii și fac imposibilă încheierea contractului de concesiune, cu toate că există o opinie unanimă a autorității contractante - operatori economici

- CNSC în sensul că autoritatea contractantă are dreptul de a percepe o redevență (chirie) pentru bunurile imobile sau mobile puse la dispoziția Concesionarului.

5. Riscuri

S-au modificat/eliminat următoarele riscuri:

- *Riscul 20 "Grad mare de impurificare a deșeurilor la intrarea în instalații"*
- *Riscul 30 "Instalațiile de tratare a deșeurilor nu corespund scopului"*
- *Riscul 36 "Schimbarea cerințelor concedentului în afara limitelor agreate prin contract"*
- *Riscul 38 "Capacitatea de management"*
- *Riscul 39 "Întreținere și reparații";*

6. Perioada de mobilizare

S-a modificat perioada de mobilizare de la 4 luni la 6 luni și termenul de eliberare a licențelor aferente Serviciului de către Autoritatea Națională de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități de la 4 luni la maxim 90 zile de la data semnării contractului de concesiune;

7. Modul de prezentare a propunerii financiare

Au fost modificate succesiv: Fișa de date Secțiunea "IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare" - pct. 9 - Memorii tehnico-economice justificative și Formular nr. 16 - Formular de ofertă financiară

Nu a fost cuprins în tarifele maximale salariul minim pe economie stabilit prin Hotărârea Guvernului nr. 1/2017.

8. Clauze contractuale

Modelul contractului de concesiune și anexele acestuia nu au fost aprobate prin hotărâre de consiliu județean astfel cum prevede în mod imperativ art. 8 alin.(3), lit. d^l) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, republicată, respectiv: "3) în exercitarea competențelor și atribuțiilor ce le revin în sfera serviciilor de utilități publice, autoritățile deliberative ale administrației publice locale asigură cadrul necesar pentru furnizarea serviciilor de utilități publice și adoptă hotărâri în legătură cu: d^1) aprobarea documentației de atribuire, care va include obligatoriu proiectul contractului de delegare a gestiunii ce urmează a fi atribuit și anexele obligatorii la acestea - în cazul gestiunii delegate;

În acest sens invocăm ca practică judiciară Decizia Curții de Apel Craiova nr. 1330/2017, în cuprinsul căreia se reține: „Prin urmare, Curtea, analizând argumentele și criticile relative la omisiunea aprobării documentației prin Hotărâre a Consiliului Județean în consens cu prevederile Legii nr. 51/2006, inclusiv în ce privește modelul de contract (...).”

De asemenea, au fost eliminate/modificate/incluse noi clauze contractuale: articolul 1 „Definiții și interpretare”, articolul 3 „Durata contractului, perioada de mobilizare și data de începere”, articolul 4 „Contractul și documentele contractuale”, articolul 5 „Drepturile concedentului”, articolul 8 "Obligațiile concesionarului”, articolul 10 „Tariful”, articolul 11 „Redevență", articolul 21 „Garanția de bună execuție”, articolul 22 „Asigurări”, articolul 29 „Exonerare de răspundere a concesionarului”, articolul 34 „Modificarea contractului prin acordul părților”.

9. Indicatorii de performanță

S-au modificat indicatorii de performanță de la punctele 1.1.4.-1.1.7 din Anexa nr. 1 a Caietului de sarcini.

Reanalizând Documentația de atribuire modificată semnificativ prin măsurile de remediere impuse/adoptate de autoritatea contractantă rezultă că prin acestea:

(1) s-a modificat esențial Studiu de fundamentare inițial care reprezenta în fapt decizia de concesionare a UAT Județul ... axată pe analiza unor elemente relevante printre care: aspectele generale, fezabilitatea tehnică, fezabilitatea economică și financiară, riscuri, aspectele de mediu, aspectele sociale și aspectele instituționale ale proiectului în cauză; elemente relevante care au fost substanțial modificate;

(2) în faza actuală procedura s-a distanțat substanțial de interesul public, de analiza cost-beneficiu și de celelalte elementele inițial adoptate de autoritatea contractantă, de exigențele proiectului;

(3) documentația revizuită nesocotește următoarele prevederi legale/angajamente juridice asumate:

> articolul 1 alin. (3) din Anexa nr. 1 a Contractului de finanțare nr. 28/14 februarie 2017. care prevede că „Beneficiarul are obligația de a încasa redevența în cuantumul stabilit prin contractul de delegare a gestiunii serviciului și de a nu va acorda scutiri de la plata acesteia";

> articolul 1 alin. (7), Anexa nr. 1 din Contractul de finanțare nr. 28/14 februarie 2017. potrivit căruia autoritatea contractantă este sancționată în cazul în care „oferă unui organism privat ori public avantaje ilicite", în speță, prin neinstituirea obligației în sarcina Concesionarului privat de a plăti redevență și pentru Bunurile de Retur, obligație statuată de legiuitor prin art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006;

> art. 5 pct. 1 paragraful final din Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind atribuirea contractelor de concesiune publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L94/1 în data de 28 martie 2014 precum și considerentele (18) conform cărora „(18) Principala caracteristică a unei concesiuni, și anume dreptul de a exploata lucrări sau servicii, implică întotdeauna transferul către concesionar a unui risc de operare de natură economică care presupune posibilitatea că acesta nu își va recupera investițiile efectuate și costurile suportate pentru exploatarea lucrărilor sau a serviciilor atribuite în condiții normale de funcționare (...)"

> art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, republicată, potrivit căruia „Contractul de delegare a gestiunii cuprinde în mod obligatoriu clauze referitoare la: (...) nivelul redevenței sau al altor obligații, după caz; la stabilirea nivelului redevenței, autoritatea publică locală va lua în considerare valoarea calculată similar amortizării pentru mijloacele fixe aflate în proprietate publică si puse la dispoziție operatorului odată cu încredințarea serviciului/activității de utilități publice și gradul de suportabilitate al populației. Nivelul redevenței se stabilește în mod transparent și nediscriminatoriu pentru toți potențialii operatori de servicii de utilități publice, utilizându-se aceeași metodologie de calcul"

> art. 871 alin. 1 din Codul civil, conform căruia „Concesionarul are dreptul și, în același timp, obligația de exploatare a bunului, în schimbul unei redevențe și pentru o durată determinată, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege și a contractului de concesiune."

> Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1917/2005 pentru aprobarea Normelor metodologice privind organizarea și conducerea contabilității instituțiilor publice, Planul de conturi pentru instituțiile publice și instrucțiunile de aplicare a acestuia și prevederilor H.G. nr.2.139/2004 pentru

aprobarea Catalogului privind clasificarea și duratele normale de funcționare a mijloacelor fixe, cu modificările și completările ulterioare, a fost stabilită amortizarea anuală aferentă bunurilor care fac obiectul concesiunii;

> art. 1 din Legea nr. 100/2016 potrivit care statuează că „Prezenta lege nu aduce atingere responsabilității autorităților centrale, județene și locale de a decide cel mai bun mod de a administra executarea lucrărilor sau prestarea serviciilor (...)" și art. 8 din aceeași lege conform căruia „Prin studiul de fundamentare prevăzut la art. 7 alin. (1) entitatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică transferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic".

(2) În cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare, astfel cum este definit la art. 6, va fi transferată operatorului economic, contractul va fi considerat contract de concesiune, urmând a se aplica prevederile prezentei legi.

(3) în cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), entitatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare. astfel cum este definit la art. 6, nu va fi transferată operatorului economic. contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică sau contract sectorial, după caz."

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

> Art. 230 Legea nr. 98/2016 potrivit căruia „(1) Prin studiul de fundamentare menționat la art. 229 alin. (1), autoritatea contractantă are obligația să analizeze dacă atribuirea contractului implică trans ferul unei părți semnificative a riscului de operare către operatorul economic, astfel cum este definit în legea privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) In cazul în care, ca urmare a analizei prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă constată că o parte semnificativă a riscului de operare nu va fi transferată operatorului economic. contractul respectiv va fi considerat contract de achiziție publică."

> Art. 51 alin. (7) din Legea nr. 100/2016 potrivit căruia „Informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise, clare și complete pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul concesiunii de lucrări sau ale concesiunii de servicii, iar pe baza acestora să decidă transmiterea unei oferte sau neparticiparea la procedura de atribuire".

> Art. 20 alin. (1) lit. k) din HG nr. 867/2016 conform căruia „Caietul de sarcini trebuie să conțină: (...) cuantumul garanțiilor care urmează a fi constituite, după caz."

Prin urmare, din cele ce preced, rezultă că pe parcursul procedurii de atribuire s-au constatat numeroase erori și omisiuni iar documentația de atribuire revizuită conține prevederi care nesocotesc prevederile Contractului de finanțare nr. 28/14 februarie 2017, dispozițiile legale care guvernează domeniul serviciilor comunitare de utilități publice - salubrizare și principiile prevăzute la art. 2 alin. 2 din Legea nr. 100/2016 respectiv:

- principiul asumării răspunderii ca urmare a erorilor/omisiunilor/nerespectării dispozițiilor legale anterior citate ce atrag sancțiuni severe din partea organelor de control Curtea de Conturi a României,

AN AP, față de prevederile art. 1 alin. 5 din HG nr. 867/2016 care statuează că „Entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a concesiunilor de lucrări sau a concesiunilor de servicii, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile" și față de prevederile Contractului de finanțare nr. 28/14 februarie 2017, Anexa nr. 1, Articolul 1 alin. (7) conform căruia autoritatea contractantă este sancționată în cazul în care „oferă unui organism privat ori public avantaje ilicite", în speță, prin neinstituirea obligației în sarcina Concesionarului privat de a plăti redevență și pentru Bunurile de Retur, obligație statuată de legiuitor prin art. 29 alin. 11 lit. m) din Legea nr. 51/2006.

- principiul proporționalității prin neasigurarea corelației între: necesitatea autorității contractante; obiectul contractului de concesiune și cerințele tehnice, funcționale, economice, financiare, etc. solicitate a fi îndeplinite. în concret, redevența fiind redusă la valoarea de 300.000 lei/an numai pentru terenul aferent CMID ... însemna că, în mod evident nelegal și netemeinic, suntem obligați să concesionăm și să punem la dispoziția operatorilor economici Bunurile de Retur (în valoare totală de 136.980.119,58 lei din care 125.222.297,33 lei aferentă investițiilor noi realizate prin proiectul ... (Faza 1 + Faza 2) și 11.757.822,25 lei aferentă investițiilor existente) fără redevență ceea ce ar califica în mod obligatoriu acest contract ca fiind de împrumut de folosință gratuită (comodat) și, nicidecum, un contract de concesiune.

Legislația incidentă în domeniul concesiunilor de lucrări și al concesiunilor de servicii reglementează instituția anulării procedurii de concesiune după cum urmează:

- art. 89 alin. 1 lit. c) și d) din Legea nr. 100/2016 potrivit căruia autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de concesiune în următoarele cazuri: „c) încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului; d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile prevăzute la art. 2 alin. (2)"

- art. 91 din Legea nr. 100/2016 care prevede că: „Entitatea contractantă are obligația de a face publică decizia de anulare a procedurii de atribuire a contractului de concesiune, însoțită de justificarea anulării procedurii de atribuire, prin intermediul SE AP, în termenul prevăzut la art. 70 alin. (8)."

- art. 70 alin. (8) din Legea nr. 100/2016 conform căruia „(...) trebuie să fie transmis cu cel puțin 6 zile înainte de termenul stabilit pentru primirea ofertelor/solicitărilor de participare."

- art. 101 alin. 3 din HG nr. 867/2016 care prevede că: „(1) Dosarul concesiunii trebuie să cuprindă documentele întocmite/primite de autoritatea/entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, cum ar fi, dar fără a se limita la următoarele: (...) w) decizia de anulare a procedurii de atribuire, dacă este cazul";

În consecință, față de toate considerentele anterior expuse și față de complexitatea, volumul, durata, valoarea, aria de acoperire, natura și anvergura contractului de concesiune ce urmează a fi încheiat, în temeiul prevederilor art. 89 alin. 1 lit. c) și d) din Legea nr. 100/2016 propunem anularea procedurii de LICITAȚIE DESCHISĂ pentru atribuirea contractului de concesiune având ca obiect „Delegare prin concesiune a operării instalațiilor de gestionare a deșeurilor municipale în cadrul Sistemului de management integrat al deșeurilor

în Județul ...", Anunț de concesionare numărul ..., publicat în SEAP și Anunț numărul: ..., publicat în JOUE.»»

Față de situația de fapt expusă în această notă justificativă, Consiliul reține incidența dispozițiilor art. 89 alin. (1) din Legea nr. 100/2016:

"Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura *de atribuire a contractului de concesiune în următoarele cazuri:*

c) încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul National de Soluţionare a Contestaţiilor sau instanţa de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificaţii tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile prevăzute la art. 2 alin. (2)."

Mai mult, potrivit art. 26 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, *"În cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea unor specificaţii tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire doar în condiţiile în care nu poate lua nicio altă măsură de remediere sau măsura ar afecta principiile prevăzute de legislaţia în materia achiziţiilor publice, achiziţiilor sectoriale sau concesiunilor."*

În stabilirea incidenței acestor situații de anulare a procedurii, Consiliul constată că, printre principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, principii care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune de lucrări şi de concesiune de servicii, se regăsește și principiul asumării răspunderii, în cazul de față aceea a autorității contractante de a continua procedura de atribuire în condițiile de particularitate arătate în nota justificativă al cărei conținut este redat integral mai sus.

Văzând condițiile de fapt ale desfășurării acestei proceduri, date de prevederile documentației de atribuire, așa cum a fost modificată ca urmare a soluțiilor pronunțate de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, asupra cauzei de față Consiliul stabilește că nu poate fi impusă autorității contractante continuarea derulării procedurii, o astfel de situație implicând eventuala angajare a răspunderii acesteia în relațiile conexe, anterioare ori posterioare, concesiunii în cauza, știut fiind că autorității îi revine întreaga responsabilitate pentru modul de realizare a concesiunilor, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, așa cum prevăd dispozițiile art. 1 din HG nr. 867/2016:

„(1) În procesul de realizare a concesiunilor de lucrări şi a concesiunilor de servicii, denumite în continuare contracte de concesiune, în orice situaţie pentru care nu există o reglementare expresă, se aplică principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, denumită în continuare Lege.

(5) Entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a concesiunilor de lucrări sau a concesiunilor de servicii, cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale aplicabile."

În soluționare nu se poate reține caracterul nelegal al deciziei de anulare a procedurii, adoptată pentru motivele evocate de autoritatea contractantă, raportat la complexitatea și implicațiile, de toate tipurile, ale contractului de concesiune.

Având în vedere că, în această procedură, documentația de atribuire a suferit numeroase modificări ca o consecință a contestațiilor formulate împotriva ei, Consiliul apreciază că demersul criticat al autorității contractante nu poate fi asimilat unei măsuri adoptate cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, astfel cum susține SC ... SRL.

Cât privește susținerile contestatoarei potrivit cărora considerente ale autorității contractante se bucură de puterea de lucru judecat, Consiliul observă că autoritatea de lucru judecat există atunci când a doua cerere are același obiect, este întemeiată pe aceeași cauză şi este între aceleași părți, făcută de ele şi în contra lor în aceeași calitate.

Prin urmare, pentru a exista autoritate de lucru judecat, există obligativitatea îndeplinirii cerinței triplei identități între cele două pricini, respectiv identitatea de obiect, părți şi cauză, finalitatea urmărită privind autoritatea de lucru judecat fiind aceea de a se evita pronunțarea unor hotărâri judecătorești contradictorii.

Or, în cauza de faţă, este evident că această contestație în analiză este formulată împotriva unui act diferit al autorității contractante, respectiv decizia de anulare a procedurii, decât actele atacate prin deciziile anterioare ale Consiliului, respectiv documentația de atribuire și acte adiacente acesteia.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată cererea SC ... SRL de obligare a autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC ... SRL și cererea acesteia de obligare a autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

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

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

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

Redactată în ... exemplare, conţine ... pagini.