CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SA, cu sediu în municipiul .....,....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin director general .., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de concesionare de servicii având ca obiect ”.....”, cod CPV 90500000-2, organizată de ....., cu sediul în oraș ....., ..., județul ....., în calitate de entitate contractantă, contestatorul a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației și obligarea entității contractante la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor cu o perioadă suficientă care să permită operatorilor să ia la cunoștință soluția pronunțată de CNSC cu privire la contestație și să poată întocmi ofertele;
- obligarea entității contractante la remedierea documentației de atribuire în toate aspectele detaliate în contestație, în scopul respectării legislației specifice serviciilor de salubrizare;
- în cazul în care, în urma analizei, Consiliul constată că remedierile solicitate afectează în mod iremediabil procedura de atribuire, solicită anularea procedurii, urmând a fi reluată cu respectarea prevederilor legislației în vigoare.

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 contestaţia de faţă, prin care ..... SA reclamă conținutul documentației de atribuire,

elaborată în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Contestatorul arată că în data de ....., entitatea contractantă a publicat documentația de atribuire pentru ”.....”, la o valoare estimată de 18.427.416 lei, data limită de depunere a ofertelor fiind 30.08....., perioadă pe care o apreciază ca insuficientă pentru clarificarea tuturor inadvertențelor semnalate de către societatea sa.

În data de 06.08....., în urma studierii în amănunt a documentelor publicate în SEAP, contestatorul menționează că a solicitat entității contractate ample clarificări pe marginea documentației de atribuire, care conține multiple și grave deficiențe.

Față de complexitatea problemelor identificate în cuprinsul documentației de atribuire, contestatorul apreciază faptul că remedierea tuturor aspectelor enumerate în cuprinsul contestației nu se poate efectua fără intervenția CNSC, acesta fiind motivul pentru care a înțeles să formuleze contestația, cu încadrarea în termenul de la art. 8 din Legea nr. 101/2016. În continuare, contestatorul prezintă solicitările cu privire la remedierea documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 9959/14.08..... înregistrată la Consiliu sub nr. 33280/14.08....., entitatea contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SA, solicitând respingerea acesteia.

Entitatea contractantă arată că, înainte de transmiterea contestației către CNSC, ... SA i-a transmis două solicitări de clarificări, respectiv:

- solicitare de clarificări nr.....;
- solicitare de clarificări nr.....

De asemenea, entitatea contractantă menționează că răspunsurile la clarificările solicitate sunt finalizate și vor fi postate, în SEAP, la termen.
Totodată, entitatea contractantă menționează că societatea contestatoare a anticipat lista clarificărilor transmise, ca fiind nerezonabile, și a formulat contestația nr. ....., înainte de răspunsul său la cele două clarificări.

Entitatea contractantă precizează că argumentele prezentate în cuprinsul contestației, privind remedierea documentației de atribuire, sunt aceleași ca în solicitările de clarificări.

Referitor la argumentele aduse de societatea contestatoare, privind remedierea documentației de atribuire, conform contestației nr. 565/....., entitatea contractantă prezintă răspunsurile pregătite la solicitările de clarificări, care sunt cuprinse și în contestație.

Prin adresa nr..... înregistrată la Consiliu sub nr. 33489/20.08....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al entității contractante.

Prin adresele CNSC nr. 33704/.....-...../20.08..... și nr. 33706/.....-...../20.08....., Consiliul a pus în discuția părților excepția privind tardivitatea contestației depusă de ..... SA. De asemenea, prin adresa nr. 33706/.....-...../20.08....., Consiliul a solicitat entității contractante punctul de vedere cu privire la cererea de suspendare a procedurii.

Prin adresa nr. 10127/21.08..... înregistrată la Consiliu sub nr. 33886/21.08....., entitatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de ..... SA ca fiind tardiv formulată.

Invocând prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă precizează că SC ..... SA avea obligația să depună contestația cel mai târziu în data de 06.08....., nicidecum în data de ....., ”procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii” fiind publicată în SICAP în data de .....

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii, entitatea contractantă apreciază că aceasta nu este justificată, deoarece la solicitările de clarificări s-a răspuns în termen și mai mult decât atât serviciul public de salubrizare trebuie concesionat cât mai urgent, contractul existent expirând la data de 16.08.....

Prin adresa nr..... înregistrată la Consiliu sub nr. 33976/22.08....., contestatorul formulează punct de vedere față de excepția tardivității invocată de CNSC, solicitând respingerea acesteia, pentru următoarele motive:

- anunțul de concesionare privind "....." - anunț nr. PC 1000040 a fost publicat în data de ....., așa cum rezultă din însuși anunțul, dar și din print-screen-ul SEAP, atașat;
- față de conținutul documentației, în data de ..... a depus contestația ce face obiectul dosarului nr. ...../....., cu respectarea termenului de la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016;
- contestația a fost depusă în termen legal, însoțită de cauțiune și îndeplinește toate condițiile impuse de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice.

Contestatorul arată că în conformitate cu prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016:

"(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;

b) 5 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 mai mică 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”.

Valoarea estimată a procedurii de atribuire în discuție este de 18.427.416 lei fără TVA, prin raportare la care s-ar putea evalua aplicarea prevederilor art. 8, este în mod evident superioară pragului privind publicarea în JOUE, așa cum este înțelesul art. 7 din Legea nr. 98/2016, singurul loc din legislația aplicabilă care detaliază obligația autorităților contractante privind publicarea în JOUE.

Așa fiind, și față de faptul că în Legea nr. 100/2016, legiuitorul nu a impus un prag pentru publicarea în JOUE, contestatorul consideră că sunt aplicabile în speță prevederile art. 3 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv "*Termenii și expresiile definite la alin. (1) se completează în mod corespunzător cu termenii și expresiile definite în legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale, respectiv legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz*".

Astfel, în lipsa oricărei prevederi legale privind publicarea anunțurilor de concesionare în JOUE, se face aplicarea art. 7 din Legea nr. 98/2016, legea generală a achizițiilor publice, căci concesiunea, deși legiferată special, este totuși o achiziție publică în înțelesul Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune.

În opinia contestatorului, o posibilă argumentare a aplicării prevederilor art. 8 din Legea 101/2016 prin raportare la pragul de la art. 11 alin. (1) din Legea 100/2016, urmează fi respinsă *de plano,* având în vedere că acest prag a fost identificat strict în scopul determinării pragului valoric și modul de calcul al valorii estimate a concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii prin raportare la modul de alegere a procedurii aplicabile, respectiv:

"Art. 11

(1) *Procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau concesiunilor de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 24.977.096 lei.*

(2) *Concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii a căror valoare este mai mică decât pragul valoric prevăzut la alin. (1) se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2), în condițiile și potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi"* și nicidecum prag privind obligația de publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

Dacă legiuitorul ar fi intenționat ca acest prag să fie luat în calcul și pentru publicarea în JOUE, în mod sigur ar fi specificat în mod clar și cuprinzător, așa cum a făcut-o în cuprinsul art. 7 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că o astfel de prevedere lipsește chiar și din conținutul normelor de aplicare ale legii concesiunilor.

Or în mod evident alta este situația în cadrul modului de transpunere a Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune, în legea specială 100/2016.

Așadar, contestatorul învederează faptul că din analiza conținutului art. 51 al Legii nr. 100/2016, privind concesiunea, în ceea ce privește procedura de licitație deschisă (așa cum este ea organizată și în speța ce face obiectul judecării) "(*1) Licitația deschisă se inițiază prin transmiterea*

spre publicare a unui anunț de concesionare, potrivit prevederilor art. 63, prin care entitatea contractantă solicită operatorilor economici depunerea de oferte", coroborat cu prevederile art. 67 *„Anunțurile de concesionare și anunțurile de atribuire a concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii, inclusiv anunțurile corespunzătoare tip erată, se transmit spre publicare de către entitatea contractantă prin mijloace electronice, în condițiile prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi, și se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, cu respectarea formatelor-standard stabilite de Comisia Europeană în temeiul dispozițiilor art. 33 din Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului*", reiese că publicarea în JOUE este obligatorie.

Această prevedere, care nu are la bază niciun prag identificat sau identificabil în legislația specifică concesiunilor, atrage concluzia firească, prin interpretare „in extenso" că toate anunțurile de concesionare, organizate în temeiul legii speciale privind concesiunile se transmit spre publicare JOUE.

Prin urmare pragul de publicare în înțelesul legislației românești și europene aplicabile este efectiv 0, toate procedurile de concesiune indiferent de valoare, încadrându-se așadar în prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac.

Totodată, contestatorul precizează că *"din analiza bibliotecii de spețe aflată la dispoziția operatorilor" nu există nicio decizie de respingere a vreunei contestații în fața CNSC, cu privire la o procedură de concesiune atacată de vreun operator economic, pe excepția tardivității, așa cum este viziunea dvs asupra aplicării art. 8 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac*".

În susținerea opiniei sale, contestatorul face apel la conținutul Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune, care statuează foarte clar la alin. (2) *"Normele din cadrul legislativ aplicabile atribuirii de concesiuni ar trebui să fie simple și clare. Ele ar trebui să reflecte în mod corespunzător specificul concesiunilor în raport cu contractele publice, fără a crea o sarcină birocratică excesivă",* și solicită respingerea excepției invocată ca neîntemeiată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de concesionare de servicii având ca obiect "....., cod CPV 90500000-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de concesionare nr. ...../....., cu data stabilită pentru depunerea ofertelor 30.08....., ora 10:00.

Împotriva conținutului documentației de atribuire, ... SA a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../.....

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității introducerii contestației depusă de ..... SA.

În soluționare, se reține că ..... SA, împotriva conținutului documentației de atribuire, a formulat contestația nr....., transmisă

Consiliului prin fax în data de ..... și înregistrată la CNSC sub nr. ...../.....

Potrivit anunțului de concesionare nr. ...../..... publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a contractului de concesionare de servicii care face obiectul contestației este de 18.427.416 RON, prin urmare mai mică decât pragul valoric, prevăzut la art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016.

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, așa cum a fost modificată și completată prin OUG nr.45/.....:

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

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii".

De asemenea, potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) din acelaşi act normativ: *„Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare*".

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din același act normativ *"(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare*."

Potrivit dispozițiilor art. art. 11 din Legea 100/2016, *„Procedurile de atribuire prevăzute de prezenta lege se aplică concesiunilor de lucrări sau concesiunilor de servicii a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de **24.977.096 lei**.*

(2)Concesiunile de lucrări sau concesiunile de servicii a căror valoare este mai mică decât pragul valoric prevăzut la alin. (1) se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2), în condițiile și potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi"

Potrivit dispozițiilor art.67 din Legea 100/2016, *„Anunțurile de concesionare și anunțurile de atribuire a concesiunii de lucrări sau a concesiunii de servicii, inclusiv anunțurile corespunzătoare tip erată, se transmit spre publicare de către entitatea contractantă prin mijloace electronice, în condițiile prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi, și se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, cu respectarea formatelor-standard stabilite de Comisia Europeană în temeiul dispozițiilor art. 33 din Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului*"

Din analizarea textelor de lege mai sus menționate, Consiliul apreciază că obligativitatea publicării în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de concesionare este aplicabilă în cazul concesiunilor a căror valoare, fără TVA, este egală sau mai mare decât pragul valoric de 24.977.096 lei, situație în care dispozițiile Legii 100/2016 sunt aplicabile în integralitate, inclusiv norma prevăzută de art.67 din Legea 100/2016.

În cazul în care valoarea estimată este mai mică decât pragul valoric de 24.977.096 lei, concesiunile se atribuie, cu respectarea principiilor generale prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 100/2016, în condițiile și potrivit procedurilor reglementate prin normele metodologice de aplicare a prevederilor acestei.

Potrivit dispozițiilor art.73 alin.(1) și alin.(2) din HG nr.867/2016, privind Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016, *„(1) În cazul prevăzut la art. 11 alin. (2) din Lege, entitatea contractantă atribuie contractul de concesiune prin aplicarea procedurii simplificate, conform prezentului paragraf.*

*(2) Procedura simplificată **se iniţiază prin publicarea în SEAP** a unui anunţ de concesiune simplificat, însoţit de documentaţia de atribuire aferentă”.*

Prin urmare, în opinia Consiliului, în situația prevăzută de dispozițiile art.11 alin.(2) din Legea 100/2016, situație aplicabilă prezentei proceduri de concesionare deoarece valoarea estimată este de 18.427.416 RON , nu există obligativitatea publicării anunțului de concesionare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, astfel că termenul de contestare a conținutului documentației de atribuire este cel prevăzut de dispozițiile art.8 alin.(1) lit.b) din Legea 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, ținând cont de faptul că ..... SA a luat la cunoștință de conținutului documentației de atribuire în data de ....., data publicării acesteia în SEAP, rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC cât și către entitatea contractantă, până la data de 06.08....., inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă.

Prin urmare, transmiterea contestației la CNSC în data de ....., reprezintă un demers tardiv al ..... SA, în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

Pe cale de consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca tardivă contestaţia depusă de ..... SA în contradictoriu cu .....

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca tardivă contestația depusă de ..... SA în contradictoriu cu ....., în calitate de entitate contractantă.

Prezenta decizie poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
……	**……**	**……**

…