

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1704/C2/1655

Data: 05.08.2021

Prin contestația nr. 871/05.07.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 34536/06.07.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în comuna ., ..., județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator Ilyes Dionisie, împotriva deciziei de a organiza procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, de către, cu sediul în, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii unui contract având ca obiect „Delegare a serviciului public de salubritate pentru activitățile măturat, spălat, stropire și întreținerea căilor publice, precum și colectarea cadavrelor animalelor de pe domeniul public și predarea acestora către unitățile de ecarisaj sau către instalațiile de neutralizare în municipiul Târgu-....., în vederea asigurării continuității serviciului”, cod CPV principal – 90611000-3 – Servicii de curățenie stradală (Rev.2), s-au solicitat:

în principal,

- “să constate lipsa îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, și, pe cale de necesară consecință;

- să dispună anularea procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;

în subsidiar,

- anularea tuturor înscrisurilor emise de comisia de evaluare ulterior datei de depunere a ofertelor, raportul procedurii și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv a contractului încheiat în urma derulării acestei proceduri, care începe printr-o ilegală selectare a procedurii de organizat, se derulează prin invitarea unui singur ofertant preferat și se finalizează prin încheierea unui contract fără respectarea termenelor legale de așteptare, a căror respectare, deși facultativă în cazul procedurilor care se desfășoară fără publicarea unui anunț de

participare, face proba bune credințe a unei autorități contractante fără o agendă paralelă interesului public;

- să procedeze la transmiterea unei invitații de participare și societății noastre;

- să reia procedura de la momentul noii date de depunere a ofertelor, cu evaluarea și a ofertei noastre”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL critică decizia MUNICIPIULUI de a organiza procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pentru atribuirea contractului antementionat, solicitând cele consemnate în partea introductivă a deciziei.

În susținere, contestatorul prezintă argumente care, în opinia sa, demonstrează caracterul nelegal al deciziei autorității contractante de a organiza procedura în discuție, având în vedere că la momentul de față societatea sa asigură serviciile de salubritate pe aria municipiului Târgu-....., până la finalizarea procedurilor de achiziție demarate prin HCLM nr. 140/27.04.2021 și HCLM nr. 125/22.04.2021. Cu toate acestea, subliniază contestatorul, în data de 05.07.2021, prin adresa nr. 48733/05.07.2021, autoritatea contractantă îi comunică faptul că, pentru procedura de față, contestată, a fost încheiat un contract și, în consecință, începând cu data de 07.07.2021 să procedeze la încetarea prestării serviciilor.

În atare situație, contestatorul apreciază că procedura de negociere în discuție este nelegal organizată, sub aspectul neîndeplinirii condițiilor de excepție reglementate de legiuitor, și nelegal derulată, sub aspectul încălcării principiului concurenței loiale.

Cu invocarea prevederilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și pe cele ale art. 33 din Codul de procedură civilă, SC SRL apreciază că justificarea interesului în formularea contestației este dat de pierderea șansei la încheierea unui contract de achiziție publică, care, în optica CJUE, reprezintă o vădită vătămare a intereselor legitime ale operatorilor economici.

Referitor la termenul de contestare, petentul supune atenției că a luat la cunoștință la data de 03.07.2021 despre organizarea procedurii în cauză, iar contestația a fost formulată la data de 05.07.2021, apreciind astfel ca fiind îndeplinit termenul prevăzut de Legea nr. 101/2016.

În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea nelegalității organizării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în condițiile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 93 din HG nr. 395/2016, apreciind

peremptorie lipsa îndeplinirii condiției urgenței, prevăzută de articolul prim amintit, atât timp cât asigurarea salubrității municipiului nu a fost pusă în niciun fel în discuție, serviciul beneficiind de continuitatea determinată de emiterea, chiar de către autoritate, a HCLM nr. 146/12.05.2021, coroborată cu disponibilitatea SC SRL de a continua prestarea serviciului, în pofida rezilierii contractului, până la data la care un nou contract, având același obiect, va fi atribuit prin procedura de licitație deschisă lansată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1030384/22.04.2021.

Concluzionând asupra acestui aspect, contestatorul afirmă că niciuna dintre condițiile impuse de legiuitor prevăzute la art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, nu este îndeplinită.

În ceea ce privește derularea procedurii de atribuire, contestatorul supune atenției că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 94 din HG nr. 395/2016, în sensul că a considerat necesar și suficient a invita un singur operator economic la negociere în condițiile în care legiuitorul nu lasă la latitudinea absolută a autorității contractante numărul operatorilor care urmează a fi invitați la negocieri, ci permite acesteia să determine suveran acest număr, sub condiția respectării condițiilor prevăzute la articolul anterior amintit.

Așadar, potrivit contestatorului, regula generală „*ori de câte ori este posibil*” implică la modul imperativ transmiterea mai multor invitații de participare, iar excepția, transmiterea unei singure invitații, este operantă exclusiv în ipotezele de lucru în care transmiterea mai multor invitații ar fi imposibilă.

Or, după cum se poate observa, în cadrul prezentei proceduri, autoritatea contractantă a transmis o singură invitație de participare, deși nivelul concurenței de pe piața de profil permite în mod cert invitarea a cel puțin 6-7 operatori serioși, cu certă capacitate de prestare a serviciilor în bune condiții.

Mai susține contestatorul că nu doar a informat anterior în scris autoritatea că, în măsura în care organizează astfel de negocieri fără publicare, este interesată să depună o ofertă, dar, mai mult, la anterioară negociere fără publicare, deși nu a fost invitat, a depus ofertă.

Potrivit contestatorului, conținutul normativ al art. 94 din HG nr. 395/2016 este clar și dincolo de orice echivoc, în sensul că instituie o regulă (multiplicitatea invitațiilor) și acceptă o excepție, condițională, ca orice excepție (singularitatea invitației, atunci când, și numai atunci când multiplicitatea invitațiilor este imposibilă). Or, în cazul de față, transmiterea mai multor invitații este departe de a fi imposibilă.

În atare situație, deși concurența există, în opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu și-a respectat obligația legală de a asigura un nivel rezonabil de concurență, afectând în mod direct, și, se pare, dat fiind modul în care acționează aceasta, intenționat, atât interesele legitime ale operatorilor care acționează pe piața de referință și care, în

mod legitim, își pot dori accesul la astfel de contracte, cât și interesul public generat, fiind vădită și inseparabilă legătură dintre un nivel scăzut sau zero în acest caz al concurenței și receptarea unor prețuri și condiții de contractare mai puțin favorabile de către autoritate.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 50705/12.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 35934/12.07.2021, MUNICIPIULUI, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca lipsită de interes, netemeinică și nefondată, ca tardivă și pe cale de consecință, menținerea actelor atacate, respectiv decizia de a organiza o procedură de atribuire de excepție și înscrisurile emane de comisia de evaluare, inclusiv contractul încheiat în urma derulării procedurii, având în vedere că toate aceste documentele sunt în conformitate cu prevederile legale.

Prezentând pe scurt situația de fapt a organizării procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare, ca procedură de urgență, autoritatea contractantă arată că la invitație a depus ofertă SC ..., ulterior fiind desemnată câștigătoare în baza raportului procedurii. Contractul de delegare nr. 46/02.07.2021, urmând să se încheie cu operatorul de salubritate. După finalizarea procedurii, SC SYLEVY SALBUBISERV SRL a depus contestație, neavând calitatea de participant la procedură și fără să-i fie lezat un drept sau interes legitim, în sensul Legii nr. 101/2016.

Cu invocarea prevederilor art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă susține că autorul contestației, pentru a avea calitatea de persoană vătămată, trebuie să aibă un interes legitim în legătură cu procedura de achiziție publică, față de un act emis de autoritatea contractantă, iar interesul trebuie să îndeplinească cerințele impuse de lege. Cu toate acestea, contestatorul nu îndeplinește calitatea de persoană vătămată întrucât nu îndeplinește condițiile cumulative, respectiv, nu a suferit vreun prejudiciu, nefiind participant în procedură, fiind evident că nu se justifică un interes legitim, lipsindu-i una dintre condițiile esențiale de admisibilitate și anume interesul procesual.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită constatarea nejustificării interesului determinat, actual și legitim în formularea contestației.

Referitor la tardivitatea contestației, autoritatea contractantă susține că autorul contestației atacă decizia de a organiza o procedură de atribuire de excepție, respectiv o Hotărâre a Consiliului Local Municipal nr. 148 din 21 mai 2021, de aprobare a derulării procedurii de negociere (NFPA) ca procedură de urgență și a

documentației de atribuire aferentă, publicată pe site-ul primăriei, în data de 25.05.2021.

Potrivit autorității contractante, contestatorul avea posibilitatea de a o consulta și de a contesta în instanța de contencios administrativ competentă, încă din data publicării acesteia având în vedere faptul că hotărârile consiliului local sunt documente publice, fiind postate pe site-ul primăriei. Mai mult, acesta nu s-a adresat autorității contractante cu nicio solicitare de clarificare cu privire la documentația de atribuire sau în legătură cu procedura aprobată de consiliul local în perioada decursă între publicarea HCL și inițierea procedurii.

Pe de altă parte, Hotărârea Consiliului Local Municipal nr. 148 din 21 mai 2021, atacată de contestator, este un act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate, atâta vreme cât nu a fost respinsă/contestată de Instituția Prefectului sau de alt organ ierarhic superior.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă arată că susținerile contestatorului potrivit cărora nu au fost îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru incidența excepției, prevăzute de art.104 alin.(1) lit. c) din Legea nr.98/2016, sunt netemeinice și nefondate. În justificare, se arată că, prin Hotărârea Consiliului Local nr.148/2021 s-a aprobat organizarea procedurii de negociere (NFPA) ca procedură de urgență, conform art.104 alin. (1) lit. c) din Legea nr.98/2016 în vederea asigurării continuității serviciului. Prevederile HCL sunt susținute și temeinic argumentate de documentele care stau la baza hotărârii, documente din care rezultă justificarea îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege pentru incidența excepției.

În opinia autorității contractante, condițiile pentru demararea procedurii de atribuire a contractului de delegare a gestiunii serviciului de salubritate stradală în regim de urgență, și documentația aferentă atribuirii contractului de delegare de gestiune, respectă prevederile Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Ordinului Nr. 111 din 9 iulie 2007 privind aprobarea caietului de sarcini-cadru al serviciului de salubritate a localităților.

Referitor la susținerile contestatorului cu privire la pretinsa nelegalitate a derulării procedurii de negociere și, implicit, încălcarea dispozițiilor art. 94 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că a respectat toate prevederile legale incidente în organizarea procedurii de negociere, potrivit cărora inițierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, însoțită de documentația de atribuire, către unul sau, ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici.

Potrivit autorității contractante, din analiza textului de lege redat mai sus, nu rezultă nicio obligativitate legală pentru a invita la procedură un anumit operator de salubritate "din oficiu", respectiv pe SC SRL, numai pentru singurul motiv că el a fost operatorul de salubritate

care a asigurat până în prezent serviciile de salubritate stradală în

Mai subliniază autoritatea contractantă că, la ora actuală, contestatorul a blocat majoritatea procedurilor care privesc activitățile de salubritate, prin depunerea unor contestații la CNSC, cu scopul obstrucționării derulării procedurilor și, nicidecum, justificat de o încălcare a prevederilor legale în vigoare.

Concluzionând, autoritatea contractantă consideră legală și în acord cu prevederile legislative decizia proprie de a organiza o procedură de atribuire de excepție, respectiv procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț, solicitând respingerea contestației formulată de SC SRL, ca neîntemeiată și nefondată, în principal, ca lipsită de interes, iar, în subsidiar, ca tardivă.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

În replică, prin adresa nr. 954/16.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 36924/16.07.2021, contestatorul răspunde la punctul de vedere al autorității contractante.

Cu privire la excepția lipsei de interes, contestatorul prezintă argumente în susținerea calității sale de persoană vătămată, apreciind că justifică un interes real, născut, actual, determinat și legitim în promovarea contestației, atât timp cât cenzurarea pe cale administrativ-jurisdicțională a actelor ilegale ale autorității contractante ar conduce atât la recăștigarea șansei la depunerea unei oferte și astfel la atribuirea contractului, cât și la limitarea prejudiciului direct care deja se produce în patrimoniul societății sale.

Cu privire la pretinsa tardivitate a contestației, SC SRL precizează că termenul de contestare de 10 zile, potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, curge de la data de 06.07.2021, și nu începând cu data publicării HCL 148 pe site-ul primăriei.

Referitor la argumentele prezentate de autoritatea contractantă pe fondul cauzei, respectiv că organizarea procedurii nu poate fi ilegală întrucât a fost aprobată printr-o hotărâre de Consiliu Local, contestatorul susține că o astfel de aprobare nu se află printre condițiile statuate de legiuitor prin prevederile art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și, cu siguranță, nu este prevăzută de lege cu titlu de condiție singulară și absolut suficientă, în sensul că dacă procedura s-a organizat în baza unui HCL orice alte condiții prevăzute de lege nu mai trebuie respectate.

Totodată, contestatorul apreciază nefondate acuzațiile aduse societății sale.

Ulterior studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 1006/26.07.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 38636/26.07.2021, contestatorul a transmis concluzii scrise prezentând argumente care combat susținerile autorității contractante din punctul de vedere. Astfel, arată că urgența de salubritate nu există și nu a existat în cursul anului 2021, întrucât

serviciul de salubritate a fost în mod continuu prestat de societatea sa în baza HCL nr. 38/15.02.2021 și nr. 146/12.05.2021, până la data de 07.07.2021, dată la care însăși autoritatea contractantă, prin adresa nr. 48733, a solicitat sistarea prestării serviciilor.

Pe lângă argumentele care susțin nelegalitatea demarării procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, contestatorul mai arată că, dincolo de violarea flagrantă a prevederilor legislației speciale a achizițiilor publice, autoritatea, prin această atribuire cvasi-directă, a produs bugetului local un prejudiciu cert facil determinabil de aproximativ 1,6 milioane lei, constând în diferența dintre prețul pe care aceasta urmează a-l achita către SC SALUBRITATE SA Deva, urmare a acestei încheieri ilegale a contractului în urma procedurii contestată, și prețul pe care l-ar fi achitat dacă, cu respectarea prevederilor HCL nr. 146/12.05.2021, ar fi continuat să asigure continuitatea serviciului de salubritate cu societatea sa, până la atribuirea, prin licitație, a noilor contracte.

De asemenea, subliniind faptul că etapa de negociere cu singurul ofertant invitat la procedură a condus la:

- primirea unei oferte cu un preț ce reprezintă 99,971 % din valoarea estimată;
- receptarea unei propuneri de diminuare a prețului cu 0,021 % - 91.050 lei, la o oferta inițială de 4.967.946 lei, și încheierea unui contract la un preț egal cu 99,95 % din valoarea estimată;
- încheierea unui nou contract la un preț care produce, pentru aceeași perioadă de timp, o diferență de aproximativ 1.6 milioane lei, prejudiciu cert și imposibil de justificat, adus bugetului local.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Delegare a serviciului public de salubritate pentru activitățile măturat, spălat, stropire și întreținerea căilor publice, precum și colectarea cadavrelor animalelor de pe domeniul public și predarea acestora către unitățile de ecarisaj sau către instalațiile de neutralizare în municipiul Târgu-....., în vederea asigurării continuității serviciului”, cod CPV principal – 90611000-3 – Servicii de curățenie stradală (Rev.2), cu o valoare estimată de 4.969.363,70 lei, fără TVA, prin transmiterea, către, a invitației de participare nr. 47060/28.06.2021, având data stabilită pentru depunerea ofertei 02.07.2021.

În cadrul procedurii, SC SRL, consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepțiile lipsei de interes și pe cea a tardivității contestației, invocate de autoritatea contractantă, pe care le va respinge, având în vedere următoarele considerente:

Potrivit Legii nr. 101/2016, calea de atac administrativ-jurisdicțională poate avea ca obiect material un act (comisiv sau omisiv) aferent ori în legătură cu o procedură de atribuire, așa cum rezultă din următoarele dispoziții ale acesteia:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un **act al unei autorități contractante** sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

[...]

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) **act al autorității contractante** - orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, **în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire**, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, **prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice**, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare;

Art. 12. - (1) Consiliul este competent să soluționeze contestațiile **cu privire la procedurile de atribuire** a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).

În soluționare, reține Consiliul că nemulțumirea contestatorului vizează, pe de o parte, decizia autorității contractante de a folosi procedura de excepție reglementată de art. 104 din Legea nr. 98/2016, pentru atribuirea prezentului contract, iar, pe de altă parte, neinvitarea societății sale la această procedură de negociere.

De asemenea, este reținută și jurisprudența europeană, în Hotărârea din 29 octombrie 2015, cauza T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits împotriva Comisiei Europene, Tribunalul de la Luxemburg obligând Uniunea Europeană să repare prejudiciul suferit de Vanbreda Risk & Benefits prin pierderea șansei de a i se atribui contractul în litigiu și de a obține referințele corespunzătoare de atribuire a contractului. Așadar, condiția privind existența unui prejudiciu sigur este îndeplinită atunci când prejudiciul este iminent și previzibil cu certitudine suficientă, chiar dacă acesta încă nu poate fi cuantificat cu precizie (Hotărârea Curții din 14 ianuarie 1987, Zuckerfabrik Bedburg și alții/Consiliul și Comisia, 281/84, Rec., p. 49, punctul 14, Ordonanța Tribunalului din 27 august

2009, Abouchar/Comisia, T-367/08, punctul 24). Beneficiul nerealizat

urmărește despăgubirea pierderii contractului însuși, în timp ce pierderea unei șanse urmărește obținerea unei compensări a pierderii unei șanse de a încheia contractul menționat (în acest sens, Hotărârea din 21 mai 2008, Belfass/ Consiliul, T-495/04, EU:T:2008: 160, punctul 124, și Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punctul 210). Împrejurarea că autoritatea contractantă dispune de o marjă largă de apreciere în privința acordării contractului nu împiedică faptul că prejudiciul întemeiat pe pierderea unei șanse să aibă un caracter real și cert în sensul jurisprudenței (în acest sens și prin analogie Hotărârea din 9 noiembrie 2006, Agraz și alții/Comisia, C-243/05 P, EU:C:2006:708, punctele 26-42, și Concluziile avocatului general Cruz Villalón prezentate în cauza Giordano/Comisia, C-611/12 P, EU:C:2014:195, punctele 60 și 61).

Legislația națională în materia achizițiilor publice, în speță Legea nr. 98/2016, la art. 53, dispune că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire însemnând, așadar, că și contestatorul de față posedă respectivul drept. Pentru a se stabili contrariul, și astfel să se rețină că autorul contestației nu justifică un interes în prezenta cauză, era necesar să se probeze, cu date certe și convingătoare, că reclamanta nu dorea să participe ori că nu putea să participe la procedura de negociere. Autoritatea contractantă, deși reclamă lipsa interesului SRL, nu a furnizat nicio probă în sensul celor arătate. Lipsa interesului procesual nu se prezumă, ci trebuie temeinic dovedită, quod non.

Întrucât Legea nr. 101/2016 nu obligă persoanele care se consideră vătămate să depună oferte în prealabil contestării unei proceduri de achiziție publică, prin care reclamă tocmai neinvitarea lor la ofertare de către autoritate, precum în speță, excepția lipsei de interes invocată de achizitoare nu poate fi validată.

Prin urmare, în condițiile în care contestatorul reclamă chiar omisiunea autorității de a-l chema la negociere (actele omisive putând fi contestate, încadrându-se în definiția precitată din Legea nr. 101/2016), eventuala condiționare a contestării de depunerea ofertei apare lipsită de logică.

Astfel, contestația nu poate fi respinsă ca lipsită de interes, câtă vreme autorul acesteia îndeplinește toate condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul, folosul urmărit fiind participarea sa la competiție, pentru a îi putea fi atribuit contractul. În cazul în care contractul de achiziții publice a fost atribuit fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, din simplul fapt că persoana vizată a fost împiedicată să participe la procedura de atribuire rezultă că, probabil, reclamantul a fost lezat, cu excepția cazului în care lipsa capacității sale de a furniza serviciul supus achiziției este evidentă (concluziile prezentate la 13 martie 2008 de avocatul general în cauza C-454/06,

presstext Nachrichtenagentur GmbH). Ori, în cauză, o asemenea ipoteză nu a fost demonstrată, ci, dimpotrivă.

În concluzie, din perspectiva interesului, poate fi atacat la CNSC și actul potențial vătămător asumat de autoritatea contractantă constând în neinvitarea la negociere a SRL.

Relativ la excepția tardivității contestației, contrar aprecierii autorității contractante, data de la care se calculează termenele statuate de art. 8 din Legea nr. 101/2016 este data transmiterii invitației de participare, iar nu data publicării Hotărârii Consiliului Local prin care a fost decisă apelarea la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare în vederea atribuirii contractului de față.

În susținerea acestei interpretări stă faptul că, în cazul procedurii reglementată de art. 104 din Legea nr. 98/2016, inițierea acesteia se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, așa cum dispune art. 94 din HG nr. 395/2016. Data de transmitere a invitației de participare la negocieri este echivalentă datei publicării în SEAP a anunțurilor de participare în cazul celorlalte proceduri reglementate de art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, față de data transmiterii invitației de participare nr. 47060/28.06.2021, către, prin raportare la valoarea estimată a procedurii, de 4.969.363,70 lei, termenul de contestare de 10 zile, aplicabil conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, a fost respectat de SRL, contestația sa transmisă atât Consiliului, cât și autorității contractante, la data de 05.07.2021, fiind efectuată în termenul legal.

Procedând la cercetarea fondului, ținând cont că legiuitorul nu a condiționat verificarea criticilor din contestație în ordinea expusă în cuprinsul acesteia, Consiliul va analiza, cu prioritate, critica privind modul în care autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 94 din HG nr. 395/2016, conform cu care:

Art. 94. - Inițierea procedurii de negociere fără publicare prealabilă se realizează prin transmiterea unei invitații de participare la negocieri, însoțită de documentația de atribuire, către unul sau, **ori de câte ori este posibil**, către **mai mulți operatori economici**.

În opinia Consiliului, chiar dacă normele legale nu impun autorității contractante obligația de a invita la procedură un anumit operator economic, sintagma *transmiterea unei invitații de participare la negocieri [...], ori de câte ori este posibil, către mai mulți operatori economici* se traduce tocmai prin obligația autorității de a invita întotdeauna mai mulți operatori economici, dacă ei există.

Tipul serviciilor supuse achiziției, în speță servicii de salubritate și anume activități măturat, spălat, stropire și întreținerea căilor publice, precum și de colectare a cadavrelor animalelor de pe domeniul public și de predare a acestora către unitățile de ecarisaj sau către instalațiile de neutralizare în municipiul Târgu-....., pot fi prestate de mai mulți

operatori economici, neexistând un deficit de concurență în acest domeniu.

De altfel, autoritatea contractantă a apelat la această procedură nu urmare a faptului că serviciile în discuție pot fi prestate numai de către un anumit operator economic, ci ca o măsură de strictă necesitate, până la finalizarea procedurii de licitație deschisă cu același obiect, aflată în derulare.

Prin urmare, obligația autorității contractante de a invita la negociere cât mai mulți operatori economici, pentru a asigura o concurență adecvată, subzistă în cazul de față. Dovedirea unei eventuale imposibilități de a transmite invitații mai multor societăți de profil cade în sarcina autorității contractante. Or, Municipiul Târgu-..... nu numai că nu probează o imposibilitate obiectivă de a invita și alți operatori economici la negocieri, dar nici măcar nu prezintă vreo susținere în acest sens.

Din documentele procedurii rezultă că invitația de participare a fost transmisă unui singur operator economic, Salubritate SA, situație evidențiată inclusiv în Strategia de contractare nr. 46580/25.06.2016, deși, în cuprinsul aceluiași document este ales criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate/preț” și sunt descriși factorii de evaluare care vor contribui la stabilirea ierarhiei ofertelor (!).

Cum niciunde în cuprinsul documentelor întocmite, achizițarea nu oferă nicio minimă justificare a deciziei de a purta negocieri cu un singur operator economic, Consiliul se vede nevoit să achieseze la poziția exprimată de contestator în sensul că, în prezenta procedură, autoritatea contractantă nu a respectat întocmai prevederile art. 94 din HG nr. 395/2016, articol de lege care nu îi conferă organizatoarei un drept discreționar atunci când desfășoară o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare, reglementată de art. 104 din Legea nr. 98/2016.

În același context, observă Consiliul că probatoriul administrat, în speță, adresele înregistrate la sediul Municipiului sub nr. 33289/3377/05.05.2021 și nr. 43679/15.06.2021, demonstrează dincolo de orice dubiu că autoritatea contractantă cunoștea intenția și interesul contestatorului de a participa la eventualele proceduri organizate cu scopul de a atribui dreptul de a presta serviciul de salubritate pe teritoriul municipiului, astfel că, în considerarea dispozițiilor art. 94 din normele amintite, trebuia să îl invite la competiție, alături de orice alt potențial ofertant aflat în situație similară.

În caz contrar, actul omisiv al neinvitării se impunea a fi motivat, tocmai pentru a nu fi considerat discreționar.

Exercițiul oricărui drept este spus art. 15 C. civ.: „Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe.”, drept care, în absența producerii unui mijloc de probă care să releve că SRL nu

putea presta serviciile necesare autorității, aceasta din urmă nu putea neglija interesul manifestat expres al respectivei companii de a lua parte la negociere.

Pe cale de consecință, în contextul de fapt și de drept prezentat, nu poate fi validată legalitatea desfășurării procedurii de negociere contestată, fiind evidentă nerespectarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 94 din HG nr. 395/2016, situație de natură a vicia întreaga procedură, drept care, având în vedere stadiul acesteia, respectiv aprobarea raportului procedurii nr. 36/02.07.2021 privind atribuirea contractului, Consiliul constată că, în cazul în referință, nu pot fi adoptate măsuri de remediere, fără a fi afectate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr.98/2016, drept care se impune anularea întregii proceduri.

Prin urmare, orice analiză suplimentară cu privire la respectarea dispozițiilor art. 104 din același act normativ este de prisos, câtă vreme rezultatul rămâne același.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, în ceea ce privește capătul de cerere privind anularea procedurii și, în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (7) din același act normativ, dispune anularea procedurii de achiziție publică.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca rămase fără obiect, celelalte capete de cerere din cuprinsul contestației.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

Admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, în ceea ce privește capătul de cerere privind anularea procedurii și dispune anularea procedurii de achiziție publică.

Respinge, ca rămase fără obiect, celelalte capete de cerere din cuprinsul contestației.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...