CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6 Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF ...29980
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 contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în .....,....., având CUI ....., reprezentată legal prin ....., și convențional prin avocat ....., cu sediul profesional în .....,....., privind atribuirea, prin licitație deschisă, online, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Executare lucrări de modernizare, reparații si întreținere a străzilor, aleilor si trotuarelor de pe raza municipiului .....”, cod CPV: 45233140-2, organizată de ....., cu sediul în .....,. ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- Anularea procedurii de atribuire in temeiul dispozițiilor art. 212 alin. 1 litera c) din Legea nr. 98/2016;
- Anularea Adresei nr. 13637/26.07..... prin care autoritatea contractanta a arătat ca nu înțelege sa anuleze procedura și nici să adopte masuri de remediere
- Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitiva a contestației
- Suspendarea soluționării contestației până la soluționarea definitiva a dosarului nr..... aflat pe rolul Tribunalului ..... secția mixtă de contencios administrativ, conflicte de muncă şi asigurări sociale
- Obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecata ocazionate de prezentul litigiu.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de organizare procedurii de achiziție publică în cauză.

În fapt, contestatorul arată că la data de ....., autoritatea contractanta a publicat anunţul de participare nr. ..... prin care a initiat procedura de atribuire a contractului anterior precizat, în prealabil iniţierii acestui demers,..... beneficiind de o serie de hotărâri emise de Consiliul Local al municipiului ..... cu privire la exact aceleaşi lucrări care fac obiectul licitației, astfel:

• Prin Hotărârea de Consiliu Local nr... din 28 februarie ..... a fost aprobata atribuirea contractelor pentru activitatea de „Modernizare, reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri" de pe raza Municipiului .....- ... către ..... Temeiul juridic al acestei hotarari de Consiliu local a fost indicat ca fiind art .31 din Legea nr. 98/2016

• La aceeaşi data, 28.07....., Consiliul Local al Municipiului ..... a adoptat Hotărârea nr. ... prin care a aprobat preturile unitare pentru activitatea de „Modernizare, reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri".

Contestatorul învederează faptul că societatea sa a atacat aceste doua hotărâri la instanța de contencios administrativ, Tribunalul ....., acțiunea sa fiind in acest moment pe rolul instanței, in curs de soluționare (dosar nr.....).

Mai arată că anterior adoptării acestor hotărâri, in cursul anului 2014 Consiliul Local a adoptat HCL nr... prin care a aprobat gestiunea directa a serviciului public de administrare a drumurilor si străzilor, respectiv a activității de reparații si întreținere a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri si străzilor nemodernizate de pe raza Municipiului ..... Aceasta din urma hotărâre de consiliu local a fost anulata, la solicitarea societății sale, prin Sentința civila nr. ... pronunțata de Tribunalul ..... rămasa definitiva prin Decizia civila nr..... pronunțata de Curtea de Apel ..... in dosar nr. ....

Apreciind ca procedura de atribuire inițiată de autoritatea contractanta este in integralitatea sa nelegala, contestatorul precizează că a formulat, in termenul legal, notificarea prealabila anexata in care a solicitat autorității contractante sa procedeze la anularea procedurii de atribuire, in temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) litera c) din Legea nr. 98/2016, însă autoritatea a comunicat faptul că nu se vor lua măsuri de remediere.

Referitor la cererea de suspendare a soluționării contestației în temeiul art. 25 din Legea nr. 101/2016, contestatorul arată că principalul motiv de nelegalitate pe care îl imputa prezentei proceduri de atribuire este reprezentat de nelegalitatea hotărârilor de consiliu local nr. ... si ... din 28.02..... prin care autoritatea contractanta ..... a primit emolumentul (lucrările ce fac obiectul prezentului contract) de la Municipiul .....

Practic, subliniază contestatorului, argumentația sa se sprijină într-o proporție covârșitoare pe teza conform căreia aceste doua hotărâri de consiliu local prin care practic calitatea de „autoritate contractanta" s-a

transferat de la Municipiul ..... către ..... sunt nelegale, si, ca atare,..... nu avea dreptul sa iniţieze prezenta procedura.

Reiterând faptul că societatea sa a atacat aceste doua hotărâri de consiliu local la instanța de contencios administrativ, Tribunalul ....., acţiunea sa fiind in acest moment pe rolul instanței, in curs de soluționare, contestatorul precizează că argumentele de nelegalitate invocate in cuprinsul cererii de chemare în judecată se suprapun in buna masura peste argumentele invocate in susţinerea prezentei contestatii, astfel incat, legătură dintre litigiul ce face obiectul dosarului aflat pe rolul Tribunalului ..... si prezenta contestatie este evidenta.

In plus, arată contestatorul, eventuala pronunţare de către Consiliu asupra legalitatii celor doua hotarari de consiliu local inainte de pronunţarea instantei, ar incalca, pe de o parte, competenta instantei de contencios administrativ asupra acestor probleme de drept si, pe de alta parte, soluţia Consiliului risca sa fie ulterior infirmata de către instanta de contencios administrativ. Or, art. 25 citat mai sus este menit sa prevină tocmai o astfel de situatie, prin luarea măsurii suspendării soluţionării contestatiei atunci cand aceasta depinde în tot sau în parte de existenţa ori inexistenţa unui drept care face obiectul unei alte judecăţi, fapt care in speţa este mai mult decât evident (nelegalitatea hotararilor de consiliu local reprezentând un argument esenţial in prezenta contestatie).

Aşadar, apreciind ca a demonstrat incidenţa acestei ipoteze in speţa, contestatorul solicita suspendarea soluţionării prezentei contestatii pana la soluţionarea definitiva a acţiunii in contencios administrativ ce face obiectul dosarului nr.....

În argumentarea admiterii contestației sale, contestatorul învederează următoarele:

1. Hotărârile de Consiliul Local nr. ... si .../28.02..... sunt nelegale iar prezenta procedura de atribuire este un act subsecvent acestor hotărâri

Un prim aspect de nelegalitate pe care contestatorul il imputa procedurii de atribuire initiate prin anunţul de participare nr. ...../..... se refera la nelegalitatea actelor care stau la baza iniţierii acestei proceduri.

Astfel, in conformitate cu dispoziţiile art. 36 alin. (2) din Legea nr. 215/2001 privind administraţia publica coroborate cu art. 22 din OUG nr. 43/1997, administrarea drumurilor de interes local revine consiliilor locale de pe raza administrativ-teritorială a acestora.

In calitatea sa de administrator al drumului, Municipiul ..... prin Consiliul Local ar fi trebuit sa iniţieze procedura de atribuire avand ca obiect executarea de lucrări de modernizare si respectiv intretinere a drumurilor si străzilor aflate pe raza municipiului.

De altfel, arată contestatorul, prin anunțul de intenție nr. ... publicat la data de 22.01.2015 Municipiul ..... - ... a anunțat intenția sa de a iniția o procedura de atribuire având ca obiect aceste lucrări, demers la care, se pare ca a renunțat ulterior.

Prin cele doua hotărâri de consiliul local amintite mai sus insa, Municipiul a atribuit aceste lucrări in mod direct către ....., in temeiul

dispozițiilor art. 31 din Legea nr. 98/2016. In baza acestor hotarari, ... initiaza la rândul sau prezenta procedura de atribuire prin care, practic, subcontractează aceste lucrări către operatorul economic care va fi desemnat câștigător, la preturi mai mici decât cele aprobate prin HCL nr.....

Astfel, în opinia contestatorului, este evident faptul ca cele doua hotarari de consiliu local (... si ...) stau la baza iniţierii prezentei proceduri de atribuire, iniţierea acesteia fiind un act subsecvent acestor doua acte administrative.

Potrivit contestatorului, cele doua hotarari de consiliu local sunt nelegale pentru cel puţin urmatoarele motive, cuprinse și in acţiunea in contencios administrativ pe care a formulat-o:

a) Hotararile de consiliu local ... si ... incalca autoritatea de lucru judecat a Sentinţei nr. ... a Tribunalului ..... ramasa definitiva prin Decizia nr..... a Curţii de Apel ..... prin care a fost anulata HCL nr. ...

Astfel, in considerentele acestor hotarari judecătoreşti instanta retine ca atribuirea in gestiune directa a serviciilor de utilitate publica constând in activitatea de reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor sistemului rutier de pe poduri si străzilor nemodernizate. In esenţa, instanta a retinut ca demersul Municipiului de atribuire in gestiune directa a acestor servicii către ..... este nelegal prin raportare la urmatoarele dispoziţii legale:

- Art. 11 alin. (2) din OG nr. 71/2002 care nu permite gestionarea serviciului public de către regii autonome, excepţia instituita de art. 28 alin. (3) din Legea nr. 51/2006 nefiind aplicabila;

- Art. 14 alin. (2) din OG nr. 71/2002 care prevede ca, indiferent de forma de gestiune adoptata, activitatile propriu zise de gestiune, exploatare si funcţionare desfasurate in cadrul serviciilor de administrarea domeniului public si privat constituie activitati relevante si sunt supuse reglementarilor in vigoare privind achiziţiile publice. Or, darea in gestiune a acestor servicii prin ... s-a făcut fara organizarea unei proceduri de achiziţie publica.

- Art. 107 alin. (1) din TFUE, instanța apreciind ca aprobarea gestiunii directe a serviciului de administrare a drumurilor si străzilor către ... este o măsură de sprijin pentru aceasta care întrunește condițiile ajutorului de stat.

În cauză, contestatorul arată că deși in mod formal conținutul..... fata de cel al ..., in fond efectul juridic al acestora este identic: transferul direct al atributului de executare lucrări de intre tinere/modernizare aferente drumurilor si străzilor din oraș către ... ., fără organizarea unei proceduri competitive. Or tocmai acest mecanism a fost sancționat ca nelegal de către instanța de judecata prin hotărârile amintite mai sus.

Ca atare, contestatorul menționează că prin hotărârile nr. ... Consiliul Local ..... nu face altceva decât, nesocotind in mod flagrant hotararile judecătoreşti pronuntate in contra sa, sa emită doua noi acte administrative cu aceeaşi finalitate ca si hotararea anulata anterior de către instanta de judecata.

Or, subliniază contestatorul, acest demers contravine dispoziţiilor art. 430 din Codul de procedura civila referitoare la autoritatea de lucru judecat a hotărârii judecătorești (autoritate care priveşte deopotrivă dispozitivul si considerentele acesteia) in speţa, încălcarea considerentelor celor doua hotarari judecătoreşti indicate, fiind evidenta.

b). HCL nr. ... si nr. ... incalca legislaţia privind concurenta

In primul rand, asa cum a retinut si instanta de judecata in cuprinsul Sentintei nr. ... si respectiv a Deciziei nr....., contestatorul arată că atribuirea serviciului public de intretinere si modernizare străzi către ..... este o operaţiune asimilabila unui ajutor de stat acordat regiei autonome, operaţiune prohibita de dispoziţiile art. 107 din TFUE.

Plecând de la aceasta permisa, statuata cu putere de lucru judecat prin hotărârile evocate mai sus, înainte de a putea emite hotărârile, contestatorul susține că CL ..... ar fi trebuit sa solicite:

- Pe de o parte avizul Consiliului Concurentei, in conformitate cu dispozițiile art. 7 alin. (6) și (7) din OUG nr. 77/2013 care prevăd ca orice măsură care este susceptibila sa reprezinte ajutor de stat poate fi inițiată doar cu avizul Consiliului Concurentei
- Pe de alta parte avizul Comisiei Europene in conformitate cu dispoziţiile art. 3 din OUG nr. 77/2014 raportat la dispozițiile art. 108 din TFUE care impune ca orice măsură susceptibila de a constitui ajutor de stat sa fie notificată Comisiei Europene

In speţa, cele doua HCL au fost emise in lipsa solicitării avizelor Consiliului Concurentei si a Comisiei Europene ceea ce atrage, de plano, nelegalitatea acestor acte administrative.

In plus, contestatorul precizează că măsură atribuirii acestor lucrări către ..... in mod direct, fără organizarea unei proceduri de achiziție publica, este de natura sa creeze premisele unui monopol pe piața locala a drumurilor pentru aceasta regie autonoma care, in acest fel este favorizata, in mod indirect, in raport cu ceilalți actori de pe piață, operatori economici privați. Or, conform dispoziţiilor art. 25 alin. (1) litera 1 si alin. (3) din Legea nr. 21/1996 privind concurenta, au obligația ca, atunci când inițiază proiecte de acte normative sau de documente de politici publice care pot avea impact asupra liberei concurente, sa solicite avizul prealabil al Consiliului Concurentei.

Nici aceasta cerința prealabila nu a fost respectata, in speţa, cele doua hotărâri de consiliu local fiind emise, asa cum s-a aratat, in lipsa oricărui aviz din partea Consiliului Concurentei.

Sintetizând, in raport de toate aspectele aratate mai sus, contestatorul învederează că demersul prin care ..... a adjudecat aceste lucrări este unul nelegal, fiind contrar normelor in materia dreptului concurentei menționate mai sus.

c). Hotărârile de Consiliul Local si prezenta procedura de atribuire încalcă dispozițiile art. 31 din Legea nr. 98/2016

Dincolo de încălcările legislaţiei privind concurenta, mentionate mai sus, contestatorul susține că atribuirea acestor lucrări către ..... incalca inclusiv prevederile art. 31 din Legea 98/2016 invocat ca temei

legal pentru atribuirea acestor lucrări fără organizarea unei proceduri de atribuire.

În acest sens arată că nu este dovedit in speță faptul ca autoritatea contractanta (Municipiul ....) exercita asupra ..... un control similar celui pe care il exercita asupra propriilor departamente, ... având personalitate juridica proprie, un consiliu de administrație propriu și funcționând pe baza de gestiune economica si autonomie financiara. De asemenea, nu este certa nici îndeplinirea condiţiei cumulative de la litera b, anume ca 80% din activitățile ... sa fie efectuate in vederea îndeplinirii sarcinilor trasate de autoritatea contractanta.

Pe de alta parte, chiar si in ipoteza in care, formalmente, aceste condiţii ar fi îndeplinite, în opinia contestatorului, sensul art. 31 a fost încălcat prin faptul ca, după ce i s-au atribuit aceste lucrări, ... le scoate la licitație la preturi de pornire mai mici decât cele la care i s-au adjudecat lucrările de către Municipiul .....

Astfel, dispozițiile art. 31 din Legea nr. 98/2016 reprezintă transpunerea in legislaţia interna a prevederilor art. 12 din Directiva 24/2014. (practic este vorba despre o preluare textuala a acestei dispoziţii din directiva).

Scopul pentru care legiuitorul european a înțeles sa introducă aceasta excepție de la aplicarea procedurilor de achiziție publica este regăsit in considerentul nr. 31 din Preambulul Directivei, in care se arata următoarele:

„Există un nivel considerabil de incertitudine juridică cu privire la măsura în care contractele încheiate între entităţi din sectorul public ar trebui să facă obiectul normelor privind achiziţiile publice. Jurisprudenţa relevantă a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene face obiectul unor interpretări divergente între statele membre şi chiar între autorităţile contractante. Prin urmare, este necesar să se clarifice cazurile în care contractele încheiate în cadrul sectorului public nu sunt supuse aplicării normelor privind achiziţiile publice.

Această clarificare ar trebui să fie ghidată de principiile stabilite în jurisprudenţa relevantă a Curţii de Justiţie a Uniunii Europene. Simplul fapt că ambele părţi la un acord sunt autorităţi publice nu exclude în sine aplicarea normelor privind achiziţiile publice. Cu toate acestea, aplicarea normelor privind achiziţiile publice nu ar trebui să interfereze cu libertatea autorităţilor publice de a-şi îndeplini atribuţiile de serviciu public atribuite acestora prin utilizarea resurselor proprii, care include posibilitatea cooperării cu alte autorităţi publice.

Ar trebui garantat faptul că situaţiile de cooperare public-public scutite nu au ca rezultat o denaturare a concurenţei în raport cu operatorii economici privaţi în măsura în care situează un furnizor privat de servicii într-o poziţie de avantaj faţă de concurenţii săi."

Prin urmare, excepţia vizata de legiuitor a fost instituita in scopul de a permite autorităților publice realizarea proiectelor de investiții in sistem „*in house*", adică prin utilizarea resurselor proprii sau prin punerea in comun a resurselor aparținând mai multor autorități contractante.

In speţa insa, autoritatea contractanta iniţiala (Municipiul .....) transfera aceste lucrări către ... care, la rândul sau, le scoate la licitatie, ceea ce, în opinia contestatorului, denota faptul ca ..... nu dispune de resursele si de o capacitate proprie de a îndeplini contractul.

In plus, asa cum s-a aratat, preturile estimate in cadrul prezentei proceduri de atribuire sunt mai mici decât preţul la care ... a adjudecat lucrările (iar preţul la care se va atribui, ca urmare a procedurii va fi, evident, si mai redus) diferenţa de pret reprezentând profitul .... Astfel, contestatorul menționează că un astfel de demers este însă contrar scopului instituit de lege, care nu este acela de a îmbogăți fără justa cauza o persoana juridica controlata de autoritatea contractanta, ci acela ca autoritatea contractanta sa execute prin resurse proprii lucrările respective.

In sinteza, fata de aspectele arătate mai sus, contestatorul precizează că in speţa se impune cu forţa evidentei faptul ca:

- cele doua hotarari de consiliu local prin care aceste lucrări au fost atribuite către ..... sunt nelegale;
- ca urmare, prezenta procedura de atribuire, care are la baza aceste hotarari este, la rândul sau nelegala.

2. ..... nu poate deţine, in mod legal, calitatea de autoritate contractanta pentru lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

In strânsă legătură cu cele arătate la punctul precedent, contestatorul învedereaza faptul ca scopul reglementarii art. 31 din Legea nr. 98/2016 a fost acela de a permite autorităților contractante sa execute lucrările in regie proprie sau prin intermediul unor societăți pe care le controlează. Nicidecum scopul acestui articol nu a fost acela de a transfera dreptul de a scoate la licitație lucrările către societăți terțe cu distorsionarea concurentei si cu încălcarea principiului eficientei utilizări a fondurilor publice.

In acest sens, contestatorul face trimitere la o poziţie oficiala exprimată de președintele ANAP in media, in care acesta a subliniat faptul ca *„problema este una funcţionala fiindcă ele (societatile infiintate de autoritatile contractante n.a.) au fost infiintate tocmai pentru a rezolva o problema, nu pentru a gestiona contracte. Aceste firme, in momentul in care dau aceste contracte către terti, inseamna ca nu au capacitatea de a realiza respectivele contracte, inseamna ca nu au capacitatea de a realiza obiectivul pentru care au fost infiintate*."

Cu alte cuvinte, aceste societati nu pot si nu trebuie sa devină la rândul lor autoritati contractante care sa atribuie mai departe lucrările (indiferent de modalitatea de atribuire) pentru ca asta înseamnă ca nu au capacitatea de a executa ele însele aceste lucrări si deci este încălcat scopul instituit de art. 31 din Legea nr. 98/2016.

3. Procedura de atribuire nesocotește dispozițiile Legii nr. 10/1995, ale HG nr. 907/2016 si ale Normei metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991

Un alt aspect de nelegalitate pe care contestatorul il sesizeaza fata de documentaţia publicata se refera la lipsa proiectului tehnic pentru lucrările de modernizare străzi.

Astfel, remarca operatorul economic contestator ca obiectul prezentei proceduri il reprezintă doar execuţia de lucrări, ceea ce inseamna ca autoritatea contractanta ar fi trebuit sa includă in documentaţie proiectul tehnic in baza căruia aceste lucrări urmează a fi executate.

In acest sens, arată că in conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995, începerea executării lucrărilor de construcții se poate face numai pe bază şi în conformitate cu proiecte verificate de specialişti atestaţi (a se vedea art. 25 alin 1 litera b), in acelaşi sens fiind si dispoziţiile art. 79 alin. (1) din Norma metodologice de aplicare a Legii nr. 50/1991.

Asa fiind, lipsa proiectului tehnic din cuprinsul documentaţiei face practic imposibila executarea in parte a obiectului contractului, ceea ce atrage, desigur nelegalitatea documentaţiei publicate.

Cu privire la aceasta problema, in cuprinsul răspunsului la notificarea prealabila, autoritatea contractanta arata ca „proiectul tehnic va fi realizat si pus la dispoziţia executantului lucrării".

Prin aceasta afirmaţie autoritatea contractanta recunoaşte ca la acest moment nu exista proiect tehnic pentru aceste lucrări, or atribuirea lucrărilor de execuţie in lipsa proiectului tehnic este nelegala in raport de dispoziţiile aratate mai sus.

In plus, subliniază contestatorul, lipsa proiectului tehnic atrage probleme atât in procesul de ofertare (de pilda la întocmirea listelor de cantitati) cat si, evident, la semnarea contractului, emiterea ordinului de începere fiind condiționată de existenta proiectului tehnic.

4. Modelul de contract publicat conţine clauze nelegale, contrare dispoziţiilor Legii nr. 72/2013

În acest sens, contestatorul face trimitere la clauzele 16.1 și 16.6 din modelul de contract publicat, pe care le consideră nelegale, dat fiind că potrivit acestora termenul de plată este de 60 de zile , iar beneficiarul se obligă să asigure resursele financiare necesare pentru derularea investiției pe toată durata de execuție a lucrărilor în limitele alocațiilor bugetare.

Contestatorul apreciază că ca aceasta clauza contractuala este nelegala in raport de prevederile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști şi între aceștia şi autorităţi contractante.

Astfel, in conformitate cu dispozițiile art. 6 din Legea nr. 72/2013 termenul legal de plata in raporturile dintre profesionişti si autoritatile contractante este de 30 de zile, care poate fi prelungit pana la 60 de zile dacă acesta este stabilit expres în contract şi în documentaţia achiziţiei şi este obiectiv justificat, ţinând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului.

In speţa, subliniază contestatorul, autoritatea contractanta nu a justificat prelungirea termenului pana la 60 de zile.

Pe de alta parte, prin inserarea unei clauze care prevede obligaţia beneficiarului de a asigura fonduri „*in limita alocaţiilor bugetare*", contestatorul arată că apare posibilitatea aneantizării obligaţiei, autoritatea rezervandu-si dreptul de a refuza plata pe motivul lipsei alocarilor bugeatare fapt care, din nou, contravine dispoziţiilor legale amintite mai sus.

Totodata, contestatorul face trimitere la solicitarea de clarificări transmise de un operator economic si la care autoritatea a publicat răspunsul nr. 13332/24.07..... in care a refuzat sa remedieze prevederile contractului in sensul solicitat, fapt pe care contestatorul il apreciem drept nelegal, dat fiind că remedierile solicitate erau in acord cu dispoziţiile Legii nr. 72/2013 si cu principiile care guverneaza procedurile de achiziţie publica.

In concluzie, pe lângă aspectele de nelegalitate care afectează procedura de atribuire in sine, contestatorul solicită și analizarea caracterului nelegal al clauzelor contractuale la care s-a referit.

Sintetizând, raportat la toate aspectele menționate mai sus, contestatorul apreciază că procedura de atribuire este afectata de grave abateri de la legalitate care nu pot fi corectate fără încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind incidenţa ipoteza de anulare a procedurii prevăzută de art. 212 alin. 1 litera b, aceasta fiind măsura de remediere a cărei aplicare o solicită Consilului ca urmare a admiterii prezentei contestații.

În punctul de vedere transmis prin adresa nr. 16522/25.08....., înregistrată la CNSC sub nr....., ... în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și continuarea procedurii, având în vedere următoarele:

Deși contestatorul a înregistrat o acțiune pe rolul Tribunalului ..... prin care solicita anularea Hotărârilor Consiliului Local al Municipiului ....., precum si suspendarea efectelor hotărârii pana la soluţionarea litigiului, acest lititgiu este in procedura prealabila, in sensul ca a fost transmisa acţiunea contestatoarei pentru formularea apărărilor, urmând ca ulterior sa se fixeze primul termen de judecata. In prezent nu se cunoaşte durata acestui litigiu. In cazul suspendării procedurii de achiziție publica pana la soluționarea litigiului din dosarul nr....., procedura rămâne fără obiect, deoarece lucrările ce se doresc a fi contractate se vor finaliza si nu va mai fi nevoie de alta achiziție.

Prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului ..... nr..... s-a dispus atribuirea contractelor pentru activitatea de Modernizare, reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe raza municipiului ..... către....., in temeiul prevăzut de art. 31 din Legea nr. 98/2016, iar prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului ..... nr..... ..... s-a dispus aprobarea preturilor unitare pentru activitatea mai sus menționată.

Prin adoptarea H.C.L. nr. .../....., la alin. (5) - s-a menționat in mod expres faptul ca la data adoptării hotărârii își încetează aplicabilitatea H.C.L. nr. ....

Contestatoarea invoca, o serie de motive de nelegalitate ale ..... invocând paragrafe din Dosarul nr. ..., însă, subliniază autoritatea contractantă, aceasta nu tine sau nu vrea sa tina cont despre faptul ca in dosarele arate s-a discutat legalitatea H.C.L. nr....., hotărâre emisa in temeiul unor acte

normative, dar acesta hotărâre, precum si alte hotărâri legate de acesta si-au încetat valabilitatea in februarie .....

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că instanțele din dosarul nr. ... au reținut faptul ca, atribuirea in favoarea ... . a fost data fără respectarea legislației in domeniul achizițiilor publice, respectiv O.U.G. nr. 34/2006.

În cauză, autoritatea contractantă arată că OUG nr. 34/2016 a fost abrogată, iar la art. 31 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a stabilit excepții clare privind atribuirea contractelor, respectiv faptul ca nu se aplică contractelor de achiziție publică, acordurilor-cadru atribuite de o autoritate contractanta unei persoane juridice de drept privat sau de drept public în cazul în care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) autoritatea contractantă exercită asupra persoanei juridice în cauză un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii;

b) mai mult de 80% din activitățile persoanei juridice controlate sunt efectuate în vederea îndeplinirii sarcinilor care îi sunt încredințate de către autoritatea contractantă care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractanta;

c) nu există participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate, cu excepția formelor de participare a capitalului privat care nu oferă controlul sau dreptul de veto, dar a căror existenta este necesară potrivit dispozițiilor legale, în conformitate cu Tratatele, şi care nu exercită o influență determinanta asupra persoanei juridice controlate.

In ceea ce privește îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 31 din Legea nr. 98/2016, ... arată următoarele:

a) autoritatea contractantă exercită asupra persoanei juridice în cauză un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii:

- Municipiul ..... exercită asupra....., un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii.

- Municipiul ....., in urma organizării unui concurs numește membrii Consiliului de Administrație al.....,

- Prin Hotărâre de Consiliu Local sunt aprobate bugetele anuale de venituri si cheltuieli ale regiei, se aproba organigrama de funcționare, se aproba situațiile financiare de sfârșit de an, respectiv bilanţ contabil, se aproba rapoartele de activitate trimestriale ale membrilor Consiliului de Administraţie si a directorilor din cadrul ..., se aproba obiectul/obiectele de activitate a regiei, se aproba organigrama si statul de funcţiuni, precum si regulamentul de organizare si funcţionare

- Municipiul ..... exercita controlul financiar asupra. .....- ...

- Municipiul ..... exercita auditul public intern asupra R...

Prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului ..... nr. 133/2005 cu modificări,..... deține in administrare bunuri aflate in domeniul public

- 50% din profitul realizat la sfârșitul anului de către regie, se face virament in beneficiul Municipiului .....

b) mai mult de 80% din activităţile persoanei juridice controlate sunt efectuate în vederea îndeplinirii sarcinilor care îi sunt încredinţate de către autoritatea contractanta care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractantă;

Autoritatea contractantă menționează ca si aceasta condiție este îndeplinită, deoarece veniturile..... provin in proporție mai mare de 80% din sarcinile care au fost încredințate de către Municipiul .....- ....

Total venituri in perioada 01.01.2016-30.04.2016	11.571 mii lei	Procent
Venituri conform sarcinilor încredințate de Municipiul		97,96%
Venituri de le terti	267 mii lei	2,30%

De asemenea, autoritatea contractantă arată că desfășoară o serie de activități in folosul comunității in baza mai multor Hotărâri ale Consiliului Local al Municipiului ....., cum ar fi:

- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind relocarea Pieței de vechituri (OSER), darea in administrare, prin gestiune directa, la..... si aprobarea Regulamentului-cadru de funcționare a pieței de vechituri nou înființată
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind efectuarea serviciilor de întreținere a dispozitivului de semnalizare rutiera de către..... .....
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind încredințarea directa a gestiunii activității din cimitirele municipiului ....., către. .....
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind încredințarea către..... a activității serviciului public de ecarisaj
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind aprobarea documentației pentru delegarea prin concesiune a gestiunii serviciului public de ecarisaj
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind modificarea Hotărârii nr. ...
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind regimul de funcționare a WC-urilor publice din municipiul .....
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind despăgubirile datorate in cazul nerespectării condițiilor impuse prin autorizația de spargere a străzilor trotuarelor si spatiilor verzi
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind trecerea in patrimonial Consiliului Local a lacului de agrement din Parcul Central si a celor doua lacuri din Parcul de Est
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind darea in administrare in favoarea..... a terenului in suprafața de 3957 mp si 4.676 mp, in vederea realizării si exploatării unei platforme de stocare temporara a deșeurilor municipale
- Hotărâri ale Consiliului Local ..... anuale prin care se întreține si se închiriază pajiștile de pe raza Municipiului .....
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ... privind întreținerea indicatoarelor si a dispozitivelor de semnalizare rutiera
- Hotărârea Consiliului Local ..... nr. ..., modificata., privind paza cimitirelor etc.
- Hotărâri ale Consiliului Local ..... din ..... pentru întreținerea spatiilor verzi

c) nu există participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate, cu excepția formelor de participare a capitalului privat care nu oferă controlul sau dreptul de veto, dar a căror existență este necesară potrivit dispozițiilor legale, în conformitate cu Tratatele, şi care nu exercită o influență determinantă asupra persoanei juridice controlate.

În acest context, autoritatea contractantă arată că..... nu are participare privata la capitalul social.

Astfel, este subliniat faptul că .....:

- s-a înființat in baza Deciziei nr....a Prefecturii Judeţului ..... si in baza Legii nr. 15/1990 privind reorganizarea unitarilor economice de stat ca regii autonome si societari comerciale,

- funcționează sub autoritatea Consiliului Local al Municipiului ....., are personalitate juridica, fiind organizata ca unitate de interes public, pe baza de gestiune economica si autonomie financiara.

- conducerea regiei autonome revine consiliului de administrație si directorului general al regiei mandatat. Consiliul de Administraţie este compus din 7 persoane numite prin hotărârea consiliului local.

- Prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului ..... nr. ... au fost numiți membrii Consiliul de Administrație al regiei.

În temeiul dispozițiilor prevăzute la art. 5 din O.U.G. nr. 109/2011, privind guvernanţa corporativă a întreprinderilor publice, coroborat cu prevederile Hotărârii Consiliului Local al Municipiului ..... nr. ... din data 20.03.2014 Consiliul de Administrație al Regiei Autonome a Domeniului Public ....., in baza procedurii de selecție, desfășurată în conformitate cu dispozițiile OUG nr. 109/2011, a numit echipa de management a Regiei, Obiectul principal de activitate al regiei, conform cod CAEN nr. 4211 înregistrat la ORC ..... încă din 1991 îl constituie lucrările de construcții a drumurilor si autostrăzilor, ceea ce denota desfășurarea unei activități specializate in domeniul serviciului public încredințat încă de la înființarea instituției, însă, subliniază autoritatea, desfășoară o serie de alte activități complementare.

Totodată, autoritatea contractantă arată că anterior promovării hotărârilor de consiliu local, atât instituția sa, cât si Primăria ....., a emis cate o cerere către ANAP, prin care s-a solicitat un punct de vedere cu privire la aplicabilitatea art. 31 din Lege nr. 98/2016. Prin adresa nr. 8596 din 01.11.2016, ANAP a comunicat faptul că apreciază ca prevederile art. 31 sunt aplicabile. Mai mult, Curtea de Conturi a emis un ghid privind modul de verificare a achiziţiilor publice si a achiziţiilor sectoriale, iar la pagina 26 din acel ghid este prevăzută aceasta modalitate de atribuire a contractelor. De asemenea, se arată că tot pe aceasta prevedere legala a emis Consiliul Local al ... la data de 30.05..... hotărârea nr. .... Consiliul Local al Municipiului ... prin hotărârea nr... din 31.03..... a atribuit un contract pentru activitatea de reparații, întreținere a străzilor, aleilor, trotuarelor etc. in favoarea societății aflate in directa subordine. Consiliul Local ... a emis hotărârea nr. ... tot in acest sens. Autoritatea contractantă arată că sunt, de asemenea, si alte autorități contractante din țară care, având persoane juridice in stricta subordine au emis hotărâri in baza art. 31 din Legea nr. 98/2016.

În continuare, autoritatea contractantă precizează că hotărârea judecătorească rămasă definitiva despre care face vorbire contestatoarea se refera la anularea unei hotărâri de consiliu local, ce a încetat. Hotărârea de consiliu local atacata in dosarul ... au fost emise in baza unor acte normative, prin care s-a dispus darea in gestiune a activității de reparații si întreținere străzi in favoarea....., iar hotărârile atacate in prezentul dosar au cu totul alt obiect, se refera la H.C.L. nr..... care au fost emise in baza Legii nr. 98/2016, si se refera la lucrările de reparaţii, întreținere si modernizări străzi, autoritatea precizând că instituția sa nu deține gestiunea tuturor străzilor si aleilor. În acest context, autoritatea arată că deși părţile sunt aceleaşi, in prezentul dosar cu dosarele ..., obiectul cererii este .....

Fata de cele anterior expuse, autoritatea considera ca nu exista autoritate de lucru judecat deoarece nu exista identitate de părți, de cauză, precum şi de obiect, în cele două cauze.

De asemenea, autoritatea arată că reclamanta sugerează faptul ca exista o cauza ilicita in ceea ce privește actele administrative atacate, însă, în opinia sa, exista doar o rea-voinţa din partea contestatoarei, deoarece actele atacate au fost emise in baza prevederilor legale aflate in vigoare.

În cauză, autoritatea contractantă subliniază faptul că prerogativa exclusiva privind administrarea domeniului public si privat al oraşului, precum si a gestionarii serviciilor furnizate către cetățeni revine Consiliului local al administrației publice locale, potrivit art. 36 alin. (1) din Legea nr. 215/2001 a administraţiei publice locale, conform căruia :

„Consiliul local are inițiativa si hotărăște, in condițiile legii, in toate problemele de interes local, cu excepţia celor care sunt date prin lege in competenta altor autorități ale administraţiei publice locale sau centrale.

(2) Consiliul local exercita următoarele categorii de atribuții:

a) atribuţii privind organizarea şi funcţionarea aparatului de specialitate al primarului, ale instituţiilor şi serviciilor publice de interes local şi ale societăţilor reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, şi regiilor autonome de interes local;

b) atribuţii privind dezvoltarea economico-socială şi de mediu a comunei, oraşului sau municipiului;

c) atribuţii privind administrarea domeniului public şi privat al comunei, oraşului sau municipiului;

d) atribuţii privind gestionarea serviciilor furnizate către cetăţeni;

(4) În exercitarea atribuţiilor prevăzute la alin. (2) lit. b), consiliul local: (...)

c) stabileşte şi aprobă impozitele şi taxele locale, în condiţiile legii;

d) aprobă, la propunerea primarului, documentaţiile tehnico-economice pentru lucrările de investiţii de interes local, în condiţiile legii;

(5) În exercitarea atribuţiilor prevăzute la alin. (2) lit. c), consiliul local:

a) hotărăște darea în administrare, concesionarea sau închirierea bunurilor proprietate publică a comunei, oraşului sau municipiului, după caz, precum şi a serviciilor publice de interes local, în condiţiile legii;

(6) În exercitarea atribuţiilor prevăzute la alin. (2) lit. d), consiliul local:

a) asigură, potrivit competenţelor sale şi în condiţiile legii, cadrul necesar pentru furnizarea serviciilor publice de interes local privind:

(...) podurile şi drumurile publice".

Autoritatea contractantă mai arată că Legea nr.215/2001 a administraţiei publice locale stabilește nu numai autoritatea deliberativa căreia ii revine obligația de a organiza si reglementa serviciile de administrare a domeniului public si privat al municipiului ci si care sunt organismele/instituțiile/operatorii care pot avea aceasta calitate.

De asemenea, se arată că potrivit art. 1 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 215/2001, prin organisme prestatoare de servicii publice si de utilitate publica de interes local sau județean se înțelege o denumire generica ce include societăți reglementate de Legea nr. 31/1999 si regii autonome înființate sau reorganizate prin hotărâri ale autorităților deliberative denumite in continuare societăți reglementate de Legea nr.31/1990 si regii autonome de interes local sau județean.

Prin adresa nr....., Consiliul a solicitat contestatorului justificarea interesului în promovarea contestației.

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa înregistrată la CNSC sub nr..... precizând următoarele:

In ceea ce privește prima condiție prevăzută de dispozițiile art. 2 din Legea nr. 101/2016, contestatorul arata ca societatea sa este un operator economic care participa cu regularitate la proceduri de atribuire având ca obiect contracte de execuție lucrări in domeniul infrastructurii rutiere fiind una dintre societățile cele mai prezente pe piața relevanta din Transilvania si nu numai.

In plus de asta, așa cum reiese si din acțiunea in contencios administrativ anexata contestației, contestatorul menționează că societatea sa a executat lucrările de întreținere si reparații străzi pe raza Municipiului ..... in perioada 2010-2014 in baza Acordului cadru nr. ... încheiat cu Municipiul ..... (care, la acea vreme, a organizat el însuși procedura de achiziție publica, așa cum este, de altfel și firesc).

Prin urmare, dincolo de interesul general dat de intenția sa de a participa la procedura de atribuire, contestatorul consideră că are un interes imediat si direct legat de obiectul specific al acestui contract, fiind direct interesați să continue activitatea de execuție de lucrări de întreținere a străzilor din municipiu.

In ceea ce privește cea de-a doua condiție prevăzută de dispozițiile art. 2 din Legea nr. 101/2016, referitoare la prejudiciul produs societății sale prin actul autorității contractante, contestatorul arata următoarele:

In primul rând, prezenta procedura de atribuire, ca act subsecvent hotărârilor de consiliu local nr. ... si ..., trebuie privita împreuna cu acestea, ca făcând corp comun cu ele. Cu alte cuvinte, daca hotărârile de consiliu local sunt apreciate ca vătămătoare pentru societatea sa si procedura de atribuire, ca act subsecvent acestora, va trebui calificata ca atare.

In acest sens, se arată ca, in ceea ce privește chestiunea interesului ..... SRL in atacarea hotărârilor de consiliu local prin care lucrările de întreținere au fost atribuite către ..., aceasta a fost tranșată cu autoritate de lucru judecat prin Decizia nr..... a Curții de Apel ..... care a fost anexata contestației. Astfel, la pagina 10 paragraful 8 din aceasta hotărâre, instanța retine ca "interesul reclamantei exista indiferent de modificarea condiţiilor de acordare a contractelor. Acest lucru este evident prin prisma posibilităţii acesteia de a cere despăgubiri pentru pagubele cauzate printr-un act nelegal".

În acest context, contestatorul reiterează faptul că litigiul soluționat prin decizia mai sus amintita a avut ca obiect o hotărâre de consiliu local similara hotărârii nr. ... prin care Municipiul ..... a atribuit direct in gestiune aceste lucrări către .....

Așadar, apreciază contestatorul, interesul său in contestarea dreptului..... de a gestiona (si implicit de a scoate la licitație) aceste lucrări a fost stabilit printr-o hotărâre judecătoreasca definitiva, orice decizie contrara din partea Consiliului, ar încălca autoritatea de lucru judecat de care se bucura aceasta hotărâre.

Pe de alta parte, in raport strict de prezenta procedura de atribuire, contestatorul consideră că său este acela de a participa la o procedura de atribuire organizata in condiții legale si la niște preturi de pornire care sa fie concurențiale si stabilite de piața libera.

In speță, contestatorul reiterează cele expuse prin contestație, referitor la faptul că preturile estimate de..... in prezenta procedura sunt considerabil mai mici decât preturile unitare la care ... a adjudecat (fără licitație) aceste lucrări de la Municipiul ..... Diferența de preț (care rămâne in patrimoniul ...) este, în opinia contestatorului, un vădit element de concurenta neloiala (regia autonoma fiind pana la urma tot un operator economic de pe piață).

Or, contestatorul precizează că, asa cum s-a aratat si in acţiunea in contencios administrativ formulata împotriva HCL ... si ..., in baza experienţei in domeniu (experienţa data inclusiv de executarea acordului cadru precedent avand ca obiect aceste lucrări) societatea sa este in masura sa asigure executarea acestor lucrări la preturi mai bune decât cele oferite de Municipiu către ....

In fine, dincolo de aceste aspecte, contestatorul reiterează faptul ca, atata vreme cat instanta de judecata investita cu soluţionarea acţiunii in contencios administrative îndreptata împotriva HCL ... apreciaza ca societatea sa are interes in atacarea acestor acte administrative, implicit, are interes in contestarea prezentei proceduri de atribuire care este initiata in baza acestor hotărâri, fiind act subsecvent acestora.

În acest context, contestatorul subliniază faptul că acesta este și motivul pentru care a solicitat suspendarea soluționării contestației până la soluționarea acțiunii ce face obiectul dosarului nr..... in temeiul art. 25 din Legea nr. 101/2016, cerere pe care solicită să fie admisă.

In speţa, în opinia contestatorului, este evident ca se impune ca instanța de judecata sa se pronunțe mai întâi asupra chestiunii interesului societății in promovarea prezentului demers, decizia Consiliului depinzând, in ceea ce privește aceasta problema de drept, in totalitate de soluţia instanței.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul înțelege să reitereze solicitarea din contestatie de a se dispune:

- Pe de o parte suspendarea procedurii de atribuire
- Pe de alta parte suspendarea soluţionării contestatiei pana la soluţionarea acţiunii in contencios administrativ ce face obiectul dosarului nr.....

Prin adresele nr....., în temeiul art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a invitat părțile la audieri care au avut loc la sediul CNSC, în data de 21.08.....

Ulterior ședinței de audieri, la dosarul cauzei au fost depuse următoarele concluzii scrise:

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 35201/23.08....., autoritatea contractantă a comunicat următoarele:

Prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului ..... nr..... s-a dispus atribuirea contractelor pentru activitatea de Modernizare, reparaţii si intretinere

a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe posuri de pe raza municipiului ..... către ....., in temeiul prevăzut de art. 31 din Legea nr. 98/2016, iar prin Hotărârea Consiliului Local al Municipiului ..... nr..... s-a dispus aprobarea, preturilor unitare pentru activitatea mai sus menționată.

Prin adoptarea H.C.L. nr....., la art. 5, s-a menționat in mod expres faptul ca la data adoptării hotărârii își încetează aplicabilitatea HCL nr. ....

În opinia autorității, contestatorul invoca o serie de motive de nelegalitate ale H.C.L. nr. ... din ..... invocând paragrafe din Dosarul nr. ..., însă nu ține sau nu vrea sa tina cont despre faptul că, în dosarele arate, s-a discutat legalitatea H.C.L. nr....., hotărâre emisa in temeiul unor acte normative, însă acesta hotărâre, precum si alte hotărâri legate de acesta si-au încetat valabilitatea in februarie .....

De asemenea, arată că instanțele din dosarul nr. ... au reținut faptul ca, atribuirea in favoarea ..... a fost data fără respectarea legislației in domeniul achizițiilor publice, respectiv O.U.G. nr. 34/2006.

Reiterând cele expuse prin punctul de vedere cu privire la abrogarea dispozițiilor OUG nr. 34/2006 și la aplicabilitatea în cauză a dispozițiilor art. 31 din Legea nr. 98/2016, cu demonstrarea îndeplinirii condițiilor cumulative impuse de legiuitor, autoritatea contractantă precizează în plus faptul că actele administrative atacate au fost emise în baza prevederilor legale în vigoare.

Mai mult, raportat la susținerea contestatorului că în cauză este îndeplinită şi condiţia pagubei, iminente, autoritatea arată că acesta, din cauza actelor administrative contestate, nu se afla in nici o situație ce ar genera concedierea angajaților, falimentul societății şi imposibilitatea de a achita la bugetul de stat eventualele sume datorate.

De asemenea, menționează că actul administrativ unilateral este el însuși un titlu executoriu, neexecutarea lui fiind contrară unei bune ordini juridice într-un stat de drept şi o democraţie constituţională, astfel că măsura suspendării executării actului administrativ - ca operaţie juridică de întrerupere vremelnică a efectului acestuia - apare ca o situaţie de excepţie de la regula executării din oficiu (executio ex officio), contestatorul nefăcând dovada îndeplinirii cumulative a condițiilor de admisibilitate prevăzute de art. 14 alin. (1) din legea nr. 554/2004.

In ceea ce privește lucrările ce se doresc a fi contractate, autoritatea subliniază faptul că in caietul de sarcini au fost specificate doar articole de deviz cu preturile unitare, deoarece la data lansării acestei achiziții, precum si in prezent, nu se cunosc efectiv lucrările ce se vor executa la o anumita locaţie, motiv pentru care au fost mentionate toate articolele de deviz. In funcţie de lucrările ce se vor executa, articolele de deviz din situatiile de lucrări nu vor cuprinde toate poziţiile din caietul de sarcini, ci in funcţie de tipul lucrărilor ce se executa vor fi executate doar anumite lucrări unitare.

Mai arată că lucrările dispuse de către Municipiul ..... nu sunt cunoscute de către ..... decât după emiterea autorizației de lucrări si a dispoziției de șantier. Acesta a fost motivul pentru care s-au lansat in licitație publica toate articolele de deviz unitare si cantități maximale.

În cauză, autoritatea contractantă învederează faptul că, pentru a putea declara subcontractanții la Municipiul ....., a demarat procedura achiziţiei, pentru a putea selecta in mod obiectiv un operator economic.

De asemenea, autoritatea consideră că ..... deține calitatea de autoritate contractanta, pentru următoarele argumente :

Articolul 2 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii în sectoarele apei, energiei, transporturilor şi serviciilor poştale şi articolul 1 alineatul (9) al doilea paragraf din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţii publice de lucrări, de bunuri şi de servicii trebuie interpretate în sensul că:

a) o societate a cărei legătură materială şi funcțională cu o autoritate contractantă justifică aplicarea excepţiei in house în ceea ce privește tranzacțiile sale interne intră sub incidența directivelor respective în cazul în care contractează cu terţi lucrări, bunuri sau servicii în vederea îndeplinirii sarcinilor încredinţate de autoritatea contractantă, respectivă şi

b) în orice caz, societatea respectivă trebuie calificată drept organism de drept public atunci când, având personalitate juridică şi fiind supusă controlului autorităţii contractante, desfăşoară o parte esenţială a activităţii sale cu scopul de a furniza - fără a fi supusă presiunii unor eventuali concurenţi şi în alte condiţii decât cele de piaţă - material rulant autorităţii contractante respective, astfel încât aceasta din urmă să poată presta serviciul de transport de pasageri şi de mărfuri cu care este însărcinată.

Potrivit ArticolulUui 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18/CE:

„(9) "Autorităţi contractante" înseamnă statul, colectivităţile teritoriale, organismele de drept public şi asociaţiile formate din una sau mai multe din aceste colectivităţi sau unul sau mai multe organisme de drept public.

„Organism de drept public" înseamnă orice organism:

a) constituit pentru a îndeplini în mod expres cerinţe de interes general, de altă natură decât industrial sau comercial;

b) care are personalitate juridică;

c) a cărui activitate este finanţată în cea mai mare parte de stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public sau a cărui gestionare face obiectul controlului acestora din urmă sau al cărui consiliu de administrare, de conducere sau de supraveghere este alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de către stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public.

Liste neexhaustive ale organismelor şi ale categoriilor de organisme de drept public care îndeplinesc criteriile enumerate la paragraful al doilea literele (a), (b) şi (c) sunt prezentate în anexa III. Statele membre informează periodic Comisia cu privire la modificările intervenite în listele acestora."

Fata de cele arătate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiata si, pe cale de consecinţa, continuarea procedurii.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 35285/23.08....., contestatorul a comunicat următoarele:

1. Cu privire la interesul său in promovarea contestației, sintetizând cele arătate in concluziile orale dar si in răspunsul scris transmis Consiliului la data de 16 august ....., contestatorul subliniază faptul că are calitatea de persoana vătămată in sensul art. 2 din Legea nr. 101/2016 in raport de procedura de atribuire din următoarele considerente:

• Asa cum reiese din actele dosarului si cum s-a specificat si in răspunsul scris, intre preturile unitare estimate de autoritatea contractanta ... in prezenta procedura si preturile unitare la care .. a adjudecat lucrările de la Municipiul ..... (preturi aprobate prin ...) exista o diferenţa semnificativa, in sensul ca, din calculele efectuate, preţul este cu circa 11.000.000 lei mai mic.

• Or, chiar daca, in aparenta, societatea sa ar trebui sa fie interesata sa participe, la fel ca ceilalţi operatori, la procedura organizata de ..., in realitate, diferenţa de preturi estimate se traduce intr-un handicap, din start, al preturilor de pornire, handicap pe care ..... SRL (si orice alt operator interesat de aceste lucrări) nu ar fi trebuit sa il suporte daca procedura ar fi fost organizata la preturile de pornire reale.

• In plus, aceasta diferenţa de pret se face venit la bugetul ..... fara ca aceasta sa execute in realitate nicio lucrare, lucrările urmând sa fie executate de operatorul care va castiga licitatie la preturi de buna seama mult mai mici.

• In acest fel sunt păgubiţi si operatorii economici de pe piaţa dar si bugetul public al Municipiului ..... care, in baza contractelor încheiate cu ... . achita acestuia preturile iniţiale negociate prin HCL nr. ... (mult mai mari), in vreme ce ... se imbogateste fara justa cauza transferand mai departe lucrările la preturi mult mai mici.

• Dincolo de aceste aspecte care au fost mai mult accentuate cu ocazia dezbaterilor orale, contestatorul reiterează faptul ca, in opinia sa, interesul in promovarea contestatiei este si ramane intim legat si de interesul in promovarea acţiunii in contencios administrativ îndreptata împotriva HCL nr. ..., sens in care sunt menţinute in totalitate concluziile aratate in răspunsul formulat față de adresa CNSC nr.....

2. Cu privire la legalitatea procedurii de atribuire inițiate de autoritatea contractanta ....., contestatorul precizează că, în urma dezbaterilor orale din data de 21.08....., ... a depus la dosarul cauzei contractul de lucrări nr..... avand ca obiect reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor sistemului rutier de pe poduri de pe raza Municipiului .....

In realitate însă, susține contestatorul, in baza HCL nr. ... . a incheiat cu Municipiului ..... - ... nu mai puţin de 23 de contracte de lucrări având acest obiect încheiate la preturile unitare aprobate prin HCL nr. ..., societatea sa intrând în posesia acestor contracte întrucât ele au fost depuse la dosar in unul dintre litigiile derulate de ..... SRL împotriva.....

Astfel, arată contestatorul, conform centralizatorului depus în probațiune, pana la data de 23.06....., se încheiaseră 23 de contracte, acestea fiind împărțite pe zone din oraș, însă toate au fost încheiate la preturile unitare din ....

În acest context, contestatorul își exprimă neînțelegerea motivului pentru care ... a ales sa depună la dosar doar un singur contract, probabil a fost depus cu titlu de exemplu (fiind contractul cu valoarea totala cea mai mare). In orice caz, contestatorul apreciază ca fiind important, pentru a evita inducerea in eroare a Consiliului, ca la dosar sa existe toate

contractele încheiate, chiar daca, sub aspectul clauzelor intre aceste contracte nu exista diferențe.

Revenind la legalitatea in sine a prezentei proceduri, asa cum s-a expus si in contestație, scopul reglementarii instituite de art. 31 din „Legea nr. 101/2016” a fost acela de a permite autorităților publice realizarea proiectelor de investiții in sistem „in house", adică prin utilizarea resurselor proprii sau a unor persoane juridice controlate de autoritatea contractanta.

In mod evident însă, apreciază contestatorul, o data atribuite aceste lucrări către operatorul economic care se încadrează pe dispozițiile art. 31, acesta din urma trebuie sa execute lucrările el însuși si nu sa le transfere mai departe, întrucât prin transferul lor la preturi mai mici decât cele negociate cu Municipiul se încalcă:

• Principiul eficientei utilizări a fondurilor publice, întrucât Municipiul varsă la bugetul ... preturi mai mari decât cele la care ... „vinde" mai departe aceste lucrări

• Principiul concurenței întrucât, ..., in calitatea sa de operator economic, este in mod direct si imediat avantajat prin atribuirea directa, fără licitație a acestor lucrări, in vreme ce, daca Municipiul ..... ar fi organizat licitația (la preturile de pornire reale) ... . ar fi trebuit sa participe suportând concurenta altor operatori economici si trebuind sa își dovedească capacitatea proprie de a executa contractul.

De altfel, arată contestatorul, obligația ... de a executa el însuși aceste lucrări reiese atât din dispozițiile art. 31 cat si din prevederile contractelor de execuție lucrări încheiate cu Municipiul ...., ... având in cadrul acestor contracte calitatea de executant al lucrărilor.

Privita din aceasta perspectiva, contestatorul apreciază că scoaterea la licitație a lucrărilor de către ... apare ca fiind, de plano nelegala (contrara art. 31 din Legea nr. 98/2016) chiar daca se face abstractie de nelegalitatea HCL nr. ....

Totuşi, contestatorul subliniază faptul, in opinia sa, nelegalitatea HCL nr. ... este si ramane un factor determinant in legalitatea prezentei proceduri întrucât, constatarea caracterului nelegal al acestor hotărâri atrage in mod automat si direct nelegalitatea prezentei proceduri de atribuire.

In acest sens contestatorul învederează faptul că își menţine in totalitate criticile expuse in contestatie cu trimitere directa la aceste doua hotarari de consiliu local si apreciază in continuare ca in cauza se impune suspendarea soluţionării contestatiei in temeiul art. 25 din Legea nr. 101/2016 pana la soluţionarea acţiunii in contencios administrativ ce face obiectul dosarului nr. /.....

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat atribuirea, prin licitație deschisă, online, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Executare lucrări de modernizare, reparații si întreținere a străzilor, aleilor si trotuarelor de pe raza municipiului .....”, cod CPV: 45233140-2. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă

şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „preţul cel mai scăzut”, cu data stabilită pentru depunerea ofertelor 29.08.....

Împotriva demarării prezentei proceduri, SC ..... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. ...../....., solicitarea privind suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației fiind respinsă prin Încheierea nr. ...

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

SC ..... SRL a contestat organizarea de catre ..... a procedurii de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Executare lucrări de modernizare, reparații si întreținere a străzilor, aleilor si trotuarelor de pe raza municipiului .....”, justificandu-si calitatea de parte posibil vatamata prin invocarea tarifelor pe categorii de lucrari stabilite de autoritatea contractanta la un nivel semnificativ diminuat fata de cel stabilit de Comisia de Preturi din cadrul Primariei .....

Analizand documentele care au premers organizarea procedurii a carei legalitate este contestata, Consiliul constata ca:

1. Prin Hotărârea de Consiliu Local nr. ...din 28 februarie ..... a fost aprobata atribuirea contractelor pentru activitatea de „Modernizare, reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri" de pe raza Municipiului .....- ...a către ... . Temeiul juridic al acestei hotarari de Consiliu local a fost indicat ca fiind art. 31 din Legea nr. 98/2016.

2. La aceeaşi data, 28.02....., Consiliul Local al Municipiului ..... a adoptat Hotărârea nr. ... prin care a aprobat preturile unitare pentru activitatea de „Modernizare, reparaţii si intretinere a străzilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri".

3. In aplicarea hotararilor de Consiliu mentionate s-a incheiat in data de 3.03....., contractul nr. ... de „reparatii si intretinere a strazilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri" de pe raza Municipiului .....- ..., intre Municipiul ..... in calitate de beneficiar (autoritate contractanta) si ..... in calitate de prestator.

Intr-o prima concluzie, Consiliul constata ca lucrarile care ar urma sa faca obiectul procedurii a carei legalitate este contestata au fost deja atribuite de catre beneficiar (Municipiul .....) unui agent economic (.....), pentru a fi executate, nu relicitate, in temeiul prevederilor art. 31 din Legea nr. 98/2016, potrivit carora:

„Art. 31. - (1) Prezenta lege nu se aplică contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru atribuite de o autoritate contractantă unei persoane juridice de drept privat sau de drept public în cazul în care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiţii:

a) ***autoritatea contractantă exercită asupra persoanei juridice în cauză un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii****;*

b) mai mult de 80% din activităţile persoanei juridice controlate sunt efectuate în vederea îndeplinirii sarcinilor care îi sunt încredinţate de către autoritatea contractantă care o controlează sau de către alte persoane juridice controlate de respectiva autoritate contractantă;

c) nu există participare privată directă la capitalul persoanei juridice controlate, cu excepţia formelor de participare a capitalului privat care nu oferă controlul sau dreptul de veto, dar a căror existenţă este necesară potrivit dispoziţiilor legale, în conformitate cu Tratatele, şi care nu exercită o influenţă determinantă asupra persoanei juridice controlate.

(2) ***În sensul alin. (1) lit. a), se consideră că o autoritate contractantă exercită asupra unei persoane juridice un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii atunci când exercită o influenţă determinantă atât asupra obiectivelor strategice, cât şi asupra deciziilor importante ale persoanei juridice controlate; un astfel de control poate fi exercitat şi de o altă persoană juridică, ea însăşi controlată în acelaşi mod de către autoritatea contractantă****.*

(3) Excepţia de la aplicarea prezentei legi prevăzută la alin. (1) se aplică şi atunci când o persoană juridică controlată care are calitatea de autoritate contractantă atribuie un contract autorităţii contractante care o controlează sau unei alte persoane juridice controlate de aceeaşi autoritate contractantă, cu condiţia să nu existe participare privată directă la capitalul persoanei juridice căreia i se atribuie contractul, cu excepţia formelor de participare a capitalului privat care nu oferă controlul sau dreptul de veto, dar a căror existenţă este necesară potrivit dispoziţiilor legale, în conformitate cu Tratatele, şi care nu exercită o influenţă determinantă asupra persoanei juridice controlate.”.....

Din parcurgerea textului art. 31 din Legea nr. 98/2016, constatand fara putinta de tagada faptul ca autoritatea contractantă (Municipiul .....) exercită asupra persoanei juridice în cauză (.....) un control similar celui pe care îl exercită asupra propriilor departamente sau servicii, rezulta ca, sub acest aspect, este perfect legala atribuirea directa a contractului nr....., fara aplicarea legislatiei privind achizitiile publice.

Totodata, insa, prin prevederile contractului nr....., operatorului economic ..... ii revine rolul clar de executant direct, nu de gestionar care ar avea rol de a asigura executia lucrarilor prin organizarea unei/unor proceduri.

De altfel, Consiliul a retinut, in timpul audierilor desfasurate la sediul CNSC, faptul ca in perioada scursa de la 3.03..... pana in prezent, ... a executat lucrari dintre cele incredintate conform contractului nr. 109994/ 3.03.....

Revenind la constatarea ca, potrivit prevederilor contractului nr. 109994/ 3.03..... ..... ii revin responsabilitatile executantului (pag 8-9 din contract) nu ale unui gestionar al domeniului public al municipiului ....., Consiliul retine totodata ca este prevazuta si explicitata inclusiv situatia in care ... nu poate realiza singura activitatile prevazute in contract. La pag. 12 din contractul nr..... in capitolul

SUBCONTRACTANTI se prevede clar si explicit ca „daca este cazul, executantul are obligatia de a incheia contracte cu subcontractantii desemnati, in aceleasi conditii in care el a semnat cu beneficiarul.”

Prin urmare,..... i s-a incredintat direct, in temeiul prevederilor art. 31 din Legea nr. 98/2016 si al prevederilor..... contractul de „reparatii si intretinere a strazilor, aleilor, trotuarelor, sistemului rutier de pe poduri" de pe raza Municipiului .....- ..., activitati pe care are obligatia sa le execute direct sau, daca este cazul, prin subcontractare, in aceleasi conditii de preturi unitare pe care i le-a stabilit beneficiarul, Municipiul .....- ..., atat prin HCL nr..... cat si prin prevederile contractuale (pag. 2-4 din contractul nr.....).

Concluzionand, organizarea unei proceduri de atribuire pentru lucrari care i s-au incredintat direct operatorului economic ... . contravine atat prevederilor legale in baza carora i s-a atribuit contractul (art. 31 din Legea nr. 98/2016 si HCL nr.....) cat si prevederilor contractului pe care ... . l-a semnat in calitate de executant.

Mai mult decat atat, contractul nr. 109994/ 3.03..... prevede in mod explicit alternativa executantului pentru cazul in care nu poate realiza singur activitatile prevazute in contract si anume contracte cu subcontractantii desemnati, in aceleasi conditii in care el a semnat cu beneficiarul si in niciun caz organizarea unei proceduri cu impunerea unor preturi unitare cu 10.8% mai reduse decat cele stabilite de beneficiar, varianta care, pe langa evidentele aspecte de nelegalitate ar conduce implicit si la o calitate inferioara a lucrarilor.

Luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) si (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... şi va dispune anularea procedurii de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) si (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... şi dispune anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... **...** **.....**

...