

ROMÂNIA
CÎRTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DOSAR NR. 664/2/2008

DECIZIA CIVILĂ NR. 1725

Ședința publică din data de 30 iunie 2008

Curtea constituită din:

PREȘEDINTE :

JUDECĂTOR : CRISTINA PETROVICI

JUDECĂTOR : MONICA NICOLESCU

GREFIER :

Pe rol fiind pronunțarea asupra plângerii formulate de petenta SC M. SRL, împotriva deciziei nr. 137/5C5/4816/4849, pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în dosarele nr. 4816 și 4849/2007, în contradictoriu cu intimații PRIMĂRIA SECTORULUI 1 BUCUREȘTI, CONSILIUL LOCAL AL SECTORULUI 1 BUCUREȘTI și ȘC S. SA.

Dezbaterile au avut loc în ședința publică de la 23. 06. 2008, fiind consemnate în ședința publică de la acea dată, care face parte integrantă din această decizie, când Curtea având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da posibilitate părților să depună la dosar concluzii scrise a amânat pronunțarea la 30. 06. 2008.

CURTEA

Prin decizia nr. 137/5C5/4816/4849/2007 din 15 ianuarie 2008, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a respins contestațiile formulate de contestatoarele SC M. SRL și SC SA împotriva anunțului de participare și a documentației de atribuire din cadrul procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului de prestări servicii de salubritate pe raza administrativă a sectorului 1 București.

Pentru a dispune respingerea contestației SC SRL, CNSC a reținut, într-o motivare foarte sumară, că ne aflăm în prezența unui contract de prestări servicii, iar nu a unui de concesiune a serviciilor de salubritate, astfel că toate criticile aduse de contestatoare documentației de atribuire sunt nefondate. Împotriva acestei decizii a CNSC a formulat plângere în prezenta cauză doar



petenta SC [redacted] SRL, astfel că examinarea deciziei CNSC se va realiza doar din perspectiva acestei contestatoare, în raport de limitele investirii instanței.

Prin prezenta plângere, petenta SC [redacted] SRL a solicitat instanței anularea anunțului de participare nr. 40433 și a documentației de atribuire pentru achiziția contractului de prestări servicii de salubritate pe raza administrativă a sectorului 1 al municipiului București, precum și anularea procedurii de achiziție.

În motivarea plângerii sale, petenta a învederat instanței că procedura de achiziție contestată se desfășoară după reguli care nu respectă nici reglementările naționale privind atribuirea contractelor de achiziție (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006), nici pe cele privind atribuirea contractelor de concesiune (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 71/2007). Atât în anunțul de participare cât și în documentația de atribuire se precizează că procedura de achiziție publică are ca obiect atribuirea contractului de prestări servicii de salubritate pe raza sectorului 1, indicând ca temei legal doar reglementări privind achizițiile publice, nefiind menționate nici un fel de prevederi privind concesiunea de servicii. În totală contradicție cu aceste temeuri sunt și celelalte părți componente ale anunțului și documentației de atribuire, anume Regulamentul de salubritate în aria administrativă a Sectorului 1 și Caietul de sarcini din care reiese fără echivoc că se urmărește achiziția unui contract de concesiune a serviciului public de salubritate.

Mai arată petenta că din documentația de atribuire reiese, de asemenea, că ofertantul câștigător va deține, timp de 25 de ani, dreptul exclusiv de a contracta servicii de salubritate cu toți utilizatorii existenți pe teritoriul sectorului 1, reieșind, din nou, că este vorba de un contract de concesiune a serviciului, iar nu un contract de prestări servicii.

Modalitățile de realizare a delegării gestiunii sunt prevăzute în mod expres de Legea nr. 51/2006, fiind contractul de concesiune și contractul de parteneriat public privat, acestea fiind singurele modalități legale de delegare a gestiunii.

Petenta mai învederează instanței că și dacă s-ar admite legalitatea opțiunii pentru contractul de prestări de servicii, procedura de achiziție este nelegală, având în vedere că nu era aprobat nici bugetul de stat, nici bugetele locale pe anul 2008, iar programele anuale de achiziții ale autorităților din administrația publică locală sunt în prima lor formă și nu au asigurată finanțarea conform Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale.

Caietul de sarcini are lipsuri și greșeli, invocă petenta, care afectează fundamentarea tehnico-economică de către ofertanți a oportunității achiziționării contractului și care conduc la imposibilitatea stabilirii valorii reale a ofertei, cât timp valoarea corectă a contractului se va stabili ulterior, în momentul definitivării informațiilor despre utilizatorii din teritoriu și va diferi de cea prezentată la data ofertării prestării serviciilor.

Ultima critică adusă de petentă documentației de atribuire se referă la modalitatea de calcul a punctajelor aferente factorilor de evaluare a ofertelor, care sunt definite total greșit, prin faptul că ele nu sunt obiectivizate și permit foarte ușor desemnarea drept câștigătoare a unei oferte care, în realitate, nu este și cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, acesta din urmă fiind criteriul de atribuire a contractului.

Prin întâmpinarea înregistrată la data de 21 martie 2008, intimatul **CONSILIUL LOCAL AL SECTORULUI 1 BUCUREȘTI** s-a opus admiterii prezentei plângeri, solicitând respingerea ei ca nefondată.

În susținerea poziției sale procesuale, intimatul a invocat mai întâi faptul că SC [redacted] SRL nu îndeplinește cerințele impuse de art. 255 alin. 3 din OUG nr. 34/2006,

având obligații restante la bugetul de stat, fiind deja demarată împotriva ei procedura executării silit. Cu toate că nu îndeplinește cerințele impuse de lege pentru a participa la prezenta procedură de achiziție, petenta a depus totuși ofertă doar pentru a putea formula prezenta contestație, determinând implicit suspendarea procedurii. Totodată, petenta nu deține licență valabilă, eliberată de ANRSC, astfel că, de asemenea, nu putea participa la procedură. Prin urmare, petenta nu poate avea calitatea de ofertant și, ca atare, nici calitatea de parte vătămată.

De asemenea, invocă intimatul, anunțul de participare a cărui anulare se solicită nu este în măsură să o prejudicieze pe petentă; anunțul de participare nu este act administrativ și nu este de natură a produce efecte juridice, astfel că nu poate face obiectul unei contestații.

Totodată, intimatul arată că nu atribuie un contract de concesiune, după cum eronat susține contestatoarea, ci unul de prestări servicii, astfel că supozițiile și interpretările acesteia privind încheierea unui contract de concesiune sunt nefondate față de tipul de contract pe care îl va încheia autoritatea deliberativă a sectorului 1.

Procedura prin care se delegă gestiunea serviciului de salubritate, conform art. 13 din Legea nr. 101/2006, este procedura reglementată de OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică. Legea nr. 51/2006 reprezintă legea generală, iar Legea nr. 101/2006 legea specială aplicabilă în speță. Tipul de contract prin care Consiliul local al sectorului 1 urmează să delege gestiunea serviciului public de salubritate este un contract de achiziție publică de servicii.

Din definiția contractului de concesiune de servicii din art. 3 lit. h al OUG nr. 34/2006 reiese că genul proxim pentru „contract de concesiune de servicii” este „contract de servicii”. Diferența specifică între termenul definit „contract de concesiune de servicii” și genul proxim „contract de servicii” este data de „dreptul de a exploata serviciile pe o perioadă determinată”.

Potrivit art. 9 din Regulamentul serviciului de salubritate din aria administrativă a sectorului 1, aprobat prin HCLS1 nr. 358/2007, serviciile prestate sunt finanțate de Primăria sectorului 1 și, drept urmare, riscurile economice ale contractului sunt asumate de către autoritatea contractantă iar nu de către prestator, contractul de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate întrunind astfel condițiile unui contract de servicii și nu de concesiune de servicii.

Examinând decizia CNSC prin prisma actelor dosarului și a reglementărilor legale aplicabile, Curtea o apreciază ca nelegală, pentru următoarele considerente:

1. Mai întâi, trebuie clarificată invocata chestiune a lipsei de interes a petentei în formularea nu doar a prezentei plângeri, ci și a contestației în fața CNSC, mai exact îndreptățirea acesteia de a contesta prezenta procedură de achiziție publică.

Intimații au invocat, de asemenea, faptul că anunțul de participare nu ar constitui un act administrativ, neputând astfel face obiectul contestației.

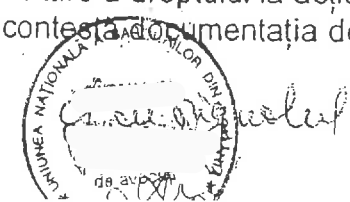
Măsura interesului este dată, potrivit art. 255 alin. 1 din OUG nr. 34/2006, de calitatea de persoană vătămată prin actele autorității contractante, astfel cum este circumscrisă sfera acesteia de prevederile art. 255 alin. 3 din ordonanță, anume:

„În sensul prevederilor alin. (1), prin persoana care se consideră vătămată se înțelege orice persoană care îndeplinește, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) are un interes legitim în legătură cu un anumit contract de achiziție publică pentru a cărui atribuire se aplică prevederile prezentei ordonanțe de urgență;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice”.

Nicăieri nu se prevede, ca o condiție de exercitare a dreptului la acțiune, într-o astfel de fază a procedurii de achiziție, în care se contestă documentația de atribuire



și însăși opțiunea autorității contractante pentru un anumit tip de contract, ca persoana care contestă să facă dovada întrunirii cerințelor de calificare și selecție și a șanselor de reușită a ofertei sale. Aceasta pentru simplul fapt că se contestă o fază premergătoare inclusiv depunerii ofertelor, iar instanța nu se poate substitui autorității contractante și să verifice, în avans, înainte de a se ajunge în această fază a procedurii, dacă aceasta îndeplinește cerințele impuse pentru atribuirea contractului.

Este suficient, potrivit art. 255 alin. 3 al ordonanței, ca petenta să fie sau să fi fost interesată de (nu neapărat eligibilă pentru) obținerea contractului și să riște să sufere un prejudiciu (nu neapărat să îl sufere efectiv) ca o consecință a actelor nelegale ale autorității contractante.

O soluție în sensul sugerat de intimați ar face, spre pildă, imposibilă contestarea de către un potențial ofertant a anumitor condiții de participare la procedură impuse prin anunțul de participare și documentația de licitație, care nu se regăsesc expres în lege, din perspectiva, spre pildă, a (dis)proporționalității lor, ajungându-se astfel ca impunerea acestor condiții de participare să nu fie supusă cenzurii justiției.

În același sens, foarte larg, a interpretat CJCE reglementările comunitare privind căile de atac în materia achizițiilor publice, *Directiva 89/665/CEE din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări*, transpuse în legislația națională prin art. 255 din OUG nr. 34/2006, în Cauza C-26/03 *Stadt Halle și RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, în care a statuat că deciziile autorității contractante pot fi contestate de orice persoană care are sau ar fi avut un interes în obținerea contractului în discuție și care este vătămată sau riscă să fie vătămată de pretinsa încălcare a legii, din momentul în care autoritatea contractantă și-a exprimat dorința/intenția de o manieră aptă a produce efecte juridice; pot fi astfel contestate inclusiv anumite decizii ale autorității contractante adoptate în afara unei proceduri de atribuire propriu zise, dar legate de aceasta, spre pildă chiar decizia de a nu derula o astfel de procedură (a se vedea în acest sens și hotărârea CJCE în cauza C-81/98 *Alcatel Austria și alții*).

Curtea constată că prin jurisprudența sa constantă, CJCE a arătat că directiva comunitară nu instituie nici o restricție cu privire la natura și conținutul deciziilor care pot fi contestate, ale autorității contractante.

Reglementarea națională din art. 255 alin. 4 din OUG nr. 34/2006, care circumscrie sfera noțiunii de „act al autorității contractante” supus cenzurii potrivit procedurii din capitolul 9, este în deplin acord cu jurisprudența CJCE, astfel:

- „a) orice act administrativ;
- b) lipsa emiterii unui act administrativ sau a oricărui alt act al autorității contractante ori refuzul de a-l emite;
- c) orice alt act al autorității contractante, altele decât cele prevăzute la lit. a) sau b), care produce sau poate produce efecte juridice”.

Prin urmare, independent de natura administrativă sau nu a anunțului de participare, examinare inutilă în raport de prevederile art. 255 alin. 4 lit. c, singurul aspect care este relevant este dacă anunțul de participare produce/poate produce efecte juridice.

Or, din acest punct de vedere, lucrurile sunt cât se poate de clare; anunțul de participare este cel care anunță demararea procedurii de atribuire, îndeplinind cerințele de publicitate, având în cuprinsul său mențiuni inclusiv cu privire la natura contractului ce urmează a se atribui, valoarea estimată a acestuia, criteriile de

calificare și selecție, criteriul de atribuire a contractului, de publicarea acestui anunț este condiționată curgerea anumitor termene în procedură și îndeplinirea anumitor acte.

Prin urmare, Curtea va respinge ca nefondată excepția lipsei de interes a petentei în formularea prezentei plângeri.

2. Abordând fondul litigiului, un prim aspect care trebuie subliniat, în raport de decizia Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor, este faptul că acesta s-a rezumat la a califica drept contract de prestări servicii contractul supus atribuirii prin prezenta procedură de achiziție publică.

Or, nu acest aspect era vizat și contestat de către petentă, care este de acord că licitația publică s-a anunțat pentru atribuirea unui contract de prestări servicii.

Ceea ce contestă petenta din prezenta cauză este tocmai alegerea acestui tip de contract, în condițiile în care legea impunea obligativitatea încheierii unui contract de concesiune, astfel că un contract de prestări servicii nu era o opțiune validă pentru autoritatea contractantă.

3. Pentru a determina opțiunile pe care administrația publică locală le are în domeniul asigurării serviciilor de salubritate, de care este responsabilă potrivit disp. art. 2 alin. 1 și 2 din Legea nr. 101/2006, trebuie clarificat raportul dintre legea generală și legea specială sub aspect material, substanțial, respectiv sub aspect procedural, din acest punct de vedere atât Primăria sectorului 1 București cât și Consiliul local al sectorului 1 București aflându-se într-o gravă eroare juridică, eroare care a grevat fundamental întreaga procedură.

4. Potrivit disp. art. 11 alin. 1 din Legea nr. 101/2006 a serviciului de salubritate a localităților, gestiunea acestui serviciu se poate realiza în două modalități:

- fie prin gestiune directă
- fie prin gestiune delegată,

opțiunea între cele două modalități de gestiune realizându-se de către consiliul local de sector, prin hotărâre, potrivit disp. art. 11 alin. 2 din același act normativ, în conformitate cu strategia și programul de salubritate adoptat la nivelul sectorului.

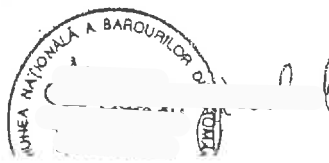
Astfel, autoritatea publică poate alege fie să furnizeze ea însăși serviciul, fără să apeleze la un operator extern, fie să atribuie unui operator extern furnizarea/prestarea serviciului.

Art. 12 alin. 1 al legii statuează că raporturile juridice dintre sectoarele mun. București (în speță) și operatorii serviciului de salubritate sunt reglementate astfel:

- în cazul opțiunii pentru *gestiunea directă* – prin *hotărârea de dare în administrare* a serviciului de salubritate
- în cazul opțiunii pentru *gestiunea delegată* – prin *contractul de delegare de gestiune*.

Subsecvent, alin. 3 al aceluiași articol stabilește cum sunt reglementate mai departe *relațiile dintre operatorii serviciului de salubritate și utilizatorii individuali și anume „pe baze contractuale, cu respectarea prevederilor regulamentului serviciului de salubritate și ale contractului-cadru de prestare a serviciului, adoptate de autoritățile administrației publice locale pe baza legislației în vigoare, aplicabilă acestui serviciu”.*

5. Urmând mai departe firul raționamentului, în tăcerea legii speciale (Legea nr. 101/2006), se impune aplicarea prevederilor legii generale în materia serviciilor de utilități publice, anume Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, prevederi care definesc *pe de o parte* gestiunea directă versus *gestiunea delegată* a serviciilor de utilități publice, deci inclusiv a celui de salubritate, iar *pe de altă parte* modalitățile de realizare a delegării de gestiune.



Dealtminteri, însuși art. 13 alin. 1 din Legea nr. 101/2006 face trimitere la prevederile legii generale, statuând că „Organizarea gestiunii, funcționării și exploatării serviciului de salubritate, corespunzător modalității de gestiune adoptate, se face în condițiile prevăzute de Legea nr. 51/2006 și ale prezentei legi”.

Potrivit art. 29 alin. 1 și 2 din Legea nr. 51/2006, în forma în vigoare la momentul publicării anunțului de participare, *gestiunea directă* este modalitatea de gestiune în care *autoritățile administrației publice locale își asumă, în calitate de operator, toate sarcinile și responsabilitățile ce le revin, potrivit legii, cu privire la furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice și la administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente; gestiunea directă se realizează prin structuri proprii ale autorităților administrației publice locale, înființate prin hotărâri ale consiliilor locale, ale consiliilor județene, ale Consiliului General al Municipiului București.*

Prin urmare, reiese foarte clar că gestiunea directă presupune o gestionare *in house* a serviciilor de utilități publice, fără intervenția unor operatori externi.

Art. 30 alin. 1 și 2 din aceeași lege, în aceeași formă, în vigoare la momentul publicării anunțului de participare și care guvernează, prin urmare, prezenta procedură, definește *gestiunea delegată* ca modalitatea de gestiune în care *autoritățile administrației publice locale transferă unuia sau mai multor operatori toate sarcinile și responsabilitățile privind furnizarea/prestarea serviciilor de utilități publice, precum și administrarea și exploatarea sistemelor de utilități publice aferente acestora, pe baza unui contract, denumit în continuare contract de delegare a gestiunii.*

Opțiunea Consiliului local al sectorului 1 București, în sensul delegării gestiunii serviciului de salubritate, a fost exprimată *expressis verbis* prin adoptarea unei hotărâri de consiliu local în acest sens, aspect dealtminteri necontestat de nici una din părțile litigante.

6. Până aici nu au existat divergențe în interpretarea reglementărilor legale incidente, ele ivindu-se în momentul în care s-a pus problema determinării modalităților în care se poate concretiza, potrivit legii, delegarea gestiunii.

Cu privire la acest aspect, Curtea observă că legea specială, Legea nr. 101/2006 privind serviciul de salubritate a localităților, nu cuprinde nici o reglementare în acest sens, astfel că se impune recurgerea la prevederile legii generale.

În acest sens, potrivit art. 30 alin. 5 din Legea nr. 51/2006 în formă în vigoare la momentul demarării procedurii, „Contractul de delegare a gestiunii poate fi:

- a) contract de concesiune;
- b) contract de parteneriat public-privat”.

Rezultă fără putință de tăgadă că, dintr-o mare varietate de aranjamente/forme contractuale întâlnită în legislația și practica altor state europene (care depind de anvergura implicării operatorului extern și de riscul pe care îl suportă), legiuitorul român a optat pentru contractul de concesiune și contractul de parteneriat public privat.

Prin urmare, delegarea gestiunii serviciilor de utilități publice se putea realiza, potrivit legii române, în forma în vigoare la momentul demarării procedurii, exclusiv prin încheierea acestor două tipuri de contracte.

Din această perspectivă, Curtea observă că opțiunea autorității administrației publice locale a sectorului 1 pentru încheierea unui contract de prestări de servicii nu se înscrie printre opțiunile valide, potrivit legii.

7. Argumentele intimațiilor cu privire la temeiul acestei opțiuni denotă o gravă confuzie a acestora între contractele prin care se poate concretiza delegarea de gestiune și modalitatea de atribuire a acestor contracte.

Astfel, art. 13 alin. 3 din Legea nr. 101/2006 prevede că „Procedura de atribuire și regimul juridic al contractelor de delegare a gestiunii serviciului de salubritate a localităților sunt cele stabilite de consiliile locale sau, după caz, consiliile locale ale sectoarelor municipiului București, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare”.

Trimiterea la OUG nr. 34/2006 se referă exclusiv la procedura de urmat pentru atribuirea contractului și la regimul juridic al contractului de delegare a gestiunii, iar nicidecum la tipurile de contracte ce pot materializa delegarea de gestiune, aspect cu privire la care OUG nr. 34/2006 nu cuprinde absolut nici o reglementare, astfel că nici nu se mai impune vreo discuție cu privire la caracterul de normă generală al acestui act normativ în raport de Legea nr. 51/2006.

8. Construcția juridică a autorității contractante, privind contractul de servicii ca gen proxim al contractului de concesiune de servicii este pe cât de surprinzătoare pe atât de lipsită de orice fundament logic și juridic.

Potrivit disp. art. 3 lit. h din OUG nr. 34/2006, care preia definiția din art. 1 alin. 4 din Directiva 2004/18/CE din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, *concesionarea serviciilor* este un contract care prezintă aceleași caracteristici ca un contract de achiziții publice de servicii, cu excepția compensației pentru serviciile prestate, care poate consta fie exclusiv în dreptul de exploatare a serviciilor, fie în dreptul de exploatare și o plată.

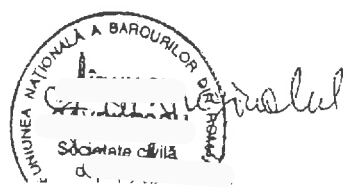
Faptul că un contract prezintă, în parte, caracteristici comune cu un alt tip de contract, nu determină calificarea primului ca fiind o specie a celui de-al doilea.

Definirea prin gen proxim și diferență specifică este incorectă, întrucât „contractul de servicii” nu doar că nu este *gen proxim* (adică supraordonat imediat), dar nu este pur și simplu *gen* pentru contractul de concesiune de servicii, adică nu este clasă mai largă de contracte din care și definitul contract face parte. Mai exact contractul de concesiune de servicii nu este o specie a contractului de prestări de servicii.

9. Pentru lămurirea autorității contractante în ce privește distincția între cele două tipuri de contracte, Curtea va proceda la examinarea comparativă a trăsăturilor acestora, așa cum se desprind din jurisprudența CJCE și din reglementările soft law ale Comisiei Europene.

Astfel, concesiunea unui serviciu presupune atribuirea de către autoritatea publică a gestionării unui serviciu public unui operator extern, modalitatea de remunerare a operatorului prestator constând în dreptul acestuia de a-și valorifica propria prestație, presupunând totodată că acesta își asumă riscul legat de exploatarea serviciului (Cauza C-382/05 CCE vs. Republica Italiană)

Diferența între cele două tipuri de contracte a fost explicit tratată de Curtea de Justiție a Comunităților Europene în Cauza C-458/03 *Parking Brixen GmbH*, stabilind că, în cazul concesiunii de servicii, operatorul suportă riscurile legate de exploatarea serviciului și este remunerat – cel puțin în parte – de către beneficiarii serviciului, de exemplu prin plata unei taxe/a unui tarif. Este vorba, prin urmare, de o relație



triunghiulară, tripartită, între autoritatea contractantă, operatorul furnizor al serviciului și beneficiar.

Contractul de prestări servicii pe de altă parte conduce doar la o relație bilaterală, bipartită, între operatorul extern și autoritatea publică, în care plata pentru serviciul furnizat este făcută de autoritatea contractantă, care suportă, de asemenea, și riscul legat de gestiunea serviciului.

Cristalizând jurisprudența în materie a CJCE, *Comunicarea interpretativă a Comisiei privind concesiunile în dreptul comunitar 2000/C/121/02*, a cărei actualitate se menține și după definirea concesiunii de servicii prin Directivele 17 și 18 din 2004, pe care le complinește, a conturat trăsăturile concesiunii, astfel:

- Concesiunea serviciilor privește în mod normal activități a căror natură și scop, precum și regulile cărora li se supun, constituie responsabilitatea statului și pot fi subiect de drepturi speciale sau exclusive.

- Criteriul exploatării este esențial pentru determinarea existenței unui contract de concesiune de servicii. Suntem în prezența concesiunii atunci când operatorul suportă riscul pe care îl implică operarea serviciului respectiv, atunci când obținerea unei părți semnificative din venituri se face de la utilizatori (beneficiari), în special prin încasarea/perceperea de taxe în diferite forme (modul de remunerare a operatorului este un factor care ne ajută să determinăm cine suportă riscul exploatării serviciului și, prin urmare, dacă ne aflăm în prezența unui contract de concesiune).

În acest sens, observăm că textul art. 12 alin. 3 din Legea nr. 101/2006 este foarte clar în sensul că „*Relațiile dintre operatorii serviciului de salubritate și utilizatorii individuali se desfășoară pe baze contractuale, cu respectarea prevederilor regulamentului serviciului de salubritate și ale contractului-cadru de prestare a serviciului, adoptate de autoritățile administrației publice locale pe baza legislației în vigoare, aplicabilă acestui serviciu*”.

Prin urmare, suportarea de la bugetul local a contravalorii serviciului de salubritate pentru toți cetățenii sectorului, pe lângă faptul că nu are suport legal, contravenind flagrant Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, ea ajunge și să transfere în sarcina autorității publice, parte din riscul exploatării serviciului de salubritate pe care trebuie să și-l asume operatorul extern (risc care presupune și suportarea eventualei neplăți a serviciilor sau chiar a insolvenței unor utilizatori s.a.m.d.).

Justificarea acestei „facilități” acordate operatorului extern, anume asigurarea în favoarea cetățenilor sectorului 1 a gratuității acestui serviciu, pe lângă faptul că nu este permisă de prevederile legale privind finanțele publice, poate fi înlăturată oricând de autoritatea contractantă, cât timp – potrivit art. 9 alin. 6 din Regulamentul de salubritate la nivelul sectorului 1 - aceasta poate institui în sarcina cetățenilor din sectorul 1 așa numita taxă de habitat, menită să suplinească în fapt tariful pentru asigurarea serviciului de salubritate.

- Concesiunea de servicii este caracterizată printr-un transfer al responsabilității exploatării în sarcina operatorului extern.

10. Revenind la cauza dedusă judecării în prezentul dosar, Curtea observă, prin prisma celor expuse mai sus, că în nici un caz contractul de concesiune de servicii nu poate fi considerat o specie a contractului de prestări servicii.

În condițiile în care concesiunile de servicii nu cad sub incidența directivelor comunitare 17 și 18 din 2004, CJCE a statuat obligația respectării, în procedura de atribuire a contractelor de concesiune de servicii, doar a principiilor ce se deprind din art. 28-30, 43-55 ale Tratatului, anume principiile egalității de tratament, transparenței, proporționalității și recunoașterii reciproce.

Legiuitorul român însă a optat legislativ, prin trimiterea din art. 13 alin. 3 din Legea nr. 101/2006, pentru soluția urmării aceleiași proceduri ca în materia achizițiilor publice.

Contractele de prestări servicii urmau a se încheia ulterior concesionării serviciului, între operatorul extern, în calitate de prestator, și utilizatorii de pe teritoriul sectorului 1.

Cu alte cuvinte nu se pune problema alegerii între contract de prestări servicii și contract de concesiune, cât timp contractul de concesiune nu îl suplinește pe primul ci instituie doar veriga intermediară a concesionarului serviciului public (spre deosebire de situația gestiunii directe, în care autoritatea publică prestează ea însăși serviciul, încheind în acest sens ea însăși contracte de prestări servicii cu beneficiarii), urmând apoi ca operatorul extern, concesionarul, să încheie contracte de prestări servicii cu utilizatorii de pe raza sectorului 1, având exclusivitatea prestării acestui serviciu în acest sector.

Se impune a se menționa că împrejurarea că, ulterior, pe parcursul soluționării prezentei cauze, art. 30 al Legii nr. 51/2006 a suferit modificări aduse prin OUG nr. 13/2008, legiuitorul delegat instituind în mod expres un tip nou de contract, numit ca atare, „contract de delegare a gestiunii”, spre deosebire de reglementarea precedentă în care contractul prin care se delega gestiunea era contractul de concesiune sau parteneriatul public privat, nu schimbă datele problemei, instanța făcând aplicarea principiului tempus regit actum. Dealtminteri, nici în forma actuală de reglementare, contractul de prestări servicii nu este o opțiune legală pentru intimați.

11. Reținând toate considerentele de fapt și de drept expuse mai sus, Curtea apreciază plângerea petentei ca într-un tot fondată.

Reținând ca întemeiate considerentele de nelegalitate pornind de la greșita opțiune pentru contractul de prestări servicii, nu se mai impune examinarea argumentării subsidiare a petentei, în raport de invocatele încălcări chiar ale reglementările privind contractul de prestări servicii.

Prin urmare, în temeiul disp. art. 285 alin. 1 lit. a din OUG nr. 34/2006, va admite plângerea și va anula parțial decizia nr. 137/5C5/4816/4849/2007 din 15 ianuarie 2008 a CNSC, va admite contestația formulată de SC M. SRL și, în consecință, va anula anunțul de participare nr. 40433/08.12.2007 și documentația de atribuire aferentă, precum și întreaga procedură de achiziție derulată conform acestora, privind atribuirea contractului de prestări servicii de salubritate în sectorul 1 București.

**PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE**

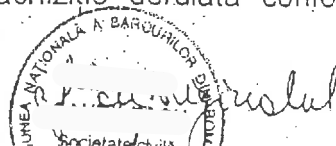
Respinge excepția lipsei de interes a petentei.

Admite plângerea formulată de petenta SC M. SRL în contradictoriu cu intimații PRIMĂRIA SECTORULUI 1 BUCUREȘTI, CONSILIUL LOCAL AL SECTORULUI 1 BUCUREȘTI și SC SA și, în consecință:

Anulează parțial decizia nr. 137/5C5/4816/4849/2007 din 15 ianuarie 2008 a CNSC, admite contestația formulată de SC M. SRL și, în consecință:

Anulează anunțul de participare nr. 40433/08.12.2007 și documentația de atribuire aferentă, precum și întreaga procedură de achiziție derulată conform

127



acestora, privind atribuirea contractului de prestări servicii de salubritate în sectorul 1 București.

Decizia este irevocabilă.

Pronunțată în ședința publică din data de 30 iunie 2008.

PREȘEDINTE

JUDECĂTORI

PROCES VERBAL
Pt. Judecător, aflat în concediu
, semnează
Președintele Secției,

[Handwritten signatures of judges]

GREFIER

PROCES VERBAL
Pentru grefier, aflat în concediu
, semnează
Grefierul șef de secție

[Handwritten signature of the clerk]

Red./dact. MN/MN
2 ex., 25.07.2008

