

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

DECIZIE

Nr. 2618/C3/2813

Data: 12.12.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56030/15.11.2022, înaintată de SRL (asociat în asocierea - SRL), cu sediul în, ..., înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva anulării procedurii simplificate organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., ..., în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Studiu privind evoluția și identificarea habitatului indivizilor de lilieci (Chiroptere) în zonele lucrărilor de reabilitare termică”, ce a fost inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1111224/21.07.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56030/15.11.2022, ... SRL atacă decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire mai sus menționată, considerând-o nelegală și neîntemeiată.

Preliminar, contestatorul reclamă lipsa raportului procedurii, ce trebuia întocmit în conformitate cu dispozițiile art. 216 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, în conformitate cu prevederile art. 216 alin. (2) lit. g) din același act normativ, raportul procedurii de atribuire trebuie să cuprindă, în mod obligatoriu, și justificarea motivelor pentru care autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire.

În egală măsură, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a respectat nici prevederile art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Aceeași precizare cu privire la justificarea anulării procedurii de atribuire se regăsește și la art. 140 alin. (1) din HG nr. 395/2016, prevedere legală pe care autoritatea contractantă a înțeles să nu o respecte.

Privitor la lipsa motivării în fapt și în drept a deciziei de anulare a procedurii, contestatorul precizează că, potrivit comunicării privind

rezultatul procedurii, autoritatea contractantă a menționat dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, invocând neaprobarea de către Comisia Europeană a Acordului de parteneriat România-UE, respectiv a Programului Operațional-Ilfov 2021-2027, în contextul riscului că până la aprobare, conținutul lor să poată suferi modificări.

Contestatorul arată că temeiul juridic la care face referire autoritatea contractantă distinge între două teze, respectiv două motive de drept în baza cărora se poate dispune anularea procedurii de atribuire, lit. c) a art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și anume: (i) încălcări ale prevederilor legale care afectează procedura de atribuire și (ii) imposibilitatea încheierii contractului.

Or, astfel cum se poate observa, în mod clar, din cuprinsul comunicării, autoritatea contractantă nu doar că nu indică motivele de fapt pentru care a dispus anularea procedurii, dar nu indică nici măcar motivul de drept în baza căruia s-a decis astfel.

Mai mult, nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu se face nicio mențiune sau trimitere la Acordul de parteneriat România-UE, respectiv la Programul Operațional-Ilfov 2021-2027, nici din punct de vedere al asigurării sursei de finanțare pentru procedura de atribuire, nici ca obiectiv sau indicator de rezultat al acestui program.

Comunicarea contestată nu conține un raționament, nici măcar sumar, în fapt, care să fundamenteze concluzia autorității contractante referitoare la adoptarea măsurii de anulare. Din cuprinsul comunicării nu rezultă niciun element care să clarifice decizia de anulare a procedurii de achiziție publică și nici temeiul legal care stă la baza deciziei adoptate.

În acest sens, contestatorul menționează că practica judiciară a statut, în repetate rânduri, faptul că anularea procedurii de achiziție trebuie să rezulte din motive care determina o imposibilitate, și nu o dificultate a încheierii contractului de achiziție, și că motivele care stau la baza deciziei de anulare trebuie să fie, în toate cazurile, obiective și independente de voința autorității contractante (de exemplu: Decizia nr. 3081/17.05.2018, pronunțată de Curtea de Apel Cluj).

Se deduce, astfel, importanța existenței unor argumente, respectiv a unor justificări la baza invocării motivelor, tocmai pentru a putea decide și analiza în ce măsura aceste motive sunt reale și întemeiate, și nu sunt simple motive artificiale, prefabricate, inventate de către autoritatea contractantă.

În cazul de față, se poate observa că autoritatea contractantă nu a oferit nicio argumentație pentru care continuarea procedurii de atribuire este imposibilă în condițiile neaprobării Acordului de parteneriat, respectiv a POR-Ilfov și nici legătura dintre aceste două documente și prezenta procedură de atribuire.

Simpla referire la neaprobarea Acordului de parteneriat, respectiv a POR-Ilfov, respectiv la existența unui risc eventual de modificare a acestor documente, despre care nu există nicio certitudine că s-ar

concretiza în viitor, coroborată și cu lipsa existenței unei trimiteri/referi în cuprinsul documentației de atribuire la aceste documente, echivalează, în mod evident, cu o nemotivare în fapt a deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

De altfel, arată contestatorul, contrar celor menționate de autoritatea contractantă în cuprinsul comunicării referitor la neaprobarea de către Comisia Europeană a Acordului de parteneriat, în realitate, Acordul de parteneriat a fost aprobat de către Comisia Europeană prin Decizia de punere în aplicare a Comisiei din data de 25.07.2022 de aprobare a acordului de parteneriat cu Romania CCI 2021RO16FFPA001.

Astfel, art. 1 din Decizia mai sus menționată prevede faptul că: „Se aprobă acordul de parteneriat cu România pentru perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2021 și 31 decembrie 2027, prezentat în versiunea sa finală la 29 iunie 2022”.

Cu alte cuvinte, Acordul de parteneriat a fost aprobat după doar patru zile de la data inițierii procedurii de atribuire (21.07.2022). Ulterior, pe data de 05 octombrie 2022, Acordul de parteneriat fost semnat, la Alba Iulia.

Având în vedere aspectele mai sus menționate, apare ca evident că motivul invocat de autoritatea contractantă privind neaprobarea Acordului de parteneriat de către Comisia Europeană nu este unul real, aceasta oferind informații eronate, apte să conducă la ideea unei anulări abuzive a procedurii de atribuire.

În ceea ce privește aprobarea POR-Ilfov, documentul este deja transmis Comisiei Europene pentru verificare și aprobare. În acest sens, la 23 iunie 2022, Guvernul României a avizat Programul Regional-Ilfov (PR BI) 2021-2027, realizat de Agenția pentru Dezvoltare Regională-Ilfov (ADRBI), în calitate de autoritate de management, ce a fost trimis ulterior spre verificare și aprobare Comisiei Europene. România are în total opt programe operaționale regionale pentru perioada de programare 2021-2027, câte unul pentru fiecare regiune de dezvoltare, acestea totalizând peste 11 miliarde de euro, unul dintre aceste programe fiind și POR-Ilfov.

Chiar dacă POR-Ilfov nu a fost încă aprobat de către Comisia Europeană, acesta se prognozează a fi aprobat într-un timp scurt, România având până în prezent aprobate două programe regionale operaționale aprobate de către Comisia Europeană, și anume: Programul Operațional Regional pentru regiunea Vest, în valoare de 1.179 miliarde de euro, respectiv Programul Operațional Regional pentru regiunea Sud-Muntenia, în valoare de 1.576 miliarde de euro.

Scopul avut în vedere de către Comisia Europeană este acela de a aproba aceste programe regionale operaționale și nu de a le modifica condițiile inițial stabilite, în vederea prelungirii termenului de aprobare. respectiv în vederea îngreunării procesului de aprobare a lor.

În ceea ce privește riscul menționat de autoritatea contractantă, contestatorul solicită Consiliului să constate că, inclusiv în ipoteza în care Comisia Europeană ar formula amendamente sau ar solicita modificări la document, acestea nu pot fi unele de substanță, în contextul în care POR-Ilfov 2021-2027 a făcut deja obiectul negocierii cu Comisia Europeană, urmând a fi implementat în conformitate cu prevederile cadrului strategic comun european 2021-2027, deja adoptat și aprobat și ale regulamentelor europene aferente (aceste informații se regăsesc într-un comunicat publicat pe site-ul Agenției pentru Dezvoltare Regională Ilfov: Prima versiune a Programului Operațional Regional pentru Regiunea-Ilfov 2021-2027.

În raport de motivele invocate de către autoritatea contractantă, contestatorul consideră că, la analizarea temeiniciei prezentei contestații, Consiliul ar trebui să aibă în vedere verificarea următoarelor aspecte: (1) dacă există vreo legătura din perspectiva alocării fondurilor pentru serviciile de cercetare ce se doreau ar fi contractate de autoritatea contractantă cu Acordul de Parteneriat și/sau cu POR - Ilfov și dacă autoritatea contractantă a respectat principiul transparenței ce implică informarea ofertanților cu privire la sursa fondurilor alocate achiziției; (2) dacă subzistă motivele invocate de autoritatea contractantă, în condițiile în care prezenta achiziție are ca obiect atribuirea unui acord-cadru, în baza căruia se vor încheia, ulterior, contractele subsecvente pentru fiecare dintre serviciile de cercetare ce se doresc a fi contractate și (3) dacă autoritatea contractantă și-a asumat, încă de la data inițierii procedurii de atribuire, riscurile aferente neaprobării Acordului de parteneriat respectiv a POR-Ilfov.

Sursa de finanțare indicată în documentația de atribuire nu are legătura cu motivele invocate de autoritatea contractantă pentru anularea procedurii de atribuire. Astfel, în conformitate cu pct. 1.2 din caietul de sarcini, finanțarea prezentei achiziții se va face din bugetul local și din alte surse legal constituite.

De asemenea, la pct. II.2.13) din fișa de date a achiziției privind Informațiile despre fondurile Uniunii Europene, este menționat clar ca achiziția nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

În ceea ce privește utilizarea sintagmei „alte surse legal constituie”, contestatorul apreciază că autorității contractante îi revenea obligația de a detalia și indica, în concret, care sunt celelalte surse de finanțare utilizate în achiziție, respectiv care este proveniența lor. Autoritatea contractantă a omis să menționeze și care este procentajul sumelor care provin de la bugetul local, respectiv care este procentul sumelor care vor fi alocate din alte surse de finanțare.

Practica judiciară a evidențiat faptul că nu se admite utilizarea unei referiri generale la alte surse, a căror proveniență nu este indicată și,

deci, adusă la cunoștința ofertanților (Decizia civilă nr. 3081/17.05.2018, pronunțată de Curtea de Apel Cluj).

În cuprinsul caietului de sarcini se face, într-adevăr, mențiune, la pct. 1.5, la programul PNRR, indicându-se, astfel, că Primăria are, în curs de execuție, lucrări de creștere a eficienței energetice, susținute din fonduri obținute prin PNRR.

Titlul proiectului care urmărește reabilitatea termică a blocurilor, regăsit pe site-ul Primăriei, este PNRR/2022/C5/1/A.3.1/1, PNRR/2022/C5/1/A.3.2/1, Componenta C5 – Valul Renovării, Axa 1 - Schema de granturi pentru eficiența energetică și reziliență în clădiri rezidențiale multifamiliale, Operațiunea A.3: Renovarea energetică moderată sau aprofundată a clădirilor rezidențiale multifamiliale în cadrul Planului Național de Redresare și Reziliență (PNRR), proiect care a fost deja aprobat și se află în curs de executare, alocarea financiară totală pentru derularea proiectului către autoritatea contractantă fiind de 10.548.551 de euro, astfel cum rezultă din Ghidul specific privind condițiile de accesare ale proiectului.

Or, dacă Primăria are deja, în curs de execuție, lucrări într-un program de finanțare ce face parte din PNRR, care este necesitatea aprobării unor alte documente (Acordul de parteneriat respectiv POR-Ilfov), care nu stau la baza constituirii bazei legale sau a sursei de finanțare pentru derularea procedurii de atribuire a unor servicii de cercetare, care sunt conexe unor lucrări de reabilitare aflate deja în execuție.

În altă ordine de idei, inclusiv dacă se analizează necesitatea derulării în continuare a procedurii de atribuire, din prisma caracterului conex al serviciilor de cercetare la lucrările la reabilitate, se observă că, și din această perspectivă, derularea procedurii de atribuire este pe deplin justificată, necesitatea contractării serviciilor subzistând, în continuare, atâta timp cât proiectul de reabilitate este în curs de desfășurare, fiind aprobată inclusiv lista celor 605 de blocuri care vor beneficia de reabilitare, indicată și în cuprinsul anexei nr. 1 la caietul de sarcini.

Revenind, având în vedere că autoritatea contractantă a prevăzut, în mod clar, în cuprinsul documentației de atribuire, faptul că sursele de finanțare provin și din bugetul local, rezultă în mod evident că aceasta nu ar fi avut cum să se angajeze să inițieze derularea procedurii, atâta timp cât nu ar fi avut, în propriul buget, fondurile necesare pentru a asigura cel puțin, plata unei părți din serviciile de cercetare care ar urma să fie contractate.

În plus, autoritatea contractantă nu a anexat niciun document financiar-contabil, care să dovedească existența unor fonduri insuficiente.

Relevante sunt și concluziile CNSC avute în vedere la pronunțarea Deciziei nr. 2440/C5/2726 din data de 30.12.2020.

În continuare, contestatorul învederează că, deși nu există niciun indiciu cu privire la inexistența fondurilor necesare pentru derularea, în continuare, a procedurii de atribuire, în bugetul local aferent anului 2022, și că această chestiune nu a fost invocată expres de autoritatea contractantă ca motiv al anulării procedurii de atribuire, este important de precizat și faptul că prezenta achiziție are ca obiect încheierea unui acord-cadru având, în conformitate cu prevederile de la pct. 1.4 din caietul de sarcini, o durată de valabilitate de 24 de luni de la data semnării lui. În baza lui, autoritatea contractantă poate încheia unul sau mai multe contracte subsecvente, fără a se stabili frecvența încheierii acestora, data la care aceasta urmează să fie încheiate, obligativitatea încheierii unui număr minim de contracte subsecvente s.a.m.d.

Această mențiune este importantă, în contextul în care autoritatea contractantă nici măcar nu ar putea justifica, în eventualitatea în care s-ar pune în discuție lipsa fondurilor necesare în bugetul local, aceasta având posibilitatea de a prevedea sumele necesare în exercițiul bugetar aferent anului următor și de a efectua plățile stabilite în conformitate cu fiecare contract subsecvent încheiat cu ofertantul declarat câștigător.

Mai mult decât atât, dacă se are în vedere dreptul autorității contractante de a încheia contractele subsecvente oricând în decursul celor 24 de luni cât subzistă durata de valabilitate a acordului-cadru, în eventualitatea în care s-ar ajunge la concluzia că nu există suficiente fonduri în bugetul local pentru efectuarea plăților aferente, autoritatea contractantă ar avea posibilitatea de a prevedea fondurile necesare, nu doar în exercițiul bugetar aferent anului 2023, ci și în exercițiul bugetar aferent anului 2024.

Astfel, practica judiciară împărtășește concluzia potrivit căreia trecerea într-un nou an bugetar nu poate paraliza finanțarea derulării unui contract de achiziție, și nici nu poate constitui astfel, o imposibilitate de încheiere a contractului respectiv (Decizia civilă nr. 3081/17.05.2018, pronunțată de Curtea de Apel Cluj).

În acest context, contestatorul consideră că riscul privind neaprobarea POR-Ilfov nu subzistă, atât timp cât autoritatea contractantă nu este legată de un anumit termen în vederea încheierii contractelor subsecvente și că POR-Ilfov urmează a fi aprobat în scurt timp, fiind deja transmis spre analiză Comisiei Europene.

Chiar presupunând că autoritatea contractantă ar fi avut în vedere, la inițierea achiziției, ca un procent din sursele de finanțare să provină din cadrul POR-Ilfov, aceasta are posibilitatea de a aștepta aprobarea programului operațional în prealabil încheierii oricărui contract subsecvent cu ofertantul declarat câștigător, neexistând, în acest sens, impusă vreo limită temporală în sarcina autorității contractante.

În orice caz, în conformitate cu pct. 1.2 din caietul de sarcini, finanțarea prezentei achiziții se va face din bugetul local și din alte surse legal constituite, de unde rezultă că autoritatea contractantă ar trebui să

dețină, în propriul buget, cel puțin o parte din fondurile necesare în vederea asigurării plății serviciilor contractate.

Mai mult, beneficiind de această libertate contractuală extinsă, pe care autoritatea contractantă a înțeles să și-o confere prin documentația de atribuire (de stabilire a unui termen de 2 ani în vederea încheierii de contracte subsecvente, de neimpunere a unui număr minim de contracte subsecvente, care trebuie încheiate, de nelimitare a obiectului și prețului fiecărui contract subsecvent, la un număr determinat de studii ce trebuie contractate, respectiv la o valoare fixă la care trebuie încheiat fiecare contract subsecvent), invocarea unor motive de anulare a procedurii de atribuire, care vizează, de o manieră implicită, lipsa deținerii de fonduri necesare în vederea continuării procedurii, nu va putea justifica imposibilitatea obiectivă de continuare a acesteia.

În acest context, contestatorul menționează și faptul că, în toate cazurile, anularea procedurii de atribuire trebuie să aibă în vedere situația în care încheierea contractului este imposibilă, nu doar neconvenabilă, dificilă, împovărătoare sau excesiv de oneroasă pentru autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Decizia civilă nr. 3081/17.05.2018, pronunțată de Curtea de Apel Cluj).

Pe de altă parte, contestatorul susține că, la data publicării anunțului de participare, autoritatea contractantă era datoră să cunoască stadiul de aprobare al Acordului de parteneriat, respectiv al POR-Ilfov de către Comisia Europeană și să își asume inclusiv riscurile aferente neaprobării celor două documente, riscuri care implică, în mod evident, și posibilitatea ca aceste două documente să sufere amendamente până la adoptarea unei forme finale.

Cunoscând riscurile aferente neaprobării celor două documente, încă de dinainte de data inițierii procedurii de atribuire, și, totuși, alegând să organizeze achiziția, autoritatea contractantă și-a asumat, în mod cert, riscul ca documentele să fie supuse unor modificări în procesul lor de adoptare.

Asumându-și acest risc, autoritatea contractantă nu poate, în mod justificat, să invoce, pe parcursul organizării procedurii de atribuire, riscul modificării documentelor în procesul lor de aprobare (valabil doar în cazul POR, Acordul de parteneriat fiind deja aprobat), atâta timp cât acest risc era cunoscut și asumat de aceasta.

De remarcat, în acest sens, este și faptul că, între data publicării anunțului de participare și data la care autoritatea contractantă a emis comunicarea de anulare a achiziției, nu a intervenit nicio împrejurare sau circumstanță care să impacteze în vreun fel desfășurarea achiziției în condițiile inițiale existente.

Ținând cont de toate aspectele mai sus învederate, contestatorul apreciază că, în prezenta procedura de atribuire, autoritatea contractantă nu a justificat niciun motiv obiectiv, concret și determinat, care să conducă la imposibilitatea încheierii acordului-cadru, ci, din

contra, a procedat la anularea abuzivă a procedurii de atribuire, invocând motive artificiale.

O astfel de abordare este calificată, în conformitate cu prevederile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, ca fiind o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, dar și o contravenție, în conformitate cu prevederile art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016.

În încheiere, contestatorul redă din concluziile reținute de către Curtea de Apel Cluj la pronunțarea Deciziei nr. 3081/17.05.2018.

Prin adresa nr. 276179/21.11.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 57427/22.11.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată.

După o descriere succintă a desfășurării etapelor procedurii de atribuire contestate, autoritatea contractantă arată că raportul procedurii a fost întocmit de comisia de evaluare, cu propunerea de anulare, ca urmare a adresei nr. 250622/27.10.2022, emisă de compartimentul de specialitate, care a solicitat achiziția și în care se menționează: „Propunem anularea procedurii simplificate online, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect: Studiu privind evoluția și identificarea habitatului indivizilor de lilieci (chiroptere) în zonele lucrărilor de reabilitare termică”, cod CPV 73110000-6 - Servicii de cercetare (Rev.2), inițiată de al Municipiului, în calitate de autoritate contractantă, întrucât, până în prezent, nici Acordul de parteneriat România - UE, nici Programul Operațional Regional - Ilfov 2021 - 2027 nu au fost aprobate de către Comisia Europeană. Astfel, având în vedere că, până la aprobarea acestora, conținutul lor mai poate suferi modificări, este necesară anularea procedurii. În momentul în care acesta va fi aprobat și se va ști cu exactitate prevederile acestuia, autoritatea contractantă va proceda în consecință”.

În conformitate cu dispozițiile art. 216 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a justificat, în cuprinsul raportului procedurii nr. 261162/07.11.2022, motivele pentru care a propus conducătorului autorității contractante anularea procedurii, decizia privind anularea procedurii fiindu-i comunicată contestatorului prin adresa nr. 261167/07.11.2022.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că procedura de atribuire a fost demarată înainte de aprobarea, de către Comisia Europeană, a acordului de parteneriat (25.07.2022 și semnat la Alba - Iulia la data de 05.10.2022).

Având în vedere că programul POR - Ilfov nu a fost încă aprobat de către Comisia Europeană, autoritatea contractantă nu a putut preciza, în documentația de atribuire, în ce program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene se încadrează achiziția, utilizând la acel moment sintagma: Alte surse legal constituite.

Or, întârzierea aprobării programelor regionale operaționale ar putea conduce la riscul nealocării fondurilor europene pentru serviciile de cercetare ce se doreau a fi achiziționate.

Mai mult, autoritatea contractantă consideră că se impunea anularea procedurii de atribuire și din cauza faptului că nu erau cunoscute cu exactitate toate informațiile care trebuie respectate conform programului pentru achiziția unor astfel de servicii de cercetare, urmând ca aceasta să fie reluată după aprobarea programului operațional regional, în acest mod reducându-se, astfel, riscul de a nu putea fi obținute finanțări ale contractelor subsecvente pentru neimplementarea cerințelor.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 59274/05.12.2022, ... SRL a transmis concluzii scrise, prin care reiterează argumentele expuse pe larg în cuprinsul contestației referitoare la nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante de anulare a procedurii.

La rândul său, prin adresa nr. 291163/08.12.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 60275/09.12.2022, autoritatea contractantă a răspuns la concluziile scrise transmise de contestator, prin care, pe de o parte, precizează că, potrivit prevederilor HG nr. 395/2016, în cadrul unei proceduri simplificate nu este obligatorie publicarea raportului procedurii în SEAP, ca în cazul altor proceduri. Conform Legii nr. 98/2016, autoritatea contractantă i-a comunicat ofertantului decizia anulării procedurii și motivele anulării acesteia (adresa nr. 261167/07.11.2022).

Faptul că autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția contestatorului documentele în forma solicitată de acesta, nu schimbă cu nimic decizia de anulare a procedurii și motivele care i-au fost comunicate acestuia prin adresa nr. 261167/07.11.2022 și publicate în SEAP în secțiunea corespunzătoare.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă subliniază faptul că procedura nu a fost anulată pe motiv de neconformitate a ofertei depuse, ci pentru motivul că întârzierea aprobării programelor regionale operaționale ar putea conduce la riscul nealocării fondurilor europene pentru serviciile de cercetare ce se doreau a fi achiziționate, acordul de parteneriat de către Comisia Europeană fiind ulterior aprobat prin Decizia de punere în aplicare a Comisiei din 25.07.2022 de aprobare a Acordului de parteneriat cu România CCI 2021R016FFPA001 și semnat la Alba - Iulia în data de 05.10.2022, respectiv și programul POR Ilfov. Neștiind cu exactitate toate informațiile care trebuie respectate, conform programului pentru achiziția unor astfel de servicii de cercetare, a fost necesară anularea procedurii, urmând ca aceasta să fie reluată după aprobarea programului operațional regional, în acest mod reducându-se, astfel, riscul de a nu putea fi obținute finanțări ale contractelor subsecvente pentru neimplementarea cerințelor.

Autoritatea contractantă atașează răspunsului său o copie a filei poziției din PAAP privitoare la „Studiul privind evoluția și identificarea

habitatului indivizilor de lilieci (chiroptere) în zonele lucrărilor de reabilitare termică”.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 21.07.2022, o procedură simplificată, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Studiu privind evoluția și identificarea habitatului indivizilor de lilieci (Chiroptere) în zonele lucrărilor de reabilitare termică”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. SCN1111224 și a documentației de atribuire.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire în discuție, ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208579948/1, în valoare de 13.600 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 15.11.2022.

În adresa de comunicare a anulării procedurii de atribuire (din 07.11.2022), autoritatea contractantă a motivat decizia sa astfel:

„Având în vedere că, până în prezent, pentru achiziția: „Studiu privind evoluția și identificarea habitatului indivizilor de lilieci (chiroptere) în zonele lucrărilor de reabilitare termică”, nu au fost aprobate de către Comisia Europeană nici Acordul de Parteneriat Romania - UE, nici Programul Operațional Regional - Ilfov 2021 - 2027 și luând în considerare că până la aprobarea acestora conținutul lor mai poate suferi modificări, este necesară anularea procedurii, reluarea acesteia făcându-se după aprobarea documentelor respective”.

Drept temei legal de anulare a procedurii, achizitorul a specificat dispozițiile art. 212 alin.(1) lit. c), pe care le-a marcat: **„dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”;**

Consiliul observă că, din adresa de mai sus, nu se poate deduce motivul care a stat la baza anulării, dacă există încălcări ale prevederilor legale care afectează procedura sau dacă achizitorul se află în imposibilitatea încheierea contractului.

Cât privește explicațiile înscrise în adresa de comunicare a anulării, decizia de anulare este infirmată chiar de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere:

„Așa cum afirmă și contestatarul procedura a fost demarată înainte de aprobarea Acordului de parteneriat de către Comisia Europeană, acesta fiind ulterior aprobat prin Decizia de punere în aplicare a Comisiei din 25.07.2022 de aprobare a Acordului de parteneriat cu România CCI 2021R016FFPA001 și semnat la Alba - Iulia în data de 05.10.2022.”

Prin urmare, motivarea achizitorului, că la data emiterii deciziei de anulare (07.11.2022), nu era semnat Acordului de parteneriat, nu este validă. În plus, nici în adresa de comunicare din 07.11.2022, nici în punctul de vedere, dar nici în concluziile din 08.12.2022, nu se arată influența eventualelor modificări aduse formelor finale ale Acordului de parteneriat și POR - Ilfov 2021 – 2027 asupra contractului supus atribuirii.

Mai mult, justificările din punctul de vedere nu pot fi considerate motive de anulare, dacă ele nu aparțin comisiei de evaluare. Totodată, nici din punctul de vedere nu se poate cunoaște care parte din documentația de atribuire ar fi influențată de aprobarea documentelor mai sus arătate: *"De asemenea neștiind cu exactitate toate informațiile care trebuiesc respectate conform programului pentru achiziția unor astfel de servicii de cercetare, se impune anularea procedurii, urmând ca aceasta să fie reluată după aprobarea programului operațional regional, în acest mod reducându-se, astfel, riscul de a nu putea fi obținute finanțări ale contractelor subsecvente pentru neimplementarea cerințelor."*

Pe de altă parte, potrivit art. 1 din Decizia de punere în aplicare a Comisiei din 25.7.2022 de aprobare a acordului de parteneriat cu România CCI 2021RO16FFPA001: *"Se aprobă acordul de parteneriat cu România pentru perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2021 și 31 decembrie 2027, prezentat în versiunea sa finală la 29 iunie 2022"* (<https://mfe.gov.ro/wp-content/uploads/2022/10/41a71b4d122aade747a7b3230a39ff06.pdf>).

Astfel, prin Acordul de parteneriat se aprobă sumele solicitate de România, în niciun caz nu se intervine asupra vreunei proceduri de atribuire.

Consiliul remarcă faptul că, deși la momentul inițierii procedurii de atribuire (21.07.2022), Acordul de parteneriat și POR 2021-2027-Ilfov nu erau aprobate, în documentația de atribuire a prezentei proceduri de atribuire nu există nicio referire la o viitoare sursă de finanțare ce ar fi alocată prin intermediul acestor documente, pentru contractul în cauză.

Dacă ar fi existat vreun risc de finanțare a viitorului contract, acesta trebuia să fie menționat, cel puțin, la nivelul strategiei de contractare, conform art. 9 alin. (3) din HG nr. 395/2016: *"Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:*

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte;

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;

c) *tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;*

d) *mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale (...).*

Nefiind identificat niciun risc asociat contractului, autoritatea contractantă a derulat procedura de atribuire, a deschis ofertele, iar în 07.11.2022, după aproape 4 luni de la publicarea anunțului de participare, comisia de evaluare a "constatat" o problemă de finanțare: neaprobarea a două documente (din care unul chiar fusese aprobat în 25.07.2022). Trebuie remarcat faptul că ultima ședință de evaluare a ofertelor a avut loc în 22.08.2022, în 09.09.2022 s-a prelungit perioada de evaluare a ofertelor, iar în 27.10.2022 (după 98 de zile de la inițierea procedurii de atribuire), s-a "constatat" neaprobarea unor documente de finanțare, care, în fapt, nu au relevanță/legătură cu prezenta procedură de atribuire.

Problema de finanțare este contrazisă chiar de strategia de contractare, unde autoritatea contractantă a precizat, explicit că: *"Resursele disponibile sunt cuprinse în bugetul local, în funcție de necesități, buget aprobat pe anul 2022."*

3.1.1. *Valoarea totală estimată: 1.028.500,00 lei fără TVA*

Sursa de finanțare: Subcap. 51.02.01.02. art. 71.01.01.

Întrucât sursa de finanțare a fost identificată precis (serviciul financiar-contabil confirmând existența sumei, prin precizarea articolului bugetar), investiția a fost aprobată printr-o hotărâre a Consiliului Local al Sectorului 3 (conform art. 41 din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale: *"Cheltuielile pentru investiții publice și alte cheltuieli de investiții finanțate din fonduri publice locale se cuprind în proiectele de buget, în baza programului de investiții publice al fiecărei unități administrativ-teritoriale, întocmit de ordonatorii principali de credite, care se prezintă și în secțiunea de dezvoltare, ca anexă la bugetul inițial și, respectiv, rectificat, și se aprobă de autoritățile deliberative"*), decizia de anulare trebuia să se bazeze pe o infirmare a sursei de finanțare din partea compartimentului financiar-contabil, precum și de o hotărâre din partea Consiliului Local prin care se renunță la finanțarea din bugetul local a prezentei proceduri de atribuire.

Or, decizia de anulare are la bază doar o adresă din partea Serviciului de Investiții Lucrări Publice al Sectorului 3.

Având în vedere regulile de aprobare a investițiilor, anularea derulării lor trebuia să urmeze același curs. Potrivit art. 41 din Legea nr. 273/2006, stabilirea programului de investiții nu revine Serviciului de Investiții Lucrări Publice, ci autorității deliberative, respectiv Consiliului Local.

Astfel, anularea procedurii de atribuire, pentru motivele invocate de autoritatea contractantă, nu se regăsește printre cele stabilite la art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Față de aceste aspecte, Consiliul va reține incidența art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit căroră *„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.”.*

Această manieră de a proceda a autorității contractante, pe de o parte, apare ca nelegală, în raport de dispozițiile art. 212 din Lege, dar și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

În fapt, decizia de anulare a procedurii pare a face referire la culpa proprie a autorității contractante care ar vrea să schimbe sursa de finanțare. Or, un astfel de motiv nu poate fi validat de Consiliu, mai ales că, în această perioadă (de la inițiere până la anulare), s-au consumat în bună măsură etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea lor, prelungirea perioadei de evaluare).

Anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este cauzată de culpa autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii. Numai existența unor împrejurări independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbește și despre o imposibilitate.

Întrucât autoritatea contractantă nu a dovedit, nici în documentația de atribuire, dar nici în punctul de vedere legătura dintre prezenta procedură de atribuire și documentele de finanțare, invocate în Raportul de anulare a procedurii, iar viitorul contract are finanțarea aprobată din bugetul local, Consiliul va invalida decizia de anulare a achizitorului.

Relevantă în acest sens este Decizia nr. 3081/17.05.2018 a Curții de Apel Cluj: *„ (...) din economia dispozitiilor art. 212 alin. 1 lit. c) teza a II- a din Legea nr. 98/2016 rezulta foarte clar ca anularea procedurii este posibila doar daca exista împrejurări total independente de vointa autoritatii contractante care justifica prin ele inele anularea procedurii intrucat norma are in vedere imposibilitatea obiectiva de a incheia contractul.*

Curtea conchide statuand faptul ca in aplicarea art. art. 212 alin. 1 lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, anularea procedurii de atribuire trebuie sa aiba in vedere situatia in care incheierea contractului este imposibila, nu doar neconvenabila, dificila, impovaratoare sau excesiv de oneroasa pentru autoritatea contractanta. (...)Textul legal analizat

așa cum s-a evidențiat mai sus are în vedere cu titlu excepțional ipoteza anulării procedurii de aceea trebuie interpretat și aplicat strict în limitele prevăzute de lege și doar la ipoteza ori ipotezele avute în vedere de legiuitor. De aceea, imposibilitatea încheierii contractului ca premisă a anulării procedurii trebuie să fie obiectivă, delimitată clar de o posibilă imputabilitate în sarcina autorității contractante.

Pe cale de consecință, concluzia Consiliului conform căreia autoritatea contractantă nu a făcut dovada că s-a aflat în situația concretă a imposibilității încheierii contractului este justă și drept urmare prima critică de nelegalitate și netemeincie a deciziei nu poate fi validată.”.

Cât privește critica adusă nepublicării în SEAP a Raportului procedurii, Consiliul o consideră întemeiată, având în vedere prevederile din HG nr. 395/2016, din *Paragraful 1 Licităția deschisă*, art. 66 alin. (4): „Raportul procedurii se introduce în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.”, coroborate cu cele de la *Paragraful 8 Procedura simplificată* -art. 104 alin. (3) „Prevederile paragrafelor 1-3 din prezenta secțiune se aplică în mod corespunzător, în funcție de forma de aplicare a procedurii simplificate.”.

Văzând cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula Raportul de anulare a procedurii nr. 26112/07.11.2022, precum și actele subsecvente lui, și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procesul de evaluare a ofertei asocierii - SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și anulează Raportul de anulare a procedurii nr. 26112/07.11.2022, precum și actele subsecvente lui, și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reia procesul de evaluare a ofertei asocierii - SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
....

MEMBRU,
....

MEMBRU,
....