

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

DECIZIE

Nr. ..

Prin contestația nr. 33/11.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ...SRL, cu sediul în ... reprezentată legal prin administrator ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 115988/04.05.2023, transmisă de ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire simplificată, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect **„Lucrări de hidroizolații la clădirile aflate în administrarea Consiliului ...al ...”**, s-a solicitat anularea raportului de anulare nr. 115868/04.05.2023, a comunicării rezultatului procedurii nr. 115988/04.05.2023, precum și continuarea procedurii de atribuire cu aplicarea criteriului de atribuire și evaluarea documentelor suport DUAЕ.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ...SRL critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr. 115988/04.05.2023, de către ..., în cadrul procedurii precizate, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL arată că a depus oferta în termenul acordat, oferta sa fiind declarată admisibilă și conformă pentru etapa de evaluare DUAЕ, admisibilă și conformă pentru evaluarea propunerii tehnice, analizată și evaluată în etapa de evaluare financiară, ajungând inclusiv la justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

În mod cu totul surprinzător, arată contestatorul, în locul solicitării de prezentare a documentelor suport DUAЕ, autoritatea contractantă i-a comunicat, în data de 04.05.202, faptul că procedura de atribuire a fost anulată.

Contestatorul critică decizia de anulare a procedurii de atribuire susținând că este abuzivă și nelegală, din următoarele considerente:

Documentația de atribuire în baza căreia s-a derulat procedura de achiziție a primit, cu siguranță, toate verificările și toate aprobările

înainte de publicare, în raport de persoanele cu funcție de decizie indicate la nivelul fișei de date, fiind elaborată cu rigoarea impusă de art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Apreciază contestatorul că, documentația de atribuire respectând prevederile art. 20 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, orice măsură ulterioară care să anuleze premisele inițiale nu reprezintă decât măsuri artificiale, menite să afecteze integritatea celor adoptate, cu încălcarea gravă a siguranței actului juridic. Practic, după cum se arată, prin acceptarea acestui tip de demers, orice procedură de achiziție ar putea fi anulată, în orice moment, oricare autoritate putând invoca, în orice etapă de desfășurare că, în fapt, s-a omis o cantitate de lucrări sau alta, ceea ce nu poate fi primit.

În opinia contestatorului, motivele de anulare excedează cadrului legal, respectiv prevederilor art. 211 lit. b), coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, invocate de autoritatea contractanta, întrucât:

i. Presupusul „Referat” nr. 111425/28.04.2023, întocmit de Serviciul Administrare Clădiri/Unități de învățământ”, utilizat ca motiv al anulării procedurii de achiziție este emis în data de 28.04.2023, respectiv la mai mult de o lună și jumătate de la data la care ...SRL a răspuns ultimelor solicitări de clarificări referitoare la modul de formare a prețului.

Răstimpul scurs între data răspunsului la solicitarea de clarificări programat pentru 16.03.2023 și data „motivelor” de anulare nu face decât să sublinieze, o dată în plus, faptul că autoritatea contractantă a căutat să identifice și să formuleze motive de anulare a procedurii de achiziție, materialul intern, realizat complet netransparent, nereprezentând altceva decât dovada "fabricării" unor motive de anulare, artificiale, ulterior dezvoltării valorilor propunerilor financiare și, implicit, a clasamentului intermediar al ofertelor.

Prin demersul de „fabricare” a unui document intern, nepublic, cu privire la motivul de anulare, se apreciază că autoritatea contractantă a creat motive artificiale de anulare a procedurii de atribuire, încălcând prevederile art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016.

Dincolo de aspectele strict legale ale deciziei de anulare a procedurii de atribuire, contestatorul susține că decizia este nelegală și în raport de faptul că invocarea într-o etapă atât de avansată a procedurii de achiziție (faza de evaluare a propunerilor financiare) a unor motive străine ofertanților, nu se circumscrie în niciun caz motivelor prevăzute la art. 212 alin. (2) din Legea 98/2016, întrucât autoritatea contractantă a stabilit deja o listă de cantități estimate de lucrări minime și maxime, acesta fiind și motivul pentru care s-a ales ca modalitate de atribuire acordul-cadru, cantitățile fiind aduse la cunoștința ofertanților, ca obiect al achiziției.

În acest context, se menționează că identificarea ulterioară a altor repere sau a altor cantități nu poate avea, în fapt, nicio incidență asupra procedurii în cauză, sensul utilizării acordului-cadru fiind tocmai acela că autoritățile contractante nu pot stabili cu exactitate cantitatea necesară încheierii unui contract raportat la nevoile proprii aferente unui an bugetar sau unei perioade mai lungi de timp, soluția fiind acordul-cadru.

Totodată, conform ghidurilor publicate de ANAP, acordul-cadru reprezintă o modalitate specială de atribuire la care autoritățile contractante pot apela atunci când intenționează să achiziționeze produse/servicii/lucrări cu caracter de repetabilitate/recurență, fără a exista însă informații certe cu privire la cantitatea totală ce urmează să fie achiziționată, condiția esențială fiind ca necesitatea să se formeze ad-hoc, neputând fi anticipat cu precizie momentul apariției nevoii și anvergura acesteia.

În egală măsură, dacă autoritatea contractantă a identificat într-o fază atât de avansată a prezentei proceduri faptul că aceasta nu conține toate categoriile de lucrări sau toate cantitățile vizate, contestatorul apreciază că aceasta putea organiza o nouă procedură de achiziție, fără a afecta prezenta procedură pentru care, pe de o parte, s-au cheltuit fonduri publice cu salariile și timpii personalului bugetar implicat în realizarea sa și, pe de altă parte, s-au cheltuit fonduri private angajate de ofertanții de bună-credință, cu atât mai mult cu cât, potrivit prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea 98/2016, scopul acesteia legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.

Dacă s-ar admite că demersul autorității contractante este unul întemeiat din punct de vedere tehnic, în sensul că fără respectivele cantități ori categorii de lucrări nu s-ar fi putut derula viitorul acord-cadru, ca o măsură alternativă, apreciază contestatorul că autoritatea contractantă avea la dispoziție, în implementarea acestuia, dispozițiile Instrucțiunii 1/2021 a ANAP care stabilesc cadrul expres pentru modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a adopta măsuri constructive de continuare și finalizare a procedurii de achiziție și nu să anuleze procedura de atribuire.

Pe de altă parte, se susține că eventualele cantități și categorii de lucrări nu pot reprezenta elemente identificate de autoritatea contractantă ulterior lansării prezentei proceduri de achiziție, întrucât prin natura lucrărilor, și anume lucrări de hidroizolație, nu au un caracter accidental, categoriile de lucrări sau cantitățile neputând oscila cu rapiditate, astfel încât să se prezume că între data lansării procedurii de atribuire 21.12.2022 și data de 28.04.2023, au apărut alte categorii, alte

cantități necunoscute, de tipul cazurilor fortuite de natură să schimbe în mod fundamental datele inițiale.

În acest context, se susține că, dacă s-ar accepta ca eroarea autorității contractante să producă astfel de efecte, s-ar accepta implicit înfrângerea principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Față de cele menționate, se solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 127366/16.05.2023, înregistrat la CNSC sub nr. 26362/16.05.2023, ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

În cuprinsul punctului de vedere autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că, ulterior evaluării celor 5 oferte depuse, în data de 04.05.2023, comisia de evaluare a anulat procedura de atribuire în baza Referatului nr. 111425/28.04.2023, emis de serviciul de specialitate care a întocmit documentele care stau la baza demarării procedurii de atribuire.

Luând în considerare că, la data de 04.05.2023, comisia de evaluare s-a aflat în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, în sensul de a completa documentația de atribuire cu categorii complementare pentru lucrările de hidroizolații necesare în vederea eliminării cauzelor ce au dus la degradările hidroizolațiilor existente, cât și faptul că nu au fost cuprinse toate cantitățile necesare, autoritatea contractantă precizează că fără a încălca principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a decis anularea procedurii de atribuire, în vederea completării documentației cu categoriile de lucrări omise și relansarea procedurii de achiziție publică.

Referitor la afirmațiile contestatorului, autoritatea contractantă precizează că documentația de atribuire și documentele ce fac parte din documentație nu au fost verificate de către toate persoanele cu funcție de decizie indicate în fișa de date, nefiind obligația acestora. Persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante pot avea atribuții pe perioada de evaluare a ofertelor și în derularea acordului-cadru (contractelor subsecvente) iar autoritatea contractantă a solicitat ofertanților prezentarea unei Declarații privind neîncadrarea în prevederile art. 59 și 60 completată cu toate persoanele indicate în fișa de date pentru evitarea conflictului de interese pe parcursul evaluării ofertelor și derulării acordului cadru în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.

Privitor la criticile ce vizează „Referatul nr.111425/28.04.2023”, autoritatea contractantă precizează că a făcut publice motivele anulării prin încărcarea în SEAP a raportului de anulare a procedurii nr.115868/04.05.2023, ce conține toate informațiile ce au condus la anularea procedurii de atribuire a acordului-cadru.

Față de criticile ce vizează motivele anulării procedurii, autoritatea contractantă subliniază faptul că procedura a fost anulată și pe motivul lipsei unor categorii de lucrări și nu numai pentru estimarea eronată a cantităților de lucrări.

Referitor la afirmațiile contestatorului privind demararea unei noi proceduri de atribuire pentru categoriile de lucrări omise din prezenta documentație, autoritatea contractantă precizează că acest demers implica costuri suplimentare și afectează garanția acordată de fiecare operator pentru executarea lucrărilor ce fac obiectul fiecărui contract. Mai mult decât atât, lucrările trebuie executate simultan, după cum se arată, pentru a reduce riscul de a se interveni peste o lucrare executată de unul dintre operatorii economici.

Cu privire la afirmația contestatorului ce vizează cheltuielile demarate în cadrul acestei proceduri, autoritatea contractantă precizează că în caietului de sarcini încărcat în SEAP s-au menționat, la pct 8, următoarele: *„(...) ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că autoritatea contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă autoritatea contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu (...)”* contestatorul asumându-și cerința prin propunerea tehnică transmisă.

În concluzie, pentru considerentele de fapt și de drept expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Ca temei de drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

...SRL a constituit cautiunea în quantum de 88.000,00 lei, prin recipisa de consemnare nr.2209140019/1/12.05.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala Lipscani, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 1184/16.05.2023.

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

... (prin PRIMĂRIA ...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a acordului-cadru având ca obiect ***„Lucrări de hidroizolații la clădirile aflate în administrarea Consiliului ...al ...”***, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr....

Valoarea estimată a achiziției este de 24.239.410,18 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Au fost primite 5 oferte în cadrul procedurii, care au fost vizualizate în SEAP la data de 10.01.2023, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. 9216.

Ulterior evaluării tehnice și financiare a ofertelor primite, autoritatea contractantă a emis raportul de anulare a procedurii nr. 115868/04.05.2023, prin care a decis anularea procedurii în conformitate cu art. 211 lit. b) coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii, care i-a fost comunicată prin adresa nr. 115988/04.05.2023, ...SRL, pentru motivele evocate în cele ce preced, a depus contestația de față.

Având a se pronunța asupra legalității deciziei de anulare a procedurii, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat la adoptarea acestei măsuri, după cum rezultă din raportul de anulare a procedurii nr. 115868/04.05.2023, având în vedere Referatul nr. 111425/28.04.2023 întocmit de Serviciul Administrare Clădiri/Unități de Învățământ, înscris având următorul conținut integral redat și în raportul de anulare a procedurii:

Având în vedere procedura simplificată privind obiectivul: Lucrări de hidroizolații la clădirile aflate în administrarea Consiliului ...al ...” și faptul că pe parcursul derulării s-au constatat omisiuni de categorii complementare lucrărilor de hidroizolații necesare în vederea eliminării cauzelor ce au dus la degradarea hidroizolațiilor existente, cât și faptul că nu au fost cuprinse toate cantitățile, se impune anularea procedurii menționate mai sus, completarea documentației și relansarea procedurii de achiziție a lucrărilor.

Așadar, motivul de fapt pe care autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de anulare constă într-o lipsă a unor categorii de lucrări și cantități sesizată în cursul derulării procedurii, mai exact ulterior etapei de evaluare financiară a ofertelor depuse, așa cum rezultă din cele consemnate în raportul de anulare nr. 115868/04.05.2023

Temeiul de drept pe care autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de anulare sunt dispozițiile art. 211 lit. b) coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, având conținutul:

- art. 211 lit. b) din Legea nr. 98/2016:

Procedura de atribuire se finalizează prin: (...)

- b) anularea procedurii de atribuire;

- art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

- (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

- c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

- (2) În sensul dispozițiilor alin. (1) [lit. c\)](#), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 [alin. \(2\)](#).

Din interpretarea acestor texte legale, se observă că nu orice eroare sau omisiune din partea autorității contractante poate determina anularea procedurii de atribuire, legiuitorul stabilind în mod expres că acestea trebuie să fie de o anumită gravitate, respectiv să aibă ca efect

încălcări ale prevederilor legale sau să facă imposibilă încheierea contractului.

Textul art. 212, 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.

Aplicând aceste considerente de ordin legal situației de fapt dedusă judecății, apreciază Consiliul că decizia de anulare a procedurii motivată după cum a fost redat mai sus, nu este una justificată, câtă vreme nu se regăsește nicăieri o analiză legată de categoriile de lucrări/cantitățile apreciate a fi lipsă, care sunt aceste categorii de lucrări/cantități lipsă și cum anume influențează lipsa sesizată calitatea lucrărilor ce se doresc a fi executate.

În acest context nu se poate considera că anularea procedurii s-a făcut în baza unui motiv concret, ferm, real, obiectiv, situație în care culpa autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii fiind evidentă.

Astfel, situația de fapt relevată de autoritatea contractantă nu este aptă, în opinia Consiliului, a justifica decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Cele expuse mai sus nu trebuie interpretate ca o nerecunoaștere a dreptului autorităților contractante de a își anula un act sau chiar întreaga procedură din oficiu în ipoteza în care constată că s-au încălcat prevederile legale în cursul derulării procedurii ori este imposibilă încheierea contractului, însă acest drept nu trebuie să fie interpretat ca fiind unul discreționar, trebuind să fie justificat în mod obiectiv, ceea ce nu s-a întâmplat în cazul de față.

Potrivit dispozițiilor art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 **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.**

Pornind de la cele explicate în cele ce preced, Consiliul concluzionează că nu se identifică motive pertinente care să justifice anularea procedurii.

Astfel, modalitatea în care a ales autoritatea contractantă să anuleze procedura de atribuire fiind în afara prevederilor legale, criticile contestatorului se dovedesc întemeiate.

Analiza efectuată de Consiliul s-a limitat la verificarea legalității deciziei de anulare a procedurii de atribuire cu care organismul administrativ-jurisdicțional a fost investit, în acord cu principiul disponibilității, în conformitate cu care părțile pot determina conținutul procesului prin stabilirea cadrului procesual în privința obiectului și al participanților la proces (Decizia nr. 1263/12.03.2014 a ÎCCJ).

Luând în considerare cele anterior expuse, 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. 115868/04.05.2023, în partea privind decizia de anulare a procedurii, precum și actele subsecvente acestuia, și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu respectarea întocmai a celor consemnate în motivare, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu SECTORUL 3 (prin ...), și anulează raportul de anulare a procedurii nr. 115868/04.05.2023, în partea privind decizia de anulare a procedurii, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii cu respectarea întocmai a celor consemnate în motivare, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Obligatorie.

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

...