



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 936 / C9 / 870

Data: 10.06.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17962/11.05.2020, depusă de sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva raportului privind anularea procedurii de atribuire înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 10699/05.05.2020, privind procedura simplificată, online, organizată de în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *Bloc locuințe sociale 50 apartamente în, proiectare + execuție*, cod CPV 45211341-1 *Lucrări de construcții de apartamente* (Rev. 2), contestatoarea a solicitat:

- anularea raportului procedurii de atribuire prin care s-a decis anularea procedurii de atribuire și actele subsecvente ale acestuia, și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depuse de cu respectarea documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, și respingerea ofertei respective ca fiind inacceptabilă;

- obligarea autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care prin lider de asociere atacă raportul privind anularea procedurii de atribuire nr. 10699/05.05.2020, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că a contestat la Consiliu primul rezultat al prezentei proceduri prin care a fost desemnată câștigătoare oferta, cu o valoare de 13.849.479,00 lei, fără TVA, oferta sa clasându-se pe locul al doilea, sens în care s-a constituit dosarul nr. 2688/2019.

Prin Decizia nr. 139/C9/2688/27.01.2020, Consiliu a dispus anularea rezultatului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, ca acte subsecvente ale raportului procedurii și obligarea autorității contractate să procedeze la reanalizarea ofertei Redă din cuprinsul deciziei amintite.

În urma pronunțării primei decizii a Consiliului, rămasă definitivă prin lipsa formulării vreunei plângeri, autoritatea contractantă a reevaluat ofertele și, cu nerespectarea instrucțiunilor obligatorii ale Consiliului, a declarat oferta a fost clasată pe locul al doilea, astfel cum rezultă din comunicarea rezultatului procedurii.

Împotriva comunicării rezultatului procedurii, contestatoarea a formulat o nouă contestație la Consiliu, întrucât s-a apreciat că decizia autorității contractante este nelegală, oferta clasată pe primul loc fiind neconformă și inacceptabilă.

Prin Decizia nr. 513/C9/370/31.03.2020, Consiliul a admis contestația și a dispus anularea rezultatului procedurii de atribuire, precum și comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, obligând încă o dată autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de și întocmirea unui nou raport al procedurii, în termen de 15 zile de la data primirii deciziei, cu respectarea considerentelor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în materia achizițiilor publice. Redă din cuprinsul deciziei amintite.

Autoritatea contractantă a formulat plângere împotriva deciziei Consiliului, iar Curtea de Apel Pitești a respins plângerea prin Decizia nr. 335/R-Cont/24.04.2020, din cuprinsul căreia redă.

În aceste condiții, prin raportul procedurii nr. 10699/05.05.2020, autoritatea contractantă a propus și aprobat anularea procedurii, motiv pentru care contestatoarea apreciază că această decizie este nelegală, sens în care sunt prezentate următoarele argumente:

A. raportul procedurii de atribuire nu respectă prevederile privind forma și conținutul acestuia și nu sunt indicate motivele concrete care au stat la baza deciziei de anulare;

B. autoritatea contractantă insinuează în mod greșit că lipsa indicării exprese a cerinței privind autorizarea ANRE reprezintă o eroare sau omisiune în sensul art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

C. pretinsa încetare a contractului de finanțare încheiat cu Ministerul Lucrărilor Publice Dezvoltării și Administrației nu dă dreptul autorității contractante să decidă anularea procedurii de atribuire;

D. autoritatea contractantă a încălcat principiile prevăzute de legislația achizițiilor publice, în special cel al tratamentului egal și cel al asumării răspunderii.

Sunt aduse argumente în susținerea celor apreciate de contestatoare.

Prin adresa nr. 11638/15.05.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 19096/18.05.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația depusă de Asocieria SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă apreciază că ofertantul contestator aduce ca unic argument faptul că a declarat subcontractanți autorizați ANRE pentru activitățile de proiectare și execuție a instalațiilor electrice și de gaze naturale, deși acest lucru nu a fost solicitat prin documentația de atribuire, făcând totodată referire la prevederile art. 151 din HG nr. 395/2016.

Drept urmare, autoritatea contractantă afirmă că nu poate respinge o ofertă pe temeiul neîndeplinirii unei condiții care nu este scrisă ori nu îi este aplicabilă potrivit documentației de atribuire. Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Dacă societatea contestatoare ar fi considerat că cerințele din fișa de date nu sunt suficiente pentru demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al ofertanților sau nu reflectă posibilitatea concretă de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea contractului de proiectare și execuție, avea posibilitatea notificării autorității cu privire la aceste aspecte și contestarea fișei de date.

Aprecierea ofertantului contestator că autoritatea contractantă încalcă principiul tratamentului egal prin acceptarea de subcontractori fără ca aceștia să fi fost declarați inițial, intră în contradicție cu prevederile art. 219 din Legea nr. 98/2016, pe care le redă.

În cerințele minime din fișa de date în legătură cu capacitatea tehnică și profesională nu există nicio referire la autorizările ANRE pe care le invocă ofertantul contestator. Autoritatea contractantă a solicitat prin contract, ca proiectul tehnic să se predea verificat de verificali atestați pe specialități, acest filtru asigurând-o că documentația este întocmită cu respectarea legislației în domeniu.

În legătură cu execuția lucrărilor, acestea urmau, conform Legii nr. 10/1995, să fie verificate de diriginți de șantier autorizați pe

specialități, iar art. 44 din Ordinul nr. 1496/13 mai 2011 pentru aprobarea Procedurii de autorizare a diriginților de șantier stabilește clar ce obligații și răspunderi au diriginții.

Prin urmare, atât proiectul, cât și lucrările nu puteau fi efectuate decât în mod licit, diriginții de șantier având obligația de a verifica dacă au fost declarați subcontractanți de specialitate doar formal.

Având în vedere încetarea de drept a contractului de finanțare nr. 1427/19.06.2019 încheiat cu Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice în baza Programului construcțiilor de locuințe sociale, derulat conform Legii locuinței nr. 114/1996, autoritatea contractantă a fost nevoită să anuleze procedura de atribuire.

Obligativitatea anulării procedurii derivă din prevederile Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, potrivit căreia **constituie infracțiune angajarea cheltuielilor din bugetele prevăzute la art. 1 alin. (2) p limi cr buge a credite care în acest moment nu mai există.**

În anunțul de participare s-a specificat la sursa de finanțare atât buget de stat, cât și buget local pentru că, prin program, nu se finanțează cheltuielile legate de asigurarea racordurilor la utilități (apă, canalizare, energie electrică, gaze), acestea fiind în sarcina autorității contractante conform Legii nr. 114/1996 și a normelor de aplicare. Lucrările pentru racordarea la utilități se realizează doar după realizarea obiectivului principal, blocul de locuințe.

Odată cu punctul de vedere, înregistrat la Consiliu sub nr. 19096/18.05.2020, autoritatea contractantă a transmis documentele emise ulterior deciziei nr. 513/C9/370/31.03.2020, inclusiv documentele din care rezultă motivul anulării procedurii.

Prin e-mail, în data de 01.06.2020, înregistrate la Consiliu sub nr. 21368/02.06.2020, urmare a punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea a depus concluzii scrise, reiterând solicitările și susținerile din cuprinsul contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *Bloc locuințe sociale 50 apartamente în ,,,, , proiectare + execuție*, cod CPV 45211341-1 *Lucrări de construcții de apartamente* (Rev. 2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN 1056772/25.10.2019. Din informațiile anunțului de participare simplificat amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări (proiectare și execuție) care urmează a fi atribuit este de 14.676.698,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este "prețul cel mai scăzut", iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 11.11.2019, ora 15:00.

În cadrul aceleiași proceduri, Asocierea ... a depus două contestații împotriva rezultatului procedurii, respectiv împotriva ofertei declarate câștigătoare, depuse de Asocierea prima contestație fiind admisă în tot de Consiliu prin decizia nr. 139/C9/2688/27.01.2020, iar cea de-a doua, în parte, prin decizia nr. 513/C9/370/31.03.2020.

Autoritatea contractantă a formulat plângere împotriva celei de-a doua decizii a Consiliului, respinsă prin Decizia nr. 335/R-Cont din 24.04.2020, emisă de Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 329/46/2020).

Urmare deciziei instanței, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire, motiv pentru care, contestatoarea a depus contestația în analiză, sens în care a constituit cauțiunea în sumă de 35.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 23/2020, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206262163/1 eliberată de CEC Bank, Sucursala Victoria, la data de 13.05.2020.

În ceea ce privește critica contestatoarei împotriva deciziei de anulare a procedurii, respectiv a raportului procedurii nr. 10699/05.05.2020, se reține că acesta cuprinde următoarele motive care au condus la această finalitate: "... comisia numită prin Decizia autorității contractante nr. 422 din 24.10.2019, având în vedere deciziile CNSC ca urmare a contestațiilor depuse (nr. 139/C9/2688/27.01.2020 și nr. 513/C9/370/31.03.2020 coroborat cu decizia nr. 335/R-Cont/24.04.2020 pronunțată de Curtea de Apel Pitești în dosar nr. 329/46/2020), propunem anularea procedurii din următoarele motive:

1. Considerăm că ne aflăm în situația reglementată de Legea 98/2016, art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) *Autoritatea contractantă **are obligația de a anula procedura de atribuire** a contractului de achiziție publică dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire. 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 Lege;*
2. Pentru evitarea altor contestații din partea ofertantului declarat câștigător pe baza criteriilor din anunțul de participare;
3. Contractul de finanțare încheiat cu Ministerul Lucrărilor Publice Dezvoltării și Administrației și-a încetat valabilitatea și nu a mai putut fi prelungit.

Ținând seama de aceste motive propunem anularea procedurii de atribuire, întocmirea unei noi fișe de date cu eliminarea erorilor/omisiunilor constatate, identificarea sursei de finanțare și reluarea procedurii".

Totodată, se constată că, prin Decizia nr. 335/R-Cont din 24.04.2020, emisă de Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. 329/46/2020), prin care s-a respins plângerea formulată de împotriva deciziei Consiliului nr. 513/C9/370 din 31.03.2020, s-au reținut următoarele: «... Prin urmare, Curtea are de analizat, în prezenta cauză, nu dacă era sau nu era necesară dovada

autorizării ANRE a ofertanților, aspect invocat de petentă într-o primă critică a deciziei atacate, întrucât acest aspect a fost definitiv tranșat prin decizia anterior emisă nr. 139/C9/2688/27.01.2020, rămasă definitivă prin neatacarea acesteia, ci doar dacă modalitatea în care, la reanalizarea ofertelor, autoritatea contractantă a considerat ca fiind îndeplinită această condiție de către asociația câștigătoare, a fost una corectă, aspect invocat într-o a doua critică adusă deciziei atacate.

În acest sens, sub aspectul necesității dovezii autorizării ANRE, prin decizia anterior emisă nr. 139/C9/2688/27.01.2020, s-au reținut în mod corect de către Consiliu ca fiind aplicabile prevederile Regulamentului ANRE pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice din 21 septembrie 2016, aprobat prin Ordinul nr. 45/2016, respectiv art. 1 alin. (1), potrivit căruia: ***Activitățile de proiectare, executare și verificare a instalațiilor electrice se realizează de către operatori economici care dețin un atestat emis în condițiile prezentului regulament, potrivit competențelor acordate de tipul de atestat pe care îl dețin, cu respectarea prevederilor legii și ale reglementărilor în vigoare, iar conform art. 5 alin. (2) Un operator economic care are, potrivit legii, calitatea de antreprenor general, în baza unui antrac de antrepriză încheiat cu un beneficiar și care nu deține un atestat acordat de ANRE, are dreptul de a subcontracta lucrările de proiectare, executare sau verificare de instalații electrice care, prin contractul încheiat cu beneficiarul investiției, sunt în sarcina sa, numai către operatori economici atestați conform prezentului regulament și numai cu acordul beneficiarului.***

Antreprenorul general are obligația de a coordona realizarea tuturor lucrărilor de instalații electrice printr-un angajat al său care deține calitatea de electrician autorizat, având gradul de autorizare corespunzător nivelului de tensiune la care se realizează lucrările; antreprenorul general este responsabil pentru lucrările de proiectare, executare sau verificare de instalații electrice realizate, în solidar cu operatorul economic titular de atestat cu care a subcontractat realizarea acestor lucrări.

Prin aceeași decizie, Consiliul a reținut, aspect necontestat de către petentă, că realizarea serviciilor de proiectare și a lucrărilor pentru instalațiile electrice nu se poate realiza în cazul în care ofertantul câștigător nu dispune de personal calificat, prin angajare pe perioada contractului de electricieni autorizați, fără a exista un operator economic autorizat care să aibă calitatea de subantreprenor, întrucât atât proiectarea, cât și execuția lucrărilor de instalații electrice se realizează de către operatori economici autorizați ANRE, declarați subcontractanți, și nu de către persoane fizice autorizate ANRE.

Aceste aspecte nu au fost contestate de autoritatea contractantă, care nu a formulat plângere împotriva deciziei nr. 139/C9/2688/27.01.2020, rămasă definitivă prin neatacare, astfel încât petentă trebuia să procedeze la reevaluarea ofertelor cu respectarea acestor indicații și să verifice îndeplinirea condiției autorizării ANRE de către ofertanți.

Prin urmare, în limitele investiției sale în prezenta cauză cu plângerea la decizia nr. 513/C9/370/31.03.2020 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în prezenta cauză Curtea are de analizat dacă în mod corect Consiliul a respins ca nelegală posibilitatea asocierii ofertante declarate câștigătoare de către autoritatea contractantă de a nominaliza subcontractanții în perioada de execuție a lucrărilor, pe care petenta a apreciat-o ca justificând îndeplinirea condiției autorizării ANRE.

Sub acest aspect, Curtea reține că, așa cum în mod justificat s-a arătat de către Consiliu, în fișa de date a achiziției, s-au solicitat, între altele: III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului. Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Ofertanții, asociații, terți susținători, subcontractanții NU trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. În acest sens, inițial se va prezenta DUAЕ distinct de către ofertanți, asociați/subcontractanți/terți susținători ca primă dovada a neîncadrării în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. [...] Notă:

- încadrarea în una sau mai multe dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea 98/2016 atrage excluderea ofertantului/asociatului din procedura pentru atribuirea contractului.
- nedepunerea DUAЕ odată cu oferta (inclusiv pentru asociat/terț susținător/subcontractant) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.
- nedepunerea odată cu oferta, a DUAЕ, a angajamentului ferm al terțului susținător din care rezultă **modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, sau după caz, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.**

Cu aplicare la posibilitatea subcontractării lucrărilor de instalații electrice și de gaze naturale, în condițiile în care acest contract presupune și lucrări de instalații electrice și de gaze naturale, în aplicarea celor solicitate prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă trebuia să verifice **modul efectiv** în care va realiza aceste lucrări, respectiv modul concret în care subcontractanții necesari vor fi implicați pe perioada derulării contractului.

Or, **dacă obligația indicării subcontractanților nu este prevăzută expres, aceasta rezultă implicit din cerința de a depune DUAЕ-ul pentru aceștia, inclusiv acordul de subcontractare, astfel încât, pe baza lor, autoritatea contractantă să poată verifica existența situațiilor mai sus enumerate în aprecierea admisibilității ofertei.** Astfel, luarea măsurii respingerii ofertei ca inacceptabilă pentru nedepunerea DUAЕ a fost prevăzută expres în fișa de date a achiziției, astfel cum rezultă din cerința fișei de date mai sus reținută (pct. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului). Mai mult, în lipsa depunerii DUAЕ, achizițarea este în imposibilitate de a verifica îndeplinirea situațiilor de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016 și a condițiilor prevăzute la art. 47 din HG nr. 395/2016.

Or, în lipsa autorizațiilor/atestatelor necesare, *lucrările nu pot fi executate legal.* Potrivit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 *operatorul economic reprezintă orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care **oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități.***

În plus, întrucât DUAЕ reprezintă o declarație pe baza căreia se verifică îndeplinirea criteriilor de calificare, inclusiv pentru subcontractant, nu se poate admite depunerea sa ulterioară, ca urmarea a unui răspuns la clarificări, întrucât s-ar încălca principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrări.

Astfel, în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a arătat că principiul tratamentului egal obligă ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv. (Hotărârea din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia, C-87/94, EU:C: 1996:161, punctul 54, Hotărârea din 12

decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, EU:C:2002:746, punctul 93, precum și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 33).

În cauza C-131/16, Archus, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a dat o interpretare foarte detaliată a acestui principiu cu aplicație la situația concretă a clarificărilor, într-o ipoteză asemănătoare celei din prezenta cauză. Curtea a arătat că:

„27 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 31).

28 **Astfel, a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament** (Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).

29 Cu toate acestea, Curtea a avut ocazia să statueze că principiul egalității de tratament nu se opune ca o ofertă să poată fi corectată sau completată punctual, atunci când aceasta necesită în mod vădit o clarificare sau atunci când este vorba despre înlăturarea unor erori materiale evidente, însă cu condiția respectării anumitor cerințe [a se vedea în acest sens, în cadrul unor proceduri de cerere de ofertă restrânse prevăzute de Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116), Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctele 35-45, în ceea ce privește etapa de apreciere a ofertelor, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctele 30-39, în ceea ce privește etapa de preselecție a ofertanților].

30 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, să fie **adresată în mod echivalent tuturor ofertanților** care se află în aceeași situație și trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctele 42-44, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctele 34 și 35).

31 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 40, și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 36).

32 În sfârșit, cu titlu general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a le solicita candidaților să își clarifice oferta, **autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod**

egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată (a se vedea Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 41, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 37).

33 Cu toate acestea, o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele contractului, întrucât autoritatea contractantă este obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40)".

În cauză, în conformitate cu jurisprudența citată, solicitarea adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu putea avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite ofertantului să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin fișa de date a achiziției (DUAE pentru subcontractanți) și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din hotărârea de mai sus, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă.

Or, în cauză, **autoritatea contractantă a acceptat cu titlu de clarificare o justificare din partea ofertantului declarat câștigător, care, deși nu a făcut dovada pe care CNSC o impusese prin decizia nr. 139/C9/2688/27.01.2020, a autorizării ANRE, consideră ca fiind îndeplinită condiția prin posibilitatea indicării ulterioare a unor subcontractanți** care ar îndeplini această condiție.

O astfel de interpretare este o încălcare vădită a principiului egalității de tratament, întrucât, o astfel de posibilitate nu a fost deschisă tuturor ofertanților, care au înțeles să respecte fișa de date a achiziției și să depună autorizările ANRE solicitate în mod indubitabil de lege, chiar în condițiile unei omisiuni din documentația de atribuire.

Prin modul în care a procedat, achizitoarea a încălcat atât decizia Consiliului anterior emisă, rămasă definitivă, cât și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrări. Astfel, accepta cu titlu de clarificare că este îndeplinită condiția autorizării ANRE prin faptul de a se fi angajat prin intermediul unei declarații din cuprinsul ofertei că va duce la îndeplinire în bune condiții contractul, însușindu-și clauzele contractuale, astfel cum rezultă din răspunsul comunicat la solicitarea achizitoarei, nesocotește principiul tratamentului egal, având în vedere că legislația impune operatorilor economici realizarea lucrărilor și a serviciilor în mod legal, iar acest aspect trebuia verificat de autoritatea contractantă în perioada de evaluare a ofertelor, și nu în cea de execuție a contractului, astfel cum s-a stabilit și prin decizia anterior emisă rămasă definitivă prin neatacarea acesteia. Prin urmare, **deschizând doar intervenientei ofertante posibilitatea de a își justifica astfel lipsa depunerii autorizărilor ANRE autoritatea contractantă a creat un tratament discriminator în favoarea acesteia, creându-i premisele acoperirii unei carențe care ar fi atras descalificarea ofertei sale și creând aparențele unei negocieri directe cu autoritatea contractantă.**

Împrejurarea invocată de petentă, referitoare la faptul că această subcontractare vizează doar 2% din valoarea contractului este lipsită de relevanță, față de aspectele de nelegalitate la nivel de principiu a modului de evaluare a ofertelor reținute mai sus.

Pentru aceste motive, Curtea, reținând că decizia CNSC este legală și temeinică, urmează să respingă plângerea, ca neîntemeiată ...».

Raportat la cele constatate de Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal, prin Decizia nr. 335/R-Cont din 24.04.2020, se determină că autoritatea contractantă nu a avut în vedere cele decise.

Astfel, prin decizia amintită, Curtea de Apel Pitești a constatat că, **"... dacă obligația indicării subcontractanților nu este prevăzută expres, aceasta rezultă implicit din cerința de a depune DUAЕ-ul pentru aceștia, inclusiv acordul de subcontractare**, astfel încât, pe baza lor, autoritatea contractantă să poată verifica existența situațiilor mai sus enumerate în aprecierea admisibilității ofertei", în condițiile în care, **"... luarea măsurii respingerii ofertei ca inacceptabilă pentru nedepunerea DUAЕ a fost prevăzută expres în fișa de date a achiziției**, astfel cum rezultă din cerința fișei de date mai sus reținută (pct. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului) ...".

Mai mult, prin aceeași decizie a instanței, s-au reținut următoarele: **"... autoritatea contractantă a acceptat cu titlu de clarificare o justificare din partea ofertantului declarat câștigător, care, deși nu a făcut dovada pe care CNSC o impusese prin decizia nr. 139/C9/2688/27.01.2020, a autorizării ANRE, consideră ca fiind îndeplinită condiția prin posibilitatea indicării ulterioare a unor subcontractanți care ar îndeplini această condiție.**

O astfel de interpretare este o încălcare vădită a principiului egalității de tratament, întrucât, o astfel de posibilitate nu a fost deschisă tuturor ofertanților, care au înțeles să respecte fișa de date a achiziției și să depună autorizările ANRE solicitate în mod indubitabil de lege, chiar în condițiile unei omisiuni din documentația de atribuire" și **"... deschizând doar intervenientei ofertante posibilitatea de a își justifica astfel lipsa depunerii autorizărilor ANRE autoritatea contractantă a creat un tratament discriminator în favoarea acesteia, creându-i premisele acoperirii unei carențe care ar fi atras descalificarea ofertei sale și creând aparențele unei negocieri directe cu autoritatea contractantă".**

Este evident în aceste condiții că autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere cele stabilite de instanță și, în condițiile în care Asocierea ... nu a declarat prin ofertă subcontractant/subcontractanți pentru partea de instalații electrice și de gaze naturale, oferta trebuia respinsă.

Cele susținute de autoritatea contractantă prin punctul de vedere față de contestație, cu referire la încălcarea prevederilor art. 219 din Legea nr. 98/2016, sunt considerate lipsite de relevanță, în condițiile în care, legat de declararea subcontractanților pentru lucrările de instalații electrice și de gaze naturale, Curtea de Apel Pitești s-a pronunțat prin decizia nr. 335/R-Cont din 24.04.2020.

Astfel, după cum s-a reținut din decizia amintită, achizitoarea trebuia să verifice dacă Asocierea îndeplinește condiția autorizării/atestării, pentru execuția în condiții de legalitate a lucrărilor de instalații electrice și de gaze naturale.

Prin urmare, în mod eronat a reținut autoritatea contractantă, între motivele de anulare a procedurii, incidența prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind existența de erori sau omisiuni, în condițiile în care, Curtea de Apel Pitești a admis că cerințele privind autorizarea/atestarea pentru realizarea lucrărilor de instalații electrice și de gaze naturale se îndeplinesc prin intermediul subcontractanților declarați odată cu depunerea ofertei.

În referire la susținerea achiziției privind faptul că ar fi solicitat ca Proiectul Tehnic să se predea verificat de verificatori atestați pe specialități, iar conform Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, lucrările să fie verificate de diriginți de șantier autorizați pe specialități, trebuie avut în vedere că aceste verificări se efectuează pe perioada de realizare a contractului, or, în discuție este verificarea admisibilității unei oferte, în vedere atribuirii contractului unui ofertant care poate realiza în condiții de legalitate contractul.

Admisibilitatea unei oferte se verifică până la atribuirea contractului, având în vedere obiectul contractului care se intenționează a se realiza.

După cum s-a mai precizat prin decizia nr. 139/C9/2688/27.01.2020, rămasă definitivă prin neatacare, interesul autorității contractante este de a încheia contractul de achiziție publică cu un ofertant care poate realiza în condiții de legalitate toate activitățile (servicii și lucrări) necesare, astfel că îndeplinirea condițiilor de realizare, în mod legal a contractului, trebuie verificată anterior atribuirii contractului.

Pe de altă parte, trebuie reținut că autoritatea contractantă nu a indicat, în concret care sunt acele erori sau omisiuni care au determinat adoptarea măsurii de anulare a procedurii, potrivit prevederilor art. 216 alin. (2) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, se constată că raportul de anulare a procedurii nr. 10699/05.05.2020, nu este semnat de membrii comisiei de evaluare ci de Compartiment Investiții și Implementare Contracte, prin ing. ... și aprobat de primar ...

Referitor la cel de-al-de-al doilea motiv de anulare a procedurii, privind faptul că, prin această măsură, s-a intenționat evitarea altor contestații, din partea ofertantului declarat câștigător, este de reținut că acesta nu poate fi considerat motiv de anulare a procedurii în condițiile expres reglementate de prevederile art. 212 și 213 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit prevederilor respective, art. 212 **Autoritatea contractantă are obligația** de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă; b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare; c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului; d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau

instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2); e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă. (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). și art. 213 **Autoritatea contractantă are dreptul** de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în situațiile prevăzute la art. 78 alin. (8), art. 82 alin. (8), art. 88 alin. (8) și art. 97 alin. (8). (2) Autoritatea contractantă are obligația de a face publică decizia de anulare a procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, însoțită de justificarea anulării procedurii de atribuire, prin intermediul platformei electronice prevăzute la art. 150 alin. (1), în termen de 3 zile de la adoptarea deciziei de anulare.

Astfel că, atât obligația, cât și dreptul de a anula o procedură de atribuire sunt explicit reglementate de prevederile amintite, evitarea unei contestații din partea Asocierii să conducă la anularea procedurii.

Cât privește cel de-al treilea motiv care a condus la anularea procedurii, referitor la încetarea de drept a contractului de finanțare nr. 1427/19.06.2019, încheiat cu MDRAP în baza Programului construcțiilor de locuințe sociale, derulat conform Legii locuinței nr. 114/1996, se constată din verificarea acestuia că suma alocată în anul 2019 pentru obiectivul de investiții care se intenționează a se realiza este de 108.268 lei, iar valoarea totală a investiției este de 20.776.604,00 lei.

Ținând seama că valoarea estimată a contractului de lucrări care se intenționează a se atribui este de 14.676.698,00 lei, fără TVA, iar prin MDRAP urma să se aloce în anul 2019 suma de 108.268 lei, rezultă că cea mai mare parte urma a se asigura din bugetul local.

Cu toate acestea, prin punctul de vedere față de contestație, autoritatea contractantă a susținut că va asigura din bugetul local racordurile la utilități (apă, canalizare, energie electrică și gaze naturale).

Pe de altă parte, este de reținut că procedura a fost inițiată la data de 25.10.2019, iar după emiterea de către Consiliu a deciziei nr. 139/C9/2688/27.01.2020, cu toate că valabilitatea contractului de finanțare era 31.12.2019, achizițarea nu Astfel, la acel moment, nu au fost avute în vedere prevederile Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, potrivit căreia constituie infracțiune

angajarea cheltuielilor din bugetele prevăzute la art. 1 alin. (2) peste limita creditelor bugetare aprobate, invocate prin punctul de vedere față de contestație.

Doar după emiterea celei de-a doua decizii de către Consiliu, și după menținerea acesteia de către Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal, prin Decizia nr. 335/R-Cont din 24.04.2020, în data de 05.05.2020, autoritatea contractantă a hotărât anularea procedurii de atribuire.

În absența altor argumente din partea achizitoarei, Consiliul o va obliga să finalizeze evaluarea ofertelor, cu respingerea ofertei depuse de Asocieria ... iar în cazul în care va exista o ofertă admisibilă și câștigătoare să întreprindă diligențe pentru a putea identifica sumele necesare derulării în condiții de legalitate a contractului.

Achizitoarea nu a demonstrat că a întreprins toate diligențele pentru obținerea fondurilor necesare atribuirii contractului.

Faptul că s-a emis o decizie la nivelul Consiliului cu o soluție diferită, cum s-a precizat prin punctul de vedere față de contestație, este lipsit de relevanță, câtă vreme achizitoarea a atacat cu plângere decizia Consiliului nr. 513/C9/370/31.03.2020, iar aceasta a fost menținută de Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal, prin Decizia nr. 335/R-Cont din 24.04.2020.

Față de cele reținute, se determină că în mod eronat a fost anulată procedura de atribuire, fiind incidente prevederile art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră ***Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: ... k) anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 212 și 213 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire.***

În considerarea celor constatate, Consiliul va admite contestația formulată de Asocieria ..., în contradictoriu cu ...și va dispune respingerea ofertei depuse de Asocieria ...

Vizavi de solicitarea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, se reține că, odată cu concluziile scrise, a fost depusă factura nr. NA0423/22.05.2020, pentru suma de 5762,22 lei, inclusiv extrasul de cont din data de 31.05.2020, cu dovada achitării sumei corespunzătoare facturii amintite.

Având în vedere că au fost considerate întemeiate criticile contestatoarei, complexitatea cauzei și documentele întocmite, Consiliul va diminua corespunzător suma solicitată de contestatoare și va obliga achizitoarea la plata către aceasta a sumei de 4.000 lei.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația depusă de Asocierea, și anulează raportul privind anularea procedurii de achiziție nr. 10699/05.05.2020, precum și comunicările transmise ofertanților participanți. Obligă autoritatea contractantă la finalizarea evaluării ofertelor, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, și identificarea sumelor necesare derulării în condiții de legalitate a contractului, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite ofertanților cu respectarea termenului legal prevăzut.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga la plata către, a sumei de 4.000 lei, reprezentând cheltuieli ocazionate de soluționarea litigiului.

Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.