

În conformitate cu prevederile art. 14 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.

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de către, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CIF, reprezentată convențional prin cu sediul în, sediu ales în vederea comunicării actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire elaborată de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cod CPV principal 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea prevederilor și cerințelor din documentația de atribuire care, potrivit argumentelor prezentate în contestație, încalcă prevederile legale și principiile aplicabile achizițiilor publice, precum și obligarea autorității contractante la remedierea acestor încălcări cu respectarea motivării care va fi dată de Consiliu și reluarea procedurii de atribuire cu aplicarea acestor prevederi modificate, conform prevederilor art. 26 alin. (2) lit. b) teza a II-a din Legea nr. 101/2016;

- în subsidiar, în situația în care Consiliul va considera că nu este posibilă remedierea documentației de atribuire, anularea procedurii de atribuire, conform prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (3) și (7) din Legea nr. 101/2016;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin cererea de intervenție voluntară nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... formulată de, cu sediul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având CIF, reprezentată legal prin, în calitate de administrator, a solicitat admiterea contestației formulate de către și în consecință modificarea/eliminarea prevederilor/cerințelor indicate ca fiind ilegale.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura simplificată, organizată de către autoritatea contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție, având ca obiect „.....”, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică a fost admisă prin încheierea Consiliului nr. din data de

În continuare, ..., formulează următoarele critici cu privire la nelegalitatea prevederilor documentației de atribuire sau a unor cerințe ale acesteia, respectiv:

1. Procedura de atribuire a fost inițiată și este derulată în lipsa unei surse de finanțare.

Arată că la pct. II.2.13 din Fișa de date, autoritatea contractantă menționează că proiectul nu este finanțat din fonduri ale Uniunii Europene, iar la pct. II.2.14 confirmă că la acest moment nu are vreo altă sursă de finanțare asigurată, prin aceea că se condiționează emiterea ordinului de începere de aprobarea/obținerea finanțării prin Programul Național de Investiții.

Subliniază faptul că indicarea sursei de finanțare în anunțul de participare este cerută în mod expres de art. 101 alin. (4) lit. f) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, iar în anunțul de participare simplificat nu se prevede vreo informație cu privire la existența sursei de finanțare.

Arată că potrivit art. 43 alin. (9) din legea nr. 500/2002, privind finanțele publice locale *„în programul de investiții publice vor fi introduse doar acele obiective/proiecte sau categorii de investiții noi a căror finanțare poate fi asigurată integral, conform documentațiilor tehnico-economice aprobate, în limitele de cheltuieli stabilite potrivit cadrului de cheltuieli pe termen mediu și/sau strategiei fiscal-bugetare aprobate potrivit Legii nr. 69/2010, cu excepția obiectivelor/proiectelor sau categoriilor de investiții a căror finanțare este asigurată din fonduri externe nerambursabile, precum și din fonduri externe rambursabile.”*

Susține că în sens similar sunt prevederile art. 45 din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale și art. 12 din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

În susținerea faptului că este nelegală derularea unei proceduri de atribuire fără sursă de finanțare, deoarece finalitatea procedurii de atribuire este încheierea contractului de achiziție publică, un contract cu titlu oneros prin care autoritatea contractantă își asumă obligații de plată a unor sume de bani și în considerarea cărora ofertanții participă la procedură, autoarea contestației invocă Deciziile nr. 106/C3/2011/08.01.2021; nr. 110/C7/2806/2849/15.01.2021; nr. 143/C3/2809/2858/20.01.2021 și nr. 149/C2/2910/21.01.2021.

De asemenea, precizează că autoritatea contractantă nu are dreptul de a derula procedura de achiziție doar pentru consultarea pieței, având în vedere că demersurile de participare a ofertanților la procedură presupun costuri pe care ofertanții se așteaptă în mod legitim să le recupereze prin câștigarea licitației, executarea contractului și încasarea prețului acestuia.

2. Sunt nelegale prevederile secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date și art. 10 din caietul de sarcini care condiționează semnarea contractului de încheierea contractului de finanțare și care, de asemenea, dau posibilitatea autorității contractante să anuleze procedura de atribuire în cazul neobținerii finanțării.

Arată că prin prevederile secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date, art. 10 din caietul de sarcini, art. 7 din proiectul de contract, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a evita încheierea contractului în cazul neobținerii finanțării.

Astfel, se eludează obligativitatea încheierii contractului prevăzută de art. 143 din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, deoarece nu se oferă niciun element care să elimine riscul ca însăși autoritatea contractantă să determine neobținerea finanțării în situația în care nu ar dori să încheie contractul de achiziție cu ofertantul câștigător.

Apreciază că o astfel de prevedere care transformă obligația de încheiere a contractului într-o simplă opțiune a autorității contractante, prin transformarea condiției suspensive într-o condiție pur potestativă din partea celui obligat este, în mod vădit, sub o aparență de nulitate absolută.

Precizează că la art. II.2.13 din anunțul de participare (și la art. similar din fișa de date) se prevede că achiziția nu este finanțată din fonduri UE, ci din fonduri bugetare. Prin urmare, acesteia nu îi sunt aplicabile prevederile OUG nr. 40/2015 și nici prevederile cu caracter de excepție ale acesteia, referitoare la clauza suspensivă.

Coroborând aceste aspecte cu faptul că din documentația de atribuire nu rezultă existența niciunei alte surse finanțare, rezultă că, prin această clauză suspensivă, autoritatea contractantă intenționează să

își ofere în mod nelegal posibilitatea de a alege dacă sau nu să încheie contractul de achiziție publică cu ofertantul câștigător.

De asemenea, aceasta menționează că nu este legală referirea autorității contractante la prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, deoarece în cazul de față, o eventuală imposibilitate de încheiere a contractului din pricina lipsei fondurilor este cauzată exclusiv de culpa autorității contractante care nu a depus diligențe pentru asigurarea sursei de finanțare anterior demarării procedurilor de atribuire.

3. Sunt nelegale prevederile secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date, art. 10 din caietul de sarcini și art. 7 din proiectul de contract, care condiționează emiterea ordinului de începere de încheierea contractului de finanțare și care, de asemenea, dau posibilitatea autorității contractante să diminueze unilateral obiectul contractului.

Arată că prin prevederile secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date, art. 10 din caietul de sarcini, art. 7 din proiectul de contract, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de amâna emiterea ordinului de începere a lucrărilor până la încheierea contractului de finanțare prin Programul National de Investiții.

În opinia sa, o astfel de condiționare este nelegală, nu doar prin aceea că sunt o consecință a lipsei de finanțare, ci, și pentru faptul că, prin aceste clauze, autoritatea contractantă și-a creat un mecanism nelegitim de evitare a caracterului obligatoriu al contractului de achiziție publică.

Totodată, menționează că aceste prevederi pun ofertanții în imposibilitatea de a-și dimensiona oferta, deoarece nu vor ști cât timp trebuie să mențină disponibile pentru acest contract capacitățile tehnice pe care le vor rezerva în scopul executării sale. Într-o astfel de situație, ofertantul declarat câștigător nu va putea nici să folosească acele utilaje și forță de muncă pentru executarea contractului în cauză (pentru că ordinul de începere este în această ipoteză amânat pe termen incert), dar nici să le aloce executării altui contract, pentru că ar risca să încalce obligațiile asumate prin procedura de față, în cazul în care s-ar da ordinul de începere.

Consideră că o astfel de prevedere care transformă obligația de executare a contractului într-o simplă opțiune a autorității contractante, prin transformarea condiției suspensive într-o condiție pur potestativă din partea celui obligat este în mod vădit sub o aparență de nulitate absolută.

Din aceleași rațiuni, sunt nelegale și prevederile secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date, art. 10 din caietul de sarcini, art. 7 din proiectul de contract care dau dreptul autorității contractante de a diminua unilateral obiectul contractului pentru a se încadra în suma pe care eventual o va obține prin contractul de finanțare.

4. Este nejustificată și restrictivă cerința din fișa de date (art. IV.4.1 pct. 3) și caietul de sarcini (art. 6 pct. 3) de a se întocmi grafice detaliate pe articole de deviz (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S), în condițiile în care documentația nu conține cantități estimate de lucrări și nici liste de cantități cu articole de deviz.

Arată că atât prin fișa de date (art. IV.4.1 pct. 3), dar și prin caietul de sarcini (art. 6 pct. 3) se solicită ofertanților, ca parte a propunerii tehnice întocmirea de grafice detaliate (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S).

Ținând seama că licitația este pentru Proiectare și Execuție lucrări, aceasta arată că ofertarea se face pe baza unei documentații puse la dispoziție de autoritatea contractantă și care nu conține cantități estimate de lucrări și nici Liste de cantități cu articole de deviz.

Susține că în această situație, nu se pot întocmi grafice detaliate la nivelul solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini deoarece asemenea grafice pot fi elaborate și se utilizează la lucrări foarte complexe, atunci când datele de intrare sunt certe, ca rezultat al elaborării unui proiect tehnic.

De asemenea, precizează că această cerință este imposibil de pus în practică de către ofertanți și în condițiile în care unele cerințe de natură tehnică sunt neclare. Arată că materialul care trebuie oferat pentru piatra spartă nu este stabilit în mod clar (conform paginii 34 din DALI, este solicitată doar realizarea unui strat din piatra sparta naturala/artificială în grosime de 12 cm, fără a fi indicat care dintre cele două opțiuni ar trebui aplicată). Atât timp cât autoritatea contractantă, nu solicită clar materialul utilizat la realizarea obiectivului (piatră naturală, respectiv material artificial), este imposibil a se prezenta un grafic detaliat la nivel de articol de deviz.

5. Este nejustificată și restrictivă cerința din fișa de date (art. IV.4.1 pct. 15 și nota 5; precum și art. IV.4.2 pct. 2.3) de a se întocmi și depune de către ofertanți liste de cantități pe articole de deviz, precum și cerința din fișa de date (IV.4.2 pct. 2) și caietul de sarcini (art. 4.3 și art. 6 pct. 3) de a se depune graficul de realizare a investiției publice, în condițiile în care, în acest stadiu, proiectul nu este încă întocmit, iar, elaborarea acestor documente este parte a proiectării.

Precizează că obiectul contractului a cărui atribuire se intenționează prin procedura contestată este proiectare și execuție de lucrări de modernizare a unor străzi rurale. Prin urmare, în acest stadiu încă nu este elaborat un proiect detaliat pentru aceste lucrări, proiect care va conține și listele de cantități, potrivit prevederilor din Secțiunea V- anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Astfel, susține că apare ca fiind excesivă cerința de prezentare în Propunerea tehnică și financiară a formularelor FI, F2, a Listelor de cantitate pe articole de deviz F3, C6-C9, acestea fiind întocmite abia în faza de elaborare a Proiectului tehnic de către ofertantul declarat câștigător.

În opinia sa, această cerință conduce la obligarea nejustificată și excesivă a ofertanților de a întocmi încă din faza de atribuire documentații care fac obiectul însuși supus procedurii de atribuire.

Arată că, în acest sens, sunt relevante și precizările din Notificarea ANAP din 30 mai 2019 - "Notificare privind bunele practici în realizarea achizițiilor aferente contractelor de lucrări pentru construcția/modernizarea obiectivelor de investiții".

Susține că este nelegală solicitarea de a se depune graficul de realizare a investiției publice (formularul F6) solicitat prin fișa de date (IV.4.2 pct. 2) și caietul de sarcini (art. 4.3), deoarece și elaborarea acestui document se face în faza de proiectare (prin urmare după atribuirea și semnarea contractului de achiziție publică).

În acest sens, autoarea contestației invocă îndrumarea ANAP privind redactarea cerințelor referitoare la elaborarea graficului fizic, respectiv a graficului valoric de execuție unde sunt precizate recomandările ANAP pentru autoritățile contractante în vederea redactării cerințelor din cuprinsul documentației de atribuire.

6. Este nejustificată, restrictivă și, de asemenea, echivocă cerința din caietul de sarcini (art. 4.1 pct. 14-15) potrivit căreia ofertantul trebuie să aibă în proprietate, sau după caz să aibă încheiat un antecontract pentru achiziționarea stațiilor de mixturi asfaltice și de betoane de ciment

Susține că cerința ca ofertantul să fie proprietar asupra utilajelor și echipamentelor, sau după caz să aibă încheiat un antecontract de vânzare cumpărare pentru achiziția lor este nejustificată și restrictivă, deoarece accesul la aceste utilaje și disponibilitatea lor poate să aibă la bază și alte tipuri de relații juridice (spre exemplu contract de închiriere, contract de leasing, diferite tipuri de contracte nenumite - cum este cel de colaborare etc.).

Cerința este însă și echivocă pentru că în preambulul art. 4.1 „*Lista dotărilor tehnice și utilajelor*” se prevede în mod expres că acestea pot fi și închiriate: „*Ofertantul trebuie să facă dovada deținerii în proprietate sau închiriere a unui minim de dotări tehnice.*”.

În probațiune, sunt depuse, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

1. În primul rând, arată că a sesizat în nenumărate rânduri necesitatea de eliminare a introducerii unei clauze rezolutorii/suspensive

deoarece așa ceva nu este permis decât pentru investiții finanțate prin fonduri europene (drept conferit prin OUG nr. 40/2015).

Menționează că la art. 12 din HG nr. 395/2016 se specifică faptul că programul anual al achizițiilor publice trebuie să conțină fie anticipări ale sursei de finanțare, fie informații precise despre acestea, iar finalitatea unei proceduri de achiziție publică este obligatoriu contractul de achiziție publică.

De asemenea menționează că art. 143 din HG nr. 395/2016 prevede că *„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.”*.

Astfel, subliniază faptul că autoritatea contractantă are dreptul de a iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce a fost elaborată documentația de atribuire și documentele suport, inițierea și derularea unei proceduri de atribuire nefiind legată de asigurarea fondurilor și nici de operarea modificării în programul anual al achizițiilor publice.

Face mențiunea că interdicția pentru autoritățile contractante de a încheia un angajament legal fără existența certă a surselor de finanțare necesare îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin angajamentul respectiv rezultă din prevederile legale privind finanțele publice așa cum a fost descris în cuprinsul contestației.

În consecință, apreciază că prevederea unei astfel de clauze/condiții reprezintă o încălcare a prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din HG nr. 395/2016.

Totodată subliniază faptul că art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 prevede expres că autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, iar, pe de altă parte, art. 145 stipulează că autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

2. În al doilea rând, arată că în conținutul contestației, se solicită eliminarea graficului Gantt elaborat foarte amănunțit (pe zile calendaristice/pe articole de lucrări); eliminarea formularelor extrasele de resurse C6, C7, C8 și C9; eliminarea listelor de cantități F3.

Intervenienta menționează că intenționa să solicite autorității contractante eliminarea formularelor C6, C7, C8 și C9. Această solicitare ilegală coroborată cu cerința că nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare face ca autoritatea contractantă să introducă anumite clauze în documentația de atribuire care să altereze competiția.

Subliniază faptul că Ordinul nr. 1014/2001 nu mai este în vigoare, fiind ultimul care prevedea formularele C6 - C9 și, dacă s-ar fi dorit o analiză pe baza extrasului de resurse generate de articolele de lucrări

utilizate în evaluare, autoritatea contractantă ar fi trebuit să le aducă la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați.

Referitor la eliminarea formularului F3, arată că solicită doar modificarea acestei cerințe în sensul că acestea vor putea să fie prezentate de ofertanți în scopul inițierii unei baze de date pentru evaluarea financiară a lucrărilor (în scopul păstrării prețurilor unitare ale articolelor și pentru etapa de după finalizarea proiectării).

Referitor la eliminarea graficului Gantt (trebuie eliminate și celelalte tipuri de grafice se/sau diagrame - de exemplu diagrama Pert care este similară graficului Gantt) prezentat extrem de amănunțit este rezultanta celor prezentate mai sus. Mai mult aceste grafice elaborate atât de minuțios pot genera confuzii chiar membrilor comisiei de evaluare și ulterior aceștia să ia decizii greșite -de eliminare a unor competitori sub auspiciile că acestea nu ar îndeplini cerințele de conformitate.

Apreciază că prezentarea unui simplu grafic de execuție este considerat suficient ca și angajament al ofertanților pentru respectarea duratei de execuție.

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 101/2016; Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulată de

Referitor la critica referitoare la lipsa sursei de finanțare, precizează că autoritatea contractantă prin adresa nr. emisă de către a primit finanțare pentru obiectivul de investiție ".....".

Sușține că afirmațiile invocate de către contestatoare sunt nejustificate fără a studia Ordinul ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației nr. 2743/24.10.2022 privind aprobarea listei obiectivelor de investiții și sumele alocate acestora pentru finanțarea Programului Național de Investiții „Anghel Saligny”, pentru categoriile de investiții prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a)-d) din OUG nr. 95/2021, pentru județul Galați, în perioada 2022-2028.

Astfel, menționează că documentul putea fi consultat pe site-ul MDLPA — www.mdlpa.ro - la secțiunea „Dezvoltare teritorială” - „Lucrări publice” - Programul Național de Investiții „Anghel Saligny”.

Referitor la critica privind graficul Gantt și prezentarea listelor de cantități, aceasta evidențiază importanța menținerii acestor cerințe așa cum au fost prevăzute de la început.

Arată că aceste cerințe sunt considerate de către contestatoare nejustificate deoarece în documentația de atribuire s-a atașat DALI fără a fi postate și liste de cantități estimative întocmite în conformitate cu HG nr. 90/2017, criticând faptul că acestea fac obiectul proiectului tehnic de execuție, ce se va elabora doar de câștigător, iar la acest moment constituie costuri suplimentare pentru acesta, nejustificate.

Aceasta solicită menținerea acestor cerințe pentru următoarele motive:

a) Autoritatea contractantă este interesată să atribuie contractul cu respectarea tuturor condițiilor legale. Documentația de atribuire și documentele conexe au fost întocmite în strictă corelare cu necesitățile acesteia, fapt ce nu implică de la sine posibilitatea de ofertare de către oricare societate comercială precum nu implică nici capacitatea acestora de a reuși încărcarea în SEAP a ofertei la data stabilită în acest sens.

Arată că nu există niciun text de lege care să interzică autorității contractante exercitarea dreptului de a solicita ofertanților să prezinte o ofertă detaliată, amănunțită și complexă. Mai mult, evidențiază faptul că interesul său se subordonează interesului public, scopul principal fiind cel al finalizării procedurii de atribuire și executării în întregime a categoriilor de lucrări licate.

b) Motivul real al contestației nu este dat de imposibilitatea unui ofertant de a realiza liste de cantități estimative și extrase de resurse prin care va reuși să demonstreze că a înțeles lucrarea și va fi capabil să o execute, ci este dat de imposibilitatea acestuia fizică de a realiza o oferta complexă. Practic, ofertantul dorește să prelungească în mod intenționat durata de depunere și eliminarea unor cerințe din documentație pentru a putea fi capabil să își elaboreze oferta.

În ceea ce privește demonstrarea, potențialilor ofertanți, să aibă în proprietate sau un antecontract în ceea ce privești stația de mixturi asfaltice și de betoane de ciment, autoritatea contractantă consideră că este o cerință pertinentă în a demonstra calitatea lucrărilor ce urmează a fi puse în operă și existența surselor de materiale.

Astfel, solicită respingerea acestui capăt de cerere și menținerea modalității de elaborare a propunerii tehnice așa cum aceasta a fost concepută de autoritate de la început, pentru a se putea departaja ofertanții în mod concret și pentru ca aceștia să poată demonstra cel puțin la nivel scriptic capacitatea de prestare și execuție a serviciilor și lucrărilor.

Prin adresa fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ..., a transmis documentul „Note scrise”, în replică față de punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației.

Contestatoarea răspunde punctual aspectelor învederate de autoritatea contractantă, arătând următoarele:

1. Referitor la inițierea procedurii de atribuire în lipsa unei surse de finanțare

Aceasta susține că neindicarea sursei de finanțare este un viciu cert al documentației de atribuire, în pofida faptului că autoritatea contractantă susține că ar fi acoperit acest viciu prin obținerea între timp a finanțării.

Astfel precizează că nu este în măsură să verifice veridicitatea susținerii autorității contractante pentru că acest document nu i-a fost comunicat.

În ceea ce privește referirile autorității contractante la faptul că nu ar fi studiat Ordinul nr. 2743/2022, menționează în primul rând că era datoria autorității contractante să indice concret sursele de finanțare (inclusiv acest ordin), nefiind datoria ofertanților să facă investigații în situația în care acestea nu sunt prevăzute.

Arată că indiferent de conținutul adresei nr. și al Ordinului nr. 2743/2022, problema de legalitate rămâne, având în vedere că nu este dovedit că s-ar fi semnat contractul de finanțare, ceea ce înseamnă că, atât la momentul lansării procedurii cât și în prezent, se menține incertitudinea cu privire la finanțarea proiectului.

2. Cu privire la nelegalitatea prevederilor secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date și art. 10 din caietul de sarcini care condiționează semnarea contractului de încheierea contractului de finanțare și care, de asemenea, dau posibilitatea autorității contractante să anuleze procedura de atribuire în cazul neobținerii finanțării, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă nu aduce niciun argument în combaterea criticii.

3. Cu privire la nelegalitatea prevederilor secțiunii II.2.14 și VI.3 „Clauza suspensivă” din fișa de date, art. 10 din caietul de sarcini și art. 7 din proiectul de contract, care condiționează emiterea ordinului de începere de încheierea contractului de finanțare și care, de asemenea, dau posibilitatea autorității contractante să diminueze unilateral obiectul contractului, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă nici cu privire la aspect nu aduce vreun contraargument.

4. Referitor la caracterul nejustificat și restrictiv al cerinței din fișa de date (art. IV.4.1 pct. 3) și caietul de sarcini (art. 6 pct. 3) de a se întocmi grafice detaliate pe articole de deviz (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S), în condițiile în care documentația nu conține cantități estimate de lucrări și nici Liste de cantități cu articole de deviz, subliniază faptul că la punctul 3 a punctului de vedere, autoritatea contractantă recunoaște că documentația de atribuire nu conține cantități estimative, afirmând că solicită de la ofertanți să facă aceste estimări.

5. Referitor la caracterul nejustificat și restrictiv al cerinței din fișa de date (art. IV.4.1 pct. 15 și nota 5; precum și art. IV.4.2 pct. 2.3) de a se întocmi și depune de către ofertanți liste de cantități pe articole de deviz, precum și al cerinței din fișa de date (IV.4.2 pct. 2) și caietul de sarcini (art. 4.3 și art. 6 pct. 3) de a se depune graficul de realizare a investiției publice, în condițiile în care în acest stadiu proiectul nu este încă întocmit, iar elaborarea acestor documente este parte a proiectării menționează că nu a identificat în punctul de vedere al autorității

contractante contraargumente care să aibă în mod concret în vedere acest temei invocat în contestație.

Subliniază faptul că listele solicitate de autoritatea contractantă în faza de atribuire sunt parte a proiectării potrivit prevederilor Secțiunea V din anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice. Proiectarea face parte din obiectul contractului a cărui atribuire se intenționează prin procedura în cauză.

Precizează că autoritatea contractantă argumentează că solicită de la ofertanți să indice doar cantități estimative.

Apreciază că cerința rămâne nejustificată pentru că procedura de atribuire nu poate avea drept criteriu de atribuire executarea demonstrativă a unei părți de lucrare, și nici întocmirea demonstrativă, în tot sau parțial, a unui proiect ipotetic, „estimativ”. Capacitatea tehnică a ofertanților se verifică pe baza cerințelor de calificare într-o altă etapă decât cea a elaborării propunerii tehnice, nu prin prestarea anticipativă a unor activități care fac obiectul contractului de achiziție publică.

6. Referitor la caracterul nejustificat, restrictiv și echivoc al cerinței din caietul de sarcini (art. 4.1 pct. 14-15) potrivit căreia ofertantul trebuie să aibă în proprietate, sau după caz să aibă încheiat un antecontract pentru achiziționarea stațiilor de mixturi asfaltice și de betoane de ciment precizează că autoritatea contractantă susține prin punctul de vedere că această cerință ar fi „pertinentă în a demonstra calitatea lucrărilor ce urmează a fi puse în operă și existența surselor de materiale”, însă nu argumentează în niciun fel motivul pentru care consideră că asigurarea accesului ofertantului la respectivele utilaje în baza unor alte raporturi juridice decât cumpărarea lor nu ar conduce la același rezultat ca acela urmărit de autoritatea contractantă.

De asemenea, precizează că autoritatea contractantă nu combate în niciun fel critica sa referitoare la caracterul echivoc al cerinței.

Prin adresa fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ..., a transmis dovada cheltuielilor de judecată, respectiv: Factura nr. și OP nr.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., cu referire la dosarul Consiliului nr. 3229/2022, invocându-și calitatea de intervenientă, ... a solicitat Consiliului să-i comunice dacă va aplica prevederile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Privitor la cererea de intervenție voluntară depusă de, văzând că această societate a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, fiind operator economic interesat de participarea la procedura de achiziție publică [art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare], în conformitate cu art. 64 alin.

(2) Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară a acesteia, și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție, având ca obiect „.....», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că autoarea acesteia a indicat, ca acte atacate, pe cele care reprezintă documentația de atribuire, solicitând modificarea acesteia, așa cum s-a arătat în preambulul prezentei.

Referitor la critica formulată de contestatoare cu privire la faptul că procedura de atribuire a fost inițiată și este derulată în lipsa unei surse de finanțare, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, reținând în soluționare că, potrivit adresei nr., emisă de către, a fost aprobat la finanțare obiectivul de investiție „.....”, beneficiar fiind, căreia i se alocă suma de lei pentru finanțarea obiectivului de investiții menționat, temeiul legal fiind Ordinul ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației nr. 2743/24.10.2022 privind aprobarea listei obiectivelor de investiții și sumele alocate acestora pentru finanțarea Programului National de Investiții „Anghel Saligny”, pentru categoriile de investiții prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a)-d) din OUG nr. 95/2021, pentru județul Galați, în perioada 2022-2028. În caietul de sarcini aferent achiziției este menționat *la secțiunea surse de finanțare: alte surse*, în situația dată, diferența de sumă putând fi asigurată din alte surse, dacă este cazul. Din documentele dosarului nu rezultă imposibilitatea finanțării contractului din alte surse, dacă este imperios necesar.

Pentru cele ce preced, în lipsa de dovezi care să ateste situația imposibilității încheierii contractului, Consiliul va respinge criticile contestatoarei, în ceea ce privește legalitatea inițierii și derulării procedurii în analiză.

O altă critică a contestatoarei, care va fi respinsă, ca neîntemeiată, de către Consiliu, vizează „*CLAUZA SUSPENSIVĂ*” adusă la cunoștința operatorilor economici prin fișa de date a achiziției, unde la pct. 10, autoritatea contractantă a stabilit că: *Procedura de atribuire este inițiată*

sub incidența următoarei clauze rezolutorii: Emiterea ordinului de începere a contractului este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri prin Programul National de Investiții, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuieli lor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri prin Programul National de Investiții, nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă emiterea ordinului de începere a contractului de achiziție publică". Având în vedere dispozițiile Legii 98/2016 HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare. Autoritatea Contractantă precizează ca va emite ordinul de începere a contractului numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare cu Ministerul Dezvoltării Lucrărilor Publice și Administrației. Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă și/sau Ministerul Dezvoltării Lucrărilor Publice și Administrației nu pot fi considerați răspunzători pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia indiferent dacă Autoritatea Contractantă și/sau Ministerul Dezvoltării Lucrărilor Publice și Administrației au fost notificați asupra existenței unui asemenea prejudiciu. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea clauzei, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.

În situația în care beneficiarul va semna contractul de finanțare prin Programul National de Investiții pentru o valoare mai mică decât valoarea solicitată prin cererea de finanțare, beneficiarul are dreptul să renunțe oricând la o parte din lucrări dacă considera că efortul bugetar din surse proprii este prea mare și nu poate fi susținut în acest sens.

În referire la solicitarea contestatoarei de eliminare a clauzei suspensive prevăzute la pct. 10 din Caietul de sarcini, Consiliul reține că autoritatea contractantă a organizat prezenta procedură de atribuire având asigurată sursa de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție, așa cum s-a arătat mai sus. Prin urmare, clauza suspensivă inserată în documentația de atribuire permite derularea în continuare a procedurii și desemnarea ofertantului câștigător, activarea ei efectuându-se, eventual, la momentul emiterii ordinului de începere a contractului, afectând, astfel, îndeplinirea obligațiilor contractuale, nicidecum încheierea contractului.

În aprecierea Consiliului, la acest moment, prevederile în referire la clauza suspensivă nu sunt de natură a întârzia procedura, ca atare, criticile contestatoarei, în acest sens, vor fi respinse, ca neîntemeiate.

Criticile contestatoarei îndreptate împotriva cerințelor din fișa de date -art. IV.4.1 pct. 3, pct. 15, nota 5, precum și art. IV.4.2 pct. 2 - și

caietul de sarcini - art. 4.3 și art. 6 pct. 3 - de a se întocmi grafice detaliate pe articole de deviz (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S), respectiv, de a se întocmi și depune de către ofertanți liste de cantități pe articole de deviz și de a se depune graficul de realizare a investiției publice, vor fi respinse de către Consiliu, motivat de faptul că, în dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă, se regăsește Documentația de avizare a lucrărilor de intervenții Modernizare străzi rurale în comuna Ivești, județul Galați – etapa 2(DALI), care cuprinde părți scrise și desenate, în baza cărora operatorii economici pot întocmi graficele menționate, la nivelul de detaliere solicitat de autoritatea contractantă în documentația de atribuire și, de asemenea, pot elabora liste de cantități *estimative*, pe articole de deviz.

În soluționare, Consiliul reține, că, în Caietul de sarcini, la secvența denumită *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, autoritatea contractantă a stabilit, pentru partea de servicii proiectare și asistența tehnică, următoarele: *Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică aferentă serviciilor de proiectare și asistență tehnică, conform formularului "Propunere tehnică Proiectare" și a datelor cuprinse în DALI (parte scrisă, parte desenate).*

În ceea ce privește demonstrarea de către potențialii ofertanți, că au în proprietate sau dețin un antecontract în ceea ce privește stația de mixturi asfaltice și pe cea de preparat beton de ciment – pct.4.1, poz. 14 și 15- Consiliul reține că respectiva cerință este restrictivă, aceștia putând deține respectivele echipamente/utilaje, inclusiv, sub forma închirierii, aspect, de altfel, precizat de autoritatea contractantă , în caietul de sarcini, la pct.4.1, teza introductivă: Ofertantul trebuie să facă dovada deținerii în proprietate sau închiriere a unui minim de dotări tehnice; motiv pentru care, Consiliul dispune autorității contractante să coreleze informațiile de la punctele/pozițiile arătate, în sensul acceptării ca ofertanții să facă dovada deținerii stațiilor de mixturi asfaltice și de preparat beton de ciment, cu orice titlu sau dovada accesului la aceste stații.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de, în contradictoriu cu, în ceea ce privește criticile referitoare la cerința din caietul de sarcini (art. 4.1 pct. 14-15) potrivit căreia ofertantul trebuie să aibă în proprietate, sau după caz să aibă încheiat un antecontract pentru achiziționarea stațiilor de mixturi asfaltice și de betoane de ciment. Va obliga autoritatea contractantă ca,

în termen de maximum 10 zile lucrătoare, să modifice/completeze documentația, potrivit celor consemnate în motivare și dispozițiilor legale în vigoare și să publice aceste modificări în SEAP, în secțiunea specifică.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte critici din contestație.

Respinge cererea de intervenție voluntară formulată de

Cât privește cererea contestatoarei de acordare a cheltuielilor de judecată, în sumă de lei, reprezentând onorariu asistență juridică și reprezentare, Consiliul constată că, la dosar, au fost depuse Factura nr. și OP BCR nr., astfel încât, va admite, în parte, cererea contestatoarei, reducând cuantumul cheltuielilor și va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare, a sumei de 1.000 lei. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere soluția din acest dosar, documentele aflate la dosar și complexitatea cauzei. De asemenea, în reducerea cuantumului cheltuielilor, Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 451 cp. civ, care prevăd: „(1) Cheltuielile de judecată constau în taxele judiciare de timbru și timbrul judiciar, onorariile avocaților, ale experților și ale specialiștilor numiți în condițiile art. 330 [alin. \(3\)](#), sumele cuvenite martorilor pentru deplasare și pierderile cauzate de necesitatea prezenței la proces, cheltuielile de transport și, dacă este cazul, de cazare, precum și orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfășurare a procesului. (2) Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în

ceea ce privește criticile referitoare la cerința din caietul de sarcini (art. 4.1 pct. 14-15) potrivit căreia ofertantul trebuie să aibă în proprietate, sau după caz să aibă încheiat un antecontract pentru achiziționarea stațiilor de mixturi asfaltice și de betoane de ciment. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare, să modifice/completeze documentația, potrivit celor consemnate în motivare și dispozițiilor legale în vigoare și să publice aceste modificări în SEAP, în secțiunea specifică.

Respinge, ca nefondate, celelalte critici din contestație.

Respinge cererea de intervenție formulată de

Admite, în parte, cererea contestatoarei, reducând cuantumul cheltuielilor și obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare, a sumei de lei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....