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) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul situat în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată de ... - Administrator, lider al asocierii ... – ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. ..., respectiv împotriva răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. ..., emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ..., în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect *„MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL DIN ..., ...”*, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii;
- anularea răspunsului autorității contractante nr. ... la notificarea prealabilă nr. ...;
- anularea tuturor actelor autorității contractante, care au stat la baza luării deciziei de anulare a procedurii;
- reluarea și finalizarea procedurii de achiziție publică, prin încheierea contractului de achiziție publică.

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

Prin contestația depusă, ..., lider al asocierii ... – ..., în calitate de ofertant în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului, având ca obiect *„MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL DIN ..., JUDEȚUL ...”*, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Prin decizia nr. ..., Consiliul a dispus următoarele:

”Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează, în parte, procesul verbal nr. ..., înregistrat cu nr. ..., în ceea ce privește oferta asocierii ... – ... și actele subsecvente sau emise ulterior în cadrul procedurii de atribuire și obligă autoritatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, pentru considerentele prezentei, la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării DUAE cu solicitarea depunerii acordului de asociere.

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de ... în contradictoriu cu ....”

Prin decizia nr. ..., Consiliul a dispus următoarele:

”Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează, în parte, raportul procedurii de atribuire nr. ..., inclusiv anexa cu nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii ... – ... și aplicarea criteriului de atribuire și actele subsecvente acestora și obligă autoritatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, pentru considerentele expuse în motivare, la reluarea procedurii de atribuire de la etapa evaluării propunerilor tehnice.”

Prin decizia nr. ..., Consiliul a dispus următoarele:

”Admite contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... în contradictoriu cu ....

Anulează procesul-verbal nr. ... din 07.08.2017, înregistrat cu nr. ..., raportul procedurii de atribuire nr. ... din 07.08.2017, precum și actele subsecvente acestora, în partea dedicată evaluării ofertei asocierii ... – ....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze oferta depusă de asocierea ... – ..., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.”

În conținutul contestației sale, ... redă istoricul procedurii, arătând că prin adresa nr. ..., i s-a comunicat anularea procedurii de atribuire, în baza art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, motivat de imposibilitatea încheierii contractului de achiziție publică, datorită lipsei surse de finanțare.

Contestatoarea opinează că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, creând

circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată de legiuitor o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În susținerea afirmației sale, ... precizează următoarele:

- în documentația de atribuire nu este prevăzută nicio clauză sau condiție suspensivă, prin care să se reglementeze sau să se condiționeze semnarea contractului de achiziție publică de obținerea finanțării prin Programul Național de Dezvoltare Locală (PNDL) aprobat prin OUG nr. 28/2013;

- mai mult decât atât, conform art. 5.2 din draftul contractului de proiectare și execuție lucrări, parte integrantă din documentația de atribuire, se prevede că: ”Lucrările se vor deconta în limita fondurilor bugetare alocate pentru anii 2017, 2018, 2019 și 2020”. Astfel, nu poate prezenta relevanță fondurile alocate de autoritatea contractantă și/sau de la bugetul de stat în anul 2017 pentru acest obiectiv de investiții, din moment ce există posibilitatea alocării de fonduri în perioada 2018 – 2020, chiar dacă numai de la bugetul local, deși nu este exclus ca și prin PNDL să se suplimenteze fondurile alocate;

- lista obiectivelor de investiții și sumele alocate acestora pentru finanțarea Programului Național de Dezvoltare Locală (PNDL II) în perioada 2017-2020, este publicată pe site-ul oficial al ... (...) ..., încă de la data de 19.07.2017, perioadă în care autoritatea contractantă nu a considerat necesară măsura anulării procedurii motivat de lipsa finanțării;

- în contradictoriu cu motivația din decizia de anulare, autoritatea contractantă, ulterior datei de 19.07.2017, la data de 07.08.2017 nu a avut nicio problemă în a desemna câștigătorul ca fiind ..., chiar dacă și la acea dată cunoștea faptul că obiectivul de investiții în speță nu se află pe lista celor finanțate prin PNDL;

- în plus, ... arată că la data inițierii procedurii, autoritatea contractantă nu avea nicio certitudine în sensul finanțării obiectivului de investiții prin PNDL, astfel că a inițiat procedura cu asumarea riscului finanțării obiectivului de investiții, din fonduri proprii, precum aceasta însăși a menționat la art. 5.2 din contract: ”(...) în limita fondurilor bugetare alocate pentru anii 2017, 2018, 2019 și 2020 (...)”;

- contestatoarea susține că au fost încălcate prevederile legale privind inițierea procedurii de atribuire, condiționat de identificarea și existența surselor de finanțare, relevante și sugestive fiind în acest sens prevederile art. 12 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante documentele întocmite sau primite în cadrul procedurii de atribuire în discuție, ulterior adresei nr. ..., orice alte documente considerate de aceasta edificatoare în soluționarea prezentei cauze, precum

punctul de vedere cu privire la contestația depusă de ..., precum și dovada comunicării acestuia contestatoarei.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație.

Autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației formulate de ..., în baza art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, ... arată că:

- procedura de atribuire s-a inițiat exclusiv pe motivul identificării oportunităților de finanțare din bugetul de stat – programul național de dezvoltare locală, subprogramul ”Modernizarea satului românesc” (OUG nr. 28/2013), conform art. 7 alin. (1) din OUG nr. 28/20136 și nu pe alocarea de fonduri din bugetul local. Prin adresa nr. ..., emisă de ... și luată la cunoștință de către ... în data de 04.09.2017, aceasta a fost înștiințată că obiectivul de investiții ”Modernizarea drumuri de interes local din ..., județul ...” nu va beneficia de finanțare prin Programul Național de Dezvoltare Locală pentru perioada 2017-2020. Așadar, ... arată că a fost înștiințată, în mod oficial, de către finanțator că, obiectivul de investiții ”Modernizarea drumuri de interes local din ..., județul ...” nu va mai beneficia de finanțare prin Programul Național de Dezvoltare Locală pentru toată perioada 2017-2020 și nu numai pentru anul 2017. În acest sens, ... nu va mai aloca fonduri și încheia contractul de finanțare cu ... pentru acest obiectiv de investiții în perioada 2017-2020, așa cum rezultă din adresa menționată anterior;

- din punctul de vedere al legislației privind achizițiile publice, inițierea unei proceduri de atribuire nu este strict legată de aprobarea fondurilor, ci de identificarea acestora. Astfel, autoritatea contractantă susține că, indiferent de momentul inițierii procedurii de atribuire, avea obligația de a identifica, înainte de încheierea contractului, oportunitățile de finanțare pentru îndeplinirea în bune condiții a respectivului contract. În acest sens, oportunitățile de finanțare sunt traduse prin certitudinea existenței, la momentul încheierii contractului și nu la momentul inițierii procedurii, a sumelor aprobate în bugetul local, în limitele și potrivit destinațiilor stabilite prin bugetul respectiv, aprobat de către ordonatorul principal de credite. Ordonatorii principali de credite au obligația de a angaja și de a utiliza fonduri bugetare, numai în limita prevederilor și a destinațiilor aprobate, pentru cheltuielile strict legate de activitatea instituțiilor publice respective și cu respectarea dispozițiilor legale. Ori, în conformitate cu prevederile Legii 500/2002, legiuitorul sancționează drastic ordonatorii de credite care angajează cheltuieli (semnează contracte de achiziție publică), fără ca acestea să fie aprobate, respectiv: ”Art. 71 – Nerespectarea prevederilor art. 4 alin. (2) și (3) constituie infracțiune și se

pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă". Astfel, autoritatea contractantă arată că prin inițierea procedurii de atribuire, acceptarea sau nu a unei oferte, nu o obligă la angajarea de cheltuieli, dacă acestea nu sunt aprobate la momentul semnării contractului. Cum angajarea cheltuielilor bugetare se poate face doar în situația unor fonduri certe, atitudinea autorității contractante trebuie să fie una prudentă și în concordanță cu prevederile Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale;

- introducerea în Planul anual al achizițiilor publice pentru anul 2017 a obiectivului de investiții "Modernizarea drumuri de interes local din ..., județul ..." s-a realizat, ca urmare a aprobării documentației tehnico-economice de către Consiliul Local și a alocării și aprobării sumei de 39.000 lei în Bugetul de venituri și cheltuieli al .... Această sumă reprezintă partea de cofinanțare din bugetul local pentru anul 2017 și se referă la cheltuieli de organizare a procedurii de achiziție publică. În acest sens, Consiliul Local a aprobat documentația tehnico-economică a obiectivului de investiții și bugetul local al ..., luând la cunoștință de faptul că asigurarea sursei de finanțare se va realiza prin PNDL, și nu prin bugetul local, așa cum rezultă din documentele justificative anexate la comunicare anulării procedurii;

- ... arată că a continuat derularea procedurii de atribuire, chiar dacă pe site-ul oficial al ... a fost publicată, în data de, 19.07.2017, lista obiectivelor de investiții finanțate prin Programul Național de Dezvoltare Locală (PNDL II) pentru perioada 2017-2020, din care rezultă că obiectivul de investiții "Modernizarea drumuri de interes local din ..., județul ..." nu a fost cuprins la finanțare, tocmai din rațiunea că era convinsă că poate să obțină finanțarea de la ... în anii următori; însă prin adresa ... nr. ..., finanțatorul a informat-o că a stabilit, fără echivoc, că obiectivul de investiții nu va avea finanțare nici în anul 2017 și nici în anii următori, respectiv 2018, 2019, 2020. Astfel, ... susține că îi este interzis de legiuitor să încheie angajamente legale (contracte de achiziție publică) fără a avea aprobate sursele de finanțare (contracte de finanțare) la data semnării contractului de achiziție publică;

- autoritatea contractantă susține că nu a creat circumstanțe artificiale de a anula prezenta procedură, deoarece până la data de 04.09.2017 (data luării la cunoștință de decizia ... de a nu aloca fonduri din ... pentru obiectivul de investiții nici pentru perioada 2018-2020) nu a avut certitudinea că nu se vor aloca totuși fonduri în anii următori, în lipsa unei comunicări oficiale, în acest sens, până la data de 04.09.2017. Astfel, ... arată că a derulat procedura de atribuire în această perioadă, asumându-și răspunderea față de toți participanții la procedură. Ori, în lipsa încheierii contractului de finanțare cu ... pentru perioada 2017-2020 pentru finanțarea

obiectivului de investiții, devin incidente prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

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

Procedura simplificată într-o singură etapă, a fost inițiată de ..., în vederea atribuirii contractului, având ca obiect *„MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL DIN ..., JUDEȚUL ...”,* cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ....

Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind 4.389.761 lei, fără TVA.

Prin adresa nr. ... de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a încunoștințat asocierea ... – ... asupra anulării procedurii de atribuire în cauză, în temeiul prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, ca urmare a imposibilității încheierii contractului de achiziție publică, invocând în susținere adresa nr. ... emisă de ..., prin care se înștiințează autoritatea contractantă că obiectivul de investiții ”Modernizare drumuri de interes local din ..., județul ...” nu va beneficia de finanțare prin Programul Național de Dezvoltare Locală pentru perioada 2017-2020.

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la motivul de anulare, susținând cele invocate la paginile 3-4 din prezenta și solicită reluarea și finalizarea procedurii de achiziție publică, prin încheierea contractului de achiziție publică.

Consiliul apreciază că relevantă în cauză prezintă următoarele dispoziții legale:

- art. 14 alin. (3) din Legea nr. 500/2002: Nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanţă şi plătită dacă nu este aprobată potrivit legii şi nu are prevederi bugetare;

- art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau <u>dacă este imposibilă încheierea contractului.</u>

În acest sens, Consiliul reține că autoritatea contractantă a întreprins demersurile necesare obținerii fondurilor aferente finanțării prezentului contract de achiziție publică, precum și că aceasta a avut certitudinea că fondurile nu vor fi alocate prin adresa ... mai sus menționată, rezultând că procedura de atribuire nu a fost anulată urmare a unor circumstanțe artificial create; declanșarea procedurii de atribuire fără a avea certitudinea existenței fondurilor aferente nu poate constitui motiv de continuare a procedurii de

atribuire, întrucât, pe de o parte, prevederile legale în vigoare nu interzic acest lucru autorității contractante, iar, pe de altă parte, ar conduce la o demarare rapidă a activităților în condițiile existenței finanțării.

În numeroase decizii, Consiliul s-a pronunțat în sensul menținerii deciziei de anulare a procedurii de atribuire, în situația în care era imposibilă încheierea contractului, nefiind asigurate fondurile necesare, iar autoritatea contractantă a demonstrat că a întreprins toate demersurile pentru obținerea finanțării.

Semnarea unui contract sub condiția suspensivă a obținerii fondurilor ar putea conduce la situații litigioase cu consecințe negative pentru semnatarii contractului asupra cărora s-a pronunțat ANAP prin notificarea nr. 256/2016.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei vizavi de condiția din fișa de date a achiziției mai sus analizată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.