



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr./24.12.2020, formulată de SRL, cu sediul în sat, ..., comuna, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la cabinet de avocat, împotriva documentației de atribuire, elaborată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE, asistență tehnică din partea proiectantului) și execuție lucrări pentru implementarea proiectului: modernizarea rețelei de drumuri de interes local în, județul, cod CPV principal 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat, anularea acelor prevederi și cerințe ale documentației de atribuire care 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; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, conform prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016; suspendarea procedurii de atribuire, potrivit dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea contestației de față; obligarea autorității contractante să achite cheltuielile făcute pentru soluționarea prezentei contestației, potrivit prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică documentația de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... SRL prezintă argumente în susținerea nelegalității unor prevederi ale documentației de atribuire, astfel:

Prevederea art. II.2.14 din fișa de date a achiziției privitoare la posibilitatea pentru autoritatea contractantă de evita obligația de încheiere a contractului de achiziție publică este, potrivit contestatoarei, incompletă și ambiguă, acesteia lipsindu-i un element al alternativei „procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare”. Astfel, termenul „*fie*” introduce un prim element al alternativei în care finanțarea va fi obținută, dar propoziția se termină abrupt, fără a se mai indica ce altă posibilitate de obținere a finanțării mai există pe lângă primul element al alternativei introdus prin „*fie*”.

Unul din elementele calitative esențiale ale unei documentații de atribuire este claritatea, deoarece în lipsa acesteia, fie se distorsionează concurența, fie se dă posibilitatea autorității contractante să săvârșească abuzuri.

De asemenea, prevederea art. II.2.14 din fișa de date privitoare la posibilitatea pentru autoritatea contractantă de evita obligația de încheiere a contractului de achiziție publică are un caracter pur potestativ, în aprecierea contestatoarei, încălcând prevederile art. 143 din 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.

Autoarea contestației consideră 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.

Menționând prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016, contestatoarea consideră că scopul acestei prevederi este acela de a salvagarda concurența corectă prin a nu permite autorității contractante de a „*selecta*” indirect ofertantul care îi convine, prin refuzul de a încheia contractul de achiziție publică cu un ofertant neagreat.

De la această regulă nu se permit decât excepțiile prevăzute prin acte normative, acestea fiind de strictă interpretare și aplicare. Astfel de excepții sunt prevăzute de OUG nr. 40/2015 privind gestionarea

financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020. Art. 1 al OUG nr. 40/2015 prevede în mod expres faptul că aceasta „stabilește cadrul financiar general pentru gestionarea asistenței financiare nerambursabile alocate României din Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune și Fondul de ajutor european destinat celor mai defavorizate persoane în perioada de programare 2014-2020, precum și a prefinanțării și cofinanțării aferente acestei asistențe, în vederea asigurării unui management financiar eficient al acestor fonduri”. După cum reiese din Circulara nr. 60508/CB/07.08.2019 a MFP - Direcția Generală Programe Europene Infrastructura Mare, publicată pe site, nici în cazul proiectelor cu finanțare europeană, clauza suspensivă nu poate fi folosită pentru a conduce la un drept discreționar al autorității contractante de a refuza încheierea contractului.

Art. II.2.13 din anunțul de participare prevede că achiziția nu este finanțată din fonduri UE, ci din fonduri bugetare astfel că 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, decât fondurile bugetare, rezultă în opinia contestatoarei că, prin această clauză suspensivă, autoritatea contractantă intenționează să își ofere în mod nelegal posibilitatea de a alege dacă să încheie sau nu contractul de achiziție publică cu ofertantul câștigător.

Următoarea critică vizează calificarea juridică a expertului cooptat (dl. Tancaba Andrei Horia) care nu respectă, în aprecierea contestatoarei, prevederile art. 126 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și este incompatibilă cu pretinsa calificare a sa ca „expert tehnic” indicată la art. III.1.1.a) din fișa de date.

Societatea contestatoare consideră că prevederile art. 126 alin. (3) din HG nr. 395/2016 sunt clare în a face distincție între expertul tehnic și cel cu pregătire juridică. Prin urmare, art. III.1.1.a) din fișa de date indică în mod „fals” faptul că dl. Tancaba Andrei Horia ar fi expert tehnic cooptat, profesia sa fiind de jurist, dându-i astfel calitatea de expert juridic.

Potrivit art. 126 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cooptarea experților se face strict pentru evaluarea solicitărilor de participare ori a ofertelor, aspect care reiese din prevederile art. 128, astfel dl. Tancaba Andrei Horia având un *rol obscur*, nefiind indicat în niciun fel dacă domnia sa are atribuțiile prevăzute la art. 128 care țin de evaluare, urmând a face un raport de specialitate destinat să faciliteze comisiei de evaluare adoptarea deciziilor în cadrul procesului de analiză a solicitărilor de participare/ofertelor și de stabilire a ofertei/ofertelor câștigătoare, sau dacă, dimpotrivă, are sau a avut vreun rol care să îl facă incompatibil cu calitatea de persoană implicată în procesul de evaluare.

Este neclar, în accepțiunea societății contestatoare, în ce măsură un raport de specialitate juridică ar facilita comisiei de evaluare

adoptarea deciziilor, când evaluarea se face strict prin raportare la criteriile tehnice și financiare, nu la criteriile de natură juridică.

Într-o altă critică, ... SRL susține că este nejustificată și restrictivă cerința de a se întocmi grafice detaliate la nivelul solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini, (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S) pentru fiecare stradă în parte, în condițiile în care documentația care nu conține cantități estimate de lucrări și nici liste de cantități cu articole de deviz.

Prin fișa de date (art. IV.4.1, II, pct. 3) și caietul de sarcini s-a solicitat ofertanților, ca parte a propunerii tehnice, întocmirea de grafice detaliate (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S) pentru fiecare stradă în parte, detaliat la nivel de articol de deviz.

Ținând seama că licitația este pentru proiectare și execuție lucrări, ofertarea se face pe baza unei documentații de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă, documentație care nu conține cantități estimate de lucrări și nici liste de cantități cu articole de deviz. În această situație nu se pot întocmi grafice detaliate la nivelul solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini, (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S) pentru fiecare stradă/obiect în parte (sunt 13 de obiecte) grafice detaliate la nivel de articole de deviz din cadrul fiecărei categorii de lucrări. Această cerință conduce la pregătirea unui grafic conținând 111 de categorii de lucrări și aproximativ 1110 de articole de deviz. Diagrama Pert este solicitată la nivel de „*zi calendaristică*”, ceea ce, conform termenului de execuție de 12 de luni, mai adaugă încă 365 de coloane la graficul cu 1110 de activități.

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.

Totodată în cadrul procedurii, proiectul tehnic nu a fost întocmit, documentația DALI nu conține nici cantități estimative ale categoriilor de lucrări și nici liste de cantități estimate de elaboratorul DALI.

În lipsa acestor informații pe care ar fi trebuit să le pună la dispoziție autoritatea contractantă, nu se pot întocmi cele 5 feluri de grafice solicitate prin fișa de date și caietul de sarcini.

Referindu-se strict la complexitatea graficelor solicitate, contestatoarea subliniază că aceste tipuri de grafice, în condițiile inexistenței proiectului tehnic, nu se solicită la licitație nici pentru modernizarea autostrăzilor, a drumurilor naționale, sau drumurilor județene, iar autoritatea contractantă le solicită la modernizarea unor drumuri comunale.

Prin HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, se stabilește tipul de grafic general ce trebuie întocmit la elaborarea

proiectului tehnic și anume grafic pe luni și categorii de lucrări dar nicidecum pe zile și articole de deviz.

Contestatoarea consideră că, stabilirea datei limită pentru depunerea ofertelor în perioada imediat următoare sărbătorilor de iarnă coroborată cu timpul foarte scurt de elaborare a ofertelor, raportat la lipsa unor elemente clare pentru pregătirea acestora constituie un element care distorsionează concurența.

Potrivit art. IV.2.2) din Anunțul de participare, termenul-limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare este 08.01.2021, ora 15:00, în condițiile în care între data anunțului de participare (17.12.2020) și data depunerii ofertei (08.01.2021) sunt doar 13 zile lucrătoare, stabilirea datei la foarte scurt timp după revelion apare ca un element menit să facă extrem de dificil pentru orice ofertant care nu avusese anterior la cunoștință de intenția autorității contractante de a face această investiție, să pregătească și să depună o ofertă.

Această cerință restrictivă trebuie coroborată și cu faptul că pentru pregătirea acestei oferte nu există o documentație din care să rezulte cantitățile, ele trebuind să fie estimate fără a exista la acest moment un proiect tehnic, precum și cu cerințele nejustificate de exigente privitoare la documentațiile tehnice care trebuie pregătite ca parte a ofertei. Acest ansamblu face aproape imposibilă depunerea unei oferte fundamentate de către un ofertant onest, fiind în mod vădit menit să distorsioneze concurența.

De asemenea, contestatoarea consideră că factorul de evaluare prevăzut la art. II.2.5 din fișa de date și art. II.2.5 din anunțul de participare, referitor la experiența experților este disproporționat raportat la complexitatea relativ scăzută a lucrărilor, constituind astfel un criteriu excesiv de restrictiv.

Componenta tehnică are o pondere importantă (25%) între factorii de evaluare, însă raportând la faptul că, din punct de vedere tehnic, obiectul acestei proceduri constă într-un contract pentru modernizarea drumurilor locale, cu un sistem rutier conform clasei tehnice V a drumului și categoria de importanță „C” - adică lucrări de importanță redusă, prevederea potrivit căreia se punctează maxim experiența similară a experților (cinci la număr) în peste 20 de contracte, apare ca evident disproporționată și restrictivă. Conform acestei cerințe, pentru a lua punctajul maxim, pentru reabilitarea unor drumuri locale, un ofertant trebuie să aibă cinci experți-cheie (dintre care trei proiectanți CFDP, unul dintre ei șef de echipă, un topometrist și un geodez) care, fiecare dintre aceștia, să fi fost implicat în cel puțin 20 de proiecte / contracte având ca obiect construcția sau reabilitarea de drumuri (de la autostrăzi la drumuri locale).

Acest factor de evaluare încalcă și prevederile art. 32 alin (3) din HG nr. 395/2016, ponderea de 25% a factorului de evaluare legat de experiența experților coroborată cu stabilirea unor praguri excesive

pentru acordarea punctajelor maxime, nefiind corelată cu ponderea tehnică a proiectării în obiectul procedurii.

Astfel, la un drum de o importanță redusă, cu puține lucrări de artă, ponderea tehnică a activității de proiectare este cu mult mai redusă raportat la lucrări, decât în cazul unui drum de o importanță superioară, astfel acest factor încalcă și cerința prevăzută la art. 32 alin. (2), alin. (4), alin. (8) și alin. (9) din HG nr. 395/2016, art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și art. 3 alin. (6) pct. I din Instrucțiunea nr. 1/2017 emisă de Președintele ANAP.

În continuare, societatea contestatoare arată că factorul de evaluare referitor la durata de execuție nu conduce la obținerea unui avantaj real pentru autoritatea contractantă, în condițiile în care aceasta poate întârzia semnarea contractului în termenul de 12 luni în care operează clauza suspensivă prevăzută de art. II.2.14 din fișa de date.

Potrivit art. II.2.5 din Fișa de date și art. II.2.5 din anunțul de participare, 5% din punctaj va fi alocat factorului constând în durata de execuție. Punctajul maxim îl va lua oferta cu o durată de 9 luni, iar pentru o durată de 12 de luni, nu se va acorda punctaj. Astfel o diferență de 3 luni conduce la acordarea punctajului maxim pentru acest factor.

Atâta timp cât autoritatea contractantă poate întârzia încheierea contractului 12 luni, este negat pretinsul avantaj pe care l-ar obține autoritatea contractantă prin devansarea termenului de execuție cu doar 3 luni, încălcându-se, prin acest factor de evaluare, prevederile art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

..... SRL consideră că cerința de la art. IV.4.2 din fișa de date - Modul de prezentare a propunerii financiare, lit. b) Graficul de plăți este inutilă, cât timp nu se știe sursa de finanțare.

În lipsa unei surse de finanțare clare, opinează contestatoarea, nu este utilă pregătirea unui grafic de plăți din faza de licitație. Mai mult, în lipsa sursei de finanțare lipsesc elemente esențiale pentru a se putea pregăti un grafic realist de plăți.

De asemenea, în lipsa unor antemăsurători cu articole de lucrări autoritatea contractantă nu va fi în măsură să evalueze în mod obiectiv ofertele care vor fi depuse.

Totodată, stipularea unei durate de doar o lună pentru proiectare este insuficientă raportat la numărul de străzi.

Trebuie menționat și faptul că documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenție (DALI) care au fost scoase la licitație în ultima perioadă în județele Buzău și de către numeroase unități administrativ-teritoriale, conțin aceste cerințe total ieșite din comun la niște licitații publice și care, fiind aproape identice, provin de la același consultant.

În probatoriu, contestatoarea înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri.

Cu adresa nr. din 04.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. din 05.01.2021, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia.

Autoritatea contractantă precizează că aspectele criticate nu contrazic prevederile legale în materie, clauza suspensivă fiind verificată și aprobată inclusiv de către ANAP, în exercitarea funcției sale de control privind documentațiile de atribuire în proceduri.

Clauza suspensivă, invocată de către contestatoare, menționată în documentația de atribuire are rolul de a informa potențialii ofertanți, despre faptul că la momentul publicării pe SEAP a procedurii, investiția nu beneficia de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una ipotetică, prezenta procedura având la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Astfel, referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclusă în strategia de dezvoltare a Companiei Naționale de Investiții. De altfel, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă, ca scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SEAP fiind unul ce ar fi trebuit a fi făcut, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către Compania Națională de Investiții a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractante, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică, sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând a fi unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată. În cazul în care dacă s-ar aștepta încă 12 luni, spre exemplu, pentru a se semna finanțarea, urmate de alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă.

Totodată, susține autoritatea, contractul de proiectare și execuție aferent procedurii în cauză nu se va semna până la momentul semnării contractului de finanțare, clauza suspensivă având rolul de a preveni orice litigiu ce ar putea interveni în situația în care finanțarea nu s-ar mai obține.

În privința criticii aduse factorului de evaluare „experiența echipei de experți”, căruia i-a fost alocat un procent de 25% și un număr ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare, ca și importanță în cadrul criteriului de atribuire *cel mai bun raport calitate-preț*, autoritatea contractantă precizează faptul că acesta este unul cât se poate de legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare.

Astfel, prin acest criteriu, deși s-a cerut ca echipa de proiectare să fie compusă din minim 5 membri, specialiști în domeniul CFDP, geodeziei și topografiei, criteriu pe care ofertantul îl consideră nelegal, autoritatea contractantă subliniază faptul că acesta a fost în deplină concordanță cu prevederile instrucțiunii 1/2017 emisă de ANAP și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Prin alegerea acestui factor de evaluare, autoritatea contractantă nu a urmărit decât ca elaboratorul documentației tehnico-economice să fie unul capabil, care a realizat în trecut un număr suficient de mare de proiecte similare și care va putea să livreze o documentație corectă, care să poată fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție, sau în timpul execuției.

Alegerea ca experți minim solicitați și cu o experiență vastă, a unui șef de proiect inginer CFDP, a doi ingineri proiectanți CFDP și a unui inginer geodez și unul topometrist a fost una logică și în concordanță cu prevederile legale, respectiv *art. 187 alin. (5) litera b*).

În ceea ce privește cerința tehnică de întocmire a graficelor Gantt, structurii WBS, diagrama CPM, diagrama PERT și curba S pentru fiecare stradă în parte, autoritatea contractantă precizează că în documentația de atribuire s-au prezentat profile ale fiecărei străzi ce urmează a fi proiectată, profile longitudinale, profile transversale din care cu ușurință rezultă lungimea, lățimea, structura și fiecare detaliu necesar întocmirii graficelor. Ofertanților li s-a furnizat și formularul de grafic de plăți unde se putea vedea fiecare categorie de lucrări aferentă fiecărei străzi, deci aceștia putând concepe aceste grafice fără nicio problemă. În practică, ofertanții câștigători nu respectă termenele de execuție, ori acest grafic are rolul de a obliga, pe de o parte, ofertantul câștigător și la respectarea acestuia.

Referitor la durata de depunere, autoritatea contractantă consideră că și această critică este nefondată, fiind asigurat minimul perioadei necesare întocmirii ofertelor.

În ceea ce privește modul de elaborare al ofertei financiare, autoritatea contractantă susține că prezentarea graficului de prețuri și a graficului de plăți, așa cum acesta este inclusiv recomandat de către ANAP în modalitatea de prezentare al ofertelor financiare pentru acest gen de proceduri (proiectare și execuție) are rolul de a predefini proiectul tehnic, ofertanții de fapt prezentând valorile aferente fiecărui stadiu fizic aferent fiecărei străzi, conform propriilor evaluări inițiale, acestea nefiind inutile.

Cu privire la calificarea expertului Tancaba Andrei Horia, autoritatea contractantă precizează faptul că, dintr-o eroare de tehnoredactare, a fost inclus și cuvântul „tehnic”, acesta fiind expert cooptat cu atribuții în consilierea privind întocmirea documentației de atribuire și evaluarea tehnică și financiară a ofertelor, conform contractului încheiat și pe baza calificării certificate ale acestuia.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. /07.01.2021, ... SRL transmite răspuns la punctul de vedere formulat de achizitoare în cuprinsul căruia prezintă argumente pentru a combate afirmațiile acesteia.

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect Servicii de proiectare, faza de proiect tehnic (PT+DE, asistență tehnică din partea proiectantului) și execuție lucrări pentru implementarea proiectului: „Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în, județul, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, online, conform anunțului de participare simplificat nr. /17.12.2020, publicat în SICAP. Din informațiile anunțului de participare simplificat, Consiliul reține că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 8.362.081,84 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preț, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru 08.01.2021, ora 15:00.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, nemulțumită fiind de anumite aspecte din cuprinsul acesteia, ... SRL a formulat contestația în analiză, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei, consemnând și cauțiunea aferentă.

Prin încheierea nr., a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare formulată de autoarea contestației. În prezent, procedura în cauză este suspendată.

Prin contestația care face obiectul prezentei, ... SRL este nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, despre care susține că nu ar respecta prevederile legale.

Analizând, criticile contestatoarei privind *clauza suspensivă*, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.14 *Informatii suplimentare*, din fișa de date a achiziției, sunt prezentate următoarele informații:

Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, ... în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.

Totodată, la cap. II.2.13 *Informații despre fondurile Uniunii Europene*, din cuprinsul aceleiași fișe de date s-a specificat: *Achiziția se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: **Nu***

De asemenea, Consiliul are în vedere că, la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a depus dovada includerii proiectului pe lista sinteză de finanțare a Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului *Drumuri de interes local și drumuri de interes județean*.

În contextul celor prezentate, este de reținut că, potrivit art. 5 din Statutul Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. publicat în anexa nr. 2 la Ordonanța Guvernului nr. 25/2001, scopul CNI este realizarea de construcții de interes public, pe terenuri proprietate publică sau privată a statului ori a autorităților publice locale, precum și pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

Modalitatea în care își desfășoară activitatea Compania Națională de Investiții în vederea atingerii scopului anterior reprodus este stabilită la art. 6 *Obiectul de activitate* din anexa nr. 2 la Ordonanța Guvernului nr. 25/2001, relevante în soluționarea contestației care face obiectul prezentei fiind prevederile art. 6 alin. (1) - (5), respectiv:

(1) C.N.I. desfășoară activități de interes public în scopul obținerii de venituri pentru acoperirea cheltuielilor de organizare și funcționare a societății, precum și activități de investiții pentru realizarea construcțiilor și are, în principal, ca obiect de activitate:

(...)

(2) Construcțiile se realizează pe terenuri proprietate publică sau privată a statului, a autorităților publice locale sau pe terenuri proprietate privată puse la dispoziție de persoane fizice și/sau juridice.

(3) Realizarea de construcții se face de CNI, respectând procedura de achiziții publice, în condițiile legii.

(4) Recepția lucrărilor se face de personalul CNI împreună cu beneficiarul.

(5) Predarea obiectivului de investiții realizat se face prin protocol către beneficiarul investiției sau prin protocol cu titlu gratuit către administrația publică locală.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că obligația respectării legislației din domeniul achizițiilor publice în cazul realizării construcțiilor/investițiilor aparține Companiei Naționale de Investiții SA, aceasta fiind obligată, potrivit prevederilor legale anterior menționate, să deruleze procedurile de atribuire în vederea încheierii contractelor de proiectare și/sau execuție lucrări.

În ceea ce privește sintagma Subprogramul *Drumuri de interes local și drumuri de interes județean* menționată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, Consiliul reține următoarele aspecte:

- potrivit art. 5 alin. (1) din Ordonanța nr. 25/2001, CNI realizează programe de investiții în cadrul «Programului național de construcții de interes public sau social», prevăzut în **anexa nr. 3**, care face parte integrantă din prezenta ordonanță, precum și programe proprii de investiții.

- *programul național de construcții de interes public sau social* este descris la art. 1 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 astfel Programul național de construcții de interes public sau social, denumit în continuare program, se realizează de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., societate pe acțiuni aflată sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, potrivit obiectului său de activitate și cu atribuțiile stabilite conform prevederilor legale în vigoare. Realizarea obiectivelor de investiții de natura celor care se execută în cadrul Programului național de construcții de interes public sau social este facultativă;

- la art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 anterior menționată se regăsește o defalcare a *Programului național de construcții de interes public sau social* în subprograme;

- prin OUG nr. 95/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 25/2001 privind înființarea Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. a fost introdus la lit. k) a art. 2 alin. (1) din Anexa nr. 3 un nou subprogram intitulat *Drumuri de interes local și drumuri de interes județean*.

Modalitatea de derulare a *Programului național de construcții de interes public sau social* și, implicit, a subprogramului intitulat *Drumuri de interes local și drumuri de interes județean*, indicat de către autoritatea contractantă drept dovadă a finanțării prezentei proceduri de atribuire, se regăsește în cadrul art. 4 alin. (1) din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, potrivit căruia Amplasamentele destinate construcțiilor care se realizează în cadrul subprogramelor se predau de către beneficiari pe perioada realizării investiției, pe bază de protocol, libere de orice sarcini, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, care va realiza investiția prin Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A..

Drepturile și obligațiile fiecăreia dintre părți (beneficiar, CNI, minister) sunt detaliate în cadrul capitolului II *Promovarea investițiilor* și a capitolului III *Derularea finanțării și realizării investițiilor* din Anexa nr. 3 a Ordonanței nr. 25/2001, care prevăd următoarele aspecte:

- art. 5: La solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „CNI,” - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte **lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate**, potrivit prevederilor anexei nr. 3¹, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. **Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții** și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare;

- art. 6: Obiectivele de investiții prevăzute la art. 5 sunt preluate și cuprinse în lista de investiții a Companiei Naționale de Investiții „CNI” - S.A. după aprobarea indicatorilor tehnico-economici, conform legislației în vigoare;

- art. 7 alin. (1): Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 3². Acestea sunt preluate pe durata de realizare a investiției, după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării

Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii;

- art. 9: **Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. derulează procedurile de atribuire** a contractelor de prestări de servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare;

- art. 11 alin. (1): Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. asigură urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, recepția la terminarea lucrărilor, conform graficului anexă la contractul de execuție de lucrări, și punerea în funcțiune a obiectivelor de investiții și participă împreună cu reprezentanții beneficiarilor la recepția finală la expirarea perioadei de garanție;

- art. 12: După efectuarea recepției, la terminarea lucrărilor, Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A., prin Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, va preda cu titlu gratuit beneficiarului, pe bază de protocol, conform modelului din anexa nr. 3³, amplasamentul împreună cu obiectivul de investiții realizat, cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că rolul în implementarea investiției prin subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean nu include activitatea de derulare a procedurilor de achiziție publică deoarece, potrivit art. 9 anterior citat, această activitate este atributul exclusiv al CNI.

Conform art. 7 alin. (1) și art. 12 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, antecitate, în eventualitatea obținerii calității de beneficiar al subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean, ... are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca, ulterior, predarea către primărie să realizeze de către CNI, prin minister, după efectuarea recepției la terminarea lucrărilor. Toate celelalte etape aferente execuției investiției cum ar fi organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, confirmarea lucrărilor care urmează a fi decontate, recepția la terminarea lucrărilor etc. sunt atributul Companiei Națională de Investiții „CNI” – SA conform prevederilor art. 11 din Anexa nr. 3 evocate în cele ce preced.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că, ignorând în totalitate etapele de derulare a Programului național de construcții de interes public sau social și, în special, prevederile art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța Guvernului nr. 25/2001 care pun exclusiv în sarcina Companiei Națională de Investiții „CNI” SA activitatea de derulare a procedurilor de atribuire, ... a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret vreo sursă de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție și fără ca această procedură să fie necesară în vederea executării prin CNI.

Consiliul reține că eventualul contract care ar fi încheiat de către cu un operator economic în urma finalizării procedurii de atribuire nu poate face obiectul finanțării prin Programul național de construcții de interes public sau social definit în Anexa nr. 3 la Ordonanța Guvernului nr. 25/2001, deoarece condiția executării obiectivelor finanțate prin program este legată de calitatea de autoritate contractantă a Companiei Naționale de Investiții SA

dobândită prin exercitarea de către aceasta din urmă a atribuțiilor în calitate de autoritate contractantă conform prevederilor art. 9 din Anexa nr. 3 la ordonanță.

Consiliul reține că prevederile legale anterior menționate nu conferă Companiei Naționale de Investiții „CNI” SA calitatea de instituție financiară finanțatoare a contractelor atribuite de către autoritățile administrației publice locale deoarece rolul/scopul CNI precizat la art. 5 din statut constă în realizarea de construcții de interes public pe terenurile puse la dispoziție de respectivele autorități, ceea ce implică derularea în cadrul CNI a tuturor activităților necesare executării investiției inclusiv organizarea procedurilor de atribuire.

Prin urmare, procedura organizată de este lipsită de orice relevanță în ceea ce privește finanțarea contractului de lucrări prin Programul național de construcții de interes public sau social, deoarece calitatea sa de autoritate contractantă este incompatibilă cu atribuțiile și etapele de derulare a investiției de către Compania Națională de Investiții SA, prevăzute la cap. II și III din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Faptul că obiectivul se află pe lista sinteză de finanțare în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean nu constituie o dovadă a existenței finanțării, deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța Guvernului nr. 25/2001 stabilesc că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor care urmează a fi transmisă către Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobarea prin ordin de ministru în vederea întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare. Din acest punct de vedere, lista sinteză în forma prezentată de către, regăsită în documentele transmise Consiliului, poate fi considerată, cel mult, dovadă de înregistrare a solicitării.

Potrivit prevederilor art. 43 alin. (9) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice 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.

Rezultă din cele citate că oraganizatoarea avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea drumurilor locale în situația în care putea să asigure integral finanțarea acestui obiectiv, deoarece singura excepție permisă de norma juridică anterioară respectiv aceea în care obiectivul ar fi fost finanțat din fonduri externe este infirmată de prevederile secțiunii II.2.13 din fișa de date în care autoritatea contractantă a

precizat că procedura de atribuire nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Totodată, apărarea că proiectului i-a fost deschisă o linie bugetară multianuală nu este dovedită în niciun fel (nu a fost anexat niciun înscris de programare bugetară multianuală).

În ceea ce privește posibilitatea inițierii procedurilor de atribuire *cu clauză suspensivă*, Consiliul reține că aceasta este reglementată la art. 12 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 40/2015 *privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020*, cu modificările și completările ulterioare, fiind condiționată la rândul său de mai multe aspecte, dintre care sunt relevante în soluționarea prezentei următoarele:

- procedura să fie organizată în vederea atribuirii unui contract finanțat din fonduri europene;
- există contract de finanțare semnat cu autoritatea de management;
- contractul de finanțare semnat cu autoritatea de management conține clauză rezolatorie de a cărei îndeplinire depinde finanțarea proiectului;
- clauza suspensivă prevăzută în documentația de atribuire condiționează semnarea contractului rezultat din procedura de atribuire de îndeplinirea clauzei rezolatorii.

Având în vedere că în speța dedusă soluționării nu este îndeplinită niciuna dintre condițiile anterior menționate, prevăzute de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 40/2015, Consiliul reține că organizatoarea nu avea dreptul să inițieze procedura de atribuire prin condiționarea încheierii contractului de îndeplinirea clauzei suspensive.

Procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 au ca scop încheierea unui contract de achiziții publice, în mod excepțional fiind posibilă anularea procedurii, în cazurile expres prevăzute de lege (art. 212 din Legea nr. 98/2016).

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire (...) *dacă este imposibilă încheierea contractului* trebuie interpretată în sensul în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece lipsa/absența sursei de finanțare nu era doar previzibilă, ci era chiar certă la data inițierii procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante.

Mai mult, întrucât contractul de achiziție publică este prin definiție un contract cu titlu oneros, prin care autoritatea contractantă

își asumă obligația de a plăti prețul pentru bunurile, lucrările sau serviciile pe care le dobândește prin contractul respectiv, existența și disponibilitatea fondurilor necesare pentru plata prețului reprezintă un element esențial al contractului. În conformitate cu prevederile în materia finanțelor publice, contractul, care este un angajament legal în termenii art. 4 alin. (4) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare (respectiv, pentru bugetele locale, art. 4 alin. (4), art. 42, art. 14 alin. (4) din Legea nr. 278/2006 privind finanțele publice locale, cu modificările și completările ulterioare) nu poate fi încheiat în absența creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, incluse în bugetul autorității contractante.

Potrivit prevederilor legale anterior menționate, finalitatea procedurii de atribuire constă în încheierea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă neavând dreptul să folosească în mod impropriu procedurile de atribuire doar în scopul consultării pieței, deoarece demersurile efectuate de către operatorii economici în vederea depunerii ofertelor implică costuri pe care aceștia se așteaptă să le recupereze din derularea contractului pe care autoritatea contractantă are obligația conform art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 să îl încheie cu ofertantul desemnat câștigător.

Prin urmare, Consiliul constată că modalitatea nelegală în care a fost organizată prezenta procedură de atribuire este rezultatul confuziei autorității contractante cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor prin intermediul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA, aceasta neavând, în fapt, nicio sursă de finanțare identificată pentru derularea contractului de achiziție publică, criticile contestatoarei privind lipsa sursei de finanțare și clauza suspensivă fiind întemeiate.

Întrucât lipsa de finanțare nu poate fi acoperită printr-o măsură de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va anula procedura de atribuire.

Având în vedere derularea în mod necorespunzător a procedurii, o analiză a celorlalte critici nu se mai impune.

În sensul celor de mai sus au fost emise de Consiliu următoarele decizii: 2287/C3/2472, 2478 din 10.12.2020, 2389/C1/2568 din 22.12.2020, 2399/C10/2566 din 23.12.2020, 2416/C8/2634 din 28.12.2020, 2420/C7/2567 din 28.12.2020, 2421/C9/2545 din 28.12.2020, 2427/C8/2660 din 29.12.2020.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea contestației, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.

SRL, deși a solicitat Consiliului - prin contestație - să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat la contestație vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația SRL, în contradictoriu cu, și anulează procedura de atribuire.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge, ca nefondată, cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....