

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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: ...

I. Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 64321/09.10.2024, formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva adresei nr. 320298/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 320082/01.10.2024, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect *„Servicii de consultanță și management derulare contracte de execuție lucrări încheiate conform H.G. nr. 1/2018 prin Supervisor, pentru realizarea obiectivelor de investiții la nivelul ...”*, se solicită anularea adresei nr. 320298/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii, anularea deciziei de anulare a procedurii, obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, cu scopul de a corecta raportul procedurii nr. 320082/01.10.2024, remedierea acestuia și corectarea anulării concluziilor menționate la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături din acesta, începând cu teza 5, pag. 12-16, care cuprind propunerea de anulare a procedurii de atribuire, obligarea autorității contractante la emiterea unui raport al procedurii care consemnează rezultatul evaluării ofertelor, astfel cum a fost consemnat până la pag. 11 inclusiv, respectiv a raportului procedurii care la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături, menționează rezultatul evaluării și clasamentul înregistrat, desemnarea ofertelor câștigătoare clasate pe primele 3 locuri în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAЕ, precum și la comunicarea ofertelor câștigătoare, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu contestația, precum și la plata unor daune interese egale cu prejudiciul suferit, iar, în subsidiar, anularea avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024.

II. Prin contestația nr. 130171/14.10.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 65735/15.10.2024, formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 320259/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 320082/01.10.2024, emise de către aceeași autoritate contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită anularea adresei nr. 320259/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 320082/01.10.2024, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale, declarată inacceptabilă și neconformă, anularea deciziei de anulare a procedurii și, totodată, a Avizelor conforme inclusiv a Avizului conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024, precum și a Avizului conform necondiționat nr. 17694/15713/DGCECMSS/.../02.10.2024, care, aparent, au stat la baza deciziei autorității contractante de anulare a procedurii, anularea tuturor actelor procedurii anterioare, concomitente și/sau subsecvente Raportului de anulare a procedurii nr. 320082/01.10.2024 și a adresei de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320259/01.10.2024, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și continuarea acesteia în condiții de legalitate, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată avansate de prezentul demers, precum și la plata daunelor interese aferente prejudiciului suferit urmare a deciziei de anulare, precum și, în temeiul prevederilor art. 19 raportate la dispozițiile art. 21 din Legea nr. 101/2016, acordarea posibilității de a avea acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum și de a pune concluzii scrise în cursul procedurii de soluționare a contestației, rezervându-și dreptul de a dezvolta/completa prezenta contestație sau, după caz, de a formula o nouă contestație.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se aplică art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind conexe prin efectul legii.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

I. 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 ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L., critică modalitatea prin care autoritatea

contractantă ... a evaluat ofertele depuse și a anulat procedura de atribuire.

Contestatorul arată că, examinând documentația de atribuire aferentă anunțului de participare nr. ... publicat de autoritatea contractantă ... în SEAP, depune ofertă la data de 03.01.2024, data limită de depunere și că în derularea procedurii, a luat la cunoștință din SEAP de o serie de Avize ANAP necondiționate și clarificări din oficiu.

Prin adresa nr. 210220/25.06.2024, autoritatea contractantă a solicitat asocierii contestatoare, clasate pe primul loc în clasament, să prezinte documentele-suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE.

La data de 02.10.2024, contestatorul a primit din partea autorității contractante documentul SCRISOARE DE COMUNICARE PRIVIND REZULTATUL FINAL AL EVALUĂRII nr. 320298/01.10.2024, prin care se comunică următoarele: *„Ca urmare a publicării anunțului de participare nr. .../10.11.2023 și a depunerii ofertei de către asociere, vă comunicăm faptul că prin raportare la prevederile secțiunii 4 Concluzii și semnături din Raportul procedurii nr. 320082/01.10.2024, publicat în SEAP, vă transmitem faptul că în baza art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, se anulează prezenta procedură de achiziție publică.*

Finalizarea procedurii prin semnarea unui acord-cadru fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP fiind lovită de nulitate absolută.”

În urma lecturării Raportului procedurii nr. 320082/01.10.2024 publicat în SEAP, contestatorul arată că a luat la cunoștință de faptul că oferta sa a fost desemnată ca fiind ofertă semnatară a respectivului acord-cadru, fiind câștigătoare Locul 1.

Totodată, din Raportul procedurii nr. 320082/01.10.2024, s-a luat la cunoștință de o serie de mențiuni și se citează pag. 12-16.

Față de decizia de anulare a procedurii, de care contestatorul a luat la cunoștință prin intermediul Scrisorii de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320298/01.10.2024, precum și prin intermediul Raportului procedurii nr. 320082/01.10.2024 publicat în SEAP, acesta se consideră vătămat, având în vedere că această decizie este netemeinică și nelegală, fiind emisă de autoritatea contractantă cu încălcarea prevederilor Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale H.G. nr. 395/2016, prin încălcarea principiilor legii achizițiilor publice, precum și prin încălcarea legislației europene, motivat de următoarele:

Motivarea comunicată în cadrul Scrisorii de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320298/01.10.2024 cu privire anularea procedurii de achiziție publică, respectiv *„Finalizarea procedurii prin semnarea unui acord-cadru fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP fiind lovită de nulitate absolută”,* este considerată neîntemeiată.

În mod greșit comisia reține că finalizarea procedurii prin semnarea unui acord-cadru fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP este lovită de nulitate absolută, O.G. nr. 98/2017 privind funcția de control ex-ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, instituie conform art. 25 „Doar obligația ANAP de a solicita în instanță, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, constatarea nulității absolute a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex-ante și în cadrul căreia ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP.

Doar în cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar din deciziile pronunțate rezultă invalidarea în tot a constatărilor din avizul conform condiționat respectiv, ANAP nu va ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta nefiind lovit de nulitate absolută pe motivul prevăzut la art. 14 alin. (8).

(3) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar din deciziile pronunțate rezultă doar o invalidare parțială a constatărilor din avizul conform condiționat respectiv, ANAP are obligația de a ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta fiind lovit de nulitate absolută cu privire la constatățile din avizul conform ce nu au fost invalidate sau nu au făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată.

(4) ANAP va analiza decizia Consiliului sau a instanței de judecată pronunțată conform prevederilor alin. (2) și (3) și va decide dacă din considerentele acesteia rezultă o invalidare totală sau parțială a constatărilor din avizul conform condiționat emis, urmând a stabili dacă va ataca sau nu contractul potrivit prevederilor alin. (1) sau alin. (3).”

Prin acțiunea sa, de a propune anularea procedurii invocând un aviz conform condiționat al ANAP care vizează documentația de atribuire și nu etapa de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare și-a depășit atribuțiile strict acordate prin lege și se citează prevederile art. 126 alin. (1), art. 127, art. 143 alin. (1), art. 145, art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă încalcă principiul asumării răspunderii, anulând procedura după 9 (nouă) luni de evaluare oferte, pentru un motiv care nu are legătură cu evaluarea ofertelor.

Tot cu încălcarea prevederilor Legii nr. 98/2016, autoritatea contractantă a prelungit în mod nejustificat evaluarea procedurii (a se

observa dublarea perioadei maxime din calendarul cu termenele maxime de evaluare).

Contestatorul precizează că nu au existat contestații înregistrate în cadrul procedurii cu privire la documentația de atribuire, sens în care constată că ofertanții nu au regăsit impedimente în documentație care trebuiau remediate, așa cum invocă autoritatea în motivarea anulării (măsuri corective), ci au ofertat (conform date menționate în raport s-au depus 9 oferte).

Totodată, se consideră că numai dacă Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată ar fi dispus modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se afla în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără că acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2). Numai în această situație se putea invoca la acest moment anularea procedurii, însă se solicită Consiliului a observa că autoritatea contractantă însăși a continuat derularea procedurii cunoscând Avizul conform condiționat emis de ANAP, încă din etapa de verificare a documentației, ca urmare a exercitării controlului ex-ante conform O.G. nr. 98/2017.

În continuare, contestatorul citează prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și menționează că, așa cum a arătat, autoritatea contractantă nu constată pe parcursul derulării procedurii respective la momentul publicării anunțului de participare, la momentul clarificărilor, ci o face tocmai la finalul evaluării ofertelor, după ce evaluează toate ofertele, deschide ofertele financiare, constată rezultatul evaluării și aplică criteriul de atribuire.

Este cert că anularea oricărei proceduri de atribuire se poate realiza strict în condițiile determinate de legislația specifică, în mod justificat, nu artificial, în mod excepțional, regula fiind atribuirea contractului, iar nu anularea competiției. Regula o constituie atribuirea și încheierea contractului, iar excepția o reprezintă anularea procedurii, în circumstanțele limitativ fixate de lege.

Asocierea contestatoare apreciază că autoritatea contractantă a întârziat evaluarea ofertelor în mod deliberat, a prelungit nejustificat calendarul evaluării și în final, în mod artificial, cunoscând foarte bine existența Avizului ANAP, a anulat procedura de atribuire, în prejudiciul ofertanților care au angrenat cheltuieli pentru participare la procedură, au constituit și ulterior prelungit de 2 ori garanțiile de participare, care și-au blocat resursele umane pentru rezervare alocare în eventualitatea câștigării acordului-cadru.

Astfel, autoritatea contractantă a dat dovadă de lipsă de profesionalism, a încălcat în mod repetat termenele maxime stabilite

pentru etapa de evaluare, respectiv art. 214 alin. (1), (3) lit. a) și (5) din Legea nr. 98/2016, citate.

Mai mult decât atât, dispozițiile care reglementează anularea unei proceduri de achiziții publice conform legii sunt stricte și se reamintește că, potrivit dispozițiilor art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016, citate, constituie contravenție (și se sancționează cu amendă între 5.000 lei și 30.000 lei), dacă nu a fost săvârșită în astfel de condiții încât să fie considerată, potrivit legii penale, infracțiune, anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 212 și art. 213 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire.

Acestea sunt prevederi legale în vigoare, obligatorii, nu pot fi ignorate în soluționarea contestației și, nu de puține ori, Consiliul, în deciziile sale, a pus în vedere părților să nu se abată de la anumite norme, întrucât încălcarea lor este sancționabilă contravențional de lege și se evocă o serie de decizii în acest sens.

Se solicită Consiliului să constate, de asemenea, că avizul ANAP în cauză nu face nicio referire la eventuale încălcări ale legislației cu privire la oferte și/sau evaluarea ofertelor, fapt ce denotă că rezultatul procedurii, astfel cum a fost consemnat în raportul procedurii, este corect stabilit și mai ales îndeplinește condițiile imperative legale, care obligă autoritatea contractantă la încheierea acordului-cadru și care nicidecum nu pot fi sancționate cu o nulitate a procedurii la această etapă de derulare a acesteia.

Contestatorul citează din raportul procedurii, confirmat de autoritatea contractantă la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături, după evaluarea ofertelor primite, iar acest rezultat confirmă care sunt ofertele admisibile, conforme și care, după aplicarea criteriului de atribuire, s-au clasat pe primele 3 locuri.

Nicio consemnare din Raportul publicat până la pag. 11 inclusiv, nu a generat un motiv de anulare care să fie imputabil ofertelor depuse (s-a constatat că 3 oferte sunt admisibile, conforme).

Motivul (existența avizului ANAP) pentru anularea procedurii de atribuire, la acest moment al evaluării ofertelor și derulării procedurii, este tardiv invocat, autoritatea contractantă putea să adopte această decizie la momentul primirii acestuia inițial. Prin continuarea derulării procedurii, ulterior primirii avizului pe documentația de atribuire, autoritatea și-a asumat primirea ofertelor în condițiile documentației publicate și clarificate, fapt pentru care nu poate opune acum, după obținerea rezultatului evaluării, acest motiv drept temei al anulării procedurii.

De altfel, legea clarifică cine poate solicita anularea contractului (nu a procedurii) în condițiile existentei unui aviz condiționat - respectiv ANAP, iar Consiliul sau Instanța vor analiza și se vor pronunța pe fond asupra nulității contractului - a se vedea art. 25 din O.G. nr. 98/2017, citat.

Referitor la solicitarea asocierii contestatoare, subsidiară, de anulare a Avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024:

În conformitate cu prevederile art. 22 din O.G. nr. 98/2017 - Avizele conforme emise de ANAP pot fi atacate numai împreună cu actele administrative ale autorității contractante în legătură cu care au fost emise, în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, contestatorul solicită anularea Avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024, motivat de următoarele:

Legislația și practica Europeană instituie pentru acest gen de servicii existența unor condiții contractuale adecvate privind mecanismele de plată (respectiv, echilibrate, clare, acoperitoare, consecvente, proporționale), a se vedea Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 48 din 23 februarie 2011, citat.

Mecanismul prevăzut în documentația publicată de autoritatea contractantă are la bază un preț determinat realist, raportat la valoarea lucrărilor care necesită supraveghere, consultanță, supervizare, și totodată, un mecanism de decontare/plată echilibrat, eficient pentru acest tip de servicii (conexe unei lucrări) prin aplicarea unei cote procentuale/a unui procent la valoarea contractului /lucrării /investiției, o alternativă viabilă, flexibilă, rezilientă, la condițiile noi apărute în piață prin derularea proiectelor POR, PNRR.

Se consideră că activitățile și serviciile asigurate de Supraveghe pentru lucrări contractate prin contracte conform H.G. nr. 1/2018, cu modificările și completările ulterioare, nu poate fi normată prin „ore” sau verificate cu ținerea unui pontaj, astfel cum recomandă ANAP prin AVIZUL menținut, ci acestea trebuie decontate pentru serviciile independente prestate de specialiști proporțional cu efortul intelectual depus. De altfel, prin interpretarea abordată, ANAP încadrează eronat mecanismul prevăzut de evaluare și determinare a serviciilor în documentație, considerând că astfel se produce o neconformitate (deși nicio prevedere legală nu impune tarificarea pe ore și stabilirea de cantități), și în mod excesiv consideră că autoritatea contractantă, prin menținerea mecanismului în documentație, a încălcat principiului transparenței (deși documentația, clarificările, avizele primite, absolut toate sunt postate și aduse la cunoștința tuturor). Se apreciază că, „cantități determinate” solicitate de ANAP a fi incluse în documentație, sunt artificial calculate, nu există normare a activităților intelectuale și a serviciilor de dirigenție, supervizare, inginerie tehnică, nu un pontaj al prezenței confirmă prestarea serviciilor, ci activitatea în sine, consemnată în acte, documente, verificări și consemnări, certificate și decizii, nu

există o standardizare care să impună modalitatea stabilită prin Avizul ANAP.

Importanța serviciilor de dirigenție și supervizare în cadrul gestionării lucrărilor de execuție la obiectivele de investiții NU poate fi „încadrată” artificial într-un număr de ore și în cantități prestabilite, cu încălcarea astfel a principiului eficienței, ba chiar pe cel al echilibrului contractual și al proporționalității prestațiilor. Prin documentațiile emise de autoritățile contractante, în vederea asigurării respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, trebuie:

- să prevadă cerințe și clauze potrivite, necesare și adecvate contractului pentru care derulează procedura de achiziție;

- să utilizeze metode deschise și competitive, astfel încât să obțină oferte de calitate, competitive, prestatori profesioniști și să se asigure că fondurile publice angrenate cu derularea contractului, vor fi cheltuite eficient și înțelept.

Astfel, prin impunerea unei „metode” de genul celei impuse de ANAP, se atrage după sine și schimbarea sensului contractului care face obiectul procedurii de licitație, și anume îl transformă în ceea ce Codul civil numește contract de aplicație, însă, așa cum s-a arătat mai sus, această impunere din Aviz, încalcă principiul proporționalității din achiziția publică.

În concluzie, se consideră că ANAP nu poate impune reguli noi, care să transforme contractul licitat, într-o altă formă de contract.

Mai mult decât atât, mecanismul stabilit prin documentația din această procedură respectă și modul în care proiectantul cuprinde și estimează această cheltuială în cadrul unui deviz, conform H.G. nr. 907/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Supervizorul, dirigintele, consultantul desfășoară o activitate complexă, raportată la managementul unui contract complex, la supravegherea lucrărilor aferente acestuia, la verificarea lucrărilor, la analiza unor revendicări sau aplicarea unor clauze contractuale sau la testarea și verificarea fazelor de execuție, care nu are o „normare” în ore.

Totodată, se consideră că NU se poate impune stabilirea unui tarif orar sau pe zile, deoarece Consultantul/supervizorul nu este un angajat căruia autoritatea contractantă să îi țină un pontaj sau aceasta nu poate să măsoare activitatea terțului prin urmărirea prezenței acestuia în teren sau în fața calculatorului.

Notă: Procedura de licitație derulată vizează atribuirea unui acord-cadru, unde elementele esențiale sunt estimări. La momentul întocmirii documentației nu exista decât, cel mult studiile de fezabilitate (de aici doar valoarea estimată a lucrărilor și nu cantități, acestea fiind stabilite la faza următoare de proiect tehnic) și nu proiectele tehnice, nu se cunoaște numărul și obiectul contractelor de execuție, că să se poată realiza o alocare de resurse de tipul om/zi sau om/lună.

Analiza documentației și oferta s-a făcut pentru tipul de contract publicat, care este un acord-cadru în ceea mai pură accepțiune chiar a înțelegerii ANAP (a se vedea Notificare cu privire la utilizarea acordului-cadru https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2018/10/Acord-cadru_mini-ghid.pdf).

La acest moment nu se cunosc articolele de lucrări și cantitățile și nici duratele de execuție, fapt pentru care Nu se poate face o planificare a resurselor umane și materiale pentru serviciile de management de contract, supervizare și dirigenție. Nu se cunosc date certe cum ar fi: 1 sau 100 de faze determinante, dacă un proiect va fi împărțit în mai multe loturi, dacă va exista 1 sau 10 autorizații de construire pentru respectivul proiect (numărul acestora fiind determinat de cauze și factori obiectivi: cine proiectează și execută relocările de utilități - sunt deținătorii și operatorii de utilități și atunci lucrările respective și pe cale de consecință și serviciile de supervizare și dirigenție de șantier, nu-și au scopul), etc.

În chiar aprecierea ANAP, *„acordul-cadru, ca instrument în achiziții publice, este definit potrivit art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, ca fiind acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere.”*

Prin urmare, care dintre condiții și termeni nu se regăsesc în documentația de atribuire și în lipsa căroră procedura de achiziție este anulată printr-un aviz condiționat al ANAP ? Cantitățile ? În această privință, ANAP exprimă două opinii diferite, una este cea menționată în Notificarea privind acordul-cadru reiterată (și care a fost în totalitate respectată în documentația de atribuire) și una exprimată cu ocazia controlului ex-ante pe documentația în cauză.

Avizul conform condiționat emis de ANAP este justificat pe „Îndrumări”, „Modele” emise de ANAP și postate pe site-ul său. Se consideră că aceste Opinii ale ANAP publicate sub formă de ghid, îndrumar, fără consultarea industriei căreia i se aplică, fără cunoașterea specificului industriei de servicii intelectuale cod CAEN 711, nu se pot constitui în normă legală.

În concluzie, existența unui aviz condiționat ANAP nu duce automat la anularea documentației de atribuire (pentru că avizul vizează documentația) și cu atât mai mult, nu duce automat la anularea procedurii a cărei finalizare a evaluării a fost efectuată.

Pentru aplicarea unui preț echilibrat, pentru acest tip de servicii, s-a stabilit o formulă, cu ajutorul căreia se poate determina cantitatea, prețul/cuantificarea contravalorii serviciilor, determinarea făcându-se prin aplicarea unui procent / unei cote fixe raportat/ă la cantitatea acordului-cadru egală cu valoarea lucrărilor asupra căroră se prestează serviciile.

Codul civil, Codul fiscal, Legea achizițiilor nu impun tarif/preț unitar automat, toate actele normative permit diverse modalități, de exemplu și prețuri forfetare sau stabilirea unor mecanisme și modalități de decontare, care să îi permită să limiteze/plafoneze costul cu aceste servicii, raportat la valoarea de investiție, generând un raport corect și echilibrat în ponderea valorii unei investiții.

Conform Ghidurilor programelor de finanțare, se utilizează practicarea acestui mecanism/tip de decontare cheltuieli (a se vedea PNRR, POR - bugete aprobate, raportări procentuale costuri, etc.). În cadrul Planului Național de Redresare și Reziliență (PNRR), costurile de supervizare a proiectelor pot varia în funcție de specificul fiecărui proiect și de cerințele impuse de autoritățile de management. De obicei, aceste costuri sunt incluse în bugetul total al proiectului și pot reprezenta un procent din valoarea totală a investiției.

Există bune practici în București, în ceea ce privește derularea și atribuirea unei astfel de proceduri - procedura similară de licitație derulată în SEAP, cu preț stabilit ca % din valoarea investiției - Acord Cadru - Servicii de Dirigenție de șantier, SSM și Supervizare pentru investițiile derulate la nivelul Sectorului 4 - Documentație de atribuire: DF1118370/09.07.2021. Anunț de atribuire: CAN1077831/23.11.2023 - Anunț cu transmitere la JOUE: Numărul sub care a fost publicat la JOUE: 2021/S 135-358185. Pe tot parcursul acestui acord-cadru au fost semnate și derulate 26 de contracte subsecvente, cu aplicarea acestui mecanism, fără să fie înregistrate probleme, contestatorul fiind unul din Prestatorii derulatori.

Tendința practicii în domeniu, mai ales în aglomerări urbane de tipul Bucureștiului, este de a se migra către aceste mecanisme alternative, atunci când vorbim de lucrări cu volum mare de investiții necesar a se executa în perioade scurte de timp, cu mai multe instituții cu calitatea de investitori, în care trebuie să se realizeze și proiectare și autorizarea lucrărilor și execuție, și recepția și punerea în funcțiune. Se dau câteva exemple de contracte, unde supervizarea este stabilită ca procent din valoarea investiției:

- Contractele de achiziție publică infrastructură metrou: în cadrul acestor contracte, supervizarea lucrărilor este adesea stabilită ca un procent din valoarea totală a investiției. De exemplu, în proiectele finanțate din fonduri publice, costurile de supervizare pot varia între 3% și 5% din valoarea totală a proiectului.

- Proiectele de infrastructură: în proiectele mari de infrastructură, cum ar fi construcția de drumuri sau poduri, supervizarea poate fi stabilită ca un procent din valoarea totală a investiției, pentru a asigura calitatea și conformitatea lucrărilor.

- Proiectele de construcții civile: în cazul construcțiilor civile, cum ar fi clădirile rezidențiale sau comerciale, supervizarea poate fi inclusă în bugetul total al proiectului și calculată ca un procent din valoarea

investiției, pentru a acoperi costurile de monitorizare și control al calității.

Aceste procente pot varia în funcție de complexitatea și specificul fiecărui proiect.

De asemenea, în domeniul construcțiilor există încă din 1994 o astfel de viziune cu variante de stabilire prețului pentru servicii prestate de specialiști, astfel, în 1994 Ministerul Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului (MLPAT) a elaborat, cu ajutorul majorității organizațiilor profesionale de la acea vreme, un ghid privind calcularea onorariilor pentru toate tipurile de proiect, ghid care a fost actualizat în mod succesiv până în 1999, iar ulterior de către Ordinul Arhitecților din România până în 2015. Aceste onorarii nu au fost niciodată obligatorii și nu au reprezentat o limită inferioară minimală, ca în cazul onorariilor notarilor publici, ci au avut un rol orientativ privind cotarea corespunzătoare în raport cu munca depusă, gradul de complexitate și importanța investiției.

Conform acestor ghiduri elaborate și revizuite, se propun mai multe variante de calcul a tarifelor de proiectare, care se detaliază de către contestator, astfel:

Varianta 1 - procent din valoarea de investiție

Varianta 2 - tariful orar

Varianta 3 - onorariu pe metru pătrat

Varianta 4 - onorariul fix

În concluzie, dintre cele patru opțiuni de calculare a onorariilor de proiectare, se consideră că cele mai corecte sunt cele raportate la procent din valoarea de investiție, față de natura contractului licitat/acord-cadru.

În continuare, contestatorul prezintă exemple de calcul pentru ofertare, postate de autoritatea contractantă prin documentație și/sau clarificări.

De asemenea, se solicită ca în analiza contestației, Consiliul să țină cont de prevederile art. 23 din O.G. nr. 98/2017 *„Avizul conform al ANAP nu afectează caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate și al măsurilor dispuse de Consiliu/instanța competentă în legătură cu procedurile de atribuire conform prevederilor Legii nr. 101/2016.”*

Concluzionând, ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L., solicită C.N.S.C. anularea adresei nr. 320298/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii, anularea deciziei de anulare a procedurii, obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, cu scopul de a corecta raportul procedurii nr. 320082/01.10.2024, remedierea acestuia și corectarea anulării concluziilor menționate la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături din acesta, începând cu teza 5, pag. 12-16, care cuprind propunerea de anulare a procedurii de atribuire, obligarea autorității contractante la emiterea unui raport al procedurii care consemnează rezultatul evaluării

ofertelor, astfel cum a fost consemnat până la pag. 11 inclusiv, respectiv a raportului procedurii care la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături, menționează rezultatul evaluării și clasamentul înregistrat, desemnarea ofertelor câștigătoare clasate pe primele 3 locuri în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAЕ, precum și la comunicarea ofertelor câștigătoare, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu contestația, precum și la plata unor daune interese egale cu prejudiciul suferit, iar, în subsidiar, anularea avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024.

Prin adresa nr. 337612/15.10.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 65923/15.10.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L. - ... S.R.L., solicitând respingerea acesteia ca fiind lipsită de temeinicie, având în vedere următoarele considerente:

Autoritatea contractantă comunică faptul că anularea procedurii de achiziție publică nu are legătură cu ofertele transmise, respectiv cu calitatea și cu admisibilitatea/neadmisibilitatea acestora, ci cu faptul că în baza unui aviz condiționat emis de reprezentanții ANAP (fiind procedură intrată sub control ex-ante) la faza de publicare a documentației de atribuire, aviz neimplementat în integralitate de către autoritatea contractantă, în etapa de aprobare de către ANAP a raportului procedurii, documentul din urmă a fost emis însoțit de un aviz conform condiționat, care face imposibilă semnarea contractului de servicii. Se face precizarea că membrii comisiei de evaluare, în baza strictă a prevederilor dispoziției prin care au fost desemnați și a documentației de atribuire-valabilă la data limită de depunere a ofertelor, nu au făcut altceva decât să evalueze ofertele prin raportare la cerințele documentației de atribuire, anexă a anunțului de participare, avizul condiționat ANAP fiind emis înainte de data la care comisia de evaluare își exercita atribuțiile legale; în urma finalizării procesului de evaluare a ofertelor, a fost elaborat raportul procedurii, conform obligațiilor legale și odată cu înaintarea acestuia către ANAP, din nefericire, avizul din etapa de publicare documentație de atribuire, a fost menținut în raportul final, contrar diligențelor reprezentanților primăriei care au participat, împreună cu responsabilii ANAP, la conciliere, în vederea anulării acestui aviz.

Prin raportare la cele anterior precizate, se solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată, întrucât în baza principiilor asumării răspunderii și transparenței, autoritatea contractantă pe parcursul evaluării ofertelor, a încercat să găsească pârghii legale prin care să fie anulat respectivul aviz conform, însă în urma concilierii cu reprezentanții ANAP și prin raportare la legislația incidentă, nu s-a putut continua procedura prin atribuire, întrucât pe de o parte contractul este considerat

nul, iar pe de altă parte, dacă în ipoteza continuării prin atribuirea contractului/acordului-cadru iar în urma unei decizii a unei instanțe abilitate, ANAP-ul fiind obligat să facă acest demers, se constată nulitatea absolută, există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru; din aceste considerente, temeinic dovedite (riscuri administrative, riscuri pecuniare), s-a decis în baza asumării răspunderii că procedura de achiziție publică trebuie anulată.

Pentru a eficientiza procesul de analiză din partea reprezentanților CNSC, se vor aborda punctual criticile contestatorului, după cum urmează:

- în contestație se precizează: „Motivarea comunicată în cadrul Scrisorii de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320298/01.10.2024 cu privire anularea procedurii de achiziție publică, respectiv «Finalizarea procedurii prin semnarea unui acord-cadru fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP fiind lovită de nulitate absolută», o considerăm neîntemeiată.

În mod greșit Comisia reține că finalizarea procedurii prin semnarea unui acord cadru fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP este lovită de nulitate absolută. OG nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, INSTITUIE conform Art. 25 DOAR OBLIGAȚIA ANAP DE A SOLICITA ÎN INSTANȚĂ, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, CONSTATAREA NULITĂȚII ABSOLUTE A CONTRACTULUI ÎNCHEIAT CA URMARE A UNEI PROCEDURI DE ATRIBUIRE CARE A FĂCUT OBIECTUL CONTROLULUI EXANTE ȘI ÎN CADRUL CĂREIA ANAP A EMIS UN AVIZ CONFORM CONDIȚIONAT, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP;”

motiv pentru care se consideră că scrisoarea de comunicare finală respectă conținutul minim impus de legislația incidentă, respectiv de art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care reprezintă transpunerea în legislația națională a exigenței inclusă în Directiva 2014/23/UE, care impune autorităților contractante obligația informării operatorilor economici cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, ofertantul fiind îndreptățit să cunoască motivele concrete și precise ale deciziei; astfel în scrisoarea de comunicare finală, act administrativ, este motivată legalitatea și temeinicia anulării: „Pe cale de consecință, comisia de evaluare stabilește că la acest moment este imposibilă adoptarea măsurilor dispuse de ANAP prin Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024 în sensul modificării cerințelor din documentația de atribuire, motiv pentru care, la speță, devin aplicabile dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care dispun următoarele: [...]”.

Astfel, se menționează în mod concret temeiul anulării, întrucât în mod asumat autoritatea contractantă, în baza unui aviz conform condiționat, publicat în SEAP și la care a avut acces inclusiv contestatorul, a decis că trebuie finalizată procedura prin neatribuire; mai mult decât atât, autoritatea contractantă, în baza Legii finanțelor publice, coroborată cu prevederile pachetului legislativ în materie de achiziții publice, are obligația legală și morală de a utiliza în mod asumat și eficient banii publici, atribuirea acordului-cadru și implementarea acestuia determină, ulterior demersului legal obligatoriu al ANAP-ului de a se constata nulitatea absolută, cheltuieli care pot fi considerate prejudiciu, în cazul în care instanța de judecată se va pronunța; din aceste considerente, decizia de anulare este una responsabilă, matură și corectă față de toate părțile implicate, atât timp cât în acest moment există posibilități de a nu se utiliza bani publici în baza unui contract ce se poate anula; astfel critica contestatorului este nejustificată, întrucât strict în baza invocărilor legislative se înțelege că ANAP-ul va face în mod obligatoriu demers în instanță, iar în situația ipotetică a atribuirii contractului/acordului-cadru și a realizării de plăți, cheltuielile respective vor deveni venituri necuvenite și vor trebui recuperate, acțiune ce va afecta în mod direct prestatorii, oricare autoritate contractantă știind de un astfel de risc, dând dovadă de iresponsabilitate, în caz de semnare, situație neaplicabilă speței în cauză.

▪ contestatorul precizează: *„Prin acțiunea să, de a propune anularea procedurii invocând un aviz conform condiționat al ANAP care vizează documentația de atribuire și nu etapa de evaluare a ofertelor, Comisia de evaluare ȘI-A DEPĂȘIT ATRIBUȚIILE STRICT ACORDATE PRIN LEGE - A se vedea HG nr. 395/2016 «Comisia de evaluare și modul de lucru al acesteia Art. 126 (1) Autoritatea contractantă are obligația de a desemna, pentru atribuirea contractelor de achiziție publică acordurilor-cadru, persoane responsabile pentru evaluarea ofertelor și, după caz, a solicitărilor de participare, care se constituie într-o comisie de evaluare»”,*

fapt pentru care se menționează, încă o dată că *„Trebuie să facem precizarea că membrii comisiei de evaluare, în baza strictă a prevederilor dispoziției prin care au fost desemnați și a documentației de atribuire-valabilă la data limită de depunere a ofertelor, NU AU FĂCUT ALTCEVA decât să evalueze ofertele prin raportare la cerințele documentației de atribuire, anexă a anunțului de participare, avizul condiționat ANAP fiind emis înainte de data la care comisia de evaluare își exercită atribuțiile legale; în urma finalizării procesului de evaluare a ofertelor a fost elaborat raportul procedurii, conform obligațiilor legale și odată cu înaintarea acestuia către ANAP, din nefericire, avizul din etapa de publicare documentației de atribuire, a fost menținut în raportul final, contrar diligențelor reprezentanților primăriei care au participat împreună cu responsabilii ANAP la conciliere, în vederea anulării acestui aviz”,* motiv pentru care comisia de evaluare NU și-a depășit atribuțiile, întrucât în baza raportului procedurii întocmit, însoțit de avizul conform condiționat ANAP, aceștia, prin raportare la efectele juridice ale avizului,

NU au făcut altceva decât să propună în baza legislației incidente, anularea procedurii, propunere confirmată prin avizarea de către reprezentantul legal al instituției; membrii comisiei de evaluare, în baza principiului asumării răspunderii, a onestității și a profesionalismului, în mod transparent și moral, au aplicat legislația incidentă și au propus, în baza unui aviz obținut înainte de exercitarea atribuțiilor legale, dar cu efect asupra rezultatului final al evaluării, anularea procedurii de achiziție publică, protejând interesul instituției, prin aplicarea obiectivă a legislației specifice; în consecință, nu se poate pune în discuție depășirea atribuțiilor legale de vreme ce activitatea unei comisii de evaluare se încheie odată cu raportul procedurii, iar acesta a fost înapoiat de către reprezentanții ANAP cu un aviz conform condiționat, cu efecte negative asupra legalității încheierii contractului, dar mai ales asupra posibilelor cheltuieli realizate în baza unui angajament bugetar la baza căruia a stat un aviz condiționat ANAP și care va face, în mod sigur, obiectul unui demers judecătoresc.

▪ în contestație se precizează: *„De asemenea, conform HG nr. 395/2016, art. 146 alin. (2) - Autoritatea contractantă NU ARE DREPTUL SĂ ADOPTÉ NICIO MĂSURĂ CU SCOPUL de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor SAU DE A CREA CIRCUMSTANȚE ARTIFICIALE DE ANULARE A PROCEDURII DE ATRIBUIRE. O ASEMENEA ABORDARE FIIND CONSIDERATA O ÎNCĂLCARE A PRINCIPIULUI ASUMĂRII RĂSPUNDERII, PREVĂZUT LA ART. 2 ALIN. (2) DIN LEGE [...]”*

„Subscrisa observă că NU au EXISTAT Contestații înregistrate în cadrul procedurii cu privire la documentația de atribuire, sens în care constată că ofertanții nu au regăsit impedimente în documentație care trebuiau remediate, așa cum invocă autoritatea în motivarea anulării (măsuri corective), ci au ofertat (conform date menționate în raport, au putut depune ofertă 9 ofertanți).”

motiv pentru care autoritatea contractantă solicită respingerea acestor critici, întrucât nu au existat măsuri luate de autoritatea contractantă cu privire la întârzierea evaluării ofertelor, cu atât mai mult, circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de achiziție; se face această afirmație întrucât despre existența avizului conform condiționat au știut toate părțile implicate, inclusiv contestatorul (a fost publicat în SEAP odată cu apariția anunțului de participare), iar odată cu transmiterea raportului procedurii-varianta inițială, comisia de evaluare a propus atribuirea acordului-cadru, propunere modificată odată cu avizul conform condiționat emis de ANAP ce a creat situația imposibilității finalizării prin atribuire a prezentei proceduri de achiziție publică, nefăcându-se altceva decât a se aplica legislația incidentă și de a preveni posibile viitoare prejudicii ocazionate de cheltuieli cu implementarea contractelor subsecvente, ce ar putea fi anulate în instanță, inclusiv posibile despăgubiri ce pot fi solicitate de semnatarii acordului-cadru.

Contestatorul încurcă lucrurile, în sensul în care nu au nicio legătură contestațiile ce ar fi putut fi făcute de către operatorii economici la documentația de atribuire până la data limită de depunere a ofertelor și atribuțiile legale ale ANAP-ului cu privire la controlul ex ante, motiv pentru care lipsa unor demersuri în instanță referitoare la cerințele din documentația de atribuire nu justifică „nelegalitatea” avizului ANAP.

▪ Contestatorul afirmă: *„Considerăm că autoritatea contractantă a întârziat evaluarea ofertelor în mod deliberat, a prelungit nejustificat calendarul evaluării și în final, în mod artificial, cunoscând foarte bine existența Avizului ANAP, a anulat procedura, în prejudiciul ofertanților care au angrenat cheltuieli pentru participare la procedură, au constituit și ulterior prelungit de 2 ori garanțiile de participare, care și-au blocat resursele umane pentru rezervare alocare în eventualitatea câștigării acordului-cadru.”*

„Autoritatea contractantă a dat dovadă de lipsă de profesionalism, a încălcat în mod repetat termenele maxime stabilite pentru etapa de evaluare - Art. 214 din Legea nr. 98/2016 [...]”,

motiv pentru care autoritatea contractantă consideră criticile fiind tendențioase și dincolo de situația de drept și de fapt, în primul rând, fiecare prelungire a ofertelor a fost în mod transparent și asumat comunicată ofertanților, aceștia având dreptul legal de a contesta această decizie, fapt nerealizat, fapt pentru care se consideră tardivă critica, contestatorul luând act de decizie odată cu solicitarea de prelungire a valabilității ofertelor și garanției de participare, când avea dreptul legal de a contesta; legat de blocarea resurselor, fiecare ofertant, inclusiv contestatorul, își asumă toate riscurile ce pot apărea pe parcursul derulării unei proceduri de achiziție publică, orice depunere neînsemnând în mod automat și obținerea respectivului contract/acord-cadru; mai mult, în cadrul contestației, societatea dă dovadă că ar cunoaște legislația incidentă, motiv pentru care se pune întrebarea de ce au acceptat prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare dacă știau de la bun început de existența avizului conform condiționat ANAP și de efectele juridice ale acestuia, făcând în mod nejustificat acuzații cu privire la crearea de condiții artificiale de anulare; critica nefiind justificată atât timp cât raportul procedurii a fost înaintat ANAP-ului cu propunerea atribuirii contractului și ulterior, emiterii avizului, a fost schimbată propunerea; în acest sens se invită reprezentanții contestatorului să studieze legislația în materie de funcționare ANAP și atribuții în procedurile supuse verificării ex ante. Celelalte alegeri referitoare la ideea că orice procedură de achiziție publică se inițiază sub regula atribuirii, reprezintă simple afirmații fără fundament, cu scopul asigurării unui conținut mai mare al contestației, deoarece pentru a finaliza prin atribuire o procedură de achiziție publică sunt necesare respectarea unor etape menționate în legislația incidentă, motiv pentru care văzând dorința maximă a reprezentanților societății contestatoare

de a cunoaște regulile în materie de achiziții publice, pot accesa portalul ANAP și să studieze ghidul interactiv pus la dispoziție de către ANAP.

▪ Contestatorul precizează: *„Solicităm Consiliului să constate de asemenea că, avizul ANAP în cauză nu face nicio referire la eventuale încălcări ale legislației cu privire la oferte și/sau evaluarea ofertelor, fapt ce denotă că rezultatul procedurii astfel cum a fost consemnat în raportul procedurii este corect stabilit și mai ales îndeplinește condițiile imperative legale, care obligă autoritatea contractantă la încheierea acordului-cadru și care nicidecum nu pot fi sancționate cu o nulitate a procedurii la această etapă de derulare a procedurii”,*

motiv pentru care se reiterează ideea conform căreia raportul procedurii este actul administrativ prin care se finalizează procesul de evaluare al ofertelor, document ce poartă un aviz conform condiționat care nu permite semnarea acordului-cadru; legislația este clară și nu se va intra în alte detalii, contestatorul persistând într-o gravă eroare de fapt, situația confirmată și de afirmațiile: *„Motivul (existența avizului ANAP) pentru anularea procedurii de autoritate la acest moment al evaluării ofertelor și derulării procedurii este TARDIV invocat, AUTORITATEA putea să adopte această decizie la momentul primirii acestuia inițial. Prin continuarea derulării procedurii, ulterior primirii avizului pe documentația de atribuire, AUTORITATEA ȘI-A ASUMAT PRIMIREA OFERTELOR ÎN CONDIȚIILE DOCUMENTAȚIEI PUBLICE ȘI CLARIFICATE, ...”* întrucât reprezentanții instituției au făcut diligențe în anularea avizului, aviz ce a fost emis de ANAP odată cu primirea raportului procedurii-versiunea inițială, prin care s-a propus încheierea acordului-cadru, invocarea avizului nefiind tardivă, de vreme ce este stipulat în raportul final al evaluării.

În ceea ce privește critica referitoare la anularea avizului ANAP, sunt chestiuni care exced atribuțiile autorității contractante, motiv pentru care aceasta nu se pronunță.

Cu privire la daunele interese și de prejudiciu oferit, se consideră lipsită de temeinicie solicitarea, în primul rând datorită faptului că autoritatea contractantă, în mod asumat și transparent, a publicat avizul conform condiționat ANAP, iar contestatorul a luat act de el și prin raportare la legislația specifică, și-a asumat riscul de neatribuire, acțiune confirmată prin prelungirea consfințită a valabilității garanției de participare și a ofertei, solicitarea de achitare a unor daune interese fiind tardivă, putând face acest lucru odată cu fiecare solicitare de prelungire a valabilității ofertei; în plus nu se înțelege la ce prejudiciu face referire și care este cuantumul acestuia, acordul-cadru fiind o promisiune, nu un angajament bugetar, neputându-se a se raporta la valoarea acestuia, neîndeplinindu-se condițiile legale impuse de codul civil: cert, lichid și exigibil.

În baza celor anterior menționate și fundamentate, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. ca fiind lipsită de temeinicie.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliu cu nr. 68710/28.10.2024, ... S.R.L. transmite Concluzii Scrise, prin care reiterează cele menționate în cadrul contestației, precum și argumentează/demonstrează susținerile menționate în cadrul acesteia, ținând cont de punctul de vedere depus de autoritatea contractantă nr. 337612/15.10.2024.

Astfel, se reiterează Consiliului solicitările din contestație, cu motivarea și temeiurile invocate în aceasta și se prezintă următoarele argumente în susținerea solicitărilor invocate ca răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă:

1) Față de susținerile eronate ale autorității contractante:

- „aviz conform condiționat care face imposibilă semnarea contractului de servicii.”

- „finalizarea procedurii prin semnarea unui acord-cadru fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP fiind lovită de nulitate absolută.”

- „nu s-a putut continua procedura prin atribuire întrucât pe de o parte contractul este considerat nul, iar pe de altă parte, dacă în ipoteza continuării prin atribuirea contractului/acordului-cadru, iar în urma unei decizii a unei instanțe abilitate, ANAP-ul fiind obligat să facă acest demers, se constată nulitatea absolută, există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru; din aceste considerente, temeinic dovedite (riscuri administrative, riscuri pecuniare), s-a decis în baza asumării răspunderii că procedura de achiziție publică trebuie anulată.”

Se arată că, în mod greșit, autoritatea contractantă consideră că se află în situația de imposibilitate a semnării contractului de servicii (acordului-cadru în cazul procedurii derulate) sau că contractul este considerat nul, urmare a faptului că Avizul final s-a menținut condiționat sau că semnarea unui acord-cadru, fără implementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de către ANAP, este automat lovită de nulitate absolută.

Legea nu prevede operarea de drept a nulității contractului/acordului cadru sau o autoconstatare/autodeclarare de către autoritatea contractantă sau de către ANAP a acesteia, ci legea mai mult dă dreptul autorității contractante de a decide o continuare a procedurii în condițiile existenței acestui Aviz condiționat și se citează prevederile art. 14 alin. (9) din O.G. nr. 98/2017.

Concluzia:

Autoritatea contractantă, în mod greșit, consideră că menținerea Avizului condiționat de către ANAP la finalul procesului de evaluare face imposibilă semnarea contractului/acordului-cadru, în mod greșit și excesiv încadrează că intervine în mod automat nulitatea contractului/acordului-cadru, deși nu are această competență stabilită de lege.

Nici ANAP nu are competența de constatare a nulității contractului/acordului-cadru, ci doar are o obligație, instituită prin lege, de a solicita analiza și eventual constatarea nulității contractului de către instanță.

Se citează prevederile art. 25 din O.G. nr. 98/2017 și se precizează că legea restrânge acțiunea ANAP către instanță, reglementând expres situația în care nici măcar ANAP nu mai solicită instanței analizarea și eventuala constatare a nulității contractului, atunci când autoritatea își îndeplinește obligația de transparență prevăzută la alin. (6) și respectă termenele procedurale de așteptare prevăzute de Legea nr. 101/2016.

Totodată, nu există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru, având în vedere că semnarea acordului-cadru conform prevederilor Legii nr. 98/2016 nu reprezintă decât stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere (nu sunt angajați bani, nu sunt indisponibilizări/alocări de sume sau credite bugetare, nu se fac plăți).

Ca temei legal, contestatorul citează art. 14 alin. (1), (3), (8) și (9) și art. 25 din O.G. nr. 98/2017 și art. 3 alin. (1) lit. c) Legea nr. 98/2016.

2) Decizia de anulare a procedurii inclusă în raportul procedurii comunicat, este prezentată drept o soluție propusă de comisia de evaluare, asumată de către acesta prin semnare, deși aceasta din urmă nu are competențe stabilite prin lege sau prin dispoziție a conducătorului autorității contractante în acest sens, conform prevederilor Legii nr. 98/2016 și a Normelor de aplicare ale acesteia.

Concluzia: deși Avizul conform condiționat al ANAP în discuție vizează documentația de atribuire și nu etapa de evaluare a ofertelor, deși legea reglementează strict atribuțiile și competențele unei comisii de evaluare a ofertelor dintr-o procedură de licitație, comisia de evaluare desemnată în cadrul acestei proceduri și-a depășit atribuțiile strict acordate prin lege, pronunțându-se cu privire la imposibilitatea semnării contractului sau la nulitatea absolută a acestuia, încadrând eronat situația existentă, excesiv, dând dovadă de lipsă de profesionalism și de necunoaștere a legii care stă la baza funcționării unei astfel de comisii.

Ca temei legal, se citează prevederile art. 126 alin. (1) și art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

3) Autoritatea contractantă și-a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

Cu încălcarea prevederilor Legii nr.98/2016, autoritatea contractantă a prelungit în mod nejustificat evaluarea procedurii (a se observa dublarea perioadei maxime din calendarul cu termenele maxime de evaluare).

Autoritatea încalcă principiul asumării răspunderii, anulează procedura după 9 (nouă) luni de evaluare a ofertelor, dar pentru un motiv care nu are legătură cu evaluarea ofertelor.

Nu au existat contestații înregistrate în cadrul procedurii cu privire la documentația de atribuire, sens în care se constată că ofertanții nu au regăsit impedimente în documentație care trebuiau remediate, așa cum invocă autoritatea contractantă în motivarea anulării (măsurile corective), ci au ofertat, conform datelor menționate în raport, 9 ofertanți.

Autoritatea contractantă însăși a continuat derularea procedurii cunoscând Avizul conform condiționat emis de ANAP, încă din etapa de verificare a documentației, ca urmare a exercitării controlului ex-ante, conform O.G. nr. 98/2017, asumându-și derularea procedurii, nu anularea acesteia.

Autoritatea contractantă nu constată pe parcursul derulării procedurii - respectiv la momentul publicării anunțului de participare, la momentul clarificărilor - ci o face tocmai la finalul evaluării ofertelor, după ce evaluează toate ofertele, deschide ofertele financiare, constată rezultatul evaluării și aplică criteriul de atribuire.

Concluzia: autoritatea contractantă, după finalizarea evaluării ofertelor, aplicării criteriului de atribuire, deși nu are un motiv temeinic, fără vreo legătură cu ofertele, cu încălcarea obligațiilor legale, după ce și-a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, procedează în mod abuziv la anularea procedurii urmare a menținerii unui aviz ANAP.

Regula o constituie atribuirea și încheierea contractului/acordului-cadru, iar excepția o reprezintă anularea procedurii, în circumstanțele limitativ fixate de lege.

Ca temei legal, se citează prevederile art. 143 alin. (1) și art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, art. 2 alin. (2), art. 212 alin. (2) și (4), art. 214 și art. 224 alin. (1) lit. b) și k) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

5) Avizul ANAP în cauză nu face nicio referire la eventuale încălcări ale legislației cu privire la oferte și/sau evaluarea ofertelor, fapt ce denotă că rezultatul procedurii, astfel cum a fost consemnat în raportul procedurii, este corect stabilit și mai ales îndeplinește condițiile imperative legale, care obligă autoritatea contractantă la încheierea acordului-cadru și care nicidecum nu pot fi sancționate cu o nulitate a procedurii la această etapă de derulare a procedurii

Concluzia: Nu există motiv temeinic pentru anularea procedurii, în etapa de finalizare a ofertelor primite.

Nicio consemnare din raportul publicat până la pag. 11 inclusiv, nu a generat un motiv de anulare care să fie imputabil ofertelor depuse (s-a constatat că 3 oferte sunt admisibile, conforme) și se citează din acesta, de la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături.

Este concluzia comisiei de evaluare după evaluarea ofertelor primite, iar acest rezultat confirmă care sunt ofertele admisibile,

conforme, care după aplicarea criteriului de atribuire, s-au clasat pe primele 3 locuri.

Motivul (existența avizului ANAP) pentru anularea procedurii de autoritate la acest moment al evaluării ofertelor și derulării procedurii, este tardiv invocat, autoritatea putea să adopte această decizie la momentul primirii acestuia inițial. Prin continuarea derulării procedurii, ulterior primirii avizului pe documentația de atribuire, autoritatea și-a asumat primirea ofertelor în condițiile documentației publicate și clarificate, fapt pentru care nu poate opune acum, după obținerea rezultatului evaluării, acest motiv drept temei al anulării procedurii.

Legea clarifică cine poate solicita anularea contractului (nu a procedurii) în condițiile existenței unui aviz condiționat - respectiv ANAP, iar Consiliul sau instanța vor analiza și se vor pronunța pe fond asupra nulității contractului.

Ca temei legal, se evocă prevederile art. 25 din O.G. nr. 98/2017, citat.

6) Anularea Avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024

Legislația și practica europeană instituie pentru acest gen de servicii existența unor condiții contractuale adecvate privind mecanismele de plată (respectiv, echilibrate, clare, acoperitoare, consecvente, proporționale), a se vedea Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 48 din 23 februarie 2011.

Mecanismul prevăzut în documentația publicată de autoritatea contractantă are la bază un preț determinat realist, raportat la valoarea lucrărilor care necesită supraveghere, consultanță, supervizare, și totodată, un mecanism de decontare/plată echilibrat, eficient pentru acest tip de servicii (conexe unei lucrări) prin aplicarea unei cote procentuale/a unui procent la valoarea contractului /lucrării /investiției, o alternativă viabilă, flexibilă, rezilientă, la condițiile noi apărute în piață prin derularea proiectelor POR, PNRR.

Activitățile și serviciile asigurate de Supervizor pentru lucrări contractate prin contracte conform H.G. nr. 1/2018, cu modificările și completările ulterioare, nu poate fi normată prin „ore” sau verificate cu ținerea unui pontaj, astfel cum recomandă ANAP prin Avizul menținut, ci acestea trebuie decontate pentru serviciile independente prestate de specialiști, proporțional cu efortul intelectual depus.

Prin interpretarea abordată, ANAP încadrează eronat mecanismul prevăzut de evaluare și determinare a serviciilor în documentație, considerând că astfel se produce o neconformitate (deși nicio prevedere legală nu impune tarificarea pe ore și stabilirea de cantități), și în mod excesiv consideră că autoritatea, prin menținerea mecanismului în

documentație, a încălcat principiului transparenței (deși documentația, clarificările, avizele primite, absolut toate sunt postate și aduse la cunoștința tuturor).

Se consideră că, „cantități determinate” solicitate de ANAP a fi incluse în documentație, sunt artificial calculate, nu există normare a activităților intelectuale și a serviciilor de dirigenție, supervizare, inginerie tehnică, nu un pontaj al prezenței confirmă prestarea serviciilor, ci activitatea în sine, consemnată în acte, documente, verificări și consemnări, certificate și decizii, nu există o standardizare care să impună modalitatea impusă prin Aviz de ANAP.

Importanța serviciilor de dirigenție și supervizare în cadrul gestionării lucrărilor de execuție la obiectivele de investiții nu poate fi „încadrată” artificial într-un număr de ore și în cantități prestabilite, cu încălcarea astfel a principiului eficienței, ba chiar pe cei al echilibrului contractual și al proporționalității prestațiilor.

Se consideră, totodată, că prin documentațiile emise de autoritățile contractante, în vederea asigurării respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, trebuie:

- să prevadă cerințe și clauze potrivite, necesare și adecvate contractului pentru care derulează procedura de achiziție;
- să utilizeze metode deschise și competitive, astfel încât să obțină oferte de calitate, competitive, prestatori profesioniști și să se asigure că fondurile publice angrenate cu derularea contractului, vor fi cheltuite eficient și înțelept.

În concluzie, contestatorul apreciază că ANAP nu poate impune reguli noi, care să transforme contractul licitat, într-o altă formă de contract.

- mecanismul stabilit prin documentația din această procedură respectă și modul în care proiectantul cuprinde și estimează acesta cheltuială în cadrul unui deviz conform H.G. nr. 907/2016, cu modificările și completările ulterioare.

- supervizorul, dirigintele, consultantul desfășoară o activitate complexă, raportată la managementul unui contract complex, la supravegherea lucrărilor aferente acestuia, la verificarea lucrărilor, la analiza unor revendicări sau aplicarea unor clauze contractuale sau la testarea și verificarea fazelor de execuție, care nu are o „normare” în ore.

- totodată, se consideră că ANAP nu poate impune stabilirea unui tarif orar sau pe zile, deoarece Consultantul/supervizorul nu este un angajat căruia autoritatea să îi țină un pontaj sau autoritatea nu poate să măsoare activitatea terțului prin urmărirea prezenței acestuia în teren sau în fața calculatorului.

Notă: Procedura de licitație derulată vizează atribuirea unui acord-cadru, unde elementele esențiale sunt estimări. La momentul întocmirii documentației nu exista decât, cel mult studiile de fezabilitate (de aici

doar valoarea estimată a lucrărilor și nu cantități, acestea fiind stabilite la faza următoare de proiect tehnic) și nu proiectele tehnice, nu se cunoaște numărul și obiectul contractelor de execuție, că să se poată realiza o alocare de resurse de tipul om/zi sau om/lună.

Analiza documentației și oferta s-a făcut pentru tipul de contract publicat, care este un acord-cadru în ceea mai pură accepțiune chiar a înțelegerii ANAP.

La acest moment nu se cunosc articolele de lucrări și cantitățile și nici duratele de execuție, fapt pentru care nu se poate face o planificare a resurselor umane și materiale pentru serviciile de management de contract, supervizare și dirigenție. Nu se cunosc date certe cum ar fi: 1 sau 100 de faze determinante, dacă un proiect va fi împărțit în mai multe loturi, dacă va exista 1 sau 10 autorizații de construire pentru respectivul proiect - numărul acestora fiind determinat de cauze și factori obiectivi: cine proiectează și execută relocările de utilități (sunt deținătorii și operatorii de utilități și atunci lucrările respective și pe cale de consecință și serviciile de supervizare și dirigenție de șantier, nu-și au scopul), etc.

În chiar aprecierea ANAP, „acordul-cadru, ca instrument în achiziții publice, este definit potrivit art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, ca fiind acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere. Prin urmare, care dintre condiții și termeni nu se regăsesc în documentația de atribuire și în lipsa cărora procedura de achiziție este anulată printr-un aviz condiționat al ANAP? Cantitățile? În această privință, ANAP exprimă două opinii diferite, una este cea menționată în Notificarea privind acordul-cadru reiterată (și care a fost în totalitate respectate în documentația de atribuire) și una exprimată cu ocazia controlului ex-ante pe documentația în cauză.

Avizul conform condiționat emis de ANP este justificat pe „îndrumări”, „Modele” emise de ANAP și postate pe site-ul său. Se consideră că aceste Opinii ale ANAP, publicate sub forma de ghid, îndrumar, fără consultarea industriei căreia i se aplică, fără cunoașterea specificului industriei de servicii intelectuale cod CAEN 711, nu se pot constitui în normă legală.

În concluzie:

- Avizul ANAP nu este întemeiat, prin menținerea mecanismului de estimare și determinare a prețului pentru decontarea serviciilor ca procent (%) din valoare de investiție asupra căreia se prestează serviciile, autoritatea contractantă nu a încălcat principiul transparenței (a prezentat în documentația postată și în clarificările postate ulterior,

toate informațiile, avizul, ba chiar a prezentat pentru ușurința înțelegerii exemple de calcul),

- Nu există o lege sau o normă legală care să stabilească un standard sau o impunere expresă de prestare a serviciilor de supervizare și dirigenție prin normarea în ore a activităților în cauză.

- Conform art. 23 din O.G. nr. 98/2017 - Avizul conform al ANAP nu afectează caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate și al măsurilor dispuse de Consiliu/instanța competentă în legătură cu procedurile de atribuire conform prevederilor Legii nr. 101/2016.

7) Autoritatea contractantă își întemeiază decizia de anulare a procedurii „pe obligații legale și morale legate de utilizarea eficientă a banilor publici”, deși, nici măcar un temei juridic nu indică pentru respingerea solicitărilor din cadrul contestației.

Totodată, în mod eronat se autopronunță pe constatarea anulării absolute a contractului, deși nu are această competență, ci doar instanța, ba mai mult se invocă *„cheltuieli care pot fi considerate prejudiciu, în cazul în care instanța de judecată se va pronunța”*, deși art. 25 (1A1) din O.G. nr. 98/2017 prevede că ANAP este scutită de plata taxei judiciare de timbru în cazul în care, în temeiul alin. (1), solicită anularea unui contract de achiziție publică sau exercită o cale de atac.

Autoritatea contractantă a creat deja prejudicii contestatorului, atât prin prelungirea cu încălcarea termenelor maxime prevăzute de lege pentru evaluarea ofertelor și comunicarea rezultatului procedurii, prejudiciu constând în imobilizarea timp de 12 luni a sumei constituite drept garanție de participare (în sumă 35.000 lei), cât și prin anularea în mod neîntemeiat a procedurii, precum și indisponibilizarea sumei de 140.000 lei, constituită drept cauciune odată cu depunerea contestației.

De asemenea, autoritatea contractantă trimite contestatorul să studieze ghidul interactiv pus la dispoziție de către ANAP, dar această alegație nu se poate constitui drept un punct de vedere al unei autorități contractante care derulează proceduri de achiziții și respectă legea, este un punct de vedere care denotă lipsă de competență.

Față de punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă referitor la solicitarea contestatorului de anulare a avizului ANAP, respectiv faptul că înțelege „să nu se pronunțe”, se consideră că iarăși aceasta dă dovadă de incompetență și lipsă de profesionalism, juridic, în conformitate cu prevederile OG nr. 98/2017 și ale Legii nr. 101/2016, aceasta poate interveni în cadrul litigiului să prezinte Consiliului punctul său de vedere susținut în concilierea cu ANAP față de acest Aviz condiționat, la care nu a primit un răspuns favorabil.

Concluzii:

- autoritatea contractantă nu este obligată să adopte măsurile cuprinse în avizele conforme condiționate ale ANAP, astfel cum prevede art. 14 alin. (4) din OUG nr. 98/2017, citat;

- caracterul facultativ al măsurilor indicate prin avizele conforme condiționate ANAP rezultă și din modul în care acestea au fost formulate: *„Astfel, vă recomandăm să solicitați în cadrul propunerii financiare prețuri unitare de tipul tarif expert/zi, care vor fi oferite și menținute pe perioada contractului subsecvent/ acordului-cadru, de fiecare contractant”*;

- autoritatea contractantă nu a achiesat la început la recomandările ANAP din aceste Avize condiționate, acesta și-a schimbat comportamentul la finalul evaluării ofertelor, când „neregularitățile/recomandările” semnalate de ANAP nu mai puteau fi remediate în documentație;

- avizele conforme condiționate emise de către ANAP nu conduc de drept la nulitatea procedurii sau a contractului. În conformitate cu prevederile art. 25 alin. (1) din O.U.G. nr. 98/2017, constatarea nulității contractului încheiat în urma finalizării procedurii de atribuire, fără a fi remediate abaterile grave de la legislația aplicabilă constatate de ANAP, se face în instanță, la solicitarea ANAP. Prin urmare, procedura de atribuire nu este nulă în baza acestei dispoziții legale, iar contractul ce urmează a fi încheiat, prin reluarea și finalizarea în condiții de legalitate a procedurii, nu este nul de drept.

- sancțiunea nulității contractului poate fi constatată de către instanța de judecată, la sesizarea ANAP, în urma evaluării Avizului conform condiționat final, pentru a stabili dacă neregularitățile semnalate în acesta reprezintă în continuare abateri grave de la legislația în domeniul achizițiilor publice care conduc la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cât și după analiza pe fond a argumentelor aduse de autoritatea contractantă pentru ignorarea celor reținute de ANAP, astfel cum prevede art. 14 alin. (8) și alin. (8¹) din OUG nr. 98/2017.

- simpla existență a unui Aviz conform condiționat final nu atrage nulitatea contractului, nicidecum a procedurii de licitație derulate. Abaterile săvârșite de autoritatea contractantă trebuie să fie grave pentru a conduce la nulitatea contractului, or, dacă aceasta ar fi considerat că se află într-o asemenea situație, nu ar fi formulat 3 cereri de conciliere, prin care să încerce anularea anumitor măsuri dispuse de ANAP în cadrul avizelor.

- prin anularea procedurii au fost încălcate principiile garantate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, măsura anulării fiind disproporționată, având în vedere perioada îndelungată de la data publicării anunțului de participare în SEAP, 10.11.2023 și momentul finalizării procedurii, respectiv 11 luni, în care, pe de o parte, autoritatea contractantă a alocat resurse și cheltuieli, iar, pe de altă parte, operatorii economici au angrenat resurse și respectiv și-au asumat și au achiesat la documentația de atribuire și remedierile sale, toate răspunsurile

consolidate fiind însoțite de avizele ANAP ce au vizat verificarea documentației și răspunsurilor consolidate la aceasta.

- autoritatea contractantă nu a justificat în mod corespunzător decizia de anulare a procedurii, astfel cum impune art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Deoarece, finalizarea procedurii prin anularea sa reprezintă o măsură de excepție, care intervine în situații limitativ prevăzute de lege, aceasta trebuia motivată corespunzător.

- autoritatea invocă în Raportul procedurii art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 ca temei pentru dispunerea anulării procedurii, însă nu indică care sunt prevederile legale încălcate care afectează procedura, ci doar se rezumă la a indica conținutul Avizului conform condiționat final, a cărui recomandări au fost ignorate chiar de aceasta pe toată perioada derulării procedurii. Autoritatea contractantă își invocă propria culpă pentru a anula procedura, fapt ce contravine principiului asumării răspunderii, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, dar și principiului general cunoscut sub adagiul latin *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpă.

- se evocă prevederile art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016.

- prin modul în care a fost motivată decizia de anulare a procedurii, respectiv neimplementarea măsurilor dispuse de ANAP prin avizele conforme condiționate, din propria culpă, autoritatea contractantă a creat în mod artificial circumstanțe de anulare a procedurii de atribuire, situație care nu doar că încălcat prevederile art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, ci și prejudiciază operatorii economici care au înțeles să participe și să suporte cheltuieli cu prezenta procedură, care s-a desfășurat pe o perioadă de 11 (unsprezece) luni. Aceste dispoziții conduc la interpretarea că autoritatea contractantă nu are dreptul să creeze circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. În acest sens, sta și jurisprudența creionată în acest sens.

- în consecință, se impune remedierea acestei neregularități, inclusiv prin anularea Avizul conform condiționat/Avizului conform condiționat final, împreună cu actele nelegale emise de către autoritatea contractantă, conform art. 22 din Ordonanța de urgență nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, citat.

- de asemenea, se solicită anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii și, în consecință, remedierea Raportului procedurii în consecință (în parte) și a comunicării rezultatului procedurii, cu eliminarea tuturor mențiunilor privind anularea procedurii ca vădit nelegală și nejustificată.

Având în vedere cele menționate, pentru toate considerentele și argumentele prezentate în contestație și prin prezentele concluzii scrise, ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L., solicită Consiliului următoarele:

- anularea comunicării rezultatului procedurii de achiziției, emis de autoritatea contractantă și denumit scrisoare de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320298/01.10.2024;

- anularea deciziei de anulare a procedurii adoptată de autoritatea contractantă.

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, cu scopul de a corecta Raportul procedurii nr. 320082/01.10.2024, publicat în SEAP; respectiv anularea titlului Raport de anulare a procedurii, remedierea acestuia și menționarea sa corectă, anularea (în parte a Raportului), respectiv a concluziilor menționate la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături din acesta, începând cu teza 5, pag. 12-16, care cuprind propunerea de anulare a procedurii de atribuire emisă de comisia de evaluare, conformată drept decizia de anulare a procedurii adoptată de autoritatea contractantă.

- obligarea autorității contractante la emiterea unui Raport al procedurii care consemnează rezultatul evaluării ofertelor, astfel cum a fost consemnat până la pag. 11 inclusiv, respectiv a raportului procedurii care la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături, menționează rezultatul evaluării și clasamentul înregistrat, desemnarea ofertelor câștigătoare clasate pe primele 3 locuri în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAЕ, precum și la comunicarea ofertelor câștigătoare.

- anularea avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024.

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor pe care contestatorul le-a angrenat, precum și la plata unor daune interese egale cu prejudiciul suferit.

II. 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 ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., critică modalitatea prin care autoritatea contractantă ... i-a evaluat oferta, pe care a declarat-o ca fiind inacceptabilă și neconformă și a anulat procedura de atribuire.

1. Situația de fapt:

În fapt, la data de 10.11.2023, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. ... pentru atribuirea respectivului acord-cadru.

Procedura de atribuire a fost selectată în vederea realizării controlului ex ante de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice. În

îndeplinirea atribuțiilor sale, ANAP a emis 4 (patru) avize conforme condiționate:

- Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/DGCECMSS, prin care a dispus măsuri de remediere cu privire la anumite cerințe ale documentației de atribuire;

- Avizul conform condiționat nr. 17694/19479/DGCECMSS/CN106143/04.12.2023, prin care a pus în vedere autorității contractante faptul că nu au fost implementate toate măsurile de remediere dispuse prin avizul precedent;

- Avizul conform condiționat înregistrat nr. 17694/20103/DGCECMSS/ .../13.12.2023, cu privire la modul deficitar în care au fost formulate răspunsurile la solicitările de clarificări înaintate de operatorii economici interesați;

- Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/ .../12.08.2024, prin care au fost reiterate neregularităților semnalate anterior („Avizul conform condiționat final”).

Autoritatea contractantă a formulat 3 (trei) cereri de conciliere prin care a solicitat anularea măsurilor dispuse prin cele 4 (patru) avize conforme condiționate, cu excepția neregularităților pe care le-a remediat, însă cererile sale au fost respinse.

În pofida acestor aspecte, autoritatea contractantă a ales să își asume răspunderea cu privire la nerespectarea avizelor emise de ANAP și să continue derularea procedurii. Astfel, au fost depuse 9 (nouă) oferte în termenul-limită de depunere a ofertelor, 03.01.2024, printre care și cea a asocierii contestatoare.

În ce privește oferta Asocierii contestatoare, se indică Consiliului faptul că, la momentul completării DUAE, aceasta a înaintat și o Notă justificativă, împreună cu Documentul constatatator intermediar emis sub nr. A-5999 din data de 08.11.2023 („*Documentul constatatator intermediar*”), pentru a justifica în mod transparent motivul pentru care s-a selectat „NU” în secțiunea a III - la MOTIVE DE EXCLUDERE. Acest demers a avut în vedere preîntâmpinarea interpretării eronate a caracterului Documentului constatatator intermediar, astfel cum s-a întâmplat în cadrul altor proceduri de atribuire.

În data de 01.10.2024 a fost emis Raportul de anulare a procedurii nr. 320082 („*Raportul procedurii*”), cât și Scrisoarea de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320259 („*Comunicarea rezultatului evaluării*”), urmând că în data de 02.10.2024 să fie publicate în SEAP, deoarece autoritatea contractantă a așteptat ca ANAP să emită avizul aferent acestei măsuri, și anume:

- Avizul conform necondiționat final nr. 17694/15713/DGCECMSS/ .../02.10.2024.

Din conținutul Raportului procedurii și al Comunicării rezultatului evaluării, s-a constatat faptul că:

(i) oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă,

(ii) a fost finalizată evaluarea ofertelor depuse,
(iii) au fost desemnați ca semnatori ai acordului-cadru 3 (trei) operatori economici, respectiv Asocieria ... S.R.L. - ... S.R.L. - ... S.R.L. (clasată pe primul loc), Asocieria ... (clasată pe locul al doilea) și Asocieria ... (clasată pe locul al treilea), iar, în final,
(iv) procedura a fost anulată în baza art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Deoarece se consideră nelegale și netemeinice măsurile dispuse prin Raportul procedurii și Comunicarea rezultatului evaluării, se înaintează prezenta contestație.

2. Formularea în termen legal a contestației

Sub acest aspect, contestația a fost formulată în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016, de 10 (zece) zile.

Așadar, prin raportare la data publicării în SEAP a Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului evaluării, 02.10.2024, Consiliul este rugat să constate că termenul de 10 (zece) zile pentru formularea contestației se împlinește la data de 14.10.2024, prin prorogarea termenului din data de 12.10.2024, fiind zi nelucrătoare, cu consecința formulării contestației în termen legal.

3. Nelegalitatea și netemeinicia raportului procedurii și comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul respingerii ofertei asocierii ca inacceptabilă și neconformă

3.1. Puterea de lucru judecat a Deciziei definitive nr. 243/04.04.2024, pronunțată de Curtea de Apel București în Dosarul nr. 1854/2/2024 (conexat cu dosar nr. 1903/2/2024) și a Deciziei definitive nr. 142/16.05.2024, pronunțată de Curtea de Apel Galați în Dosarul nr. 277/44/2024, în conformitate cu art. 431 alin. (2) C. pr. civ.

Cu titlu preliminar și esențial soluționării cauzei, se învederează Consiliului faptul că, Documentul constatatator intermediar, în baza căruia autoritatea contractantă i-a respins oferta ca fiind inadmisibilă și neconformă, conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, a făcut obiectul analizei în două cauze anterioare, soluționate definitiv de Curtea de Apel București și, respectiv, Curtea de Apel Galați. Dată fiind identitatea de chestiune litigioasă tranșată, se apreciază că se impun cu putere de lucru judecat considerentele instanțelor în prezenta cauză, astfel că, în continuare se vor prezenta aspectele reținute de către cele două organe jurisdicționale.

Prin Decizia definitivă nr. 243/04.04.2024, Curtea de Apel București a stabilit că Documentul constatatator intermediar nu îndeplinește condițiile legate pentru a conduce la excluderea contestatorului din cadrul procedurilor de achiziție publică și se citează din considerentele Deciziei definitive.

De asemenea, puterea de lucru judecat a Deciziei nr. 243/04.04.2024 pronunțată de Curtea de Apel București, cu privire la caracterul Documentului constatatator intermediar, a fost invocată cu

ocazia plângerii introduse de către Asocieria ... S.R.L. (Lider) - ... SRL - ... S.R.L., în Dosarul nr. 277/44/2024.

Se citează din Decizia definitivă nr. 142/16.05.2024 a Curții de Apel Galați, pronunțându-se asupra Documentului constatatator intermediar în raport de Decizia nr. 243/04.04.2024.

Așadar, față de hotărârile definitive pronunțate de Curtea de Apel București în Dosarul nr. 1854/2/2024 și Curtea de Apel Galați în Dosarul nr. 277/44/2024, contestatorul face trimitere la prevederile art. 431 alin. (2) C. proc. civ., citat.

Astfel, Consiliul, investit cu soluționarea prezentei cauze, urmează a avea în vedere puterea de lucru judecat a chestiunilor litigioase tranșate, prin care 2 (două) instanțe de judecată au statuat definitiv că în Documentul constatatator intermediar nu au fost reținute încălcări grave sau repetate ale obligațiilor principale ... ce-i reveneau în cadrul contractului, precum și inexistența urmărilor prevăzute de legiuitor, respectiv nu s-a produs încetarea anticipată a contractului, nu au fost imputate sancțiuni pecuniare în sarcina ..., prejudiciul menționat fiind pur ipotetic. Astfel că, Documentul constatatator intermediar nu a fost reținut ca impediment al contestatorului de a participa la proceduri de achiziții publice, fiind definitiv înlăturat de către instanțele de judecată din sfera eventualelor argumente de negare a vocației sale, de către autoritățile contractante, de a participa la astfel de proceduri.

Totodată, în conformitate cu dispozițiile art. 435 alin. (1) C. proc. civ., modalitatea de interpretare și aplicare a legii stabilită de către instanțele de judecată, este obligatorie și produce efecte între părți.

Or, deși obiectul celor trei dosare în discuție este diferit din perspectiva procedurilor de achiziție publică contestate, Consiliul urmează a constata că prin Decizia nr. 243/04.04.2024 și Decizia nr. 142/16.05.2024, s-a tranșat în mod definitiv faptul că Documentul constatatator intermediar nr. A5999/08.11.2023 nu îndeplinește condițiile legale pentru a conduce la excluderea din cadrul procedurilor de achiziție publică, nu sunt îndeplinite condițiile aplicării dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, atât timp cât documentul constatatator nu consemnează nici încălcări grave ale obligațiilor contractuale principale sau încălcări repetate și nici prejudicii concrete aduse autorității contractante în proiectul respectiv.

Așadar, în cauză este îndeplinită cerința privind identitatea de chestiune litigioasă, astfel încât, se impune constatarea puterii de lucru judecat a Deciziei Curții de Apel București nr. 243/04.04.2024, cât și a Deciziei Curții de Apel Galați nr. 142/16.05.2024, în ceea ce privește neîndeplinirea condițiilor de excludere/constatare a inacceptabilității ofertei contestatorului în raport de existența Documentului constatatator intermediar, ce vizează strict o perioadă a derulării contractului referit, importantă fiind evoluția acestuia până la finalul perioadei contractuale, iar nu strict într-un segment de perioadă. A decide contrar celor stabilite

deja de către Curtea de Apel București și Curtea de Apel Galați, ar reprezenta o contradicție inadmisibilă a lucrului judecat, precum și o încălcare a principiului securității juridice și a stabilității efectelor hotărârilor judecătorești.

Contestatorul menționează că incidența puterii lucrului judecat anterior, nu este condiționată de întrunirea triplei identități, respectiv părți, obiect și cauză a celor trei litigii în discuție; este suficientă identitatea chestiunilor litigioase tranșate.

Această prezumție are caracter absolut, în sensul că într-o nouă acțiune nu se poate pretinde sau dovedi contrariul a ceea ce s-a statuat anterior pe cale jurisdicțională, astfel cum s-a reținut expres în practica Înaltei Curți de Casație și Justiție - ICCJ, Secția civilă și de proprietate intelectuală, prin Decizia nr. 995/04.02.2009.

Cu referire la condițiile și ipotezele de incidență ale acestei instituții de drept procesual, se citează din Decizia nr. 3123/22.10.2022 a ICCJ, Secția de contencios administrativ.

Având în vedere practica judiciară enunțată, aspectele tranșate prin Decizia nr. 243/04.04.2024 și Decizia nr. 142/16.05.2024, cu privire la Documentul constatatator intermediar, sunt câștigate prezentei cauze, fiind inadmisibilă proba contrară.

Autoritatea de lucru judecat a considerentelor a fost confirmată și în practica Înaltei Curți de Casație și Justiție dată în interpretarea art. 431 alin. (2) C. proc. civ., se citează din Decizia nr. 9698 a ICCJ, Secția civilă și de proprietate intelectuală.

Suplimentar, se citează și din Decizia CNSC nr. 651/C2/317/318 din data de 14.03.2024, în cadrul căreia s-a reținut lipsa îndeplinirii condițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește Asocierea ...-... în raport de același Document constatatator.

Astfel, se solicită Consiliului să constate incidența autorității de lucru judecat în prezenta cauză, cu referire expresă la efectul pozitiv al acesteia, în ceea ce privește neîndeplinirea condițiilor legale de a se dispune respingerea ofertei contestatorului în raport de existența Documentului constatatator intermediar, astfel cum a fost stabilit în mod definitiv în cadrul Dosarului nr. 1854/2/2024 și al Dosarului nr. 277/44/2024.

3.2. Asocierea nu se regăsește în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Asocierea a prezentat în mod transparent autorității contractante existența unui document constatatator intermediar și evenimentele care au stat la baza emiterii sale:

În subsidiarul excepției puterii de lucru judecat a Deciziei Curții de Apel București pronunțată în Dosarul nr. 1854/2/2024, cât și a Deciziei Curții de Apel Galați nr. 142/16.05.2024 pronunțată în Dosarul nr. 277/44/2024, contestatorul solicită Consiliului să constate nelegalitatea

și netemeinicia Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului evaluării, pentru argumentele prezentate în cele ce urmează.

Cu titlu preliminar, se evocă prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și Notificarea ANAP emisă cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ce reflecta modalitățile de excludere dintr-o procedură a unui operator economic.

Prin urmare, pentru invocarea acestei situații de excludere, este necesară îndeplinirea cumulativă a uneia dintre condițiile menționate în prima teza a art. 167 alin. (1) lit. g), respectiv fie să ne aflăm în prezența unei încălcări grave, fie a uneia repetate, a obligațiilor principale într-un contract de achiziție încheiat anterior, cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, respectiv ca această încălcare să fi dus fie la încetarea anticipată a contractului anterior încheiat, fie la plata de daune-interese, fie la alte sancțiuni comparabile cu acestea.

Astfel, îndeplinirea doar a uneia dintre condiții (menționată într-o singură teza a acestui articol) nu este suficientă.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că un atare document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. excluderea operând numai într-un atare caz de îndeplinire cumulativă.

Decizia privind excluderea de la procedură aparține autorității contractante, în urma analizării de la caz la caz a motivelor de excludere invocate și, după caz, a dovezilor prezentate de către operatorul economic pentru demonstrarea în concret a credibilității sale, în conformitate cu prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Acest argument a fost puternic reliefat și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, în cauza Delta - cauza C—267/18, Delta, para. 27, citat.

Contestatorul subliniază Consiliului faptul că, după modificarea adusă H.G. nr. 395/2016 prin H.G. nr. 375/2022, autoritățile contractante au dreptul (atenție: nu obligația!) să emită documente constatatoare și pe parcursul derulării contractului, potrivit art. 166 alin. (52) din H.G. nr. 395/2016, însă finalitatea acestora este diferită de cea a documentelor constatatoare finale.

Oricum, astfel cum am menționat și anterior, chiar și în situația unui document negativ primar sau final (iar nu intermediar), o excludere nu operează de drept, ci, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie asupra faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*

În continuare, contestatorul citează din Deciziile CNSC nr. 2603/C3/2585,2586 și nr. 2945/C11/3247, 3249, 3250, 3409 din 14.12.2023.

Totodată, în considerarea celor mai sus învederate, trebuie avut în vedere și principiul proporționalității, CJUE manifestând o preocupare constantă pentru respectarea acestui principiu în contextul aplicării cazurilor de excludere referitoare la fiabilitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire (a se vedea spre exemplu cauza C-465/1).

În continuare, sub un al doilea aspect, cu privire la situația reținută prin Documentul constatator nr. A5999/08.11.2023, ... a detaliat pe larg în cadrul acțiunilor inițiate în fața instanței, a Ministerului Apărării Naționale și a entității emitente Unitatea Militară 02517 Craiova („UM Craiova”) că acesta a intervenit în circumstanțe independente de

În acest sens, se învederează că ... (în calitatea sa de lider al Asocierii ...&... din respectivul contract) are pe rol o serie de acțiuni inițiate împotriva acestui Document urmându-și cursul normal de soluționare în fața instanțelor competente:

- Dosarul nr. 37329/3/2023, pe rolul Tribunalului București, pentru anularea Documentului constatator nr. A5999;

- Plângerea prealabilă inițiată conform Legii 554/2004, în fața Ministerului Apărării Naționale, UM 02523 București și a entității emitente UM Craiova, ca pas prealabil unei acțiuni în temeiul acestei legi speciale.

În fapt, contestatorul învederează Consiliului următoarele aspecte, de natură să clarifice, pe scurt, evenimentele în raport de care a fost emis Documentul constatator intermediar, nefiind obiectul prezentei analize și rolul Consiliului de a evalua fondul evenimentelor din cazul respectiv:

a. Referitor la punctul 1 din Documentul constatator privind centralizatorul financiar al cheltuielilor:

Eroarea în centralizatorul invocat de autoritatea contractantă a survenit din discuțiile anterioare ale antreprenorului/constructorului (iar nu ale Supervizorului, deci nu ale Asocierii ...&...) cu UM Craiova, de obținere a unei ajustări de preț și rămâne la stadiul de simplă eroare. Supervizorul, respectiv Asocierea ...&..., a aprobat la plată, conform certificatelor de plată aprobate, sumele corecte corespunzătoare valorii stabilite contractual.

Se pot constata, astfel, foarte ușor, următoarele: i) caracterul vădit nefondat și nelegal al constatărilor UM Craiova cu privire la centralizatorul financiar al cheltuielilor, ii) constatățile UM Craiova derivă din evenimente și motive neimputabile Supervizorului (ci antreprenorului) și iii) nu există niciun prejudiciu concret și nici riscul producerii unui prejudiciu în patrimoniul beneficiarului, având în vedere că nu ar fi fost posibilă aprobarea la plată a sumelor ce nu au fost cuprinse în Situația de lucrări a antreprenorului.

b. Cu privire la punctul nr. 2 din Documentul constatator. Presupusele fapte menționate în cuprinsul Documentului constatator nu contravin dispozițiilor O.G. nr. 43/2000 referitoare la protejarea patrimoniului arheologic. Nu este dovedită săvârșirea acestor fapte ori producerea vreunui prejudiciu autorității contractante/beneficiarului în contractul respectiv:

Lucrările executate asupra clădirii existente/monument istoric (cu regim de reglementare diferit de O.G. nr. 43/2000, instituit prin Legea specială nr. 422/2001), nu au fost de natura celor care să evidențieze descoperiri arheologice întâmplătoare, nefiind descoperite vestigii arheologice care să determine sistarea lucrărilor de construcții, așa cum este prevăzut la art. 5, alin. (8) și (16) din O.G. nr. 43/2000, invocat de UM Craiova în cuprinsul Documentului constatator. Pentru execuția lucrărilor pentru noua construcție din curtea interioară a imobilului, a fost, prin urmare, efectuată cercetarea arheologică și s-a obținut avizul favorabil în vederea execuției lucrărilor.

Se poate constata astfel foarte ușor: i) caracterul vădit nefondat și nelegal al constatărilor UM Craiova cu privire la săvârșirea unor fapte care să contravină dispozițiilor O.G. nr. 43/2000 referitoare la protejarea patrimoniului arheologic, ii) constatările UM Craiova derivă din evenimente și motive neimputabile Asocierii ...&... și iii) nu există niciun prejudiciu concret și nici riscul producerii unui prejudiciu în patrimoniul Beneficiarului în urma nerespectării de către Asocierea ...&... a unei obligații contractuale sau legale.

Așadar, în concluzie și sub un al treilea aspect, condițiile prevăzute pentru a fi incidentă situația de excludere din art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu sunt îndeplinite.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să dispună anularea Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului evaluării ca nelegale și neîntemeiate, întrucât nu sunt îndeplinite condițiile pentru care acesta să se regăsească în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

3.3. Încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, de către autoritatea contractantă, în evaluarea ofertei Asocierii contestatoare

După cum s-a arătat și în secțiunea 1, tocmai pentru a preîntâmpina prezenta situație, contestatorul a depus o Notă justificativă în completarea Documentului constatator intermediar, prin care a expus în mod transparent situația concretă în care acesta a fost emis.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a analizat superficial explicațiile sale, considerând că Nota justificativă, *„în afară de invocarea unor motive de nelegalitate și netemeinicie care pot fi utilizate în instanță, Nu arată nicio măsură adoptată prin care să își corecteze activitatea, modul de prestare a serviciilor pentru clienți, să prevină PE VIITOR producerea de astfel*

de situații grave, ba mai mult prin apărările formulate, ignora importanța consecințelor inacțiunilor sale (două la număr)”.

Contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă a analizat într-o manieră superficială și deopotrivă vădit nelegală incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitor la Documentul constatator intermediar, deoarece, dacă ar fi evaluat condițiile impuse de lege, ar fi observat faptul că Nota justificativă nu prevedea doar „*motive de nelegalitate și netemeinicie care pot fi utilizate în instanță*”, ci explica motivele pentru care condițiile legale pentru excluderea Asocierii nu sunt îndeplinite, în raport de Documentul constatator intermediar.

Tot cu ignorarea mențiunilor furnizate pe calea Notei justificative, autoritatea contractantă a reținut faptul că, „... *se află într-o situație în care a avut loc o neîndeplinire gravă a unui contract de achiziție anterior (DOUĂ INACȚIUNI CONSTATATE DE CĂTRE O AUTORITATE CONTRACTANTĂ, UNA DINELE DETERMINÂND ÎNCĂLCAREA OG 34/2000 CARE ARE DREPT SANCȚIUNE O INFRACȚIUNE)*”. Or, astfel cum s-a arătat în secțiunea anterioară, cât și pe calea Notei justificative, beneficiarul contractului în care a fost emis Documentul constatator intermediar nu a suferit nicio pagubă, cu atât mai mult nu a fost săvârșită vreo infracțiune.

Mai mult, nu se poate considera faptul că a existat o evaluare efectivă a conținutului Documentului constatator intermediar, astfel cum impun dispozițiile legale, din moment ce toți operatorii economici care au declarat în DUAЕ existența unui document constatator privind neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a contractului au fost excluși. Or, existența unui atare document nu atrage automat și incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări cu privire la Documentul constatator intermediar, dacă avea neclarități referitoare la acesta, iar nu să dispună respingerea ofertei Asocierii, care reprezintă o măsură disproporționată, în special, datorită superficialității cu care au fost evaluate documentele depuse de contestator.

În plus, în urma studierii dosarului achiziției publice la sediul autorității contractante, s-a constatat faptul că, deși contestatorului nu i-au fost solicitate clarificări, asemenea solicitări au fost totuși adresate celorlalți ofertanți, inclusiv cu privire la emiterea certificatului constatator sau cu privire la măsurile adoptate în scopul dovedirii credibilității. Or, prin modul în care autoritatea contractantă a înțeles să evalueze ofertele depuse, a încălcat, inclusiv, principiul tratamentului egal, garantat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Modul arbitrar și superficial în care a fost evaluată oferta reiese și din temeiurile de drept reținute pentru respingerea acesteia. Astfel, autoritatea contractantă a stabilit faptul că oferta Asocierii este inacceptabilă și neconformă, însă singurul motiv argumentat și fundamentat pe temeiuri legale, este cel al inacceptabilității. Nici nu s-ar

fi putut reține o neconformitate a ofertei, din moment ce aceasta a fost depusă în termen și nu a fost analizată din perspectiva propunerii tehnice sau financiare.

Deoarece autoritatea contractantă avea obligația de a detalia motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei, conform art. 215 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Comunicarea rezultatului evaluării este nelegală prin raportare la decizia de respingere a ofertei ca neconformă, nefiind motivată sau cel puțin susținută de un temei legal.

Astfel, se solicită Consiliului să constate faptul că autoritatea contractantă nu a respectat principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică în evaluarea ofertei, ci a acționat complet arbitrar și superficial.

3.4. Necesitatea aplicării cu prioritate a dreptului Uniunii Europene în materia achizițiilor publice în evaluarea ofertei Asocierii contestatoare:

În plus față de cele expuse supra, se învederează Consiliului și faptul că, în cauză, devine prioritară aplicarea dreptului Uniunii Europene, având în vedere că prin transpunerea sau, după caz, aplicarea necorespunzătoare a acestor prevederi în dreptul național, se limitează cadrul trasat de art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, fapt ce conduce în mod direct la o evaluare ce încalcă principiile achizițiilor publice și lezează interesul ofertanților.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 148 alin. (2) din Constituție, art. 4 C.civ. și art. 3 C.pr.civ., Cauza 6/64, Costa c. Enel, Cauza C-46/15 Ambisig împotriva AICP, precum și:

- textul din dreptul Uniunii Europene a căruia interpretare este prioritară este art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE, citat;
- textul național în transpunerea Directivei 2014/24 este art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, citat.

Prin urmare, din Documentul constatare nu rezultă că ... ar fi încălcat în mod grav sau repetat contractul (care, atenție, se află în plină execuție!), respectiv că o atare încălcare ar fi vizat una din sancțiunile comparabile, care conform Directivei 2014/24/UE și dreptului unional dau dreptul (nu indică obligația!) autorităților contractante de a decide cu privire la excluderea unui operator economic.

În acest sens, simpla publicare în SEAP a unui astfel de document unilateral ce cuprinde strict poziția subiectivă a unei alte autorități contractante nu este apt să conducă în mod automat și cu certitudine la concluzia că ... (lider al Asocierii ...-... în acel proiect) este răspunzătoare de încălcarea în mod grav și repetat a obligațiilor contractuale principale într-un raport contractual anterior, iar sancțiunile lipsesc cu desăvârșire (nefiind în prezența niciunui fel de prejudiciu).

În continuare, se evocă pct. 101 din Directiva 2014/24/UE, Hotărârea CJUE din 13 decembrie 2012, în cauza C-465/11, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z O.O. împotriva Poczta Polska SA, art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE, precum și reținerile recente ale Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-66/22 Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Industrios Ferroviarias SA împotriva Toscca - Equipamentos em Madeira Lda - Hotărârea din cauza C-157/96 National Farmers Union și alții, punctul 60.

Astfel, asocierea contestatoare solicită Consiliului anularea Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul respingerii ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, pentru toate argumentele redată în cadrul prezentei secțiuni. Se solicită astfel Consiliului, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertei sale, prin considerarea caracterului acceptabil al ofertei în raport de informațiile și documentele conforme și suficiente depuse în dovedirea cerințelor minime obligatorii ale documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor legale naționale și europene, a jurisprudenței CJUE obligatorii, a priorității dreptului Uniunii Europene și a principiilor esențiale în domeniu.

4. Nelegalitatea și netemeinicia Raportului procedurii și Comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul anulării procedurii de atribuire:

Sub un prim aspect, finalizarea procedurii de atribuire prin anularea acesteia este nelegală și neîntemeiată, având în vedere motivele invocate de autoritatea contractantă în fundamentarea sa.

Aceasta susține faptul că, anularea procedurii se impune datorită aspectelor reținute în Avizului conform condiționat final, care nu mai puteau fi implementate în stadiul în care se regăsea procedura, respectiv finalizarea evaluării ofertelor.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu este obligată să adopte măsurile cuprinse în avizele conforme condiționate ale ANAP, astfel cum prevede art. 14 alin. (4) din O.U.G. nr. 98/2017, citat.

Caracterul facultativ al măsurilor indicate prin avizele conforme condiționate ANAP rezultă și din modul în care au fost formulate: *„Astfel, vă recomandăm să solicitați în cadrul propunerii financiare prețuri unitare de tipul tarif expert/zi, care vor fi oferite și menținute pe perioada contractului subsecvent/ acordului-cadru, de fiecare contractant”*.

Mai mult, autoritatea contractantă nu a avut încă de la început intenția de a implementa recomandările ANAP, având în vedere că aspectele reținute în Avizul conform condiționat final reprezintă neregularități la nivelul documentației de atribuire care au fost semnalate în primul aviz și care au continuat să se mențină deoarece acestea nu au fost corectate, autoritatea contractantă înțelegând să își asume răspunderea pentru modul în care a elaborat documentația de atribuire pe tot parcursul procedurii.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă și-a schimbat comportamentul chiar la finalul procedurii, când era clar că neregularitățile semnalate de ANAP nu mai puteau fi remediate.

Sub un al doilea aspect, faptul că au fost emise avize conforme condiționate de către ANAP, iar recomandările cuprinse în acestea nu au fost implementate, nu conduce de drept la nulitatea procedurii.

De altfel, art. 25 alin. (1) din OUG nr. 98/2017 vorbește despre constatarea în instanță a nulității contractului încheiat în urma finalizării procedurii de atribuire, fără a fi remediate abaterile grave de la legislația aplicabilă constatate de ANAP. Prin urmare, procedura de atribuire nu este nulă în baza acestei dispoziții legale, iar contractul ce urmează a fi încheiat, prin reluarea și finalizarea în condiții de legalitate a procedurii, nu este nul de drept.

Sanctiunea nulității contractului (nefiind în această situație însă) trebuie constatată de către instanța de judecată, la sesizarea ANAP, în urma evaluării Avizului conform condiționat final, pentru a stabili dacă neregularitățile semnalate în acesta reprezintă în continuare abateri grave de la legislația în domeniul achizițiilor publice, care conduc la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cât și după analiza pe fond a argumentelor aduse de autoritatea contractantă pentru ignorarea celor reținute de ANAP, astfel cum prevede art. 14 alin. (8) și alin. (81) din OUG nr. 98/2017.

Prin urmare, simpla existență a unui Aviz conform condiționat final nu atrage nulitatea contractului, cu atât mai puțin a procedurii înseși. Abaterile săvârșite de autoritatea contractantă trebuie să fie grave pentru a conduce la nulitatea contractului, or, dacă aceasta ar fi considerat că se află într-o asemenea situație, nu ar fi formulat 3 (trei) cereri de conciliere prin care să încerce anularea anumitor măsuri dispuse de ANAP - nr. 335958/11.12.2023, nr. 341789/15.12.2023 și nr. 266236/14.08.2024.

De altfel, se consideră că prin anularea procedurii au fost încălcate principiile garantate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar nu ca rezultat al neadoptării măsurilor dispuse de ANAP.

Astfel, măsura anulării este disproporționată în prezenta procedură, având în vedere perioada îndelungată de la data publicării anunțului de participare în SEAP, 10.11.2023 și momentul finalizării procedurii, respectiv 11 (unsprezece) luni în care, pe de o parte, autoritatea contractantă a alocat resurse și cheltuieli care se vor dubla prin reluarea procedurii de la început, iar, pe de altă parte, operatorii economici au angrenat resurse și respectiv, și-au asumat și au achiesat la documentația de atribuire și remedierile sale, toate răspunsurile consolidate fiind însoțite de avizele ANAP ce au vizat verificarea documentației și răspunsurilor consolidate la aceasta.

Sub un al treilea aspect, autoritatea contractantă nu a justificat în mod corespunzător decizia de anulare a procedurii, astfel cum impune

art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Deoarece, finalizarea procedurii prin anularea sa reprezintă o măsură de excepție, care intervine în situații limitativ prevăzute de lege, aceasta trebuia motivată corespunzător.

Ținând cont de faptul că autoritatea contractantă nu a înțeles să dea curs măsurilor dispuse prin cele 4 (patru) avize conforme condiționate, considerând, prin formularea a 3 (trei) cereri de conciliere, că nu au existat încălcări ale legislației în materia achizițiilor publice prin modul de întocmire a documentației de atribuire, este de neînțeles motivul pentru care aceasta a anulat procedura.

Autoritatea invocă în Raportul procedurii art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 ca temei pentru dispunerea anularii procedurii, însă nu indică care sunt prevederile legale încălcate care afectează procedura, ci doar se rezumă la a indica conținutul Avizului conform condiționat final, a cărui recomandări au fost ignorate chiar de aceasta pe toată perioada procedurii.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 și Decizii ale CNSC, precum și Hotărârea Curții de Apel Brașov nr. 24/2016.

În consecință, se impune remedierea acestei neregularități prin anularea Avizului conform necondiționat, dar și a Avizului conform condiționat final, împreună cu actele nelegale emise de către autoritatea contractantă, conform art. 22 din Ordonanța de urgență nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii.

În definitiv, se impune anularea deciziei autorității contractante de anulare a prezentei proceduri și, în consecință, remedierea Raportului procedurii și comunicării rezultatului procedurii cu eliminarea tuturor mențiunilor privind această anulare vădit nelegală și nejustificată.

Astfel, se solicită Consiliului să dispună anularea Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul anulării procedurii, pentru toate motivele învederate în prezenta secțiune. Se solicită Consiliului 1) să oblige autoritatea contractantă la anularea deciziei de anulare a procedurii și să reia și să continue procedura în condiții de legalitate, respectiv 2) să anuleze Avizul conform condiționat final și Avizul conform necondiționat ce au stat la baza deciziei de anulare a autorității contractante.

5. Solicitarea de acces la dosarul achiziției publice, conform dispozițiilor legale. Cheltuieli de judecată și daune interese:

În temeiul prevederilor art. 19 raportate la dispozițiile art. 21 din Legea nr. 101/2016, se solicită Consiliului acordarea posibilității de a avea acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum și de a pune concluzii scrise în cursul procedurii de soluționare a contestației,

rezervându-și dreptul de a dezvolta/completa prezenta contestație sau, după caz, de a formula o nouă contestație.

În final, se solicită obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor angrenate de asocierea contestatoare cu formularea prezentei contestații, în baza art. 453 alin. (1) C. proc. civ., astfel cum se va proba odată cu formularea concluziilor scrise în dosar.

De asemenea, se solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la plata unor daune interese egale cu toate cheltuielile angrenate de contestator pentru elaborarea ofertei, asocierea alocând o serie de resurse umane, materiale și de timp pentru elaborarea ofertei, astfel cum se va proba odată cu formularea concluziilor scrise în dosar. Or, anularea prezentei proceduri de către autoritatea contractantă, în modul deficitar, superficial și nelegal învederat în secțiunile precedente, a dus la suportarea unor cheltuieli pe toată perioada celor peste 11 luni de derulare a procedurii, ce se constituie într-un prejudiciu direct și îndeplinind toate condițiile pentru a fi solicitat.

6. Concluzie

Pentru toate argumentele învederate anterior, ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., solicită Consiliului să dispună admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată.

Prin adresa nr. 345909/22.10.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 67676/22.10.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

Autoritatea contractantă comunică faptul că anularea procedurii de achiziție publică nu are legătură cu ofertele transmise, respectiv cu calitatea și cu admisibilitatea/neadmisibilitatea acestora, ci cu faptul că în baza unui aviz condiționat emis de reprezentanții ANAP (fiind procedură intrată sub control ex-ante) la faza de publicare a documentației de atribuire, aviz neimplementat în integralitate de către autoritatea contractantă, în etapa de aprobare de către ANAP a raportului procedurii, documentul din urmă a fost emis însoțit de un aviz conform condiționat, care face imposibilă semnarea contractului de servicii. Se face precizarea că membrii comisiei de evaluare, în baza strictă a prevederilor dispoziției prin care au fost desemnați și a documentației de atribuire-valabilă la data limită de depunere a ofertelor, nu au făcut altceva decât să evalueze ofertele prin raportare la cerințele documentației de atribuire, anexă a anunțului de participare, avizul condiționat ANAP fiind emis înainte de data la care comisia de evaluare își exercita atribuțiile legale; în urma finalizării procesului de evaluare a ofertelor, a fost elaborat raportul procedurii, conform obligațiilor legale și odată cu înaintarea acestuia către ANAP, din nefericire, avizul din etapa de publicare documentație de atribuire, a fost menținut în raportul final, contrar diligențelor reprezentanților primăriei

care au participat, împreună cu responsabili ANAP, la conciliere, în vederea anulării acestui aviz.

Prin raportare la cele anterior precizate, se solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată, întrucât în baza principiilor asumării răspunderii și transparenței, autoritatea contractantă pe parcursul evaluării ofertelor, a încercat să găsească pârghii legale prin care să fie anulat respectivul aviz conform, însă în urma concilierii cu reprezentanții ANAP și prin raportare la legislația incidentă, nu s-a putut continua procedura prin atribuire, întrucât pe de o parte contractul este considerat nul, iar pe de altă parte, dacă în ipoteza continuării prin atribuirea contractului/acordului-cadru iar în urma unei decizii a unei instanțe abilitate, ANAP-ul fiind obligat să facă acest demers, se constată nulitatea absolută, există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru; din aceste considerente, temeinic dovedite (riscuri administrative, riscuri pecuniare), s-a decis în baza asumării răspunderii că procedura de achiziție publică trebuie anulată.

Pentru a eficientiza procesul de analiză din partea reprezentanților CNSC, se vor aborda punctual criticile contestatorului, după cum urmează:

- În contestație se precizează:

„3.2. Asocierea nu se regăsește în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Asocierea a prezentat în mod transparent autorității contractante existența unui document constatatator intermediar și evenimentele care au stat la baza emiterii sale:

În subsidiarul excepției puterii de lucru judecat a Deciziei Curții de Apel București pronunțată în Dosarul nr. 1854/2/2024, cât și a Deciziei Curții de Apel Galați nr. 142/16.05.2024 pronunțată în Dosarul nr. 277/44/2024, rugăm Consiliul să constate nelegalitatea și netemeinicia Raportului procedurii și a Comunicării rezultatului evaluării, pentru argumentele prezentate în cele ce urmează.

Cu titlu preliminar, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, (...).

Însă, pentru o analiză detaliată a acestui caz de excludere, având în vedere interpretarea neunitară de către autoritățile contractante a acestei situații de excludere, Agenția Națională pentru Achiziții Publice („ANAP”) a emis o Notificare cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice („Notificarea ANAP”).

Notificarea ANAP reflectă faptul că, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- *fie să fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior;*
- *fie să fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior,*

și, în același timp (deci în mod cumulativ), respectivele încălcări să fi condus:

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,*
- fie la plata de daune-interese,*
- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.”,*

motiv pentru care autoritatea contractantă, după reanalizarea situației, în baza celor expuse în contestație, admite critica referitoare la respingerea nejustificată la etapa de evaluare DUAЕ, însă această decizie NU ARE un impact asupra rezultatului final al evaluării, în sensul în care anularea procedurii de achiziție publică a fost fundamentată pe imposibilitatea semnării acordului-cadru, ca efect al neimplementării măsurilor impuse de observatorii ANAP - verificare ex-ante, cu riscuri majore în declararea nelegală a posibilelor cheltuieli survenite cu derularea contractelor subsecvente încheiate în baza acordului-cadru.

▪ **Contestatorul precizează:**

„4. Nelegalitatea și netemeinicia raportului procedurii și comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul anulării procedurii de atribuire

Sub un prim aspect, finalizarea Procedurii de atribuire prin anularea acesteia este nelegală și neîntemeiată, având în vedere motivele invocate de Autoritatea contractantă în fundamentarea sa.

Aceasta susține faptul că, anularea Procedurii se impune datorită aspectelor reținute în Avizului conform condiționat final, care nu mai puteau fi implementate în stadiul în care se regăsea Procedura, respectiv finalizarea evaluării ofertelor.

Cu toate acestea, Autoritatea contractantă nu este obligată să adopte măsurile cuprinse în avizele conforme condiționate ale ANAP, astfel cum prevede art. 14 alin. (4) din OUG 98/2017:

«Autoritatea contractantă poate decide continuarea derulării procedurii de atribuire cu sau fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin avizul conform condiționat, avizul conform final publicându-se automat de către SEAP odată cu publicarea raportului intermediar/raportului procedurii, respectiv în ziua transmiterii comunicărilor privind rezultatul selecției/rezultatul procedurii.»

Caracterul facultativ al măsurilor indicate prin avizele conforme condiționate ANAP rezultă și din modul în care au fost formulate: «Astfel, vă recomandăm să solicitați în cadrul propunerii financiare prețuri unitare de tipul tarif expert/zi, care vor fi oferite și menținute pe perioada contractului subsecvent/ acordului cadru, de fiecare contractant».

Motiv pentru care autoritatea contractantă reiterează ideea, susținută de documentele rezultate în urma celor două concilieri cu ANAP-ul, că reprezentanții săi au depus toate diligențele în a demonstra că prevederile documentației de atribuire sunt corecte, legale și în corelare cu necesitățile acesteia, însă odată cu transmiterea raportului procedurii în baza căreia se decisese încheierea acordului-cadru cu 3 operatori economici – se prezintă extras listing SEAP cap. 4. Concluzii și semnături din raportul procedurii, documentul a fost respins de ANAP și

s-a publicat cu precizarea menținerii măsurilor de remediere comunicate în etapa de publicare a documentației de atribuire:

...

...

Astfel, în baza avizului conform condiționat, membrii comisiei de evaluare, prin raportare la legislația incidentă, au propus anularea procedurii de achiziție publică, aflându-se în imposibilitatea implementării măsurilor stabilite de către ANAP; această decizie fundamentată pe temeiurile legale stipulate în raportul procedurii de achiziție publică, are la bază și prevederile Legii finanțelor publice, respectiv obligația legală și morală de a utiliza în mod asumat și eficient banii publici, atribuirea acordului-cadru și implementarea acestuia determinând, ulterior demersului legal obligatoriu al ANAP-ului de a se constata nulitatea absolută, cheltuieli care pot fi considerate prejudiciu, în cazul în care instanța de judecată se va pronunța; din aceste considerente, decizia de anulare este una responsabilă, matură și corectă față de toate părțile implicate, atâta timp cât în acest moment există posibilități de a nu se utiliza bani publici în baza unui contract ce se poate anula; astfel critica contestatorului este nejustificată întrucât strict în baza invocărilor legislative se înțelege că ANAP-ul va face în mod obligatoriu demers în instanță, iar în situația ipotetică a atribuirii contractului/acordului-cadru și a realizării de plăți, cheltuielile respective vor deveni venituri necuvinte și vor trebui recuperate, acțiune ce va afecta în mod direct prestatorii, oricare autoritate contractantă știind de un astfel de risc, dând dovadă de iresponsabilitate în caz de semnare, situație neaplicabilă speței.

În plus, se face precizarea că toate părțile implicate, inclusiv contestatorul, a luat act de avizul conform condiționat al ANAP-ului, odată cu publicarea anunțului de participare, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, inclusiv cele referitoare la prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare, confirmând și asumându-și orice risc legat de modalitatea de finalizare a prezentei proceduri de achiziție publică, inclusiv anularea acesteia; din aceste considerente, nu se înțelege solicitarea legată de daunele interese aferente prejudiciului suferit, atâta vreme cât nu se cunoaște care este quantumul acestuia, acordul-cadru fiind o promisiune, nu un angajament bugetar, neputându-se a se raporta la valoarea acestuia, neîndeplinindu-se condițiile legale impuse de codul civil: cert, lichid și exigibil. Mai mult decât atât, prin depunerea ofertei, ofertantul și-a asumat clauza din documentația de atribuire potrivit căreia, extras caietul de sarcini: „10. Clauze Speciale

Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea

prejudiciu. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea clauzei suspensive, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.”

În baza celor anterior menționate și fundamentate, autoritatea contractantă este de părere că prezenta contestație rămâne fără obiect, în sensul în care critica referitoare la respingerea neîntemeiată a ofertei este nejustificată, dar rezultatul final al evaluării rămânând același, respectiv anularea licitației deschise, decizie care nu are legătură cu admisibilitatea/inadmisibilitatea ofertelor, ci cu riscurile financiare, administrative și penale incubate de posibila continuare a procedurii prin semnarea acordului-cadru cu 3 operatori economici, în baza principiului asumării răspunderii, ... a Municipiului București decizând acest lucru.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că nu înțelege introducerea ca parte în speța de față a ANAP-ului, întrucât în baza legislației incidente, această instituție nu are calitate procesuală; în plus, decizia de anulare a procedurii de achiziție publică a fost confirmată de ANAP prin avizul conform necondiționat aferent raportului de anulare: „AVIZ CONFORM NECONDIȚIONAT

Pentru controlul de calitate și regularitate referitor la concluziile finale cuprinse în raportul de anulare a procedurii nr. 320082/01.10.2024 aprobat de reprezentantul legal și postat în SEAP în data de 01.10.2024.

Potrivit prevederilor art. 15 din O.U.G. nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare: «Procesul de control ex ante este limitat la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale ANAP și nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă în raport cu acțiunile și deciziile adoptate de aceasta în procesul de atribuire și/sau modificare a contractului în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile.»”

În consecință, această decizie de anulare a procedurii de achiziție publică a fost confirmată de ANAP, instituție abilitată cu verificarea modului de aplicare și interpretare a pachetului legislativ în materie de achiziții publice.

Astfel, în baza celor mai sus menționate și a datelor și/sau documentelor din cadrul dosarului achiziției publice, ... solicită C.N.S.C. să constate că decizia de anulare a procedurii de achiziție publică este legală, responsabilă și netemeinică, în ciuda criticilor contestatorului ... S.R.L.

Prin adresa nr. 130289/28.10.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 68808/29.10.2024, ... S.R.L. transmite Concluzii Scrise, în urma studiului dosarului achiziției publice la sediul CNSC din data de 23.10.2024, cât și în raport de punctul de vedere nr. 345909/22.10.2024 al autorității contractante, solicitând respingerea în totalitate a criticilor autorității contractante și admiterea contestației sale, având în vedere și următoarele motive:

1. Nelegalitatea și netemeinicia raportului procedurii și comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul respingerii ofertei ca inacceptabilă și neconformă:

Fără să se antameze toate argumentele referitoare la nelegalitatea și netemeinicia respingerii ofertei sale, dezvoltate cu ocazia formulării contestației, la care face trimitere, se solicită Consiliului ca, în soluționarea prezentei cauze, să aibă în vedere și următoarele aspecte esențiale.

Preliminar, în susținerea argumentelor învederate, contestatorul face trimitere la prevederile art. 255 alin. (2) din C. proc. Civ. cu care dispozițiile Legii nr. 101/2016 se completează în baza art. 68, citat.

Doctrina definește faptele necontestate ca fiind „acele fapte cu privire la care toate părțile sunt de acord că există”. Or, prin punctul de vedere al autorității contractante, aceasta a confirmat faptul că: *„după reanalizarea situației, în baza celor expuse în contestație, admite critica referitoare la respingerea nejustificată la etapa de evaluare DUAE”*.

Prin urmare, se solicită Consiliului să ia act de poziția autorității contractante cu privire la respingerea ofertei din procedură și să analizeze argumentele Asocierii ... și în raport de prevederile art. 255 alin. (2) C. proc. civ.

Contestatorul precizează că nu poate fi însă de acord cu celelalte susțineri formulate în punctul de vedere de către autoritatea contractantă, respectiv lipsa de obiect a contestației ca urmare a recunoașterii, de către aceasta, a criticilor.

În acest sens, se învederează Consiliului faptul că, deși procedura a fost anulată (în mod nelegal și netemeinic), Raportul procedurii și Comunicarea rezultatului evaluării rămân în vigoare și produc efecte, deși acestea consemnează, în mod incorect și nelegal, excluderea ofertei Asocierii ... ca urmare a săvârșirii unor presupuse abateri profesionale.

Or, un act administrativ întocmit în mod nelegal, cel puțin sub aspectul respingerii ofertei, nu poate rămâne în ființă, deoarece produce în continuare efecte juridice până la momentul anulării sale. Mai mult, aceste efecte juridice se răsfrâng asupra contestatorului și vatămă direct și ireconciliabil interesele legitime ale acestuia, cel puțin sub aspectul neluării în considerare a Asocierii ..., în ipoteza în care, autoritatea contractantă va decide să contracteze ulterior direct cu ofertanții declarați admisibili în baza unei proceduri închise (de exemplu, a unei proceduri de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare).

Prin urmare, contestatorul are tot interesul să solicite anularea unui act administrativ care consemnează aspecte vădit injuste la adresa calificării sale, respectiv faptul că ar fi săvârșit abateri profesionale grave și că *„documentul constatator în discuție certifică executarea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale cu consecințe grave, fapt ce este încadrat la abatere profesională cu pagube sau prejudicii”*.

Astfel că, respectiva contestație nu a rămas fără obiect, independent de recunoașterea erorii în care s-a aflat autoritatea contractantă, deoarece vizează un act administrativ, încă în vigoare, întocmit în mod nelegal și care statuează informații incorecte cu privire la Asocierea ..., care sunt susceptibile să o prejudicieze nu doar în prezenta procedură, cât și în următoarele proceduri de atribuire la care va participa.

Mai mult, se observă și se învederează Consiliului contradicția autorității contractante din punctul de vedere, care, pe de o parte, afirma că *„după reanalizarea situației, în baza celor expuse în contestație, admite critica referitoare la respingerea nejustificată la etapa de evaluare DUAЕ, însă aceasta decizie NU ARE un impact asupra rezultatului final al evaluării”*, urmând ca, pe de altă parte, să afirme că *„(...) autoritatea contractantă este de părere că prezenta contestație rămâne fără obiect în sensul în care critica referitoare la respingerea neîntemeiată a ofertei este nejustificată, dar rezultatul final al evaluării rămânând același, respectiv anularea prezentei licitații deschise”*.

Or, absurditatea modului de derulare a prezentei proceduri, de evaluare a ofertei Asocierii ... și de anulare a procedurii, presupus confirmată de ANAP (se va demonstra infra că această afirmație a autorității contractante se infirmă din probe concrete), rezultă și din argumentele expuse pe calea punctului de vedere, pe care le critică deopotrivă cu actele contestate pe calea contestației formulate.

Concluzie: se solicită Consiliului anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul respingerii ofertei Asocierii ... ca inacceptabilă și neconformă, pentru toate argumentele redată în cadrul prezentei secțiuni, cât și în contestația formulată. Acest capăt de cerere nu a rămas fără obiect, actele administrative menționate rămân în vigoare și își produc efectele până la anularea lor de către Consiliu, drept pentru care se menținem argumentele și se solicită Consiliului să admită criticile și să dispună remedierea comunicării rezultatului procedurii și raportului final al procedurii sub acest aspect.

2. Nelegalitatea și netemeinicia raportului procedurii și comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul anulării procedurii de atribuire:

În raport de toate criticile dezvoltate pe cale contestației formulate, cu privire la decizia de anulare a procedurii, pe care contestatorul înțelege să le mențină, consideră că nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante reiese cu atât mai mult din susținerile redată prin punctul de vedere.

În primul rând, ... menționează faptul că Avizul conform condiționat final face imposibilă semnarea contractului de servicii. Or, nu se înțelege care este fundamentul legal care împiedică finalizarea procedurii prin atribuirea acordului-cadru operatorilor economici care îndeplinesc toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire.

După cum se arăta și cu ocazia formulării contestației, art. 14 alin. (4) din OUG nr. 98/2017 acordă autorităților contractante posibilitatea de a continua procedura de atribuire chiar și fără a remedia abaterile constatate de ANAP printr-un aviz conform condiționat.

Mai departe, autoritatea contractanta susține că nu s-a putut continua procedura de atribuire întrucât contractul este considerat nul. Or, fundamentarea deciziei de anulare pe această afirmație, este eronată din mai multe puncte vedere.

Pe de o parte, contrar celor menționate de ..., contractul nu este considerat *per se* a fi nul.

Astfel, conform prevederilor legale care reglementează instituția nulității absolute, aceasta nu operează de drept. În plus, astfel cum se susține și în literatura de specialitate, nulitatea operează de drept numai în cazurile anume prevăzute de lege, cum este cazul clauzelor nescrise. Or, în ceea ce privește sancțiunea pentru neimplementarea neregularităților constatate de ANAP, aceasta se constată doar ca urmare a intervenției instanței, la sesizarea ANAP.

Însă, nici chiar în această situație, contractul nu se consideră nul, ci instanța de judecată va analiza:

- argumentele, pe fond, aduse de autoritatea contractantă pentru ignorarea celor reținute de ANAP în Avizul conform condiționat final,
- dacă autoritatea contractantă a finalizat procedura fără a remedia abaterile grave.
- dacă abaterile de la legislația în domeniul achizițiilor publice conduc la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, contrar susținerilor autorității contractante, acordul-cadru nu ar fi fost de drept considerat nul. ... trebuia să își asume răspunderea pentru modul în care a conceput documentația de atribuire și pentru toate acțiunile întreprinse în derularea procedurii, iar, în eventualitatea introducerii unei acțiuni împotriva acordului-cadru încheiat prin finalizarea procedurii, să își prezinte motivele pentru care nu a implementat recomandările formulate de ANAP, urmând că instanța de judecată să analizeze dacă au existat abateri grave de la legislația în materia achizițiilor publice.

Pe de altă parte, trebuie făcută cuvenita distincție între nulitatea acordului-cadru și nulitatea procedurii. Astfel, chiar dacă, prin absurd, acordul-cadru semnat ca urmare a finalizării procedurii ar fi considerat nul, astfel cum sugerează autoritatea contractantă, acest aspect nu implică și nulitatea procedurii.

Finalizarea procedurii de atribuire prin anularea sa, fiind o măsură excepțională, poate interveni doar în cazurile limitativ și expres prevăzute de art. 212 din Legea nr. 98/2016.

Or, Consiliul este rugat să observe faptul că, nu este recunoscută de lege posibilitatea anulării procedurii de atribuire pentru motivele

indicate de autoritatea contractantă, respectiv: existența Avizului conform condiționat final al ANAP, eventualitatea ca acordul-cadru încheiat să fie anulat printr-o hotărâre judecătorească, posibilele riscuri financiare și administrative ce ar putea fi suportate de ..., cât și obligația ce îi incumbă acesteia de a utiliza în mod asumat și eficient banii publici.

În ceea ce privește obligația de utilizare eficientă a bunilor publici pe care autoritatea contractantă o invocă, se observă chiar că aceasta este încălcată prin decizia de anulare a procedurii, din moment ce reluarea sa implică și dublarea costurilor pentru atribuirea acordului-cadru, măsură care nu se justifică în condițiile în care ofertele au fost deja evaluate.

Mai mult, aceste din urmă argumente țin exclusiv de oportunitatea încheierii acordului-cadru, nici de cum de legalitatea procedurii, după cum susținea inițial autoritatea contractantă în raportul procedurii. În acest sens, se solicită Consiliului să aibă în vedere inclusiv cele declarate de autoritatea contractantă în SEAP, odată cu încărcarea deciziei de anulare a procedurii.

Coroborând toate argumentele și poziția neunitară a autorității contractante în ceea ce privește motivele pentru care a dispus anularea procedurii, se observă faptul că aceasta este fundamentată strict pe considerente de oportunitate, fapt nepermis de dispozițiile legale, respectiv art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016, citat.

Relevant în acest sens este și practica Consiliului, din care se citează (decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 380/2021).

În al doilea rând, se dorește să se clarifice ideea eronată pe care autoritatea contractantă o promovează pe calea punctului de vedere, respectiv legalitatea deciziei de anulare a procedurii din perspectiva aprobării sale de către ANAP.

Astfel, ... afirmă faptul că, prin Avizul conform necondiționat nr. 17695/15713/DGCECMSS/.../02.10.2024, emis ulterior adoptării raportului de anulare a procedurii, ANAP ar fi confirmat decizia de anulare. Or, din cuprinsul acestui aviz nu rezultă o atare confirmare, iar, mai mult, ANAP nici nu se putea pronunța asupra acestei decizii, după cum se consemnează în adresa transmisă de reprezentanții acesteia.

Prin urmare, nu există niciun suport probator care să susțină afirmațiile autorității contractante cu privire la legalitatea și temeinicia anulării procedurii, iar această decizie nu poate fi considerată că a făcut obiectul analizei unui terț independent, singurul organ abilitat să se pronunțe asupra actelor autorității contractante fiind Consiliul.

În ceea ce privește nelămurirea ... cu privire la înștiințarea, de către contestator, a ANAP, referitor la prezentul diferend, se face mențiunea faptului că, prin contestația formulată, au fost criticate inclusiv avizele emise de către ANAP, iar, potrivit art. 22 din OUG nr. 98/2017, acestea pot fi atacate numai împreună cu actele administrative

ale autorității contractante. Prin urmare, ANAP trebuia să fie introdusă în cauză.

Mai mult, se învederează faptul că ANAP are personalitate juridică, recunoscută expres de art. 1 alin. (1) din Hotărârea nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, prin urmare, aceasta are calitate procesuală, conform art. 56 alin. (1) din C. proc. civ., citat.

În al treilea rând, se consideră că autoritatea contractantă deși susține că a respectat principiul asumării răspunderii prin anularea procedurii, în fapt, modul în care a gestionat situația avizelor conforme condiționate încalcă tocmai acest principiu fundamental în materia achizițiilor publice.

Astfel, în punctul de vedere se menționează faptul că: „[...] din nefericire, avizul din etapa de publicare documentație de atribuire, a fost menținut în raportul final, contrar diligențelor reprezentanților primăriei care au participat împreună cu responsabilii ANAP la conciliere în vederea anulării acestui aviz”. Or, se pune întrebarea dacă, în mod rezonabil, se putea considera faptul că reprezentanții ANAP se vor pronunța într-un mod diferit prin Avizul conform condiționat final, ținând cont că au refuzat să anuleze avizele emise și cu ocazia a 2 (două) cereri de conciliere. Care este așadar raționamentul pentru care autoritatea contractantă a crezut că Avizul conform condiționat final ar conține o soluție diferită față de cea iterată prin 3 (trei) avize conforme condiționate și prin Raportul nr. 17694/244/DGCECMSS/.../09.01.2024?

Mai mult, motivul pentru care procedura de atribuire a fost anulată este cu atât mai neclar din moment ce autoritatea contractantă susține faptul că a depus eforturile necesare pentru ca avizele ANAP să fie anulate. Or, dacă aceasta a considerat că măsurile recomandate de ANAP nu se impun și nici nu dorea să le implementeze, în acest caz, soluția nu se regăsea în anularea procedurii, ci în finalizarea sa în mod legal și demonstrarea, dacă o atare situație s-ar fi concretizat, ulterior în fața instanței a faptului că nu au fost săvârșite abateri grave de la legislația în materia achizițiilor publice. Iar mai mult, operatorii economici nu s-au considerat lezați de dispozițiile documentației de atribuire neremediate, având cunoștință despre avizele ANAP emise asupra documentației de atribuire/răspunsurilor consolidate, ci, dimpotrivă, au participat și depus oferte în prezenta procedură.

Însă, autoritatea contractantă a înțeles să nu își asume răspunderea pentru continuarea procedurii timp de 11 (unsprezece) luni, fără să implementeze recomandările ANAP, de care avea cunoștință chiar anterior publicării anunțului de participare în SEAP.

Prin urmare, nu se poate considera faptul că „imposibilitatea implementării măsurilor stabilite de către ANAP” reprezintă un temei real pentru anularea procedurii, ci se constituie ca o circumstanță creată artificial, prin acțiunile neconcordante ale autorității contractante.

Relevantă în acest sens este și practica Consiliului, Decizia publicată în Buletinul Oficial nr. 11122/2019, din care se citează.

Concluzie: se solicită Consiliului să dispună anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului evaluării, sub aspectul anulării procedurii, pentru toate motivele învederate în prezenta secțiune, cât și pe calea contestației formulate de Asocieria Se solicită astfel reîntoarcerea în procedură și reluarea acesteia în condiții de legalitate, cu reevaluarea ofertei Asocierii ... pentru motivele prezentate mai sus și pe larg în cadrul contestației formulate.

3. Cheltuieli de judecată:

Contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la suportarea integrală a cheltuielilor angrenate de acesta cu formularea contestației, în baza art. 453 alin. (1) C. proc. civ.

Pentru a se pronunța în sensul solicitat, se învederează Consiliului faptul că aceste cheltuieli au fost necesare pentru buna desfășurare a cauzei. Mai mult, acestea se fundamentează pe însăși culpa autorității contractante, în special prin respingerea ofertei Asocierii ... în mod nelegal și nejustificat și care a determinat introducerea prezentului demers, culpă pe care aceasta o recunoaște în punctul de vedere, așa cum s-a arătat în secțiunea 1 supra.

De asemenea, se consideră nejustificate afirmațiile autorității contractante potrivit cărora *„toate părțile implicate, inclusiv contestatoarea, a luat act de avizul conform condiționat al ANAP-ului, odată cu publicarea anunțului de participare [...] confirmând și asumându-și orice risc legat de modalitatea de finalizare a prezentei proceduri de achiziție publică, inclusiv anulare”*. Or, emiterea unui aviz conform condiționat de către ANAP nu implică și anularea procedurii, astfel că, niciun ofertat nu ar fi trebuit, în mod rezonabil, să prevadă faptul că procedura urmează să fie anulată, deoarece nu aceasta este finalitatea unui aviz al ANAP.

Din contră, autoritatea contractantă trebuia să acționeze cu diligență și să preîntâmpine cheltuieli nejustificate, în baza *„obligației legale și morale de a utiliza în mod asumat și eficient banii publici”*, pe care aceasta o menționează în punctul de vedere.

În plus, autoritățile contractante nu ar trebui să fie eliberate de orice răspundere în ceea ce privește acțiunile acestora în procedurile de atribuire care creează prejudicii ofertanților. Chiar dacă acordul-cadru reprezintă o „promisiune”, conform afirmațiilor autorității contractante, aceasta este ținută de obligațiile legale impuse părților în faza negocierilor precontractuale, respectiv buna-credință, loialitatea și confidențialitatea, reglementate expres de art. 1183 și art. 1184 C. civ., citate.

Concluzie: în raport de toate aceste aspecte, se solicită acordarea integrală a cheltuielilor de judecată suportate ca urmare a acțiunilor culpabile ale autorității contractante, astfel cum vor fi documentate prin

documentele justificative ce se vor înainta separat în atenția Consiliului, ulterior depunerii prezentelor concluzii scrise.

În raport de toate argumentele redată pe calea contestației, cât și prin prezentele concluzii scrise, Asocieria ... solicită C.N.S.C să constate temeinicia susținerilor sale și să admită contestația, astfel cum a fost formulată și motivată, inclusiv pe calea prezentelor Concluzii scrise.

Prin adresa nr. 357204/30.10.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 69641/30.10.2024, ... transmite Punctul său de vedere cu privire la Concluziile Scrise ale contestatorului, comunicând faptul că își menține argumentele prezentate în punctul de vedere transmis, motiv pentru care nu va relua afirmațiile deja puse la dispoziția tuturor părților implicate; în plus, în cadrul concluziilor scrise se precizează: *„În raport de toate criticile dezvoltate pe cale contestației formulate de subscrisa, cu privire la decizia de anulare a procedurii, pe care înțelegem să le menținem, considerăm că nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante reiese cu atât mai mult din susținerile redată prin punctul de vedere.*

În primul rând, ... menționează faptul că Avizul conform condiționat final face imposibilă semnarea contractului de servicii. Or, nu înțelegem care este fundamentul legal care împiedică finalizarea Procedurii prin atribuirea acordului-cadru operatorilor economici care îndeplinesc toate cerințele prevăzute în Documentația de atribuire.

După cum arătăm și cu ocazia formulării contestației, art. 14 alin. (4) din OUG 98/2017 acordă autorităților contractante posibilitatea de a continua procedura de atribuire chiar și fără a remedia abaterile constatate de ANAP printr-un aviz conform condiționat.

Mai departe, autoritatea contractantă susține că nu s-a putut continua Procedura de atribuire întrucât contractul este considerat nul. Or, fundamentarea deciziei de anulare pe această afirmație este eronată din mai multe puncte vedere.”,

motiv pentru care se face încă o dată precizarea că autoritatea contractantă, pe parcursul evaluării ofertelor, a încercat să găsească pârghii legale și să prezinte argumente prin care să fie anulat respectivul aviz conform, însă în urma concilierii cu reprezentanții ANAP și prin raportare la legislația incidentă, nu s-a putut continua procedura prin atribuire întrucât în ipoteza continuării prin atribuirea contractului/acordului și adoptării unei decizii a instanței abilitate, ANAP-ul fiind obligat să facă acest demers, se constată nulitatea absolută, există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru, ceea ce ar duce la atragerea patrimonială a membrilor comisiei de evaluare, respectiv a autorității contractante; din aceste considerente, temeinic dovedite (riscuri administrative, riscuri pecuniare), s-a decis în baza asumării răspunderii că procedura de achiziție publică trebuie anulată; mai mult decât atât, prin faptul că nu s-a putut determina convingerea reprezentanților ANAP la renunțarea/eliminarea avizului condiționat în

etapa aferentă aprobării raportului procedurii a fost un argument al temeiniciei necesității anulării procedurii de achiziție publică și a riscurilor majore ulterioare; se pune întrebarea dacă contestatorul este conștient de faptul că membrii comisiei de evaluare sunt supuși unor riscuri majore cu privire la posibila declarare a unor cheltuieli rezultate în urma derulării unor contracte subsecvente încheiate în baza acordului-cadru, care, în mod automat devin prejudicii ce trebuie a fi recuperate; din aceste considerente, corect, responsabil și moral decizia de anulare este una justificată, cu atât mai mult cu cât contestatorul știa de avizul conform condiționat și de clauza suspensivă pe care și-a asumat-o odată cu depunerea ofertei, autoritatea contractantă rezervându-și dreptul de a anula procedura de achiziție publică.

De aceea, afirmațiile: *„Prin urmare, contrar susținerilor Autorității contractante, acordul-cadru nu ar fi fost de drept considerat nul, ... trebuia să își asume răspunderea pentru modul în care a conceput Documentația de atribuire și pentru toate acțiunile întreprinse în derularea Procedurii, iar, în eventualitatea introducerii unei acțiuni împotriva acordului-cadru încheiat prin finalizarea Procedurii, să își prezinte motivele pentru care nu a implementat recomandările formulate de ANAP, urmând ca instanța de judecată să analizeze dacă au existat abateri grave de la legislația în materia achizițiilor publice.”*,

nu au nicio relevanță, de vreme ce a depus ofertă în cadrul unei proceduri de achiziție publică inițiată sub incidența clauzei suspensive *„Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea clauzei suspensive, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”*, asumându-și riscul anulării procedurii, în coroborare cu legislația incidentă.

Lipsa de temeinicie a contestației este dovedită și de afirmațiile *„Finalizarea Procedurii de atribuire prin anularea sa, fiind o măsură excepțională, poate interveni doar în cazurile limitativ și expres prevăzute de art. 212 din Legea 98/2016.*

Or, Consiliul este rugat să observe faptul că, nu este recunoscută de lege posibilitatea anulării Procedurii de atribuire pentru motivele indicate de Autoritatea contractantă, respectiv: existența Avizului conform condiționat final al ANAP, eventualitatea ca acordul-cadru încheiat să fie anulat printr-o hotărâre judecătorească, posibilele riscuri financiare și administrative ce ar putea fi suportate de ..., cât și obligația ce îi incumbă acesteia de a utiliza în mod asumat și eficient banii publici.”,

întrucât, pe de o parte, autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de anulare în baza prevederilor art. 212 din Legea nr. 98/2016, iar pe de altă parte, pe dispozițiile documentației de atribuire, respectiv a clauzei speciale- clauza suspensivă, cunoscută de la bun început de către

toți operatorii economici, asumată inclusiv de către contestator, odată cu depunerea ofertei; orice operator economic participant la o procedură de achiziție publică cunoaște sau ar trebui să cunoască că publicarea unui anunț de participare nu implică și atribuirea contractului de vreme ce trebuie îndeplinite condițiile privind cerințele de calificare, cele tehnice și aspectele financiare cu efect asupra admisibilității, respectiv cele referitoare la cadrul legal care să permită semnarea contractului/acordului cadru; de aceea, contestatorul interpretează în mod eronat prevederile raportului procedurii, de vreme ce în mod transparent și asumat se precizează baza legală a anulării.

Totodată, nu înțelegem fundamentul alegațiilor: *„În ceea ce privește obligația de utilizare eficientă a banilor publici pe care Autoritatea contractantă o invocă, observăm chiar că aceasta este încălcată prin decizia de anulare a Procedurii, din moment ce reluarea să implică și dublarea costurilor pentru atribuirea acordului-cadru, măsură care nu se justifică în condițiile în care ofertele au fost deja evaluate.”*,

întrucât contestatorul din motive știute numai de acesta, își permite să afirme faptul că reluarea implică dublarea costurilor, aspect al cărei temeinicie nu poate fi identificată, cu atât mai mult cu cât procedura de achiziție publică nu îndeplinește toate condițiile legale care să permită semnarea (nu există fonduri cu această destinație-există clauza suspensivă) și totodată, care să permită implementarea efectivă din cauza avizului conform condiționat, care în mod automat va determina ANAP-ul la un demers judecătoresc, existând riscuri pecuniare majore pe care autoritatea contractantă dorește să le elimine, în mod responsabil, asumat și transparent.

În susținerea afirmațiilor sale, se invocă prevederile Deciziei CNSC nr. 1666/C3/1446/17.06.2024 referitoare la aplicarea clauzei suspensive.

Contestatoarea afirmă: *„Coroborând toate argumentele și poziția neunitară a Autorității contractante în ceea ce privește motivele pentru care a dispus anularea Procedurii, observăm faptul că aceasta este fundamentată strict pe considerente de oportunitate, fapt nepermis de dispozițiile legale, respectiv art. 224 alin. (1) din Legea 98/2016:*

«Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni:

k) anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 212 și 213 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire».

Relevant în acest sens este și practica Consiliului, pe care vă rugăm să o aveți în vedere: [...]”,

motiv pentru care se comunică membrilor completului, așa cum se poate constata din înscrisurile aflate în dosarul achiziției publice, faptul că autoritatea contractantă nu are o poziție neunitară, cum în mod eronat se afirmă, deoarece alegațiile pur subiective ale contestatorului au rolul doar de a distorsiona situația de fapt, atâta timp cât aspectele

de oportunitate nu au nicio legătură cu speța de față, de vreme ce în mod clar autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia în baza prevederilor art. 212 din Legea nr. 98/2016, neexistând circumstanțe artificiale, atâta vreme cât sunt înscrisuri oficiale referitoare la existența avizului conform condiționat emis de ANAP; aspectele legate de contravenții/infracțiuni invocate de contestator nu reprezintă informații care fac obiectul speței de față, întrucât reprezentanții contestatorului ar fi trebuit să își cunoască limitările oferite de lege cu privire la emiterea unor astfel de opinii, existând instituții abilitate care pot constata astfel de fapte; din contră, autoritatea contractantă nu și-a exercitat în mod arbitrar prerogativele prevăzute de lege, așa cum s-a dovedit în punctul de vedere transmis, că s-a dorit finalizarea procedurii de achiziție publică, însă ca urmare a menținerii precizărilor avizului conform condiționat, au devenit aplicabile prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016, care nu a permis continuarea, ci anularea din cauza imposibilității implementării măsurilor de remediere impuse prin avizul ANAP.

În cadrul concluziilor scrise se precizează: *„Prin urmare, nu se poate considera faptul că «imposibilitatea implementării măsurilor stabilite de către ANAP» reprezintă un temei real pentru anularea Procedurii, ci se constituie ca o circumstanță creată artificial, prin acțiunile neconcordante ale Autorității contractante.*

Relevantă în acest sens este și practica Consiliului, pe care vă rugăm să o aveți în vedere, după cum urmează: [...]”,

fapt pentru care se solicită respingerea acestor afirmații, atâta timp cât toate părțile implicate au luat act de la bun început de avizul conform condiționat emis de ANAP și de prevederile clauzei suspensive, neputându-se imputa autorității contractante suportarea unui posibil prejudiciu invocat de către contestator; din aceleași considerente, se solicită respingerea solicitării cheltuielilor de judecată datorită asumării clauzei suspensive potrivit căreia *„Ofertanții din cadrul acestei proceduri înțeleg că Autoritatea Contractantă nu poate fi considerată răspunzătoare pentru vreun prejudiciu în cazul anulării procedurii de atribuire, indiferent de natura acestuia și indiferent dacă Autoritatea Contractantă a fost notificată asupra existenței unui asemenea prejudiciu. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea clauzei suspensive, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.”*

Astfel, se solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să constate că în cadrul concluziilor scrise, contestatorul nu face nicio referire la clauza suspensivă existentă în cadrul documentației de atribuire, recunoscând în mod tacit aplicabilitatea acesteia.

Totodată, contestatorul afirmă: *„• Anexa nr. 1 - Adresa ANAP ce prevede expres nesupunerea avizării de către ANAP a Raportului de anulare al Procedurii”*, fapt pentru care se solicită reprezentanților contestatorului, înainte de a mai distorsiona situația de fapt și de drept, să lectureze cu

atenție legislația incidentă și să descopere că ANAP dă un singur aviz pe fiecare etapă, cum în mod corect și legal au precizat reprezentanții acestei instituții, considerente pentru care se comunică reprezentanților CNSC că asocierea contestatoare interpretează în mod subiectiv și eronat afirmațiile și înscrisurile de la dosar, întrucât în mod rațional și normal, de vreme ce un raport al procedurii respins inițial care conține un aviz conform condiționat, nu poate face obiectul reavizării, membrii comisiei de evaluare nefăcând altceva, prin cel de-al doilea raport, decât să pună în implementare avizul conform condiționat primit de la ANAP în aceeași fază; de aceea, se solicită a se respinge criticile contestatorului referitoare la neavizarea de către ANAP a deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică.

În baza celor mai sus menționate, a datelor/documentelor și/sau a comunicărilor din cadrul dosarului de achiziție publică, ... solicită C.N.S.C. să constate că decizia de anulare a procedurii de achiziție publică este legală, responsabilă și netemeinică, în ciuda criticilor contestatorului asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L.

Prin adresa nr. 130363/04.11.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 70653/04.11.2024, asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L. transmite Supliment la Concluzii Scrise, prin care înțelege să răspundă la punctul de vedere al autorității contractante nr. 357204/30.10.2024 („Punctul de vedere nr. 2”), sens în care solicită Consiliului respingerea în totalitate a criticilor autorității contractante, iar ca urmare, admiterea contestației sale, având în vedere și următoarele motive:

❖ Clauza suspensivă

Preliminar, contestatorul adresează problema clauzei suspensive, deoarece aceasta a fost invocată pe tot parcursul Punctului de vedere nr. 2 de către autoritatea contractantă - chiar și în legătură cu aspecte pentru care nu era relevantă - cheltuielile de judecată - și pe care nu a contestat-o inițial, deoarece a înțeles să renunțe la capătul de cerere referitor la acordarea daunelor interese pentru prejudiciul creat, iar nicidecum pentru că a considera-o aplicabilă în prezenta cauză.

De altfel, aplicabilitatea acesteia - în sensul urmărit de autoritatea contractantă - este îndoielnică, pentru următoarele considerente esențiale.

În primul rând, clauza suspensivă conferă autorității contractante posibilitatea de a anula procedura de atribuire și de a nu fi ținută răspunzătoare pentru prejudiciile create ofertanților printr-o atare decizie. Însă, interpretarea și aplicarea acesteia are sens numai dacă este în concordanță cu prevederile legale imperative de la care autoritatea contractantă nu poate deroga.

Astfel, ar fi contrar legii ca, printr-o clauză inserată de ea însăși, autoritatea contractantă să își atribuie prerogativa anulării procedurii pentru alte motive decât cele enumerate limitativ și cu caracter imperativ de prevederile art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar ca

urmare să nu fie ținută răspunzătoare de prejudiciile cauzate ofertanților. O atare interpretare a clauzei suspensive ar aduce atingere inclusiv prevederilor art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016, care sancționează decizia de anulare a procedurii în alte cazuri decât cele indicate de art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare.

Prin urmare, clauza suspensivă poate exonera de răspundere autoritatea contractantă pentru prejudiciile create ofertanților prin anularea procedurii, însă doar dacă această decizie este adoptată cu respectarea condițiilor legale, or, astfel cum se arată în contestație, nu aceasta a fost conduita

În al doilea rând, clauza suspensivă are natura unei clauze de limitare a răspunderii, care este guvernată de dispozițiile Codului civil. În art. 1355 alin. (1) din Codul civil se menționează faptul că: *„Nu se poate exclude sau limita, prin convenții sau acte unilaterale, răspunderea pentru prejudiciul material cauzat altuia printr-o fapta săvârșită cu intenție sau din culpă gravă”*.

Or, dacă clauza suspensivă s-ar interpreta în modul propus de autoritatea contractantă, respectiv exonerarea acesteia de orice răspundere pentru prejudiciile cauzate ofertanților prin anularea procedurii, indiferent de motivele invocate în susținerea deciziei, această clauză ar fi lovită de nulitate, norma având caracter imperativ - fiind deci o nulitate virtuală.

Mai mult, o atare interpretare a clauzei suspensive ar fi contrară inclusiv principiului bunei-credințe în negocieri, reglementat expres de:

- art. 1170 din Codul civil: *„Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.”*

- cât și de art. 1183 alin. (2) din Codul civil: *„Partea care se angajează într-o negociere este ținută să respecte exigențele bunei-credințe. Părțile nu pot conveni limitarea sau excluderea acestei obligații.”*

Prin urmare, inserarea clauzei suspensive de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire, nu îi conferă acesteia dreptul de a acționa în mod arbitrar în procedură, ci aceasta este ținută de exigențele bunei-credințe, iar o limitare a acestei obligații în sensul dorit de ... ar fi sancționată cu nulitatea clauzei, dispozițiile legale anterior menționate având caracter imperativ.

În al treilea rând, deși nu se mai solicită despăgubiri inclusiv pentru prejudiciul creat contestatorului prin acțiunile neîntemeiate ale autorității contractante, acesta arată că își menține în continuare capătul de cerere referitor la acordarea cheltuielilor de judecată.

Și în privința acestei pretenții a asocierii contestatoare, autoritatea contractantă înțelege să opună clauza suspensivă. Or, chiar dacă s-ar admite exonerarea acesteia de răspunderea pentru prejudiciile cauzate

oferanților în baza acesteia, invocarea clauzei suspensive pentru a nu fi obligată la acordarea cheltuielilor de judecată, este lipsită de temei.

Cheltuielile de judecată se dispun de către instanță/Consiliu în baza culpei procesuale, respectiv pierderea cauzei. Acestea se justifică cu atât mai mult, deoarece contestatorul a fost nevoit să introducă prezentul demers ca principal temei, urmare a evaluării defectuoase realizate de către autoritatea contractantă asupra ofertei sale.

În definitiv, clauza suspensivă de care se prevalează autoritatea contractantă nu prezintă relevanță pentru soluționarea cauzei, iar, cu atât mai puțin poate fi invocată pentru a nu fi obligată la acordarea cheltuielilor de judecată în eventualitatea admiterii, chiar și în parte, a contestației.

❖ Motivele de anulare a procedurii de atribuire

Autoritatea contractantă, în Punctul de vedere nr. 2, menționează faptul că: *„[...] nu s-a putut continua procedura prin atribuire întrucât în ipoteza continuării prin atribuirea contractului/acordului și adoptării unei decizii a instanței abilitate, ANAP-ul fiind obligat să facă acest demers, se constată nulitatea absolută, există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru, ceea ce ar duce la atragerea patrimonială a membrilor comisiei de evaluare, respectiv a autorității contractante; din aceste considerente temeinic dovedite (riscuri administrative, riscuri pecuniare), s-a decis în baza asumării răspunderii că procedura de achiziție publică trebuie anulată.”*

Astfel, se confirmă faptul că decizia de anulare a procedurii s-a adoptat în funcție de oportunitatea încheierii acordului-cadru, care nu mai era favorabilă la momentul finalizării procedurii, fiind influențată de: eventualitatea atacării în instanță a acordului-cadru, a desființării sale și a riscurilor pecuniare - evenimente, de altfel, eventuale.

Faptul că în Raportul procedurii s-a menționat dispunerea anulării în baza art. 212 din Legea nr. 98/2016, nu înseamnă că acesta este și motivul real pentru care procedura a fost anulată, ci, astfel cum chiar autoritatea contractantă arată în ambele puncte de vedere, această decizie a avut la bază posibilele riscuri administrative și pecuniare.

Dacă decizia de anulare avea la baza într-adevăr, încălcarea anumitor prevederi legale care au afectat procedura, astfel cum susține autoritatea contractantă, de ce acestea nu se regăsesc în argumentația acesteia, iar singurele afirmații fac referire la Avizul conform condiționat final și la riscuri financiare?

❖ Scurte concluzii

Nu în ultimul rând, contestatorul învederează Consiliului reaua-credință și încercarea de distorsionare a realității de (și exclusiv de) către însăși autoritatea contractantă, care, deși actualmente pledează în presupusa „nevinovăție”, „asumare a răspunderii” și „cunoaștere a legislației”, în fapt, în toate acțiunile sale, pe durata procedurii de la

inițierea, derularea și anularea sa, precum și pe durata contestării acestui rezultat de către respectiva asocierie, cât și de către celălalt contestator, demonstrează exact contrariul și, totodată, formulează afirmații contradictorii.

Fără a se mai apleca asupra celor explicitate pe larg în contestație și în setul de Concluzii scrise anterior, asocieria contestatoare indică următoarele aspecte esențiale de reținut în soluționarea prezentei cauze:

1. Cazurile de anulare a procedurii ale art. 212 din Legea nr. 98/2016 sunt exprese și limitative. Niciunul dintre cazurile acestui articol nu indică obligația anulării procedurii, ca obligație legală, în cazul existenței unui aviz condiționat al ANAP privind un act al autorității contractante.

2. ANAP nu a avizat anularea procedurii, aspect pe care autoritatea contractantă l-a susținut vehement în punctul de vedere formulat și se citează din acesta.

Ca mai apoi, în Punctul de vedere nr. 2, pag. 5, autoritatea recomandă *„lecturarea cu atenție a legislației incidente”* pentru a *„descoperi că ANAP dă un singur aviz pe fiecare etapă”*, iar, în final, conchide expres *„în mod rațional și normal de vreme ce un raport al procedurii respins inițial care conține un aviz conform condiționat nu poate face obiectul reavizării (...); de aceea, rugăm a se respinge criticile contestatoarei referitoare la neavizarea de către ANAP a deciziei de anulare a procedurii de achiziție publică.”*

Or, contestatorul arată că tocmai aceasta a susținut în Concluziile scrise formulate, respectiv că ANAP nu a avizat anularea procedurii, contrar susținerilor inițiale ale autorității contractante, schimbate radical prin Punctul de vedere nr. 2.

3. S-au contestat inclusiv avizele ANAP, având în vedere prevederile exprese ale art. 22 din OUG nr. 98/2017. De aceea, ANAP nu poate fi neimplicată în procedura de contestare, raportat la faptul că îi sunt contestate inclusiv actele emise, dar și raportat la art. 25 învedereat imediat infra.

Totodată, contrar reținerilor și temeiului de anulare a procedurii avut în vedere de autoritatea contractantă, se atenționează acesteia faptul că, din interpretarea integrală a art. 25 din OUG nr. 98/2017, citat, rezultă că obligația ANAP de a solicita anularea unui contract de achiziție publică nu este o obligație nelimitată și/sau automată, ci, ANAP, de exemplu, nu va accesa o atare procedură de anulare dacă, urmare a contestării actelor autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, acestea au fost invalidate de către Consiliu sau instanța de judecată, cu caracter definitiv.

4. Autoritatea contractantă omite, fie cu știință, fie cu rea-credință, să remedieze în cele din urma Raportul procedurii și Comunicarea rezultatului evaluării, raportat la confirmarea privind greșita evaluare a ofertei asocierii contestatoare. Așa cum s-a demonstrat pe larg,

evaluarea ofertei sale a fost vădit nelegală și nejustificată, astfel încât, indiferent de decizia de ultim moment a autorității de a anula artificial procedura, Raportul procedurii și Comunicarea rezultatului evaluării conțin concluzii vădit eronate, care au intrat în circuitul civil.

În Punctul de vedere nr. 2, autoritatea nu răspunde nicidecum la obligația de diligență pe care trebuia să o demonstreze nu doar în raport de modul de derulare a întregii proceduri, în considerarea inclusiv a avizelor ANAP, concilierilor etc., cât, mai profund, în raport de evaluarea ofertelor declarate admisibile, respectiv celor respinse nejustificat, cum este și cazul ofertei contestatorului.

5. Mai mult, se explică autorității contractante faptul că s-a invocat art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016 în coroborare cu art. 212 privind cazurile de anulare a procedurii, respectiv pentru a învedera autorității și Consiliului faptul că depășirea acestui cadru limitativ de anulare se constituie unor circumstanțe artificiale de anulare. Articolul 224 este singurul text de lege care indică noțiunea de circumstanțe artificiale, care se explicitează, ulterior, de la caz la caz, în raport de acțiunile efective ale autorității, așa cum s-a arătat inclusiv prin jurisprudență citată atât în Contestație, cât și în Concluziile scrise depuse în 28.10.2024.

6. În final, raportat la susținerile autorității contractante de la pag. 3 din Punctul de vedere nr. 2, conform cărora reluarea procedurii nu ar implica creșterea costurilor, se face mențiunea că lansarea unei proceduri la aceeași valoare cu cea estimată în actuala procedură (la data de 10.11.2023), cu siguranță nu se va mai justifica. Creșterea continuă a prețurilor/costurilor în construcții, implică automat și creșterea prețurilor/costurilor serviciilor de supervizare, astfel încât, la momentul lansării unei viitoare noi proceduri pentru același obiect, autoritatea va trebui să se raporteze la condițiile de piață de la data noii lansări, care, cu siguranță va presupune o creștere.

În raport de toate argumentele redade pe calea contestației, a concluziilor scrise înaintate în data de 28.10.2024, cât și prin prezentele concluzii scrise, ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., solicită Consiliului să constate temeinicia susținerilor sale și să-i admită contestația, astfel cum a fost formulată și motivată inclusiv pe calea Concluziilor scrise.

Prin adresa nr. 363013/04.11.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 70842/05.11.2024, ... transmite Punct de Vedere cu privire la Suplimentul Concluziilor Scrise ale ... S.R.L., astfel:

Se comunică faptul că s-a luat act de renunțarea contestatorului cu privire la cheltuielile de judecată, motiv pentru care se precizează, suplimentar față de argumentele invocate până acum, prin raportare la afirmațiile următoare: *„Astfel, ar fi contrar legii ca, printr-o clauză inserată de ea însăși, autoritatea contractantă să își atribuie prerogativa anulării procedurii pentru alte motive decât cele enumerate limitativ și cu caracter*

imperativ, de prevederile art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar ca urmare să nu fie ținută răspunzătoare de prejudiciile cauzate ofertanților. O atare interpretare a clauzei suspensive ar aduce atingere inclusiv prevederilor art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016, care sancționează decizia de anulare a procedurii în alte cazuri decât cele indicate de art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare.

Prin urmare, clauza suspensivă poate exonera de răspundere autoritatea contractantă pentru prejudiciile condițiilor legale, or, astfel cum arătam în contestație, nu aceasta a fost conduita”,

că decizia de anulare, dincolo de existența și efectele clauzei suspensive, bazată pe principiul asumării răspunderii statuat în Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, este în concordanță cu legislația incidentă, în toate actele administrative rezultate odată cu încheierea procedurii de achiziție publică fiind menționat articolul de lege care a permis anularea; în plus, reprezentanții autorității contractante au detaliat motivele care au determinat anularea procedurii de achiziție publică, contestatorul, contrar acestor date, persistă în încercarea de a obliga instituția să încalce dispozițiile legale în materie, inclusiv cele ale Legii nr. 273/2006, cu modificările și completările ulterioare, prin prisma posibilității declarării, postatribuire, a unor cheltuieli ce vor fi considerate nejustificate și nelegale; astfel conduita reprezentanților Primăriei ... al Municipiului 3 a fost una corectă și legală, de vreme ce a decis, prin raportare la legislația aplicabilă și a scopului de diminuare a unor riscuri pecuniare și administrative viitoare, punerea în aplicare a avizului conform condiționat al reprezentanților ANAP, în sensul anulării licitației deschise, deoarece în etapa stadiului acesteia nu există posibilitatea luării de măsuri de remediere.

În plus, contestatorul precizează în cadrul suplimentului transmis: „Astfel, ... confirma faptul că decizia de anulare a procedurii s-a adoptat în funcție de oportunitatea încheierii acordului-cadru, care nu mai era favorabilă la momentul finalizării procedurii, fiind influențată de: eventualitatea atacării în instanță a acordului-cadru, a desființării sale și a riscurilor pecuniare-evenimente, de altfel, eventuale.

Faptul că în Raportul procedurii s-a menționat dispunerea anulării în baza art. 212 din Legea 98/2016, nu înseamnă că acesta este și motivul real pentru care Procedura a fost anulată, ci, astfel cum chiar Autoritatea contractantă arată în ambele puncte de vedere, această decizie a avut la bază posibilele riscuri administrative și pecuniare.

Dacă decizia de anulare avea la baza într-adevăr, încălcarea anumitor prevederi legale care au afectat Procedura, astfel cum susține Autoritatea contractantă, de ce acestea nu se regăsesc în argumentația Autorității, iar singurele afirmații fac referire la Avizul conform condiționat final și la riscuri financiare?”.

Interpretând în mod total arbitrar afirmațiile autorității contractante, motiv pentru care aceasta comunică faptul că își menține în totalitate argumentele expuse până la această dată; în plus, în baza

principiului precauției și a principiului acțiunii preventive, se consideră că decizia de anulare este una fundamentată, cu impact pozitiv asupra bugetului instituției și a modului de utilizare a banilor publici/locali.

În ceea ce privește afirmațiile: „1. Cazurile de anulare a procedurii ale art. 212 din Legea nr. 98/2016 sunt exprese și limitative. Niciunul dintre cazurile acestui articol nu indică obligația anulării procedurii, ca obligație legală, în cazul existenței unui aviz condiționat al ANAP privind un act al Autorității contractante.”,

se face precizarea că fiind o normă de drept, nu se poate să includă toate situațiile de fapt, motiv pentru care, prin coroborarea mai multor prevederi legislative, situația anulării procedurii în cauză intră sub incidența art. 212 din Legea nr. 98/2016, întrucât neimplementarea unei măsuri impuse de ANAP este prevăzută în lege, fiind o situație ce intră sub incidența lit. c) a art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la: „ANAP nu a avizat anularea procedurii, aspect pe care Autoritatea contractantă l-a susținut vehement în Punctul de vedere formulat. Pentru o reîmprospătare, vă cităm din punctul de vedere formulat de Autoritate, la data de 22.10.2024, pag. 6: «(...) Totodată, nu înțelegem introducerea ca parte în speța de față de ANAP-ului. Întrucât în baza legislației incidente această instituție nu are calitate procesuală; în plus, decizia de anulare a procedurii de achiziție publică a fost confirmată de ANAP prin avizul conform necondiționat aferent raportului de anulare: (...)”,

autoritatea contractantă solicită a se observa că asocierea contestatoare persistă în denaturarea situației de fapt, de vreme ce s-a precizat că observatorii ANAP nu pot emite mai mult de un aviz pe o etapă, iar de vreme ce raportul procedurii-varianta inițială a fost transmis de către ANAP cu avizul conform condiționat în mod automat, raportul final de anulare reprezintă o confirmare a avizului inițial de vreme ce, de data aceasta, reprezentanții autorității contractante au ținut cont de avizul impus și au decis anularea procedurii de achiziție publică, fiind în imposibilitatea de a implementa măsuri de remediere.

În ceea ce privește afirmațiile: „Subscrisa am contestat inclusiv avizele ANAP, având în vedere prevederile exprese ale art. 22 din OUG nr. 98/2017. De aceea, ANAP nu poate fi neimplicată în procedura de contestare.

Totodată, contrar reținerilor și temeiului de anulare a procedurii avut în vedere de autoritatea contractantă, îi atenționăm acesteia, faptul că, din interpretarea integrală a art. 25 din OUG nr. 98/2017, rezultă că obligația ANAP de a solicita anularea unui contract de achiziție publică nu este o obligație nelimitată și/sau automată, ci, ANAP, de exemplu, nu va accesa o atare procedură de anulare dacă, urmare a contestării actelor autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, acestea au fost invalidate de către Consiliu sau instanță de judecată, cu caracter definitiv.”

Autoritatea contractantă arată că nu ne pronunță asupra implicării sau neimplicării ANAP în dosarul ce face obiectul speței de față, rămânând la latitudinea membrilor CNSC de a interpreta legislația și de a

clarifica dacă respectiva instituție este parte în dosar, dar face precizarea că avizul conform condiționat nu face obiectul contestației, cum în mod eronat afirmă contestatorul, ci decizia de anulare.

Cu privire la: „4. Autoritatea omite, fie cu știință, fie cu rea-credință, să remedieze în cele din urmă Raportul procedurii și Comunicarea rezultatului evaluării, raportat la confirmarea privind greșita evaluare a ofertei Subscrisei. Așa cum am demonstrat pe larg, evaluarea ofertei Subscrisei a fost vădit nelegală și nejustificată, astfel încât, indiferent de decizia de ultim moment a Autorității de a anula artificial procedura. Raportul procedurii și Comunicarea rezultatului evaluării conțin concluzii vădit eronate, care au intrat în circuitul civil.”,

se face precizarea că autoritatea contractantă a recunoscut faptul că excluderea a fost determinată de o interpretare eronată a legislației, însă acest aspect nu influențează rezultatul procedurii, de vreme ce operațional vorbind anularea nu are legătură cu calitatea ofertelor, iar dacă autoritatea contractantă la această dată ar remedia procesul-verbal de evaluare DUAE și apoi ar trece la elaborarea raportului procedurii prin care se va propune din nou anularea procedurii de achiziție publică, fiind în situația imposibilă de a implementa măsurile de remediere impuse prin avizul conform condiționat; din aceste considerente și nu din rea credință, nu s-a luat decizia de implementare a unor măsuri de remediere din oficiu, întrucât s-ar ajunge în situația similară cu cea care face obiectul prezentului dosar de la CNSC.

În ceea ce privește afirmațiile: „6. În final, raportat la susținerile Autorității de la pag. 3 din Punctul de vedere nr. 2, conform cărora reluarea procedurii nu ar implica creșterea costurilor, menționăm că lansarea unei proceduri la aceeași valoare cu cea estimată în actuala Procedură (la data de 10.11.2023), cu siguranță nu se va mai justifica. Creșterea continuă a prețurilor/costurilor în construcții, implică automat și creșterea prețurilor/costurilor serviciilor de supervizare, astfel încât, la momentul lansării unei viitoare noi proceduri pentru același obiect, Autoritatea vă trebui să se raporteze la condițiile de piață de la data noii lansări, care, cu siguranță va presupune o creștere.”,

se solicită respingerea acestor argumente, întrucât documentația de atribuire include clauze de ajustare a prețurilor, ceea ce înseamnă că și în situația de față și în cazul reluării procedurii de achiziție publică, prin raportare la evoluția prețurilor din domeniul construcțiilor, costurile cu derularea contractului/elor vor crește, fiind un argument artificial, irelevant în contextul de față.

În baza celor mai sus menționate, a datelor/documentelor și/sau a comunicărilor din cadrul dosarului de achiziție publică, ... solicită Consiliului să constate că decizia de anulare a procedurii de achiziție publică este legală, responsabilă și netemeinică, în ciuda criticilor asocierii ... S.R.L.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „*Servicii de consultanță și management derulare contracte de execuție lucrări încheiate conform H.G. nr. 1/2018 prin Supervizor, pentru realizarea obiectivelor de investiții la nivelul ...*”, cod CPV 71311000-1 Servicii de consultanță în domeniul lucrărilor publice (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../10.11.2023.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată totală a acordului-cadru este de 119.000.000,00 lei fără TVA.

Potrivit procesului-verbal nr. 5630/08.01.2024 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, la procedura de atribuire s-au depus 9 oferte, dintre care și cea a contestatorilor asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. și asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L.

Potrivit mențiunilor din raportul de anulare a procedurii nr. 320082/01.10.2024, procedura de atribuire a fost anulată, conform prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că:

- ... S.R.L. a transmis recipisa de consemnare nr. 210649447/1, eliberată de CEC BANK S.A. Sucursala ..., emisă la data de 09.10.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 140.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3510/2024;

- ... S.R.L. a transmis recipisa de consemnare nr. 210685069/1, eliberată de CEC BANK S.A. Sucursala ..., emisă la data de 18.10.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 140.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 3594/2024.

Astfel, Consiliul constată că ... S.R.L. și ... S.R.L. au constituit cauțiunile în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând aspectele în divergență prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, ținând seama de documentele aflate la dosarul cauzei, inclusiv de cele din dosarul achiziției publice, de susținerile contestatoarelor, precum și de punctul de vedere asupra celor două contestații, conform art. 18 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată netemeinicia criticilor aduse de către contestatoarele Asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. și Asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L., motiv pentru care dispune respingerea contestațiilor, ca

nefonde și, în condițiile în care procedura de atribuire în cauză a fost anulată, va menține decizia de anulare a acesteia.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul nu va relua susținerile părților având în vedere că acestea se regăsesc în practica deciziei, ci va puncta doar faptul că acestea vizează, în principal, critici legate de decizia de anulare a procedurii, dispusă de achizitoare, maniera în care ... a procedat fiind considerată de contestatori ca fiind excesivă, nelegală și nejustificată, motiv pentru care apreciază că se impune reluarea procedurii de atribuire.

Preliminar, Consiliul găsește utilă expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, menite să înlesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțiere soluționarea.

Obiectul acordului cadru a cărui atribuire face obiectul procedurii în cauză îl constituie „Servicii de consultanță și management derulare contracte de execuție lucrări încheiate conform H.G. nr. 1/2018 prin Supervizor, pentru realizarea obiectivelor de investiții la nivelul ...”, în documentația de atribuire, caietul de sarcini fiind specificat, printre altele, următoarele:

„1.2. Modalitatea de atribuire

Prezenta procedură de atribuire se va finaliza prin încheierea unui acord cadru.

Acordul-cadru reprezintă modalitatea specială de atribuire la care autoritățile contractante pot apela atunci când intenționează să achiziționeze produse/servicii lucrări cu caracter de repetabilitate/recurență.

Astfel, acordul-cadru, ca instrument în achiziții publice, este definit potrivit art. 3 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, ca fiind acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante și unul ori mai mulți operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor și condițiilor care guvernează contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute în vedere.

Ca tehnică, acordul-cadru încorporează toate demersurile necesare atribuirii instrumentului acord-cadru, precum și contractelor subsecvente aferente acestuia.

Lucrările de investiții pentru a căror realizare se dorește contractarea de servicii de consultanță de supervizare și dirigenție de șantier sunt situate sau se afla în administrarea Primăriei

Lucrările de investiții avute în vedere de autoritatea contractantă sunt următoarele:

- 1. Lucrări de reabilitare termică clădiri și blocuri de locuințe;*
- 2. Lucrări de reparații curente, reparații capitale, consolidări, modernizări clădiri (ex: scoli, licee, grădinițe, creșe, administrative, birouri, etc);*
- 3. Lucrări de construcție clădiri noi;*
- 4. Lucrări de infrastructură rutieră: străzi, alei, bulevarde, parcuri, tramvai, etc.*

5. Lucrări de infrastructura edilitara: rețele electrice, termice, gaze, apa-canal, telecomunicații, iluminat public, etc.

Activitățile de consultanță, se vor efectua în conformitate cu legislația națională privind execuția de lucrări. Activitățile listate în cele ce urmează trebuie considerate ca fiind cerințele minime, iar dacă alte activități sunt necesare în vederea realizării obiectivelor, acestea vor face parte din responsabilitatea consultantului.

Nota: Având în vedere ca unele clădiri care vor face obiectul investițiilor cuprinse în acordul cadru de execuție lucrări aflate în administrarea ... ar putea fi înscrise în lista monumentelor istorice, toate intervențiile care se efectuează asupra monumentelor istorice, altele decât cele de schimbare a funcțiunii sau a destinației, de întreținere sau de reparații curente, indiferent de sursa lor de finanțare și de regimul de proprietate a imobilului, se fac cu specialiști și experți atestați și sub inspecția și controlul propriu ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național, respectiv ale serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii și Patrimoniului Național, în condițiile legii nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice.

1.3. Obiectul acordului - cadru

Obiectul acordului - cadru îl reprezintă „Servicii de consultanță și management derulare contracte de execuție lucrări încheiate conform H.G. nr. 1/2018 prin Supervisor, pentru realizarea obiectivelor de investiții la nivelul ...”, respectând descrierile activităților de la nivelul prezentului document.

În derulare autoritatea contractantă va acoperi necesitățile sale prin raportare la obiectul acordului cadru alegând obiectul contractului subsecvent în funcție de tipologia investiției care necesită pentru legala sa derulare servicii de tipul celor care formează obiectul prezentului acord cadru.

Pe de altă parte, un alt raționament care stă la baza utilizării acordului cadru ca tehnică de achiziție în cadrul prezentei proceduri de atribuire este dat de obținerea de economii în ceea ce privește atât costul legat de achiziția respectivă, cât și timpul necesar derulării procesului de achiziție.

Având în vedere, faptul că, serviciile ce formează obiectul acordului cadru, reprezintă obligații legale fără de care autoritatea contractantă nu poate demara niciun fel de investiție, de nenumărate ori achiziționarea acestora ca ultim pas în derularea investiției, întinde nepermis de mult termenul de demarare a investiției, în acest sens acordul cadru ce urmează a fi încheiat reprezentând un instrument de real ajutor, chiar dacă potrivit dispozițiilor legale privind estimarea procedurii s-ar putea opta în condiții legale pentru estimarea separată a acestora de valoarea investiției.

În îndeplinirea sarcinilor pentru care a fost înființată, în vederea asigurării derulării investițiilor de dezvoltare aprobate, care au ca obiectiv principal creșterea calității vieții pentru locuitorii sectorului, autoritatea contractantă care trebuie să achiziționeze servicii a căror cantitate poate fi doar estimată, fără a putea stabili exact necesarul exact al acestora, poate apela la o modalitate specială de atribuire, acordul-cadru, care permite încheierea unei înțelegeri între Beneficiar (autoritatea contractantă) și Prestator (ofertantul/ți câștigător/i) pentru o cantitate maximă.

Astfel că, având în vedere specificul obiectului achiziției, pentru eficientizarea timpului necesar implementării obiectivelor contractului și evitarea ulterioară a sincopei în atingerea la timp a beneficiilor anticipate, autoritatea contractantă a hotărât încheierea unui acord cadru prin derularea procedurii de licitație deschisă, pentru o perioadă de maxim 48 de luni, cu maxim 3 operatori economici.

Acordul cadru va fi atribuit prin selectarea ofertei cea mai avantajoasă din punct de vedere economic prin aplicarea criteriului **CEL MAI BUN RAPORT CALITATE - PRET** conform **anexei nr. 1** la prezentul caiet de sarcini” în **Anexa 1 - FACTORI DE EVALUARE** regăsindu-se detaliați factorii de evaluare stabiliți de achizitoare în aplicarea criteriului „CEL MAI BUN RAPORT CALITATE – PRET”.

În soluționare, prezintă relevanță, pe de-o parte, a se sublinia **solicitățile** formulate de cei doi contestatori, și anume:

1. - contestatorul ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. a solicitat:

- anularea adresei nr. 320298/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii,

- **anularea deciziei de anulare a procedurii,**

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere, cu scopul de a corecta raportul procedurii nr. 320082/01.10.2024, remedierea acestuia și **corectarea anulării concluziilor menționate la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături** din acesta, începând cu teza 5, pag. 12-16, **care cuprind propunerea de anulare a procedurii de atribuire,**

- obligarea autorității contractante la emiterea unui raport al procedurii care consemnează **rezultatul evaluării ofertelor**, astfel cum a fost consemnat până la pag. 11 inclusiv, respectiv a raportului procedurii care la Secțiunea 4 - Concluzii și semnături, menționează **rezultatul evaluării și clasamentul înregistrat,**

- **desemnarea ofertelor câștigătoare** clasate pe primele 3 locuri în clasamentul rezultat **după aplicarea criteriului de atribuire** și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAЕ, precum și la comunicarea ofertelor câștigătoare,

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu contestația, precum și la plata unor daune interese egale cu prejudiciul suferit,

- **în subsidiar, anularea avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCEMCMSS/... din 12.08.2024.**

2. - contestatorul ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. a solicitat:

- anularea adresei nr. 320259/01.10.2024 de comunicare a rezultatului procedurii și a **raportului procedurii** nr. 320082/01.10.2024,

- obligarea autorității contractante la **reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale**, declarată inacceptabilă și neconformă,

- **anularea deciziei de anulare a procedurii** și, totodată, a **Avizelor conforme inclusiv a Avizului conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024, precum și a Avizului conform necondiționat nr. 17694/15713/DGCECMSS/.../02.10.2024**, care, aparent, au stat la baza deciziei autorității contractante de anulare a procedurii,

- **anularea tuturor actelor procedurii anterioare**, concomitente și/sau subsecvente **Raportului de anulare** a procedurii nr. 320082/01.10.2024 și a adresei de comunicare privind rezultatul final al evaluării nr. 320259/01.10.2024,

-obligarea autorității contractante la **reluarea procedurii** și continuarea acesteia în condiții de legalitate,

-obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată avansate de prezentul demers, precum și la plata daunelor interese aferente prejudiciului suferit urmare a deciziei de anulare.

Așadar, din *petitele* celor două contestații reiese fără putere de tăgadă că ambii contestatori solicită **anularea deciziei de anulare** a procedurii de atribuire și reluarea acesteia, contestând legalitatea anulării procedurii, *în esență* pe considerentul că nu au existat contestații înregistrate în cadrul procedurii *cu privire la documentația de atribuire*, sens în care ofertanții nu au regăsit impedimente în documentație care trebuiau remediate, ci au ofertat.

Pe de altă parte, de interes în soluționare este punctarea de către Consiliu a constatării faptului că **decizia de anulare** a procedurii de atribuire în cauză **NU** a avut vreo legătură cu *ofertele transmise*, așadar **nici cu ofertele depuse de cele două Asocieri contestatoare**, nefiind relevant în speță a se analiza aspecte ce ar ține de admisibilitatea/neadmisibilitatea celor două oferte menționate, ci anularea procedurii a avut la bază faptul că, în baza unor **avize condiționate** emise de reprezentanții ANAP (*procedura fiind intrată sub control ex-ante*) **la faza de publicare a documentației de atribuire, avize neimplementate în integralitate de către autoritatea contractantă**, în etapa de aprobare de către ANAP a raportului procedurii, documentul din urmă a fost emis însoțit de un aviz conform condiționat, care face imposibilă semnarea contractului de servicii.

Într-o atare situație, ținând seama de cele subliniate anterior, Consiliul va avea în vedere **doar** analizarea criticilor ce vizează **decizia de anulare a procedurii** din perspectiva modului în care decizia dispusă de achiziitoare s-a încadrat în cazurile *expres și limitative* prevăzute de Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, ce puteau sta la baza anulării procedurii, acestea fiind prevăzute la art. 212 (1) din lege, și anume:

„Autoritatea contractantă are **obligăția de a anula procedura de atribuire** a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

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

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);".

e) dacă contractul/acordul-cadru nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru și nu există o ofertă clasată pe locul următor admisibilă.

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

Raportat la temeiul legal invocat de ... în decizia de anulare a procedurii de atribuire, și anume art. 212 (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, a cărui conținut a fost redat anterior, Consiliul constată legalitatea demersului achizitoarei, motiv pentru care va menține această măsură dispusă și, pe cale de consecință, va respinge criticile formulate de cele două asocieri contestatoare sub acest aspect, ca fiind nefondate.

În stabilirea acestei finalități și pentru o înțelegere a motivelor care au condus la acest deznodământ al procedurii în cauză, Consiliul va puncta aspecte esențiale derulate în procedură, ce au determinat măsura anulării acesteia, respectiv următoarele:

Extras Raportul de Anulare a procedurii de atribuire nr. 320082/01.10.2024:

„În temeiul prevederilor art. 127 alin. (1) lit. m) din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare formulează propunerea de anulare a procedurii de atribuire motivat de incidența dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 având în vedere considerentele de fapt și de drept prezentate în cele ce urmează.

Prezenta procedură de atribuire a fost selectată în vedere realizării controlului ex ante de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (denumită în continuare ANAP).

În urma efectuării verificărilor asupra conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP sub nr. DF1194055, ANAP a emis **Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/DGCECMSS** prin intermediul căruia a identificat o serie de aspecte de regularitate și calitate, **dispunând măsuri de remediere** în sensul **modificării și completării anumitor informații/cerințe stabilite în documentația de atribuire**.

Autoritatea contractantă **și-a însușit majoritatea observațiilor** formulate prin Avizul conform condiționat sens în care, în data de 06.12.2023, ora 18:51, a fost publicat în SEAP documentul intitulat [.../00018] Clarificare oficiu- semnat.pdf.p7s prin intermediul căruia au fost operate o serie de modificări/completări cu privire la informațiile/cerințele documentației.

Pe de altă parte, **autoritatea contractantă nu și-a însușit aspectul de regularitate menționat la pct. 8 din cadrul Avizului conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS**.

În urma analizării măsurilor de remediere ale documentației de atribuire publicate de subscrisa în SEAP, **ANAP a emis și Avizul conform condiționat nr. 17694/19479/DGCECMSS/CN106143/04.12.2023** prin care a stabilit că autoritatea contractantă **nu a implementat toate măsurile dispuse** prin Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS.

Față de această situație, autoritatea contractantă a formulat cererea de conciliere nr. 335958/1 î. 12.2023 prin intermediul căreia a solicitat anularea anumitor măsuri dispuse de ANAP prin Avizele conforme condiționate nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS și nr. 17694/19479/DGCECMSS/CN106143/04.12.2023 însă aceasta a fost respinsă conform informațiilor din adresa nr. 10660/15.12.2023.

De asemenea, **ANAP a emis un nou Aviz conform condiționat înregistrat sub nr. 17694/20103/DGCECMSS .../13.12.2023** cu privire la modul în care au fost formulate o parte din răspunsurile aferente solicitărilor de clarificări transmise de operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Nemulțumită fiind de observațiile ANAP formulate prin acest din urmă aviz, autoritatea contractantă a formulat cererea de conciliere nr. 341789/15.12.2023 aceasta fiind respinsă conform informațiilor din adresa nr. 10851/19.12.2023.

Mai departe, **procedura de atribuire a continuat** prin depunerea ofertelor de către operatorii economici, evaluarea ofertelor de către comisia de evaluare și întocmirea Raportului procedurii de atribuire, acest din urmă document fiind transmis spre verificare către ANAP în vederea emiterii Avizului conform final prevăzut la art. 14 alin. (4) și (71) din OUG nr. 98/2017.

Ca urmare a verificării Raportului procedurii de atribuire, **ANAP a emis Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024** prin care a reținut următoarele:

„Neconformitățile neremediate la momentul inițierii controlului ex-ante, respectiv de la data publicării în SEAP a anunțului de participare .../10.11.2023 până la termenul limită de depunere a ofertelor, conform Raportului nr. 17694/244 /DGCECMSS/ .../09.01.2024 privind implementarea măsurilor de remediere (RIM).

Au fost emise următoarele avize conform condiționate:

A. Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/DGCECMSS aferent documentației de atribuire nr. DF1194055, transmisă în SEAP în data de 18.10.2023 de către PR1MAR1A SECTOR 3 BUCUREȘTI pentru procedura având ca obiect „Servicii de consultanță și management derulare contracte de execuție lucrări încheiate conform H.G. nr. 1/2018 prin Supervisor, pentru realizarea obiectivelor de investiții la nivelul ..."

B. Avizul conform condițional nr. 17694/19479 / DGCECMSS / ... / 04.12.2023 asupra Clarificării din oficiu publicata în SICAP în data de 07.12.2023, Avizul conform condiționat nr. 17694/20103 / DGCECMSS / ... / 13.12.2023 asupra proiectului de răspuns consolidat transmis în data de 11.12.2023

La nivelul Raportului nr. 17694/244/DGCECMSS/.../09.01.2024 privind implementarea măsurilor de remediere, se constata faptul ca au fost masuri dispuse de ANAP în avizele conforme condiționate emise, care nu au fost implementate de către autoritatea contractantă.

Reiterăm măsurile dispuse prin:

1. Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/DGCECMSS aferent documentației de atribuire nr. DF1194055:

1) "În fapt: (a) - Nu regăsim la nivelul fișei de date CANTITĂȚILE minime și maxime estimate pe durata întregului acord-cadru și cantitățile minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent în baza cărora s-au estimat valorile respective. (În anexa indicată "Cantități minime și maxime-semnat" se regăsesc valori, nu cantități aferente serviciilor prestate în cadrul viitoarelor contracte subsecvente - exemplu ore/expert); mai mult decât atât, mecanismul de ofertare și de plată al contractului este irelevant față de activitățile ce urmează a fi prestate; (b) Nu reiese clar dacă valoarea maximă a acordului cadru cuprinde și opțiunea de suplimentare.

Măsura de remediere: (a) Prin urmare, conform art. 20 (8) lit. f) din HG 395/2016, trebuie să menționați cantități minime și maxime estimate (în ore/expert) pentru perioada întregului acord cadru și de asemenea, să estimați cantități minime și maxime care ar putea face obiectul unui contract subsecvent. Având în vedere tipul de servicii bazate pe onorarii zilnice ale experților implicați, vă recomandăm să estimați un număr minim și un număr maxim de zile de lucru/tip expert/tip de lucrare.

Astfel, vă recomandăm să solicitați în cadrul propunerii financiare prețuri unitare de tipul tarif expert/zi, care vor fi oferite și menținute pe perioada contractului subsecvent/ acordului cadru, de fiecare contractant. Preluați la nivelul întregii documentații (ex: CSpag.6, Strategie - pag. 2).

Astfel, definirea cantităților nu permite ofertanților să depună propuneri financiare bazate pe prețurile unitare. Vă recomandăm să solicitați în cadrul propunerii financiare prețuri unitare de tipul tarif expert/zi, care vor fi oferite și menținute pe perioada contractului subsecvent/acordului cadru, de fiecare contractant. Vă rugăm să aveți în vedere și Îndrumările referitoare la Mecanismul de plată în cazul contractelor de servicii de supervizare/ dirigenție de șantier sau de asistență tehnică din partea proiectantului existente la adresele:

<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2022/n/Indrumare-privindmecanismul-de-plata-in-cazul-contractelor-avand-ca-obiect-servicii-de-supervizare.pdf>

<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2022/11/Îndrumare-privind-modele-de-structura-de-propunere-financiara-si-de-mecanisme-de-monitorizare-l.pdf>

<https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2022/11/ANEXA-Modele-de-structura-de-propunere-financiara-si-de-mecanisme-de-monitorizare.pdf>

Vă rugăm să aveți în vedere ca aceste modificări să se regăsească și la nivelul formularului de propunere financiară: Anexa 1 la Formularul nr. 8 (structura acestui formular va fi sub forma (cap de tabel): cantități minime și maxime, prețuri unitare precum și valoare totală a ofertei pentru cantitatea maximă). Este recomandat ca formularul de propunere financiară pentru serviciile de supervizare/dirigenție de șantier să fie unul bazat pe tarife pe unitatea de efort/onorarii zilnice ale experților, tarife care să includă toate costurile directe și indirecte pe care operatorul economic le are în implementarea contractului. În mod practic, formularul de propunere financiară ar trebui să fie similar cu cel prin care autoritatea contractantă a determinat valoarea estimată a achiziției și care trebuie să reflecte estimarea autorității contractante privind necesarul minim de resurse de care operatorul economic are nevoie să presteze activitățile prevăzute în contract. Pentru serviciile de supervizare/dirigenție de șantier resursele necesare sunt în majoritate cele legate de costul experților și într-o mică măsură legate de logistică (transport la/de la șantier, cazare, cheltuieli administrative), astfel, toate aceste resurse pot fi ușor consolidate în cadrul unui tarif unitar pe expert/ categorie de expert, fără a mai fi necesară introducerea unei categorii de cheltuieli incidentale din care să fie decontate cheltuieli care nu pot fi estimate la momentul realizării documentației de atribuire. Este recomandat ca autoritatea contractantă să solicite respectarea unui număr minim de zile, ce trebuie inclus în ofertă de către toți ofertanții, doar pentru experții principali, permițând ca, pentru experții secundari, ofertanții să propună structura de experți, numărul acestora și numărul estimat de zile alocate, conform propriei estimări și modalități de organizare. Condițiile de plată asociate unui astfel de formular de propunere financiară trebuie să menționeze, pe lângă frecvența plăților (lunar sau trimestrial), și condițiile care trebuie îndeplinite, precum: - fișele/foile de pontaj care să prezinte activitatea experților prestatorului, precum și rezultatele obținute, să fie aprobate de către autoritatea contractantă; - toate rapoartele de progres sau specifice, ce trebuiau realizate în perioada de plată conform contractului, au fost aprobate de către autoritatea contractantă: - orice alte livrabile și documente elaborate de către prestator în perioada de plată au fost transmise autorității contractante (trebuie menționat că, în cazul serviciilor de supervizare/ dirigenție de șantier, nu toate documentele elaborate de către experții prestatorului necesită aprobarea autorității contractante, cum ar fi de exemplu procesele verbale de conformitate / neconformitate a lucrărilor, de verificare a lucrărilor ce devin ascunse, de verificare a naturii terenului de fundare etc). Vă recomandăm să utilizați modelul de propunere financiară prevăzut în documentația standard privind serviciile intelectuale (disponibilă pe site-ul ANAP la secțiunea

INTERACTIVITATE-Modele de documentații de atribuire standardizate- Documentație de atribuire Servicii intelectuale. Adaptați la documentația dumneavoastră.

De asemenea, corecții și pct. 9.3.2 din caietul de sarcini, în ceea ce privește revizuirea în mod direct și automat prețul contractului subsecvent cu „aplicarea procentul ofertat” având în vedere că o eventuală ajustare a unui contract de lucrări (datorat unor creșteri de costuri aferente respectivului contract) nu poate fi aplicată în mod automat contractului de servicii de supervizare întrucât nu se poate vorbi de o creștere automată și a costurilor aferente acestui contract.

(b)-La secțiunile din CS (ex: CSpag.6, Strategie -pag.2)., vă rugăm să clarificați dacă valoarea maximă a acordului cadru cuprinde și opțiunea de suplimentare. Precizați clar care este valoarea maximă fără suplimentare a acordului cadru, având în vedere faptul că evaluarea ofertelor se raportează la valoarea maximă a acordului cadru FARA suplimentare, în drept: Art. 20 (8) f) HG 395/2016; Regularitate”

Mențiuni privind nepreluarea măsurilor de remediere conform RIM:

”8) Observație preluată parțial în caiet de sarcini pag. 41, Strategie -pag. 28 și secțiunile II. 1.4,11.2.11,11.2.14

”Suplimentarea nu a fost luată în calcul la valoarea maximă estimată a Acordului cadru”, prin urmare nu va fi aplicată.

Nu s-au precizat CANTITĂȚILE minime și maxime estimate pe durata întregului acord cadru și cantitățile minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent în baza cărora s-au estimat valorile respective. In anexa indicată ”Cantități minime si maxime-semnat” se regăsesc valori, nu cantități aferente mecanismul de servicii prestate în cadrul viitoarelor contracte subsecvente - exemplu ore/expert); mai mult decât atât, mecanismul de ofertare și de plată al contractului este irelevant față de activitățile ce urmează a fi prestate; Menținem aspectul și măsura de remediere din avizul conform condiționat.

Având în vedere cele sus menționate, prin intermediul unei clarificări din oficiu/erate clarificați/corecții reformulați informațiile în consecință.

Observația nu a fost preluată

În clarificarea din oficiu publicată în S1CAP în data de 07.12.2023 se precizează: Notă Clauză de revizuire: ”Promitentul-Achizitor își rezervă dreptul/opțiunea de a suplimenta cantitatea estimată nivelul documentației de atribuire cu până la maxim 50% din cantitatea maximă estimată pentru acordul-cadru, pentru fiecare categorie de servicii în parte. Prețul serviciilor care pot fi achiziționate suplimentar în baza clauzei de revizuire va fi cel din propunerea financiară ce stă la baza acordului-cadru (ajustat după caz conform formulă de ajustare), perioada de timp în care se va putea utiliza această opțiune de către promitentul Achizitor: pe toată durata de valabilitate a acordului-cadru/contractului subsecvent.*

Modificarea prevăzută de art. 221 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 se tratează și calculează distinct de modificarea în baza art. 221 alin. (1), lit. a) din Legea nr. 98/2016

**Suplimentarea nu a fost luată în calcul la valoarea maximă estimată a Acordului cadru”*

De asemenea, cantitățile sunt prezentate sub formă de valori, respectiv procent raportat la valoarea lucrărilor"

Măsură neimplementată

2. Avizul conform condiționat nr. 17694/19479 / DGCECMSS / ... / 04.12.2023 asupra Clarificării din oficiu publicată în SICAP în data de 07.12.2023:

"3) în fapt: Autoritatea precizează în secțiunea 1V.4.2 faptul că valoarea serviciilor se determină prin aplicarea unei cote procentuale (%) la valoarea lucrării / investiției care vor face obiectul prestării de servicii.

Măsura de remediere: Autoritatea va elimina informațiile propuse spre a fi inserate în secțiunea IV. 4.2 întrucât valoarea estimată a acordului cadru se determină prin înmulțirea cantităților maxime pentru acordul cadru cu prețul unitar. La preluarea observației, aveți în vedere cele dispuse prin Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS - observația nr. 8 precum și prin Adresa nr. 17694/18549/ DGCECMSS / .../15.11.2023 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS - observația nr. 8. în drept: Art. 160(2) Legea 98/2016 Calitate" Mențiuni privind nepreluarea măsurilor de remediere conform RIM: "Observația nu a fost preluată în clarificarea din oficiu publicată în SICAP în data de 07.12.2023 se precizează:

"**Valoarea serviciilor se determină prin aplicarea unei cote procentuale (%) la valoarea lucrării/investiției care vor face obiectul prestării de servicii și se determină conform formulă: Valoare servicii = P U (%) x CANTITATEA unde:

P.U. = procentul (%) oferat sau COTA PROCENTUALĂ oferată, care reprezintă parte FIXĂ FORFETARĂ/GLOBALĂ, acoperind toate costurile și spezele prestatorului pentru realizarea serviciilor

CANTITATEA = VALOAREA LUCRĂRILOR/INVESTIȚIEI, care reprezintă partea VARIABILĂ, la care se aplică cota CANTITATEA=VALOAREA LUCRĂRILOR/INVESTIȚIEI, la care se aplică cota procentuală / % oferat
Exemple calcul pentru ofertare:

P.U. = 5% CANTITATEA = lucrare/ investiție de 3.000.000,00 LEI
Valoare servicii = % ofertat x valoare lucrare/investiție = 5%x 3.000.000,00 = 150.000,00 lei fără TVA Sau

P.U. = 15% CANTITATEA = lucrare/ investiție 3.000.000.00 Lei Valoare servicii = % ofertat x valoare lucrare/investiție = 15% x 3.000.000,00 = 450.000,00 lei fără TVA " Măsură neimplementată

3. Avizul conform condiționat nr. 17694/20103 / DGCECMSS / ... / 13.12.2023 asupra proiectului de răspuns consolidat transmis în data de 11.12.2023:

"1) în fapt: Autoritatea nu răspunde clar și complet la întrebările operatorilor economici Măsura de remediere: Autoritatea va: [...]

j) reformula răspunsul la solicitarea nr. 18 (solicitarea nr. 4 pag. 21-26) în sensul în care să răspundă în mod clar și complet solicitărilor operatorului economic. în formularea răspunsului, aveți în vedere:

- cele dispuse prin Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS;

- cele dispuse prin Adresa nr. 17694/18549/DGCECMSS / .../15.11.2023 privind implementarea măsurilor de remediere dispuse prin Avizul conform condițional nr. 17694/01.11.2023/ DGCECMSS;

- cele dispuse prin Avizul conform condiționat nr. 17694/19479/DGCECMSS /... /04.12.2023

- îndrumările referitoare la Mecanismul de plată în cazul contractelor de servicii de supervizare/ dirigenție de șantier sau de asistență tehnică din partea proiectantului existente la adresele:

<https://anap.gov.ro/web/wpcontent/uploads/2022/I/Indrumare-privindmecanismul-de-plata-in-cazulcontractelor-avand-ca-obiect-servicii-de-supei-vizare-l.pdf>.

De asemenea țineți cont de faptul că publicarea în SICAP în data de 07.12.2023 a Clarificării din oficiu (la care autoritatea face referire în cadrul răspunsului) nu s-a efectuat în urma emiterii unui Aviz conform necondiționat

În drept: Art. 160 (2) Legea 98/2016, Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017; Calitate" Mențiuni privind nepreluarea măsurilor de remediere conform RIM: "1. Observația a fost preluată parțial [...]

f) răspunsul la întrebarea nr. 18 (solicitarea nr. 4) a fost reformulat astfel: autoritatea face trimitere la răspunsul la întrebarea nr. 16 (solicitarea nr. 3), însă autoritatea reia precizările din clarificarea din oficiu publicată în SICAP în data de 07.12.2023 se precizează: "** Valoarea serviciilor se determină prin aplicarea unei cote procentuale (%) la valoarea lucrării/investiției care vor face obiectul prestării de servicii și se determină conform formulă: Valoare servicii = P U (%) x CANTITATEA unde:

P.U. = procentul (%) ofertat sau COTA PROCENTUALĂ ofertată, care reprezintă parte FIXĂ FORFETARĂ/GLOBALĂ, acoperind toate costurile și spezele prestatorului pentru realizarea serviciilor CANTITATEA = VALOAREA LUCRĂRILOR/INVESTIȚIEI, care reprezintă partea VARIABILĂ, la care se aplică cota procentuală / %

Exemple calcul pentru ofertare:

P.U. = 5% CANTITATEA= lucrare/investiție de 3.000.000,00LEI

Valoare servicii = % ofertat x valoare lucrare/investiție = 5% x 3.000.000,00 = 150.000,00 lei fără TVA Sau P.U. = 15% CANTITATEA = lucrare/investiție 3.000.000.00 Lei

Valoare servicii = % ofertat x valoare lucrare/investiție = 15% x 3.000.000,00 = 450.000,00 lei fără TVA " " Măsură neimplementată.

Față de constatările ANAP, autoritatea contractantă a formulat cererea de conciliere nr. 266236/14.08.2024 însă aceasta a fost respinsă conform informațiilor din adresa nr. 6462/02.09.2024, fiind făcută totodată precizarea că se menține Avizul conform condiționat nr. 17694/12754/DGCECMSS/... din 12.08.2024.

Având în vedere cele mai sus menționate comisia de evaluare constată următoarele:

- Avizul conform condiționat nr. 17694/12754/DGCECMSS/... din 12.08.2024 reprezintă Avizul conform final prevăzut la art. 14 alin. (4) și (7¹) din OUG nr. 98/2017;

- Potrivit art. 19 alin. (1) din OUG 98/2017 decizia de conciliere emisă de ANAP este finală în raport cu constatările controlului ex ante din avizul conform inițial;

- La secțiunea IV Măsuri dispuse din Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024 se menționează următoarele:

„ în cazul în care autoritatea/entitatea contractantă decide continuarea procedurii de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin prezentul aviz conform condițional, devin incidente prevederile art. 14 alin. (4) și alin. (8) - (8*1) coroborate cu art. 25 din OUG nr. 98/2017, cu modificările și completările ulterioare."

- Potrivit art. 25 alin. (1) din OUG nr. 98/2017:

„Art. 25 - (1) **ANAP are obligația** de a solicita în instanță, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, constatarea nulității absolute a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în cadrul căreia ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP; ANAP are calitate procesuală activă în litigiile privind constatarea nulității absolute a acestor contracte. "

în sensul celor de mai sus, la art. 14 alin. (8) și (8¹) din OUG nr. 98/2017 este prevăzut și că:

„(8) Nulitatea absolută a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în care ANAP a emis un aviz conform final condiționat, iar autoritatea contractantă a finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile grave de la legislația aplicabilă constatate de ANAP, cu excepția situației prevăzute la art. 25 alin. (2), se constată de către instanța de judecată, aceasta urmând a analiza pe fond argumentele aduse de autoritatea contractantă în cauză pentru ignorarea celor reținute de ANAP prin respectivul aviz conform final condiționat; prevederile cap. VI secțiunea a 3-a din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, se aplică în mod corespunzător.

(8') în sensul alin. (8), abaterile grave reprezintă acele abateri de la legislația în domeniul achizițiilor publice/sectoriale/concesiunilor de lucrări și servicii care conduc la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, și, respectiv, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare. "

- **Aspectele de regularitate reținute prin Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/CN 1061643/12.08.2024 privesc modificarea unor cerințe ale documentației de atribuire;**

- Pe de altă parte, procedura de atribuire se găsește în etapa în care a fost finalizată evaluarea ofertelor depuse.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare stabilește că la acest moment este imposibilă adoptarea măsurilor dispuse de ANAP prin Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024 în sensul modificării cerințelor din documentația de atribuire motiv pentru care,

la speță, devin aplicabile dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care dispun următoarele:

„Art. 212 - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: [...]

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

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

Din cele redate reiese că anularea procedurii de atribuire a fost determinată de încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului, aceste încălcări vizând neimplementarea tuturor măsurilor de remediere dispuse de ANAP în ceea ce privește anumite cerințe din documentația de atribuire și continuarea procedurii de atribuire fără luarea în considerare a tuturor măsurilor de remediere dispuse.

Asupra invalidării, **parțiale sau totale**, a măsurilor dispuse de ANAP vizavi de cerințele din documentația de atribuire, Consiliul **NU** se poate pronunța la acest moment, un astfel de demers solicitat de cele două contestatoare prin contestațiile formulate (**nota CNSC:** „anularea avizului conform condiționat ANAP nr. 17694/12754/DGCECMSS/... din 12.08.2024” și „anularea Avizelor conforme inclusiv a Avizului conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024, precum și a Avizului conform necondiționat nr. 17694/15713/DGCECMSS/.../02.10.2024”) fiind atât un demers tardiv, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, care prevede termenul în care se pot formula contestații împotriva actelor autorității contractante considerate nelegale - *în speță, conținutul documentației de atribuire, astfel cum acesta a fost modificat/remediat/asupra căruia au fost dispuse măsuri de remediere de către ANAP*, cât și un demers inadmisibil, prin raportare la prevederile art. 22 din Ordonanța de urgență nr. 98/2017, privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, care prevede că „Avizele conforme emise de ANAP pot fi atacate **numai împreună cu actele administrative ale autorității contractante în legătură cu care au fost emise**, în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.”

Or, în speță, se constată că avizele a căror anulare o solicită cele două asocieri contestatoare sunt emise în legătură cu **documentația de atribuire**, caz în care Asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. și Asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L. trebuiau să atace respectivele acte împreună cu documentația de atribuire, în termenul expres prevăzut de lege.

Așadar, Consiliul s-ar fi putut pronunța cu privire la aceste avize doar în cazul în care un operator economic interesat (inclusiv contestatoarele) formula contestație împotriva documentației de atribuire.

Raportarea Asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. și a Asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. la data de **12.08.2024** (data emiterii Raportului procedurii, vizavi de care ANAP a emis Avizul nr. 17694/12754/DGCECMSS/.../12.08.2024), respectiv **01.10.2024** (data emiterii Raportului de Anulare a procedurii de atribuire nr. 320082/01.10.2024, vizavi de care ANAP a emis Avizul nr. 17694/15713/DGCECMSS/.../02.10.2024) pentru contestarea avizelor emise de ANAP în procedură și care au vizat **conținutul documentației de atribuire**, reprezintă în fapt o încercare a celor două contestatoare de *repunere în termen*, demers ce nu poate fi luat în considerare de către Consiliu.

De asemenea, raportarea la cele două date evidențiate anterior nu are relevanță pentru a se aprecia că respectivele asocieri contestatoare ar fi în termen pentru a solicita *anularea avizelor emise de ANAP* - menționate anterior în considerente - în condițiile în care, în documentele emise de ANAP în august și octombrie 2024, nu s-a făcut altceva decât să se consemneze că achizițarea **NU** a pus în aplicare măsurile de remediere dispuse de ANAP prin *Avizul conform condiționat nr. 17694/01.11.2023/DGCECMSS*, aferent documentației de atribuire nr. DF1194055, transmisă în SEAP în data de 18.10.2023 de către PR1MAR1A SECTOR 3 BUCUREȘTI pentru procedura având ca obiect „Servicii de consultanță și management derulare contracte de execuție lucrări încheiate conform H.G. nr. 1/2018 prin Supervisor, pentru realizarea obiectivelor de investiții la nivelul ...”, prin *Avizul conform condiționat nr. 17694/19479 / DGCECMSS / ... /04.12.2023* și prin *Avizul conform condiționat înregistrat nr. 17694/20103/DGCECMSS/ .../13.12.2023*, cu privire la modul deficitar în care au fost formulate răspunsurile la solicitările de clarificări înaintate de operatorii economici interesați, care vizau **conținutul documentației de atribuire**.

Or despre Avizele nr. 17694/**01.11.2023**/DGCECMSS, nr. 17694/19479 / DGCECMSS / ... /**04.12.2023** și nr. 17694/20103/DGCECMSS/ .../**13.12.2023**, consemnate în documentele din august și octombrie 2024, așadar despre măsurile de remediere dispuse de ANAP vizavi de conținutul documentației de atribuire, **cele două contestatoare au avut cunoștință încă de la data emiterii respectivelor documente**, cum de altfel acestea au și afirmat în contestațiile formulate, după cum se va reda mai jos:

- contestatoarea Asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. a afirmat următoarele: „examinând documentația de atribuire aferentă anunțului de participare nr. ... publicat de autoritatea contractantă ... AL MUNICIPIULUI BUCUREȘTI în SEAP, depune ofertă la data de 03.01.2024, data

limită de depunere și că în derularea procedurii, **a luat la cunoștință din SEAP de o serie de Avize ANAP necondiționate** și clarificări din oficiu”,

- contestatoarea Asociera ... S.R.L. – ... S.R.L. a afirmat următoarele: „În fapt, la data de 10.11.2023, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. ... pentru atribuirea respectivului acord-cadru. Procedura de atribuire a fost selectată în vederea realizării controlului ex ante de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice. În îndeplinirea atribuțiilor sale, **ANAP a emis 4 (patru) avize conforme condiționate**: - Avizul conform condiționat nr. 17694/**01.11.2023**/DGCECMSS, prin care a dispus măsuri de remediere cu privire la anumite cerințe ale documentației de atribuire; - Avizul conform condiționat nr. 17694/19479/DGCECMSS/CN106143/**04.12.2023**, prin care a pus în vedere autorității contractante faptul că nu au fost implementate toate măsurile de remediere dispuse prin avizul precedent; - Avizul conform condiționat înregistrat nr. 17694/20103/DGCECMSS/ .../**13.12.2023**, cu privire la modul deficitar în care au fost formulate răspunsurile la solicitările de clarificări înaintate de operatorii economici interesați; - Avizul conform condiționat final nr. 17694/12754/DGCECMSS/ .../**12.08.2024**, **prin care au fost reiterate neregularităților semnalate anterior** („Avizul conform condiționat final”). Autoritatea contractantă a formulat 3 (trei) cereri de conciliere prin care a solicitat anularea măsurilor dispuse prin cele 4 (patru) avize conforme condiționate, cu excepția neregularităților pe care le-a remediat, însă cererile sale au fost respinse. În pofida acestor aspecte, **autoritatea contractantă a ales să își asume răspunderea** cu privire la **nerespectarea avizelor emise de ANAP și să continue derularea procedurii**. Astfel, au fost depuse 9 (nouă) oferte în termenul-limită de depunere a ofertelor, 03.01.2024, printre care și cea a asocierii contestatoare.”

Reiese fără dubiu că ambele asocieri contestatoare au avut cunoștință despre Avizele conforme condiționate emise de ANAP care au vizat documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri de atribuire, și le-au însușit, inclusiv conținutul definitiv al documentației de atribuire, asumându-și astfel și riscul depunerii ofertelor întocmite pe baza unei documentații de atribuire neremediată de achizitoare, conform tuturor măsurilor de remediere dispuse de organismul care a efectuat controlul ex ante al procedurii.

Totodată, este de reținut și susținerea autorității contractante ..., exprimată în punctul de vedere nr. 337612/15.10.2024, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 65923/15.10.2024, conform căreia „în baza **principiilor asumării răspunderii și transparenței**, autoritatea contractantă pe parcursul evaluării ofertelor, a încercat să găsească pârghii legale prin care să fie anulat respectivul aviz conform, însă în urma concilierii cu reprezentanții ANAP și prin raportare la legislația incidentă, nu s-a putut continua procedura prin atribuire, întrucât pe de o parte contractul este considerat nul, iar pe de altă parte, dacă în ipoteza continuării prin atribuirea contractului/acordului-cadru iar în urma unei decizii a unei instanțe abilitate, ANAP-ul fiind obligat să facă acest demers, se constată nulitatea absolută, există riscul creării unor prejudicii semnificative determinate de valoarea unor contracte subsecvente

încheiate și achitate și/sau a solicitării de despăgubiri din partea semnatarilor acordului-cadru; din aceste considerente, temeinic dovedite (riscuri administrative, riscuri pecuniare), s-a decis în baza asumării răspunderii că procedura de achiziție publică trebuie anulată”.

Astfel, necontestarea în termenul legal de către cele două asocieri contestatoare a avizelor care vizau măsuri de remediere a unor cerințe din documentația de atribuire, aşadar necontestarea în termenul legal a conținutului documentației de atribuire, pe considerentul că autoritatea contractantă și-a asumat răspunderea și a continuat procedura de atribuire, reprezintă un risc din partea celor două asocieri ofertante, care și-au elaborat ofertele și le-au depus în procedură pe baza unei documentații de atribuire neavizată de ANAP, aspect despre care asocierile au avut cunoștință înainte de depunerea ofertelor, după cum s-a subliniat anterior.

Într-o atare situație, pentru considerentele expuse *în mod succint* de către Consiliu (*nota CNSC: dezbaterile între părți și argumentele aduse de aceștia fiind ample și consemnate ad litteram în practica deciziei*) constatându-se, pe de-o parte, că decizia de anulare a procedurii a avut la bază o documentație de atribuire vizavi de conținutul căreia au fost divergențe între ... și ANAP, neremediate de autoritatea contractantă în termenul dispus de ANAP iar anularea a fost asumată de achizitoare, aceasta recunoscând practic că **nu** a fost diligentă și **nu** a pus în aplicare **toate** măsurile de remediere dispuse de ANAP, iar, pe de altă parte, constatându-se că cele două asocieri contestatoare au avut cunoștință de măsurile de remediere dispuse de ANAP, aşadar de *conținutul Avizelor conforme condiționate* a căror anulare o solicită în prezenta cauză, Consiliul va respinge criticile formulate de cele două contestatoare, ca nefondate și va menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Pe cale de consecință, menținându-se măsura de anulare a procedurii, se resping, ca nefondate, inclusiv solicitările de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

În ceea ce privește solicitarea privind obligarea autorității contractante la plata de daune interese, Consiliul constată caracterul inadmisibil al cererii, prin raportare la prevederile exprese ale art. 53 din Legea nr. 101/2016, conform căreia „(1) Procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, anularea, nulitatea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante sau în circumscripția căruia are sediul social/domiciliul reclamantul, prin completuri specializate în achiziții publice, în termen de 45 de zile”.

Legat de depășirea competenței membrilor comisiei de evaluare în ceea ce privește propunerea de anulare a procedurii de atribuire, în baza

strictă a prevederilor dispoziției prin care au fost desemnați și a documentației de atribuire - valabilă la data limită de depunere a ofertelor, Consiliul respinge criticile aduse de contestatoare, ca neîntemeiate, în condițiile în care se constată că, în evaluarea efectuată, comisia a evaluat ofertele prin raportare la cerințele documentației de atribuire, avizele condiționate ANAP ce au vizat conținutul documentației de atribuire fiind emise *înainte* de data la care comisia de evaluare și-a exercitat atribuțiile legale.

De asemenea, în condițiile în care, în urma finalizării procesului de evaluare a ofertelor și a elaborării raportului procedurii, conform obligațiilor legale și odată cu înaintarea acestuia către ANAP, avizele din etapa de publicare a documentației de atribuire fiind menținute în raportul final, propunerea de anulare a procedurii a fost o consecință a imposibilității de continuare a procedurii.

Criticile ce vizează informările privind anularea procedurii transmise ofertantelor contestatoare sunt considerate nefondate, în condițiile în care adresele respective conțin informațiile *concrete* care au stat la baza deciziei de anulare a procedurii de atribuire, respectiv neimplementarea măsurilor de remediere impuse prin avizele emise de ANAP - avize despre care ambele ofertante contestatoare au avut cunoștință **anterior** depunerii ofertelor în cadrul procedurii - după cum ele însele au recunoscut și au susținut în cadrul contestațiilor formulate, precum și temeiul legal care a stat la baza deciziei de anulare.

Concluzionând, în raport de cele anterior reținute, se are în vedere, pe de-o parte, faptul că, decizia de anulare a procedurii de atribuire în cauză a fost justificată de achizitoare, încadrându-se în cazurile expres și limitativ prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice (*art. 212 alin. 1 lit. c și alin. 2 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice*) iar, pe de altă parte, constatându-se că nu au fost create circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de achiziție, criticile aduse de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. și de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. fiind nefondate, motiv pentru care Consiliul respinge criticile formulate de contestatoare.

Mai mult, se are în vedere faptul că achiziția de față a fost afectată prin faptul că documentația de atribuire nu a fost remediată conform măsurilor dispuse de ANAP, ceea ce a dus și la încălcarea principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, consacrate de art. 2 alin. (2) din legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, asumarea răspunderii fiind în exclusivitate a autorității contractante, această asumare presupunând, printre altele, respectarea tuturor principiilor și regulilor achizițiilor publice în luarea celor mai bune decizii privind atribuirea contractelor de achiziție publică, astfel încât fondurile publice să fie utilizate cu mare eficiență.

În contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge contestațiile formulate de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. și de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., , ca nefondate.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu se află în culpă procesuală iar în speță nu sunt incidente dispozițiile art. 453 din C.pr.civ.

Pe cale de consecință, Consiliul respinge cererea contestatorului ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, în cadrul dosarului nr. 3510/2024.

În ceea ce privește cererea contestatorului ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate cu soluționarea contestației (fiind depuse la dosarul cauzei dovada efectuării acestora, respectiv factura seria AAA nr. 1526/28.10.2024, în valoare de 44.474,58 lei, emisă de către ..., reprezentând „Onorarii avocațiale aferente serviciilor de asistență și consultanță prestate de ..., în contestarea rezultatului procedurii în Dosar CNSC nr. 3594/C7/2024, conform Contract de Asistență juridică nr. 2996423 din data de 12.12.2022” și extrasul de transfer bancar efectuat de către ... la data de 29.10.2024), Consiliul le va respinge întrucât autoritatea contractantă nu se află în culpă procesuală iar în speță nu sunt aplicabile dispozițiile art. 453 din C.pr.civ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată, în cadrul dosarului nr. 3510/2024.

Respinge cererea ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L. – ... S.R.L. privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, ca nefondată, în cadrul dosarului nr. 3510/2024.

Respinge contestația formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată, în cadrul dosarului nr. 3594/2024.

Respinge cererea contestatorului ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... S.R.L., privind obligarea autorității contractante ... la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, ca nefondată, în cadrul dosarului nr. 3594/2024.

Menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

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

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,

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 68 (șaizecișiopt) pagini