

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

DECIZIE

Nr. 1595/C1/1506

Data: 23.07.2021

Prin contestația nr. 1019/18.06.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 31870/18.06.2021, formulată de SC SA, cu sediul în localitatea, județul, și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la punctul de lucru din, str., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J10/ 267/1994, având cod unic de înregistrare RO, prin reprezentant legal, împotriva documentației de atribuire elaborată de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, județul, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată online, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri de interes local în satele comunei, ..., Județul, cod CPV: 45233140-2, s-a solicitat: admiterea contestației și, pe cale de consecință, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată, și anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 212 din Legea nr. 98/2016.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul, în calitate de potențial ofertant în cadrul procedurii de achiziției publice în discuție, critică conținutul documentației de atribuire, care cuprinde indicatori tehnico-economici imprecisi (indicatorii economici din studiul de fezabilitate sunt diferiți de indicatorii tehnico-economici cuprinși în fișa de date), sursă de finanțare incertă și condiții pentru încheierea contractului nelegale, după cum urmează:

A. Critici vizând divizarea contractului de achiziție publică:

Studiul de fezabilitate publicat în SEAP cuprinde modernizarea a 14 drumuri, în lungime totală de 9.904,02 m, valoarea estimată a lucrărilor de C+M fiind 12.012.600,82 lei, fără TVA, iar valoarea serviciilor de

proiectare (asistență tehnică și proiect tehnic), fiind estimată la 555.968.07 lei, fără TVA.

Cu încălcarea dispozițiilor art. 11 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, la interval de doar o lună între datele de publicare în SEAP, autoritatea contractantă a divizat contractul de achiziție publică după cum urmează: Anunț cumpărare directă DA27943480/11.05.2021, cu o valoare estimată de 437.881,67 lei, fără TVA; Anunț de participare procedura simplificată SCN1087505/14.06.2021, cu valoarea estimată de 11.191.258,57 lei, fără TVA.

B. Critici vizând indicatorii tehnico-economici ai investiției (diferențe ale valorilor cuprinse în SF, față de valorile menționate în fișa de date):

Documentația de atribuire conține cerințe vădit disproporționate în raport cu indicatorii tehnico-economici ai investiției, aprobați în cadrul studiului de fezabilitate, fapt care contravine reglementărilor legale (art. 12 din Legea nr. 98/2016).

În cazul de față, valoarea estimată a achiziției, menționată în fișa de date, este de 11.191.258,57 lei, fără TVA. Estimarea valorii contractelor de achiziție publică se face conform prevederilor legale, iar în acest caz, fiind vorba de lucrări de modernizare (intervenție la o lucrare existentă), estimarea valorii contractului se face de către proiectant, prin întocmirea devizului general, respectiv a Studiului de fezabilitate (art. 7 din Hotărârea nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice).

Așadar, indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiții se stabilesc prin Studiul de fezabilitate, care reprezintă documentația tehnico-economică a obiectivului de investiții.

Din analiza documentației de atribuire pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă, se constată că între Studiul de Fezabilitate și fișa de date/caietul de sarcini există diferențe, în ceea ce privește valoarea indicatorilor tehnico economici, după cum urmează:

INDICATORII	Valoare din SF	Valoare din fișa de date/ caietul de sarcini
TEHNICO-ECONOMICI AI INVESTIȚIEI		
Valoarea totală, (lei, fără TVA),	13.475 957,24	11.191.258,57
din care:		
- Construcții-montaj (C+M)	12.012 600,82	10.989.432,90
- Servicii de proiectare (proiect tehnic și asistență tehnică)	555.968,07	201.825,67
Capacități fizice		
- Lungimea drumurilor	9.904,02 m	8. 894,99 m

Desigur, între data la care s-a întocmit Studiul de fezabilitate (2019) și data la care se organizează procedura de achiziție (2021), puteau interveni schimbări, dar acest lucru a fost prevăzut de actele normative în vigoare și anume, art. 7 pct. (6) din Hotărârea nr. 907/2016.

Astfel, se constată că indicatorii minimali, așa cum au fost definiți de art. 7 pct. (4) lit. b) din Hotărârea nr. 907/2016, respectiv capacitatea fizică (lungimea drumurilor) a fost modificată în minus, așa încât, conform legislației în vigoare, autoritatea contractantă trebuia să refacă corespunzător documentația tehnico-economică, respectiv studiul de fezabilitate, și în acest fel să corecteze atât capacitățile fizice, cât și valorile estimate, atât pentru serviciile de proiectare, cât și pentru execuția lucrărilor.

Dacă în ceea ce privește valoarea lucrărilor de execuție menționată în fișa de date, se presupune că este mai mică decât cea prevăzută în studiul de fezabilitate, întrucât autoritatea contractantă a divizat obiectivul de investiții (cu încălcarea art. 11 din Legea nr. 98/2016), nu se poate explica diferența dintre valoarea serviciilor de proiectare înscrisă în fișa de date și cea înscrisă în Studiul de fezabilitate.

Având în vedere că Studiul de fezabilitate reprezintă documentația tehnico-economică a investiției, este evident că valoarea înscrisă în fișa de date este eronată, motiv pentru care, ținând seama de prevederile art. 12 din Legea nr. 98/2016, se impune anularea procedurii de achiziție.

C. Critici vizând condiția suspensivă prevăzută în fișa de date, la cap III.2.2 Executarea contractului, este supusă altor condiții speciale:

Analizând condiția din fișa de date a achiziției:

„Finalizarea procedurii prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:

Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat/local și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respect dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat/local și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează într-un termen de 24 luni după termenul limită de depunere a ofertelor, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212, alin. (1) litera c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Ofertantul declarat câștigător își va menține oferta și prețurile pe toată perioada celor 24 de luni în care autoritatea contractantă este condiționată de obținerea fondurilor.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condiției suspensive de mai sus, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele pierderi pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”,

se constată că autoritatea contractantă, la acest moment, nu a identificat o sursă de finanțare pentru obiectivul de investiții, deși din interpretarea dispozițiilor art. 43 alin. (6) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, se retine că autoritatea contractanta avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura de achiziție pentru modernizarea drumurilor numai dacă putea să asigure integral finanțarea acestui obiectiv, deoarece singura excepție permisă de lege este aceea în care obiectivul ar fi fost finanțat din fonduri externe, ori acest lucru este infirmat de prevederile fișei de date, cap. II.2.13 Informații despre fondurile Uniunii Europene.

În cazul de față, conform prevederilor Legii nr. 500/2002, finanțarea pentru acest obiectiv trebuia asigurată integral la data inițierii procedurii, întrucât Studiul de fezabilitate a fost întocmit în anul 2019.

Pentru evidențierea nelegalității impunerii acestor „condiții speciale” în fișa de date, cu privire la sursa de finanțare, contestatorul evocă decizia CNSC nr. 2287/C3/2472/2478/10.12.2020.

În ceea ce privește posibilitatea inițierii procedurii de achiziție cu clauză suspensivă, se constată că această clauză este reglementată de dispozițiile art. 12 din OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020, cu modificările și completările ulterioare, fiind condiționată la rândul său de mai multe aspecte, dintre care cel mai relevant în soluționarea contestației este acela ca procedura să fie organizată în vederea atribuirii unui contract finanțat din fonduri europene. În cazul de față, în fișa de date se menționează expres faptul că proiectul NU este finanțat din fonduri europene.

În speța de față, din modalitatea de formulare a condiției suspensive (condiții speciale), coroborat cu incertitudinea sursei de finanțare a contractului, clauza apare ca fiind o veritabilă condiție pur potestativă, prin care autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul discreționar de a se dezice de contract în orice moment sub pretextul lipsei finanțării, fapt care contravine dispozițiilor Legii nr. 98/2016, care prevede că organizarea unei proceduri de achiziție publică are ca unic scop încheierea unui contract de achiziție publică, cele ale art. 212 din Legea 98/2016 și cele art. 143 alin. (1) din HG 395/2016.

Față de această condiție suspensivă CNSC s-a pronunțat în cadrul altor proceduri, respectiv: Decizia nr. 2389/C1/2568/ 22.12.2020, Decizia nr. 2421/C9/2545/28.12.2020, Decizia nr. 2416/C8/2634/ 28.12.2020, Decizia nr. 2399/C10/2566/23.12.2020, Decizia nr. 2427/C8/2660/ 29.12.2020, Decizia nr. 2420/C7/2567/28.12.2020, Decizia 2442/C4/ 2544/30.12.2020.

Prin adresa nr. 1030/22.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 32035/22.06.2021, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207277845/1, tranzacția: 1097466894/1892435161 din data de 18.06.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 35.000,00 lei.

Prin adresa nr. 4166/05.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 34613/06.07.2021, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere, solicitând respingerea contestației ca nefondată, ridicarea suspendării și dispunerea continuării procedurii de atribuire, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă își fundamentează solicitarea de respingere a contestației pe premisa de bună-credință manifestată în inițierea procedurii de achiziție publică și adoptarea măsurilor de remediere, prin intermediul clarificărilor, în cazul respingerii contestației ca soluție de completare și, după caz, de corectare a documentației de atribuire, anularea procedurii fiind o măsură radicală și disproporționată.

Precizează că obiecțiile expuse în contestație fac obiectul solicitărilor de clarificare privind documentația de atribuire adresate de SC SA în SICAP în data de 14.06.2021, termenul de răspuns fiind stabilit în fișa de date, la secțiunea II.1.4.(„Autoritatea contractanta va răspunde solicitărilor de clarificări în a 6-a zi înainte de termenul limită de depunere a ofertelor”), dar, deoarece CNSC a dispus suspendarea procedurii, răspunsul formulat de autoritatea contractantă nu a fost încărcat în SICAP.

Arată că pentru obiectivul de investiție, a fost elaborat studiul de fezabilitate inițial nr. 145 aprobat prin Hotărârea Consiliului Local.

În strânsă legătură cu finanțarea proiectului de investiție, se respinge critica de divizare a contractului de achiziție publică în două posibile contracte mai mici cu scopul evitării aplicării procedurilor de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016.

În bugetul local aprobat prin:

- Hotărârea Consiliului Local nr. 20/28.05.2020, care a prevăzut lucrările de modernizare pentru drumurile DS37 Sat Grajdana, DS48 Sat Valea Sălciilor, DS29 Sat Hales (parte din studiul de fezabilitate care au fost scoase prin SF-ul reactualizat din cel inițial), în valoare de 346.952,67 lei, fără TVA, aprobate în planul de achiziții pe anul 2020, prin HCL nr. 59/30.12.2019, și cu autorizația de construire nr. 9/12.05.2020;

- Hotărârea Consiliului Local nr. 22/22.04.2021, care a prevăzut lucrările de modernizare pentru drumurile DS41 Sat Grajdana, DS45 Sat Valea Salciei (parte din studiul de fezabilitate care au fost scoase prin SF-ul reactualizat din cel inițial), în valoare de 437.881,87 lei fără TVA, aprobate în planul de achiziții pe anul 2021, prin HCL nr. 10/28.01.2021, și cu autorizația de construire nr. 15/23.04.2021.

Nici legislația achizițiilor publice, nici HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice nu impun ca lucrările studiate într-un SF sau DALI să facă obiectul unui singure execuții (contract), din contră fac referire la modificări ale indicatorilor aprobați - art. 7 alin. (6).

Prin achiziția din SEAP cu nr. DA27405734/16.02.2021, s-a încheiat contractul nr. 968/17.02.2021 cu SC Drum Proiect Activ SRL, prin care SF-ul a fost reactualizat iar drumurile care au făcut obiectul achiziției directe au fost scoase din prezentul SF reactualizat.

Datorită certitudinii resurselor de finanțare asigurate din bugetul local pe anul 2021, cu respectarea prevederilor art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, lucrările și serviciile de proiectare pentru drumurile DS41, DS45 s-au contractat prin achiziție directă identificată în SEAP cu DA 27943480/11.05.2021.

Datorită certitudinii resurselor de finanțare asigurate din bugetul local pe anul 2020, cu respectarea prevederilor art. 7 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, lucrările și serviciile de proiectare pentru drumurile DS37, DS48, DS29, s-au contractat prin achiziție directă identificată în SEAP cu DA 25602889/13.05.2020.

Pentru restul proiectului, autoritatea contractantă a reluat procedura de aprobare a noilor indicatori tehnico-economici și a adoptat HCL nr. 15/25.02.2021, indicatorii fiind următorii:

- Amplasament:

 - Sat Grajdana - DS42, DS55

 - Sat Valea Sălciiilor - DS47, DC180 Izvoranu

 - Sat Leiculești - DS52, DS56

 - Sat - DS57

 - Sat Pădureni - DS23, DS24

- Total Km - 8.894,99 ML

- Valoare:

 - Proiectare și Asistență Tehnică - 201.825,67 lei

 - Investiție de bază - 10.934.759,10 lei

 - Organizare de șantier - 54.673,80 lei

..... se află în faza a doua de finanțare pentru executarea contractului (a se vedea lista sinteză aprobată și stadiul dosarului pe site-ul CNI www.cni.ro la rubrica <https://www.cni.ro/cautareRegistru> cu numărul de înregistrare 3454 din 09.07.2020) finanțare de la Compania Națională de Investiții, în urma derulării procedurii de finanțare reglementată de OG nr. 25/2001, cu modificările și completările ulterioare.

În prezent, obiectivul de investiție este inclus în lista-sinteză aprobată în anul 2020 de ministrul lucrărilor publice, dezvoltării și administrației (<https://www.cni.ro/proiecte/proiecte>), urmând ca

momentul finanțării să fie decis de Compania Națională de Investiții și ministerul de resort.

Un alt motiv pentru care critica divizării contractului nu se susține este situarea valorii cumulate a achiziției directe și a procedurii simplificate sub pragul prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (25.013.925 lei) pentru care este prevăzută aplicarea procedurii simplificate.

Referitor la critica privind indicatorii tehnico-economici ai investiției, se precizează că în SICAP a fost publicat din eroare studiul de fezabilitate inițial, care cuprindea și lucrările ce au făcut obiectul celor 2 achiziții directe, iar acestea nu mai apar în noul SF.

Deoarece informațiile financiare și tehnice publicate în anunțul de participare simplificat și caietul de sarcini sunt corecte (fac parte din SF-ul reactualizat), în conformitate cu prevederile art. 153 din lege, autoritatea contractantă consideră că poate adopta măsura de remediere, prin publicarea studiului de fezabilitate reactualizat (documentația tehnică), cu prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor.

Precizează că SF-ul care a fost publicat conține informații separate pentru fiecare drum ce se dorește a fi modernizat, este fragmentat și ușor de parcurs, astfel încât eliminarea lucrărilor ce au fost deja achiziționate și publicarea SF -ului reactualizat nu sunt de natură să creeze confuzie în rândul operatorilor economici și să afecteze depunerea ofertelor, motiv pentru care nu se impune anularea procedurii de achiziție.

Autoritatea contractantă consideră neîntemeiată critica cu privire la introducerea în documentația de atribuire a condiției suspensive care condiționează semnarea contractului de achiziție publică de obținerea fondurilor necesare finanțării și, pentru acest motiv, solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, menționând că, prin intermediul clarificărilor, poate aduce la cunoștința operatorilor economici contextul care a condus la introducerea clauzei suspensive.

Condiția impusă în fișa de date a achiziției, secțiunea III.2.2) Executarea contractului este supusă altor condiții speciale, care informează operatorii economici asupra faptului că, pentru a se putea semna contractul, este necesară obținerea finanțării, în caz contrar, procedura urmând a fi anulată, are la bază dispozițiile Legii privind finanțele publice care nu permite angajarea, ordonanțarea și plata unei cheltuieli dacă aceasta nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare.

Astfel, în situația în care, la momentul semnării contractului, dar nu mai târziu de 24 luni de la termenul limită de depunere a ofertelor, nu vor exista prevederi bugetare, autoritatea contractantă va face aplicarea prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016,

dacă în urma demersurilor efectuate nu va putea obține finanțarea contractului.

Condiționarea semnării contractului de obținerea finanțării nu este neobișnuită pe tărâmul achizițiilor publice și permite desfășurarea procedurii de atribuire dacă autoritatea contractantă are șanse mari în accesarea fondurilor necesare. După cum s-a arătat, s-au întreprins demersuri pentru finanțarea obiectivului de investiție de către Compania Națională de Investiții.

De asemenea, condiția suspensivă respectă și Notificarea nr. 256/2016 emisă de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care nu condiționează inițierea procedurii de existența surselor de finanțare.

Pentru aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, dispunerea remedierii documentației de atribuire prin măsuri care să permită continuarea procedurii de atribuire și ridicarea suspendării procedurii de atribuire.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, prin adresa nr. 1099/06.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 34702/06.07.2021, SC SA depune „Concluzii scrise”, precizând că susținerile autorității contractante nu pot fi reținute. Întrucât încalcă prevederile legale deoarece:

1. „Condiționarea” autorității contractante de *„adoptare a măsurilor de remediere”* doar într-un anume caz, respectiv *„în cazul respingerii contestației”*, contravine prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, deși autoritatea contractantă a primit contestația în data de 18.06.2021 și a publicat-o în SEAP la data de 22.06.2021, NU a adoptat nicio măsură de remediere, așa încât „buna-credință” a acesteia nu poate fi reținută.

2. În ceea ce privește susținerea privind sursa de finanțare, în cazul obiectivelor de investiții finanțate de Compania Națională de Investiții, în implementarea subprogramului „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”, Ordonanța nr. 25/2001 cuprinde atribuțiile beneficiarilor, iar printre aceste atribuții nu se regăsește activitatea de derulare a procedurilor de achiziție publică. Potrivit art. 9 din Anexa 3 a OG nr. 25/2001, aceasta activitate este atributul exclusiv al CNI.

Ordonanța nr. 25/2001, în cadrul Anexei 3 - Programul național de construcții de interes public sau social, capitolele II (Promovarea investițiilor) și III (Derularea finanțării și realizării investițiilor) detaliază drepturile și obligațiile fiecărei părți (beneficiar, CNI și minister).

Analizând prevederile Ordonanței nr. 25/2001, în cadrul Anexei 3 - Programul național de construcții de interes public sau social, capitolele II (Promovarea investițiilor) și III (Derularea finanțării și realizării investițiilor) detaliază drepturile și obligațiile fiecărei părți [beneficiar, CNI și minister], se constată că autoritatea contractantă are obligația să

predea amplasamentul. Toate celelalte etape aferente execuției investiției, respectiv organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea lucrărilor, confirmarea lucrărilor ca urmează a fi decontate, inclusiv recepția la terminarea lucrărilor sunt atributul Companiei Naționale de Investiții.

Relevante în acest sens sunt Deciziile CNSC, ramase definitive: nr. 2389/C1/2568 din 22.12.2020, nr. 2399/C10/2566 din 23.12.2020, nr. 2416/C8/2634 din 28.12.2020, nr. 2421/C9/2545 din 28.12.2020, nr. 2420/C7/2567 din 28.12.2020, nr. 2427/C8/2660 din 29.12.2020 2442/C4/2528, 2544 din 30.12.2020.

3. Referitor la divizarea contractului, autoritatea contractantă „*respinge ferm critica*”, dar recunoaște că Studiul de fezabilitate publicat în SEAP, și ai cărui indicatori tehnico economici au fost transmiși la data de 14.07.2020 la CNI, în vederea includerii în subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean a fost divizat în 3 proceduri de achiziție și anume: Cumpărare directă - anunț DA 25602889/13.05.2020, Cumpărare directă - anunț DA27943480/11.05.2021, Procedură simplificată - anunț SCN 1087505/14.06.2021.

Așadar, autoritatea contractantă a solicitat Companiei Naționale de Investiții includerea obiectivului „Modernizare drumuri de interes local în satele comunei, județul, în Lista - sinteza a obiectivelor de investiții din cadrul subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean, dar în același timp a executat din fonduri proprii o parte din lucrările/serviciile acestui obiectiv de investiții.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că a reactualizat Studiul de fezabilitate, prin contractul nr. 968/17.02.2021 și face dovada înregistrării unei cereri la CNI la data de 14.07.2020.

Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă a întocmit un studiu de fezabilitate în anul 2019 (studiu pe care l-a publicat în SEAP în cadrul anunțului simplificat SCN1087505/14.06.2021), a executat din fonduri proprii o parte din lucrări în anul 2020 (cumpărare directă DA25602889/13.05.2020) și 2021 (cumpărare directă DA27943480/11.05.2021), iar pe de altă parte a solicitat, la data de 14.07.2020 (la mai bine de o jumătate de an după ce a înregistrat cererea de finanțare, în fapt de includere a obiectivului în lista sinteză) includerea obiectivului pe lista de sinteză CNI.

Astfel, în cazul de față este evidentă divizarea obiectivului „Modernizare drumuri de interes local în satele comunei, județul, în mai multe contracte, cu încălcarea art. 11 pct. (2) din Legea nr. 98/2016.

4. În ceea ce privește clauza suspensivă, nici OG nr. 25/2001, nici legile achiziției publice și mai cu seama Legea finanțelor publice (Legea nr. 500/2002) nu permit desfășurarea procedurilor de atribuire în lipsa

finanțării. Singura excepție prevăzută de lege o constituie proiectele cu finanțare din fonduri externe iar, în cazul de față, nu este vorba despre o finanțare din fonduri externe.

Întrucât clauza suspensivă este în strânsă legătură cu finanțarea obiectivului, în analiza contestației sunt relevante deciziile CNSC invocate la pct. 2 din prezentul răspuns.

Dosarul achiziției publice a fost depus și înregistrat la Consiliu sub nr. 35219/08.07.2021 și nr. 36495/15.07.2021.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri de interes local în satele comunei, Județul, cod CPV: 45233140-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1087505/14.06.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 11.191.258,57 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

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

Analizând, pentru început, criticile contestatorului privind clauza suspensivă, Consiliul reține că, la secțiunea „III.2.2) Executarea contractului este supusa altor condiții speciale:” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[SCN1087505/00007] FisaDate_DF1115546.pdf” intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„Finalizarea procedurii prin încheierea contractului de achiziție publică este supusă următoarei condiții:

Încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat/local și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice.

În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat/local și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează într-un termen de 24 luni după termenul limită de depunere a ofertelor, Autoritatea Contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) litera c) teza a II -a din Legea nr. 98 / 2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică.

Ofertantul declarat câștigător își va menține oferta și prețurile pe toată perioada celor 24 de luni în care autoritatea contractantă este condiționată de obținerea fondurilor.

Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condiției suspensive de mai sus, asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele pierderi pe care le-ar putea suferi în situația descrisă”.

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 4166/05.07.2021 înregistrat la CNSC sub nr. 34613/06.07.2021, autoritatea contractantă a precizat că „Ca urmare a demersurilor de finanțare întreprinse în anul 2020 lucrările de «Modernizare drumuri de interes local în satele comunei, ..., județul» au fost incluse de Ministerul lucrărilor publice, dezvoltării și administrației în Lista-sinteză aprobată a obiectivelor de investiții din cadrul subprogramului „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” din Programul National de construcții de interes public sau social (PNCIPS), derulat de Compania Națională de Investiții (CNI), a căror finanțare se va realiza în conformitate cu prevederile OG nr. 25/2001, cu modificările și completările ulterioare <https://www.mlpda.ro/subarticles/5/peste1200drumuriintereslocaljudeteanpropusemodernizareCNI>”.

(...)

..... se află în faza a doua de finanțare pentru executarea contractului (a se vedea lista sinteză aprobată și stadiul dosarului pe site-ul CNI www.cni.ro la rubrica <https://www.cni.ro/cautareRegistru> cu numărul de înregistrare 3454 din 09.07.2020) finanțare de la Compania Națională de Investiții, în urma derulării procedurii de finanțare reglementată de OG nr. 25/2001 cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, în conformitate cu Art. 5 din Anexa nr. 3 din OG nr. 25/2001, „la solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „C.N.I.” - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate, potrivit prevederilor anexei nr. 31, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare.”

În prezent, obiectivul nostru de investiție este inclus în lista - sinteză aprobată în anul 2020 de ministrul lucrărilor publice, dezvoltării și administrației (<https://www.cni.ro/proiecte/proiecte>), urmând ca momentul finanțării să fie decis de Compania Națională de Investiții și ministerul de resort”.

Având în vedere aspectele anterior menționate, potrivit cărora sursa de finanțare a lucrărilor care ar urma să fie executate în cadrul prezentei proceduri de atribuire ar fi Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean derulat de către Compania Națională de Investiții (prescurtat CNI), Consiliul va reține că, potrivit art. 1 din Ordonanța nr. 25/2001, Compania Națională de Investiții S.A. este o societate comercială pe acțiuni, sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- art. 5: „La solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „CNI” - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate, potrivit prevederilor anexei nr. 31, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și

Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare”;

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

- art. 7 alin. (1): „Pentru obiectivele de investiții propuse a fi finanțate în cadrul programului, beneficiarii predau amplasamentele conform protocolului prevăzut în anexa nr. 32. Acestea sunt preluate pe durata de realizare a investiției, după aprobarea listei obiectivelor de investiții de către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice și obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii”;

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

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

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

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

Conform art. 7 alin. (1) și art. 12 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, în eventualitatea obținerii calității de beneficiar al subprogramului „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”, ... are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca înapoierea acestuia să se facă de către CNI, prin minister, după efectuarea recepției la terminarea lucrărilor. Toate celelalte etape aferente execuției investiției cum ar fi organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor,

confirmarea lucrărilor care urmează a fi decontate, recepția la terminarea lucrărilor etc. sunt atributul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA conform prevederilor art. 11 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

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

Consiliul reține că eventualul contract care ar fi încheiat de către cu un operator economic în urma finalizării procedurii de atribuire nu poate face obiectul finanțării prin Programul național de construcții de interes public sau social definit în Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 deoarece condiția executării obiectivelor finanțate prin Programul național de construcții de interes public sau social este legată indisolubil de calitatea de autoritate contractantă a Companiei Naționale de Investiții SA dobândită prin exercitarea de către aceasta din urmă a atribuțiilor în calitate de autoritate contractantă conform prevederilor art. 9 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 anterior citate.

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

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

Faptul că se află pe lista sinteză (aspect invocat de către aceasta în punctul de vedere) nu constituie în sine dovadă a existenței finanțării deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 stabilesc faptul că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor care urmează a fi transmisă către

Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobarea prin ordin de ministru în vederea întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare. Din acest punct de vedere, lista sinteză în forma prezentată de către prin punctul de vedere poate fi considerată cel mult dovadă de înregistrare a solicitării.

Acest aspect rezultă și din bugetul menționat pe pagina internet oficială a CNI, în care se menționează în dreptul proiectului „buget 0,00 lei” (pagina a fost atașată de către completul de soluționare la dosarul cauzei și se regăsește la fila 278 verso).

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

Din interpretarea normei juridice anterior menționată, Consiliul reține că, ... avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea drumurilor locale numai dacă putea să asigure integral finanțarea acestui obiectiv deoarece singura excepție permisă de norma juridică anterioară respectiv aceea în care obiectivul ar fi fost finanțat din fonduri externe este infirmată de prevederile secțiunii secțiunea II.2.13 din fișa de date în care autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

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

- procedura să fie organizată în vederea atribuirii unui contract finanțat din fonduri europene;
- există contract de finanțare semnat cu autoritatea de management;

- contractul de finanțare semnat cu autoritatea de management conține clauză rezolutorie de a cărei îndeplinire depinde finanțarea proiectului;

- clauza suspensivă prevăzută în documentația de atribuire condiționează semnarea contractului rezultat din procedura de atribuire de îndeplinirea clauzei rezolutorie.

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

Consiliul reține că modalitatea în care a conceput prezenta procedură de atribuire, condiționând încheierea contractului de obținerea finanțării necesare și deci de includerea în bugetul autorității contractante a creditelor de angajament și a creditelor bugetare aferente, nu este conformă cu prevederile Directivei 2014/24/UE și nici cu prevederile legislației privind finanțele publice.

Procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 care transpune în dreptul național prevederile **Directivei 2014/24/UE** au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții publice.

Numai în mod excepțional, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia *„autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

De la această regulă, prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016 instituie mai multe excepții, printre acestea neregăsindu-se situația neîndeplinirii condiției suspensive.

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține că autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire, pentru cinci motive expres și limitativ prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se opțiunea anulării urmare a neîndeplinirii unei clauze suspensive.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire *„(..) dacă este imposibilă încheierea contractului”* trebuie interpretată în contextul

anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece lipsa/absența sursei de finanțare nu era doar previzibilă, ci era chiar certă la data inițierii procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller, *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”*.

Condiționarea încheierii contractului de achiziție publică prin stabilirea unei condiții suspensive generice, cum este identificarea sau obținerea finanțării, este susceptibilă să implice un grad semnificativ de subiectivitate a autorității contractante, care poate avea, prin acțiunea sau inacțiunea sa, un rol decisiv în finalizarea cu succes a procedurii de obținere a finanțării, în condițiile în care o astfel de procedură implică de regulă un număr mare de pași și documente care trebuie realizați sau întocmite de autoritatea contractantă. Or, o autoritate contractantă nu poate include într-o procedură de atribuire elemente care i-ar conferi un drept de alegere de a încheia sau nu contractul respectiv.

Potrivit paragrafului 37 din hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea unui contract de achiziții publice, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea contractului dependentă de acțiuni sau omisiuni ale autorității contractante. În aceste condiții, o condiție suspensivă pentru încheierea contractului, redactată de o manieră foarte generală, prin raportare la o procedură complexă, care include mai multe etape în care acțiunile sau omisiunile autorității contractante pot influența rezultatul și astfel îndeplinirea condiției suspensive, echivalează cu conferirea unei opțiuni autorității contractante de a încheia sau nu contractul. Or, în termenii Directivei, care stabilește contractul drept scop unic al procedurii, neîncheierea

acestuia poate fi cel mult rezultatul unei împrejurări independente de voința autorității contractante.

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

Prevederile legislației din domeniul finanțelor publice care condiționează încheierea contractelor, ca angajamente legale, de existența fondurilor disponibile, deci a creditelor de angajament și a creditelor bugetare incluse în bugetul entității publice care își asumă obligația de plată (i.e. autoritatea contractantă), este o reflectare a art. 138 alin. (5) din Constituția României, potrivit căruia *„Nicio cheltuială bugetară nu poate fi aprobată fără stabilirea sursei de finanțare”*.

Deși bogata jurisprudență a CCR cu privire la această prevedere constituțională este concentrată pe analiza constituționalității actelor normative prin care sunt reglementate cheltuieli ce vor fi efectuate din bugetele publice, reflectarea sa în textele de principiu ale legilor finanțelor publice care impun verificarea disponibilității fondurilor, conform bugetelor publice, înainte de asumarea unor cheltuieli din aceste bugete este evidentă.

Astfel, potrivit paragrafului 58 din decizia Curții Constituționale nr. 22/2016, *„textul constituțional se referă la caracterul obiectiv și efectiv al sursei de finanțare și operează cu elemente de certitudine și previzibilitate bugetară, pentru că, în caz contrar, și-ar pierde rațiunea existenței sale normative și, în mod evident, ar exprima un truism, anume că orice cheltuială bugetară se suportă din bugetul de stat. De aceea, atribuirea unui atare înțeles textului constituțional analizat ar echivala cu lipsirea acestuia de valoarea normativă inherentă oricărei prevederi constituționale; or, actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat (legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor ei, și nu în sensul neaplicării ei). Așadar, art. 138 alin. (5) din Constituție nu se referă la existența în concreto a unor resurse financiare suficiente la momentul adoptării legii, ci la faptul ca acea cheltuială să fie previzionată în deplină cunoștință de cauză în bugetul de stat pentru a putea fi acoperită în mod cert în cursul anului bugetar”*.

În condițiile în care creditul de angajament stabilește o limită valorică a dreptului autorității contractante respective de a-și asuma obligații de plată ce intră în sfera creditului de angajament respectiv, contractul nu poate fi încheiat în absența creditului de angajament. Mai mult, imperativele de organizare și monitorizare a administrării fondurilor publice nu sunt compatibile cu existența, pe lângă angajamentele legale „certe”, subsumate unor credite de angajament preexistente, a unor angajamente legale „condiționate”, a căror activare este incertă și dificil de monitorizat la nivel de ansamblu.

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

Prin urmare, în situația în care dorea doar o simplă consultare a pieței, fără să-și asume obligația încheierii unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă avea posibilitatea să aplice prevederile art. 139 – 140 din Legea nr. 98/2016 și nu să utilizeze în mod impropriu procedura de atribuire, lipsind operatorii economici interesați de finalitatea așteptată, respectiv de contractul de achiziție publică.

Organizarea procedurii de atribuire implică costuri nu doar pentru operatorii economici ci și pentru autoritatea contractantă, cum ar fi salariile personalului propriu care a elaborat documentația de atribuire, costuri pentru procurarea serviciilor de consultanță, plata experților cooptați etc., toate aceste costuri trebuind să aibă, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, finalitate concretă constând în achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, rigori care nu sunt respectate în cadrul prezentei proceduri de atribuire deoarece nu și-a asumat ca finalitate a procedurii obligația încheierii contractului de achiziție publică, în deplină cunoștință a lipsei sursei de finanțare pe care a înlocuit-o în mod nelegal cu o clauză suspensivă.

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

Având în vedere faptul că, prin lipsa sursei de finanțare a contractului nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune anularea procedurii de atribuire; în ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la prevederile pretins nelegale ale documentației de atribuire, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, rezultatul fiind același.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, dispune anularea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practica deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini