



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de Asocieria ... - ..., având ca membri ai Asocierii ... cu sediul în ..., reprezentate convențional de ..., cu sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. ... de anulare a procedurii de atribuire, comunicată în data de ..., emisă de ..., având sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii competitive cu negociere, organizată pentru «...», în conformitate cu OUG nr. 39/2018», s-au solicitat Consiliului următoarele:

1. Anularea deciziei autorității contractante prin care a fost anulată procedura, precum și anularea tuturor actelor subsecvente și conexe acestei decizii;

2. Obligarea autorității contractante la adoptarea unui set de măsuri de remediere adecvate pentru continuarea procedurii, prin modificarea necesară a documentației de atribuire, inclusiv în ceea ce privește calendarul procedurii și termenele pentru depunerea ofertei finale, precum și pentru desfășurarea negocierilor, astfel încât să fie respectat principiul proporționalității și să ofere, în mod efectiv, oportunitatea Asocierii, în calitate de ofertant, să participe în continuare la această procedură;

3. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii în baza cerințelor modificate ale documentației de atribuire în acord cu

cererile sale din această contestație și la luarea tuturor măsurilor necesare pentru a permite ofertantului accesul nerestricționat la procedură;

4. În subsidiarul cererilor (2) și (3), obligarea autorității contractante la suspendarea procedurii până la adoptarea sau, după caz, respingerea finală în Parlament (prin lege) a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 7/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat;

5. Susținerea concluziilor orale în fața CNSC potrivit art. 21 alin. (2) din Legea 101/2016;

6. Acordarea cheltuielilor de judecată ocazionate de pregătirea și susținerea prezentei contestații, pe baza documentelor justificative ce vor fi depuse la dosar.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care Asocierea ... – ... reclamă adresa nr. ... de anulare a procedurii în cauză, comunicată în data de ..., emisă de ..., solicitând cele mai sus menționate.

În cuprinsul contestației, Asocierea ... – ... precizează că, în mod surprinzător față de statusul procedurii în curs, în data de ... autoritatea contractantă i-a comunicat decizia de anulare a procedurii de atribuire, fundamentată pe adoptarea de către Guvern a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 7/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat („OUG nr. 7/2020”) - [Anexa 13]. În esență motivarea Autorității Contractante este că e nevoie să decidă anularea procedurii de atribuire ca urmare a:

- obligației de predare a proiectului „Autostrada ...” din competența ... în competența Ministerului Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor - conform art. II. alin. (1) lit. b) din OUG nr. 7/2020;

- abrogării HG nr. 357/2018 (conținând lista obiectivelor strategice, inclusiv obiectul Procedurii în curs) - conform Art. VII. lit. a) din OUG nr. 7/2020;

- abrogării HG nr. 667/2018 (privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru Autostrada ... - conform Art. VII. lit. b) din OUG nr. 7/2020.

Contestatorul consideră că decizia de anulare a procedurii este prematură, abuzivă și nelegală, întrucât:

- există motive întemeiate de nelegalitate și neconstituționalitate a OUG nr. 7/2020 (Senatul aprobând deja ca primă cameră sesizată legea de respingere a OUG nr. 7/2020 - [Anexa 14]);

- în aplicarea OUG nr. 7/2020, ... avea, cel mult, obligația de predare a proiectului ce face obiectul Procedurii către MTIC, iar nu de anulare a acesteia, cu atât mai mult cu cât nicăieri în OUG nr. 7/2020 nu este prevăzut faptul că proiectul ce face obiectul procedurii (sau celelalte proiecte vizate de OUG nr. 7/2020) sunt anulate prin efectul OUG nr. 7/2020;

- având în vedere stadiul avansat al procedurii și negocierile desfășurate pe parcursul unui an de zile, precum și dispozițiile legale pe care ... avea obligația să le respecte pentru a asigura un cadru legal de desfășurare a procedurii cu respectarea principiilor transparenței, al proporționalității și al asumării răspunderii, autoritatea contractantă putea și trebuia să apeleze la alte mijloace legale (cum ar fi suspendarea procedurii de atribuire), ținând cont de incertitudinea și lipsa predictibilității cadrului legislativ adoptat cu nerespectarea unor cerințe legale.

Astfel cum reiese din cuprinsul deciziei ... de anulare a procedurii, singurul temei al deciziei este OUG nr. 7/2020 și măsurile pe care, în opinia autorității contractante, acest act le antrenează. Cu toate acestea, OUG nr. 7/2020 nu impune autorității contractante obligația de anulare a procedurii de atribuire aflate în curs, ci doar transferul proiectului la MTIC. Având în vedere principiile rigorii legislative, dacă legiuitorul delegat (Guvernul) ar fi intenționat anularea procedurilor pendinte privind proiectele incluse în OUG nr. 7/2020, acest efect ar fi trebuit în mod expres prevăzut în actul normativ. De asemenea, relevant este că ... nu comunică în decizia de anulare transmisă existența vreunui alt act administrativ, eventual de la un for superior, conform căruia ar fi fost obligată să ia o astfel de decizie (... aflându-se în subordinea Secretariatului General al Guvernului și coordonarea prim-ministrului). Mai mult decât atât, raționamentul ... este profund eronat: în cazul în care efectul OUG nr. 7/2020 era transferul proiectelor către ministerele de resort relevante, atunci singurul rol al ... era exclusiv de a realiza acest transfer în termenul reglementat. Astfel, urmând raționamentul ..., autoritatea contractantă nu mai avea competența de a anula procedura de atribuire ca urmare a intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020.

Astfel, rezultă că decizia ... de anulare a procedurii de atribuire este fundamentată exclusiv pe interpretarea eronată a autorității contractante a dispozițiilor OUG nr. 7/2020, precum și pe luarea unei măsuri unilaterale, disproporționate, excesive și arbitrare de

anulare a întregii proceduri, în lipsa unei obligații legale sau de altă natură pentru a acționa astfel.

Autoritatea contractantă putea și trebuia să ia alte măsuri conforme cu prevederile legii, pe de o parte, (i) pentru a clarifica contextul și aplicabilitatea OUG nr. 7/2020, precum și măsurile pe care autoritatea ar trebui să le adopte, inclusiv consultarea Guvernului, a ministerului relevant (MTIC) și/sau, după caz, a Agenției Naționale de Achiziții Publice (ANAP), iar pe de altă parte (ii) pentru a lua măsurile necesare prezervării unei proceduri de atribuire care a antrenat costuri și resurse semnificative pentru toate părțile implicate, ofertant și autoritate contractantă, în considerarea interesului public atașat Proiectului și în acord cu legislația achizițiilor publice care impun respectarea drepturilor participanților la procedură și obligația autorităților contractante de a desfășura procedura de atribuire în acord cu dispozițiile legii.

Cazurile în care autoritatea contractantă are „obligația” de a anula procedura de atribuire sunt expres și limitativ reglementate de art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

„Art. 212. - (1) Autoritatea contractantă are obligația 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 National 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 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 și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă."

Niciunul dintre cazurile de mai sus nu este îndeplinit în situația de față. Autoritatea contractantă întemeiază din punct de vedere legal decizia sa pe dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. (c) și alin. (2) al

aceluiași articol. Cu toate acestea, condițiile prevăzute de lege pentru aplicarea acestui articol nu sunt îndeplinite întrucât Legea nr. 98/2016 clarifică condițiile în care art. 212 alin. (1) lit. (c) poate fi aplicat de o autoritate contractantă, respectiv:

„(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).”

Adoptarea unui act normativ (respectiv, OUG nr. 7/2020) nu poate constitui o „eroare sau omisiune” intervenită pe parcursul procedurii de atribuire. De altfel, nici autoritatea contractantă nu arată în cuprinsul informării de anulare a procedurii care ar fi (i) aceste pretinse erori sau omisiuni din cadrul procedurii, și nici (ii) imposibilitatea de a lua măsuri corective adecvate și conforme cu principiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, raportat la aceste erori sau omisiuni. Or, aceste condiții trebuiau îndeplinite cumulativ și motivate în comunicarea de anulare a procedurii.

Mai mult decât atât, în ceea ce privește „imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”, autoritatea contractantă avea posibilitatea luării măsurii suspendării procedurii de atribuire, cel puțin într-o primă etapă, care ar fi permis clarificarea contextului și aplicabilității OUG nr. 7/2020, precum și posibilitatea continuării unei proceduri de interes public prin raportare la obiectivul strategic urmărit, cu atât mai mult cu cât - la data adoptării deciziei de anulare a procedurii - fusese deja inițiată procedura legislativă în Parlament de aprobare a OUG nr. 7/2020, iar comisiile de specialitate din cadrul Senatului exprimaseră deja aviz negativ față de OUG nr. 7/2020.

În consecință, contestatorul consideră că sunt deplin aplicabile dispozițiile art. 145 din Normele Metodologice care interzic autorității contractante să creeze circumstanțe artificiale de anulare a procedurii. OUG nr. 7/2020 a intrat în vigoare la 7.02.2020, autoritatea luând decizia de anulare a procedurii în mod evident prematur, la data de 24.02.2020 - doar 2 săptămâni după intrarea în vigoare a actului și fără nicio consultare prealabilă cu asocierea, partener de negociere pentru mai mult de un an de zile.

Principiul asumării răspunderii implică obligația persoanelor implicate în derularea procedurilor de achiziție publică de a-și asuma, a raporta și a răspunde pentru consecințele acțiunilor și deciziilor luate. Corelativul acestei obligații este faptul că această răspundere aparține exclusiv comisiei de evaluare și respectiv,

factorilor decizionali din autoritatea contractantă, indiferent de opiniile exprimate de eventuale organisme de control ex-ante sau ex-post sau terți față de procedura de atribuire. Astfel, față de prevederile legale pe care autoritatea contractantă avea obligația să le respecte, precum și în considerarea interesului legitim al asocierii, în calitate sa de participant la procedură și persoană vădit vătămată prin anularea nelegală a acestei proceduri de atribuire, se impune anularea deciziei autorității contractante cu privire la anularea acestei proceduri de atribuire.

În concret, autoritatea contractantă nu se poate prevala de niciunul din motivele prevăzute de lege pentru a justifica anularea procedurii, motivul invocat de ..., respectiv art. 212 alin. (1) lit. (c), nu este aplicabil în speță. În consecință, decizia ... de anulare a procedurii este lipsită de temei/fundament juridic și, în consecință, nelegală

Totodată, există motive întemeiate cu privire la nelegalitatea și neconstituționalitatea OUG nr. 7/2020. În acest sens relevant este și faptul că Senatul a aprobat deja ca primă cameră sesizată legea de respingere a OUG nr. 7/2020. De asemenea, nelegalitatea OUG nr. 7/2020 rezidă în încălcarea dispozițiilor Legii nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică, nefiind respectate normele obligatorii privind transparența decizională. Astfel cum rezultă din conținutul Notei de fundamentare a OUG nr. 7/2020 [Anexa 16], „au fost uzitate prevederile art. 7 alin. (13) din Legea nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică”.

Art. 7 alin. (13) din Legea nr. 52/2013 prevede că: „(13) În cazul reglementării unei situații care, din cauza circumstanțelor sale excepționale, impune adoptarea de soluții imediate, în vederea evitării unei grave atingeri aduse interesului public, proiectele de acte normative se supun adoptării în procedura de urgență prevăzută de reglementările în vigoare.”

Cu toate acestea, niciuna dintre măsurile prevăzute de OUG nr. 7/2020 nu este motivată (nici în cuprinsul Notei de fundamentare nici în alt mod) de circumstanțe excepționale descrise de lege. Este greu de înțeles care ar fi fost „gravele atingeri aduse intereselor publice” care au fost evitate în ultimul moment prin adoptarea în procedură de urgență a OUG nr. 7/2020. De altfel, OUG nr. 7/2020 a fost adoptată fără ca proiectul actului normativ să fi fost publicat anterior, făcând astfel imposibilă consultarea publică asupra conținutului efectiv al actului normativ.

OGU nr. 7/2020 a fost publicată în Monitorul Oficial și înregistrată la Senat pentru dezbateră la data de 07 februarie 2020, aceasta fiind și data de la care dispozițiile sale au început să

producă efecte. În acest context, dată fiind și situația de fapt expusă anterior, în conformitate cu art. 29 alin. (1) din Legea nr. 47/1992, incidența acestei prevederi legale - OUG nr. 7/2020 - asupra situației în care se află asocierea este evidentă, având în vedere decizia autorității contractante de anulare a procedurii, cât și faptul că prin OUG nr. 7/2020 au fost abrogate mai multe hotărâri ale Guvernului care vizau direct și în concret Procedura de atribuire (cum ar fi, art. VII OUG nr. 7/2020).

Prin OUG nr. 7/2020, astfel cum a fost adoptată de către Guvern, s-au încălcat următoarele prevederi din Constituția României:

„• Art. 1 alin. (3) - România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate;

• alin. (4) - Statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor - legislativă, executivă și judecătorească - în cadrul democrației constituționale;

• alin. (5) - În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie" coroborat cu dispozițiile Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnica legislativa pentru elaborarea actelor normative;

• Art. 15 alin. (2) - Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile;

• Art. 115 alin. (4) - Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligația de a motiva urgența în cuprinsul acestora.”

În susținerea neconstituționalității OUG nr. 7/2020, contestatorul arată că prin preambulul OUG nr. 7/2020, parte introductivă a actului legislativ prin care se arată motivele care justifică adoptarea acestuia, se invocă următoarele:

„Având în vedere obiectivul asumat prin Programul de guvernare, aprobat prin Hotărârea Parlamentului României nr. 22/2019 pentru acordarea încrederii Guvernului, pentru evitarea dublei competențe în ceea ce privește implementarea proiectelor de infrastructură, ținând cont de necesitatea asigurării unei abordări unitare în domeniul investițiilor publice, precum și de specificitatea obiectivelor de investiții vizate luând în considerare imperativul național al realizării proiectelor de infrastructură, precum și consecințele negative foarte importante ale neîndeplinirii acestui obiectiv asupra economiei naționale, inclusiv numărul redus al

investițiilor semnificative sau concentrarea neuniformă pe teritoriul țării a celor existente, reținându-se cerința obiectivă a creării unui cadru legal modern și eficient, care să fie în măsură să permită atingerea obiectivelor pentru care a fost edictat, în considerarea faptului că aceste elemente vizează interesul public și constituie o situație de urgență și extraordinară, a cărei reglementare nu poate fi amânată, în temeiul art. 115 alin. (4) din Constituția României, republicată, Guvernul României adoptă prezenta ordonanță de urgență.”

Practic, Guvernul justifică urgența situației extraordinare care impune adoptarea unui astfel de act legislativ prin invocarea, în primul rând, a „obiectivului asumat prin Programul de guvernare”. Mai departe, Guvernul se mulțumește să enumere, absolut general și fără vreun fel de explicație concretă raportat la situația de fapt, motive de genul: necesității asigurării unei abordări unitare: imperativului național de realizare a proiectelor de infrastructură: consecințelor negative foarte importante asupra economiei: ca în final să concluzioneze că toate aceste așa-zise motive „constituie o situație de urgență și extraordinară, a cărei reglementare nu poate fi amânată”. Or, tocmai imperativul național de realizare a proiectelor de infrastructură (un adevărat obiectiv de interes național strategic) a fost afectat prin adoptarea OUG nr. 7/2020, prin impactul direct al unor proceduri în curs, unele (inclusiv Procedura) aflate în stadii avansate, și care ar fi putut - dacă ar fi fost finalizate - pune în sfârșit piatra de temelie la realizarea unor obiective de infrastructura atât de necesare României.

Este absolut evident, parcurgând declarațiile publice ce au precedat adoptării OUG nr. 7/2020, că adoptarea acesteia nu a fost justificată de vreo „situație de urgență și extraordinară, a cărei reglementare nu poate fi amânată”, ci a reprezentat exclusiv o decizie pură de oportunitate a Guvernului, or, așa cum prevede expres art. 115 alin. (4) din Constituția României, sunt trei condiții, de ordin constituțional care trebuie îndeplinite cumulativ, pe care o ordonanță de urgență a Guvernului trebuie să le respecte pentru a putea fi adoptată: (i) să se justifice existența unei situații extraordinare; (ii) reglementarea acesteia să nu poată fi amânată; și (iii) urgența să fie motivată în cuprinsul ordonanței. Aceste aspecte au fost reiterate de nenumărate ori și în jurisprudența Curții Constituționale referitoare la art. 115 alin. (4) Constituție (spre exemplu: Decizia nr. 255 din 11 mai 2005; Decizia nr. 109 din 09 februarie 2010; Decizia nr. 214 din 09 aprilie 2019 etc).

În ceea ce privește condiția esențială, existența unei situații extraordinare, tot prin jurisprudența Curții Constituționale, s-a concluzionat fără echivoc că această noțiune implică un grad mare

de abatere de la obișnuit și că această situație trebuie să aibă un caracter obiectiv, în sensul că existența acestei situații nu depinde de voința Guvernului, care, în asemenea împrejurări, este constrâns să reacționeze prompt pentru apărarea unui interes public pe calea ordonanței de urgență (a se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 83 din 19 mai 1998).

De asemenea, în accepțiunea Curții Constituționale, evidențiată în cuprinsul Deciziei nr. 258 din 14 martie 2006, „Inexistența sau neexplicarea urgenței reglementării situațiilor extraordinare [...] constituie în mod evident o barieră constituțională în calea adoptării de către Guvern a unei ordonanțe de urgență [...]. A decide altfel înseamnă a goli de conținut dispozițiile art. 115 din Constituție privind delegarea legislativă și a lăsa libertate Guvernului să adopte în regim de urgență acte normative cu putere de lege, oricând și — ținând seama de împrejurarea că prin ordonanță de urgență se poate reglementa și în materii care fac obiectul legilor organice — în orice domeniu”.

Pentru emiterea unei ordonanțe de urgență este necesară existența unei stări de fapt obiective, cuantificabile, independente de voința Guvernului, care pune în pericol un interes public. Constatarea acestor elemente se realizează de Guvern, care este obligat să motiveze, atât în fapt cât și în drept, intervenția sa în preambulul actului normativ adoptat (vezi și art. 3 alin. (1), art. 6 alin. (1) și art. 13 lit. a) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative).

Cu privire la situația concretă din speță, Guvernul a stabilit drept situație extraordinară generică, a cărei reglementare nu poate fi amânată, „evitarea dublei competențe în ceea ce privește implementarea proiectelor de infrastructură” - obiectiv asumat prin Programul de Guvernare - în vreme ce urgența a fost motivată de „imperativul național al realizării proiectelor de infrastructură, precum și consecințele negative foarte importante ale neîndeplinirii acestui obiectiv asupra economiei naționale”. Or, după cum a constatat și Consiliul Legislativ prin Avizul nr. 74/04.02.2020 [Anexa 17] referitor la proiectul de OUG:

„[...] urgența în baza căreia se promovează prezentul proiect (al OUG 7/2020) nu este motivată într-o manieră expresă și neechivocă în Nota de fundamentare și în preambulul proiectului.

[...] Din analiza Notei de fundamentare și a preambulului proiectului ordonanței de urgență nu reiese interesul public ce este lezat ca urmare a neadoptării ordonanței de urgență, fiind enunțate doar argumente în susținerea necesității și oportunității adoptării soluțiilor legislative propuse, fără a se argumenta și iminenta

afectare gravă a interesului public în situația neadoptării ordonanței de urgență.

Totodată, în ceea ce privește consecințele negative care vor apărea în urma neadoptării prezentului proiect, întrucât acestea sunt insuficient evidențiate, pentru respectarea prevederilor art. 31 alin. (I) lit. a) din Legea nr. 24/2000, este necesară detalierea și prezentarea clară a acestora.

[...] La al treilea alineat din preambul, deși textul face vorbire despre „consecințele negative” ale promovării prezentului proiect, nu menționează care sunt acestea decât prin folosirea sintagmei „inclusiv numărul redus al investițiilor semnificative sau concentrarea neuniformă pe teritoriul țării al celor existente”. Precizăm că termenul „inclusiv” presupune ca anterior să fie enumerate astfel de consecințe negative.

Mai mult, catalogarea respectivelor consecințe negative ca „foarte importante” este improprie în context. Pentru rigoare normativă, recomandăm ca, atașat expresiei „consecințe negative”, să se facă referire la gradul de impact al acestora, în cazul de față un impact mare.”

În concluzie, niciuna dintre soluțiile legislative cuprinse de OUG 7/2020 nu se fundamentează pe existența unei situații excepționale a cărei reglementare să nu poate fi amânată, motiv pentru care și Senatul a adoptat la data de 02 martie 2020 Legea privind respingerea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.7/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat și pentru stabilirea unor măsuri privind investițiile publice.

În ceea ce privește neconstituționalitatea OUG nr. 7/2020, aceasta nu cuprinde niciun fel de dispoziție tranzitorie, iar modul în care se realizează efectiv transferul de atribuții de la ... la ministerele de resort este total lipsit de claritate. Spre exemplu, nu se poate stabili în ce modalitate se „transferă” (potrivit terminologiei uzitate de legiuitorul delegat) procedurile de atribuire deja pendinte la data OUG nr. 7/2020. O atare soluție normativă, care nu permite derularea procedurilor de atribuire avansate, aduce atingere situațiilor juridice ivite înaintea intrării în vigoare a actului normativ criticat, contrar principiilor securității juridice și neretroactivității legii.

În același sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională, prin considerentele Deciziei nr. 26 din 18 ianuarie 2012, aplicabile prin analogie în cauza de față: „Desființarea unui contract valabil încheiat prin aplicarea imediată a legii noi nu corespunde exigențelor principiului constituțional al neretroactivității legii. [...] Curtea a statuat că, potrivit principiului neretroactivității legii prevăzut de art.

15 alin. (2) din Constituție, contractele valabil încheiate sub imperiul unei legi nu pot fi desființate de legea nouă.”

Așa cum s-a argumentat prin Nota de fundamentare, este normal să se ajungă la concluzia că „pentru intrarea în normalitate cu privire la funcțiile și atribuțiile instituțiilor administrației centrale, este aceea de a transfera toate aceste instrumente de finanțare către entități care au în obiectul principal de activitate aceste atribuții”. Însă, preluarea administrării de către ministerele de resort trebuie să se realizeze în condiții previzibile pentru toate părțile implicate și cu asigurarea continuității procedurilor de atribuire care deja au ajuns în faze avansate de negociere - cum este cazul de față. Or, preluarea administrării de către ministerele de resort fără o dezbatere publică reală, prin ordonanță de urgență, și fără adoptarea unor măsuri tranzitorii pentru asigurarea continuității procedurilor de atribuire, este de natură a crea o stare de pericol asupra economiei naționale și infrastructurii.

În susținerea argumentului neconstituționalității intrinseci a OUG nr. 7/2000 prin retroactivitatea efectelor sale, contestatorul învederează și art. VII prin care s-a dispus abrogarea expresă a mai multor hotărâri de guvern care au implicații substanțiale și directe asupra procedurilor de atribuții deja demarate, cum este cazul de față. Astfel, au fost abrogate (i) Hotărârea Guvernului nr. 357/2018 privind aprobarea Listei proiectelor strategice de investiții care urmează a fi pregătite și atribuite în parteneriat public-privat de către ... și (ii) Hotărârea Guvernului nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada Ploiești - Brașov. Coroborând efectul retroactiv al abrogării acestor acte legislative cu lipsa vreunor dispoziții tranzitorii cu privire la situația procedurilor de atribuire care se aflau deja într-o stare avansată de desfășurare - cum este cazul de față - care a avut ca rezultat pronunțarea deciziei de anulare a procedurii de atribuire pentru obiectivul „Autostrada Ploiești - Brașov” impune constatarea neconstituționalității intrinseci a OUG nr. 7/2020.

Mecanismul legislativ al ordonanței de urgență prezintă un regim aparte, care ar trebui să fie folosit în situații extraordinare, urgente și a căror reglementare nu poate fi amânată. Or, situația care a generat adoptarea acestei ordonanțe de urgență este deja de notorietate și a cunoscut anterior mai multe inițiative legislative, iar schimbarea cadrului legal de organizare nu ajută în niciun fel „obiectul asumat prin Programul de guvernare”.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul consideră că OUG nr. 7/2020 este nelegală și neconstituțională.

Prin adresa nr., ... a transmis punctul de vedere asupra contestației, prin care solicită respingerea prezentei contestații ca fiind netemeinică și nefondată, pentru argumentele expuse mai jos.

Autoritatea contractantă precizează că procedura de achiziție, desfășurată off-line, aferentă anunțului de participare nr. din SEAP a fost guvernată de următoarele prevederi legale:

- Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

- HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare;

- OUG nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat, cu modificările și completările ulterioare;

- HG nr. 357/2018 privind aprobarea Listei proiectelor strategice de investiții care urmează a fi pregătite și atribuite în parteneriat public-privat de către Comisia de Strategie și Prognoză;

- HG nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada Ploiești- Brașov;

I) Referitor la nelegalitatea deciziei de anulare a procedurii, autoritatea contractantă precizează că decizia a venit ca urmare a publicării în Monitorul Oficial, Partea I nr. 93 din 07.02.2020 a OUG nr. 7/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat și pentru stabilirea unor măsuri privind investițiile publice, fiind formulată de către Comisia de evaluare aferentă procedurii numită prin ordin de către președintele ... și aprobată de către conducătorul autorității contractante.

Autoritatea contractantă redă în continuare, punctual, răspunsurile cu privire la „aspecte vizând nelegalitatea deciziei ... de anulare a procedurii”, în contextul intrării în vigoare a prevederilor legale referitoare la abrogarea documentației descriptive și încetarea atribuțiilor ... de a reprezenta interesele naționale ale Guvernului României, respectiv retragerea calității de autoritate contractantă în raport cu proiectul strategic de investiții ce a făcut obiectul prezentei proceduri, după cum urmează:

Autoritatea contractantă menționează faptul că temeiul legal în baza căruia a fost luată decizia de anulare a procedurii, așa cum a fost el invocat în raportul procedurii și în comunicarea privind decizia autorității contractante de anulare a procedurii transmisă ofertantului, a fost următorul: „în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind

achizițiile publice cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu prevederile alin. (2) din același articol:

„art. 212. (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție 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).”

Prin urmare, motivele care au condus la decizia de anulare a procedurii, în conformitate cu raportul procedurii întocmit de către autoritatea contractantă, au fost următoarele:

La data de și a intrat în vigoare Ordonanța de urgență nr. 7/2020 pentru modificarea și completarea OUG nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat.

În urma publicării acestei ordonanțe de urgență, comisia de evaluare a procedurii de atribuire în cauză, a luat act de textul actului normativ mai sus invocat, s-a sesizat și s-a întrunit pentru evaluarea modificărilor și dispunerea măsurilor imediate ca urmare a intrării în vigoare a acestui act normativ, iar ca rezultat al discuțiilor dezbaterilor, analizei și deliberărilor efectuate a fost întocmit procesul-verbal nr., pe care îl anexează.

În susținere, autoritatea contractantă invocă următoarele prevederi din OUG nr. 7/2020:

„Art. II - (1) Începând cu data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor preia de la ... următoarele proiecte strategice de investiții:

a)

(...)

Art. III. În termen de 10 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, ... predă pe bază de protocol de predare- preluare:

a) Ministerului Transporturilor Infrastructurii și Comunicațiilor proiectele strategice de investiții prevăzute la art. II alin. (1).

Prin urmare, autoritatea contractantă susține că din textul Ordonanței de urgență nr. 7/2020, reiese, fără echivoc, faptul că, proiectul strategic de investiții denumit "...", aferent procedurii de atribuire a unui contract de parteneriat public-privat, pentru realizarea obiectivului cu același nume, în conformitate cu OUG nr.

39/2018, se află printre proiectele menționate a fi predate de către ..., Ministerului Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor în termen de 10 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a acestei Ordonanțe de urgență.

Totodată, potrivit art. VII din aceeași ordonanță, „(...) La data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență abrogă:

a) Hotărârea Guvernului nr. 357/2018 privind aprobarea Listei proiectelor strategice de investiții care urmează a fi pregătite și atribuite în parteneriat public-privat de către ..., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 466 din 6 iunie 2018, cu completările ulterioare;

b) Hotărârea Guvernului nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada Ploiești - Brașov, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 3 septembrie 2018" și în conformitatea cu legislația în vigoare în materia achizițiilor publice, respectiv Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă consideră că devin incidente următoarele prevederi legale:

- art. 229 din Legea nr. 98/2016 ce prevede că:

„(1) În orice situație în care o autoritate contractantă intenționează să realizeze un proiect prin atribuirea unui contract pe termen lung care să cuprindă fie executarea de lucrări și operarea rezultatului lucrărilor, fie prestarea, gestionarea și operarea de servicii, autoritatea contractantă are obligația de a elabora un studiu de fundamentare prin care se va demonstra necesitatea și oportunitatea realizării proiectului în acest mod”

- art. 20 din HG nr. 395/2016 care prevede că:

„(1) Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele:

a) DUAE și instrucțiunile către ofertanți/candidați.

b) caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare:

c) proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii;

d) formulare și modele de documente”.

Totodată, pentru toate procedurile de atribuire, inclusiv pentru procedura de atribuire din prezenta cauză, documentul descriptiv este definit, în cadrul aceluiași articol, astfel:

„(12) Documentul descriptiv cuprinde, în mod obligatoriu, cel puțin o descriere a necesităților, obiectivelor și constrângerilor autorității contractante, pe baza cărora se vor derula negocierile/dialogul/parteneriatul pentru inovare, precum și cerințele minime de ordin tehnic, sau de performanță/funcționalitate minime, ce trebuie

îndeplinite de fiecare ofertă/soluție preliminară pentru a fi admisă la faza următoare (...)"

Mai mult, documentul descriptiv nu numai că se regăsește ca parte integrantă a documentației de atribuire aferente anunțului de participare, dar conform prevederilor art. 147 din HG nr. 395/2016 se stipulează în mod clar și concret faptul că acesta se regăsește și în componența contractului, astfel: „(1) Contractul de achiziție publică/acordul-cadru are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă:

a) caietul de sarcini inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;

b) oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare;

c) garanția de bună execuție, dacă este cazul;

d) angajamentul ferm de susținere din partea unui terț, dacă este cazul;

e) contractele cu subcontractanții, în măsura în care în contractul de achiziție publică/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către subcontractanți;

f) acordul de asociere, dacă este cazul”.

iar, din coroborarea cu prevederile art. 133 din aceeași hotărâre ce prevede că: „(1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv (...)", rezultă, în mod clar și fără echivoc, faptul că acest document stă la baza tuturor etapelor parte ale unei achiziții publice, respectiv inițierea achiziției, ofertarea de către operatorii economici, evaluarea ofertelor, atribuirea contractului și nu în ultimul rând derularea contractului.

Prin urmare, având în vedere că pe parcursul derulării procedurii de atribuire a intervenit această modificare legislativă ce a produs efecte asupra oportunității și legalității continuării procedurii din punct de vedere al situației în care practic, documentul descriptiv reprezentat de Studiul de fundamentare nu mai era valid, în condițiile legii, iar continuarea procesului de evaluare în baza unui document care a stat la baza inițierii și derulării procedurii de atribuire, ulterior abrogat, ar fi condus la obținerea unui rezultat al procedurii de achiziție publică imposibil de implementat, procedura fiind viciată în totalitate.

Referitor la susținerea contestatorului că, potrivit OUG nr. 7/2020, autoritatea contractantă nu avea obligația anulării procedurii ci doar transferul proiectului la MTIC, autoritatea contractantă consideră că prevederea legală invocată de contestator se referă la transferul unui proiect și nu la transferul unei proceduri de atribuire.

Autoritatea contractantă consideră că pentru a transfera procedura de atribuire, OUG nr. 7/2020 trebuia să prevadă că pentru procedura de atribuire a proiectului strategic ..., ... se subrogă în drepturile și obligațiile ..., în calitate de autoritatea contractantă pentru această procedură, fapt cunoscut și de operatorul contestator.

Prin textul de lege invocat, legiuitorul a avut în vedere, să dea posibilitatea ... să realizeze acest proiect prin mecanismul financiar pe care-l consideră mai avantajos, nemaifiind obligat să-l realizeze prin parteneriat public privat, oferindu-i posibilitatea legală de utilizare a fondurilor europene, fonduri din bugetul de stat sau oricare altă sursă de finanțare.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că pentru a putea fi transferată procedura de atribuire, textul de lege trebuia să precizeze, în mod expres un succesor pentru autoritatea contractantă, ori acest lucru nu se prevede. În cazul de față, legiuitorul a avut în vedere extinderea posibilităților de realizare a proiectului.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că susținerile contestatorului cu privire la acest aspect sunt nefondate.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că pentru susținerea aplicării temeiului legal, a solicitat consiliere metodologică Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) prin adresa înregistrată la ... cu nr. 362/10.02.2020, în vederea luării deciziei, corecte și legale, în conformitate cu legislația în materie de achiziții publice.

Referitor la susținerea contestatorului, că decizia de anulare a procedurii de atribuire nu ar fi fost una fundamentată și este netemeinică, autoritatea contractantă arată că, prin abrogarea HG nr. 357/2018 și a HG nr. 667/2018, ... s-a aflat în situația în care prin continuarea procedurii de atribuire să fie în imposibilitatea încheierii contractului, care ar fi trebuit să conțină elemente tehnice și economice cuprinse în Studiul de fundamentare, or acesta fiind anulat, au devenit incidente și obligatorii prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, respectiv: „(...) este imposibilă încheierea contractului”.

Autoritatea contractantă precizează că s-a adresat instituției din România cu atribuții în îndrumarea și controlul achizițiilor

publice, respectiv ANAP și, ca urmare a primirii adresei ANAP cu nr., înregistrată la ... sub nr., comisia de evaluare a constatat din acest înscris că, ANAP apreciază faptul că procedurile aflate în desfășurare și care au intrat sub incidența OUG nr. 7/2020 ce a prevăzut abrogarea HG nr. 357/2018 și nr. 667/2018 prin care s-au abrogat Studiile de fundamentare necesare întocmirii documentațiilor de atribuire, generează o stare de fapt ce poate fi asimilată unei „încălări a prevederilor legale care afectează procedura de atribuire”, în sensul art. 212 alin.(1) lit. c), coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fapt ce este de natură să impună anularea procedurii în cauză. În susținere celor afirmate anexează adresa ANAP nr. 1461 din 12.02.2020.

Prin urmare, având în vedere motivele mai sus menționate, se poate concluziona faptul că, documentația de atribuire aferentă procedurii aflate în derulare, a devenit incompletă și lipsită de fundament prin efectul OUG nr. 7/2020, ca efect al abrogării HG nr. 667/2018 pentru aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada Ploiești - Brașov, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea 1, nr. 758 din 3 septembrie 2018.

Referitor la susținerile contestatorului cu privire la nelegalitatea și neconstituționalitatea OUG nr. 7/2020 autoritatea contractantă invocă excepția de necompetență materială de soluționare a contestației în conformitate cu prevederile art. 1 și art. 12 din Legea nr. 101/2016 și propune respingerea contestației în cauză cu menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă în ceea ce privește prezenta procedură.

Fată de solicitările formulate de către-..., iterate mai sus, în baza considerentelor supuse solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată.

Cu privire la solicitarea contestatorului de obligare autorității contractante la modificarea documentației de atribuire și reluarea procedurii, autoritatea contractantă consideră acest capăt de cerere neîntemeiat, deoarece orice decizie în raport cu măsurile de remediere de la momentul formulării contestației, respectiv de la momentul finalizării procesului de evaluare și comunicării rezultatului acestuia, nu pot viza modificarea documentației de atribuire fără a aduce prejudicii conform prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 și mai mult principiilor care guvernează achizițiile publice.

O modificare la nivelul documentației de atribuire, față de cum s-a adus la cunoștință tuturor operatorilor economici potențiali ofertanți în cazul prezentei proceduri, la acest moment, nu numai că nu ar mai asigura respectarea principiilor ce guvernează achizițiile publice, dar ar produce un avantaj contestatorului și astfel oferta

acestuia nu ar mai fi rezultatul liberei concurențe a jucătorilor de pe piața de profil.

Cu privire la solicitarea studierii dosarului de către contestator, autoritatea contractantă precizează că se va conforma deciziei Consiliului.

Având în vedere că operatorul contestator a solicitat studierea dosarului achiziției Consiliul prin adresa nr. îi transmite acestuia termenul de studiere și implicit de depunere a concluziilor scrise.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr., contestatorul depune *Note scrise și răspuns la punctul de vedere al autorității contractante*, prin care solicită admiterea contestației pentru motivele expuse mai jos.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu avea competența de a anula procedura de atribuire după intrarea în vigoare a OUG nr. 7/2020, subliniind faptul că nicăieri în cuprinsul ordonanței nu se prevede că proiectele transferate către ministerele de resort sunt anulate sau urmează a fi anulate. Dimpotrivă, OUG nr. 7/2020 folosește notiunea de „predare”, respectiv „preluare”, ceea ce înseamnă preluarea proiectelor în stadiul în care se află la data intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020 de către ministerele de resort.

Acest lucru este prevăzut în mod explicit în art. II al OUG nr. 7/2020, care prevede că preluarea proiectelor de investiții, inclusiv a proiectului ce face obiectul contestației, de către Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor are loc „de la data intrării în vigoare” a OUG nr. 7/2020. Preluarea juridică a proiectelor a avut loc instantaneu, la data intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020, automat și prin efectul legii, nefiind condiționată de predarea fizică a documentației procedurii, care putea avea loc în termen de 10 zile de la data intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020.

În consecință, contestatorul consideră că de la data intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020, ... nu mai avea nicio calitate/ competență de a lua vreo decizie cu privire la acest proiect. De la această dată, ... nu mai avea calitatea de autoritate contractantă/ organizatoare în legătură cu acest proiect, neavând competența/ autoritatea de a mai efectua nicio analiză de oportunitate și/sau legalitate/valabilitate a procedurii.

Prin urmare, în opinia contestatorului, decizia de anulare a procedurii de atribuire de către ... este nulă absolut, fiind emisă de către un organ necompetent ca urmare a dispozițiilor OUG nr. 7/2020 și trebuie anulată, singurele atribuții ale ... fiind cele de predare a proiectului către Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor. Așadar, indiferent de alte prevederi ale OUG nr. 7/2020, ... putea doar să „predea” proiectul, adică să transfere

întreaga procedura de atribuire către Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor, în stadiul în care se află la data emiterii OUG nr. 7/2020.

Dincolo de nulitatea absolută a deciziei de anulare, generată de incompetența ..., în cazul în care OUG nr. 7/2020 ar înceta să producă efecte, iar efectele acesteia ar fi integral înlăturate, dispar toate motivele de fapt și de drept care ar permite ... să anuleze, în mod legal, procedura de atribuire. Astfel, dispozițiile art. 212 din Legea nr. 98/2016 pe care ... le invoca drept temei legal al deciziei sale nu ar fi aplicabile în lipsa OUG nr. 7/2020, după cum reiese din chiar motivarea autorității contractante.

Prin urmare, contestatorul susține că autoritatea contractantă recunoaște, așadar, că prin intrarea în vigoare a OUG nr. 7/2020, ... i s-a retras calitatea de autoritate contractantă în raport cu proiectul strategic de investiții ce a făcut obiectul procedurii de atribuire, admitând implicit faptul că ... nu mai deținea nicio competență decizională cu privire la proiectul în cauză, nici măcar aceea de a anula prezenta procedură.

Totodată, ... admite fără echivoc faptul că „proiectul strategic de investiții denumit autostrada ..., aferent procedurii de atribuire a unui contract de parteneriat public-privat pentru realizarea obiectivului cu același nume, (...) se află printre proiectele menționate a fi predate de către ..., Ministerului Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor în termen de 10 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a prezentei Ordonanțe de urgență”.

În acest context este nefondată și pur artificială distincția pe care o face ... între proiect și procedură, susținând că OUG nr. 7/2020 nu se referă la transferul procedurii aferente proiectului, precum și faptul că „pentru a transfera procedura de atribuire, OUG nr. 7/2020 trebuia să prevadă că pentru procedura de atribuire a proiectului strategic autostrada Ploiești - Brașov, Ministerul Transporturilor și comunicațiilor se subrogă în drepturile și obligațiile ...” or ca „textul de lege trebuia să precizeze în mod expres un succesor pentru autoritatea contractantă”.

Astfel cum reiese din chiar precizarea făcută de ..., autoritatea contractantă avea obligația legală, potrivit OUG nr. 7/2020, de a preda Ministerului Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor proiectul autostrada Ploiești - Brașov, proiect aferent procedurii de atribuire a unui contract de parteneriat public-privat potrivit legii.

Totodată, contrar susținerilor ..., dispozițiile OUG nr. 7/2020 chiar reglementează condițiile unei subrogări de drept (prin efectul legii) a ... în drepturile și obligațiile ... în ceea ce privește proiectele predate, acesta fiind un efect implicit și necesar al predării/transferului proiectelor și a competenței de la ... la Mai

mult decât atât, subrogarea legală operează prin efectul legii, fără a fi necesară o formulare expresă în acest sens.

În susținere, contestatorul invocă :

(i) dispozițiile din preambulul OUG nr. 7/2020 care se referă în mod expres la „evitarea dublei competențe în ceea ce privește implementarea proiectelor de infrastructură” ca scop al OUG nr. 7/2020;

(ii) dispozițiile clare ale art. II și III din OUG nr. 7/2020 care se referă, fără echivoc la predarea și respectiv preluarea, pe baza unui protocol de predare-preluare, a proiectelor strategice din competența ... în competența

Prin urmare, termenul de „predare” semnifică o subrogare a Ministerului Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor în drepturile și obligațiile

Contestatorul mai susține că adresa de clarificare ANAP nu are forță obligatorie și este limitată la obiectul sesizării, care nu a pus în discuție lipsa competenței ... conform OUG nr. 7/2020 de a anula procedură de atribuire.

Autoritatea contractantă mai susține că decizia de anulare a procedurii de atribuire a fost întemeiată pe răspunsul Agenției Naționale a Achizițiilor Publice prin adresa înregistrată la ... cu nr.

Contestatorul susține că orice consiliere din partea ANAP reprezintă doar un punct de vedere al autorității de reglementare, limitat la premisele speței cu privire la care a fost informată și la solicitarea de clarificare sau consiliere a persoanei care a făcut sesizarea, răspunsul ANAP neavând forță obligatorie și nu se poate substitui unei decizii a unei instanțe judecătorești sau organ administrativ jurisdicțional, cum este CNSC.

ANAP nu a fost investită și nici nu a pus în discuție competența ... raportat la dispozițiile OUG nr. 7/2020, ci s-a pronunțat formal asupra unor chestiuni pe fondul procedurii, care dacă ar fi incidente, ar reprezenta cel mult un temei al deciziei noii autorități contractante competente care ar prelua proiectul strategic, și anume Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor.

Având în vedere contextul special al procedurii de atribuire și dispozițiile exprese ale OUG nr. 7/2020, chestiunea transferului proiectului strategic din competența unei autorități contractante în competența altei autorități contractante nu putea fi tranșată prin aplicarea automată a dispozițiilor art. 212 din Legea nr. 98/2016 privind anularea procedurii de atribuire, întrucât în acest fel se lipsesc de efecte juridice dispoziții obligatorii ale legii, respectiv OUG nr. 7/2020 și condițiile de transfer a proiectelor strategice în faza în

care acestea se regăseau la momentul intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020.

Simpla consultare internă în cadrul ..., respectiv dezbaterile în cadrul Comisiei de evaluare a procedurii de atribuire nu era suficientă pentru a edifica contextul aplicării OUG nr. 7/2020, aceste dezbateri putând cel mult să privească modalitatea de transfer a proiectului și a procedurii aferente. ... nici măcar nu a consultat ..., noua autoritate contractantă, cu privire la clarificarea modalității de implementare a OUG nr. 7/2020 și a predării, respectiv preluării proiectelor strategice în curs, deși aceasta era un beneficiar direct al drepturilor conferite prin OUG nr. 7/2020.

Contestatorul reiterează cererea de suspendare a procedurii de atribuire, ca o cerere subsidiară cererilor nr. 2) și 3) din contestație și măsura posibilă de remediere conform art. 26 din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă susține, în mod neîntemeiat, că modificarea documentației de atribuire nu ar fi posibilă la acest moment fără încălcarea principiilor achizițiilor publice.

Contestatorul susține că nu a solicitat modificarea unor aspecte esențiale ale documentației de atribuire, ci doar luarea măsurilor de remediere necesare pentru aducerea în legalitate a acestei proceduri de atribuire în cazul în care CNSC va dispune continuarea acesteia, considerând nelegală măsura anulării procedurii de către CNSC.

Admiterea contestației ar conduce la anularea în parte a raportului procedurii care consfințește decizia nelegală a autorității contracte și toate actele subsecvente și conexe acesteia, inclusiv comunicările către ofertanți. Corelativ măsurii de admitere a contestației, autoritatea contractanta ar fi obligată la reluarea procedurii de atribuire de la momentul adoptării măsurii nelegale, continuând procedura de atribuire din acea etapă, în acord cu dispozițiile achizițiilor publice.

Astfel, contrar susținerilor ..., comunicările nelegale efectuate de către ... participanților la procedură, ca urmare a anulării nelegale a procedurii de atribuire urmează să fie anulate la rândul lor automat ca efect al deciziei CNSC prin care Consiliul ar dispune refacerea raportului procedurii și reluarea procedurii pentru înlăturarea efectelor anulării nelegale, fără ca o asemenea măsură să poată fi considerată a aduce atingere principiilor achizițiilor publice sau legalității procedurii.

Totodată, în punctul de vedere, fără a aduce argumente suplimentare în susținerea cererii sale, ... ridică „excepția de competență materială de soluționare a contestației în conformitate cu prevederile art. 11 și art. 12 din Legea nr. 101/2016”.

Contestatorul consideră că excepția de competență se impune a fi respinsă de către CNSC, că întrucât este nemotivată.

În cazul în care prin excepția invocată autoritatea contractantă are în vedere lipsa competenței CNSC, în calitate de organ jurisdicțional în ceea ce privește ridicarea excepției de neconstituționalitate față de OUG nr. 7/2020, contestatorul susține că a invocat formal această excepție în fața CNSC pentru a-și conserva dreptul de a ridica excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor OUG nr. 7/2020 în fața unei instanțe judecătorești competente, conform prevederilor legale. Motivarea cauzelor de neconstituționalitate din Contestație a fost inclusă pentru a arăta caracterul profund nelegal al OUG nr. 7/2020, pe lângă celelalte motive de nelegalitate ce întemeiază prezenta contestație.

Invocarea aspectelor de neconstituționalitate ce vizează OUG nr. 7/2020 era nu numai adecvată obiectului contestației, dar și necesară pentru conservarea drepturilor sale în procedura în fața Consiliului și în etapele judiciare subsecvente.

Prin urmare, solicită Consiliului să respingă excepția de necompetență ridicată de către

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură competitivă cu negociere, în vederea atribuirii unui contract de lucrări având ca obiect «.....», publicând la aceeași dată și documentația de atribuire aferentă.

Împotriva adresei nr. ... de anulare a procedurii în cauză, comunicată în data de ..., Asocierea ... – ... a înaintat Consiliului contestația de față (pentru care a constituit cauțiunea cerută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, prin depunerea recipisei de consemnare nr.).

Referitor la cererea contestatorului de suspendare a procedurii competitive cu negociere "până la adoptarea sau, după caz, respingerea finală în Parlament (prin lege) a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 7/2020", Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. ...din data de ..., în sensul respingerii ei.

Văzând excepția de necompetență materială de soluționare a susținerilor contestatorului cu privire la nelegalitatea și neconstituționalitatea OUG nr. 7/2020, invocată de autoritatea contractantă în speță, Consiliul dă întâietate analizei acesteia, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: *Consiliul se pronunță mai întâi asupra*

excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

În cauză, Consiliul are în vedere că, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr., autorul contestației susține că "a invocat formal această excepție în fața CNSC pentru a-și conserva dreptul de a ridica excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor OUG nr. 7/2020 în fața unei instanțe judecătorești competente, conform prevederilor legale. Motivarea cauzelor de neconstituționalitate din Contestație a fost inclusă pentru a arăta caracterul profund nelegal al OUG nr. 7/2020, pe lângă celelalte motive de nelegalitate ce întemeiază prezenta contestație". În aceste condiții, Consiliul va respinge excepția de necompetență ridicată de către autoritatea contractantă, nefiind necesar a se pronunța asupra nelegalității și neconstituționalității OUG nr. 7/2020.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la decizia autorității contractante de a anula procedura competitivă cu negociere în discuție, motivat de intrarea în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 7/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat, "document ce aduce modificări substanțiale prezentei reglementări privind parteneriatul public-privat în România".

Consiliul apreciază ca fiind relevante susținerile autorității contractante privind faptul că, legislația aplicabilă în procedura de achiziție, inițiată prin anunțul de participare nr. publicat în SEAP, a fost:

*"a) Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
b) 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;*

*c) www.anap.gov.ro
OUG nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat; HG nr. 357/2018 privind aprobarea Listei proiectelor strategice de investiții care urmează a fi pregătite și atribuite în parteneriat public-privat de către Comisia de Strategie și Prognoză; HG nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada Ploiești-Brașov".*

Astfel, este de reținut că în Monitorul Oficial, Partea I nr. 93 din 07.02.2020 a fost publicată și OUG nr. 7/2020 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 39/2018 privind parteneriatul public-privat și pentru stabilirea unor măsuri privind investițiile publice, care prevede, printre altele și:

Art. II. - (1) Începând cu data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor preia de la ... următoarele proiecte strategice de investiții:

a.....;

(...)

Art. III. - În termen de 10 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, ... predă pe bază de protocol de predare - preluare:

a) Ministerului Transporturilor Infrastructurii și Comunicațiilor proiectele strategice de investiții prevăzute la art. II alin. (1).

(...)

Art. VI. - Modalitățile de realizare a proiectelor strategice de investiții prevăzute la art. II și identificarea surselor de finanțare sunt de competență exclusivă a ministerelor de resort.

Art. VII. - La data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se abrogă:

a) Hotărârea Guvernului nr. 357/2018 privind aprobarea Listei proiectelor strategice de investiții care urmează a fi pregătite și atribuite în parteneriat public-privat de către ..., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 466 din 6 iunie 2018, cu completările ulterioare;

b) Hotărârea Guvernului nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 3 septembrie 2018.

(...).

Potrivit prevederilor legale mai sus citate, ..., în calitate de autoritate contractantă în prezenta procedură competitivă cu negociere, avea obligația ca, *În termen de 10 zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, ... predă pe bază de protocol de predare - preluare: a) Ministerului Transporturilor Infrastructurii și Comunicațiilor proiectele strategice de investiții prevăzute la art. II alin. (1), printre care se regăsește și cel privind: b) Autostrada ..., obiect al acestei proceduri.*

Având în vedere că procedura în discuție nu era finalizată la data intrării în vigoare a OUG nr. 7/2020, prevederile art. 212 alin. (I) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016 sunt pe deplin aplicabile:

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

(...)

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

De asemenea, în speță apar ca fiind relevante și prevederile - art. 20 din HG nr. 395/2016 conform cărora:

*„(1) Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele:
(...)*

b) caietul de sarcini sau documentul descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, de negociere sau de parteneriat pentru inovare;

(...)

„(12) Documentul descriptiv cuprinde, în mod obligatoriu, cel puțin o descriere a necesităților, obiectivelor și constrângerilor autorității contractante, pe baza cărora se vor derula negocierile/ dialogul/parteneriatul pentru inovare, precum și cerințele minime de ordin tehnic, sau de performanță/funcționalitate minime, ce trebuie îndeplinite de fiecare ofertă/soluție preliminară pentru a fi admisă la faza următoare (...).”

Or, în acest context, apare ca fiind evident faptul că, potrivit prevederilor OUG nr. 7/2020, începând cu data intrării în vigoare a acestei ordonanțe, ... nu mai avea dreptul derulării unei proceduri ce ar fi avut ca finalitate «Atribuirea unui contract de parteneriat public – privat pentru realizarea obiectivului "Autostrada Ploiești – Brașov" în conformitate cu OUG nr. 39/2018», atâta timp cât prevederile legale avute în vedere la data inițierii procedurii competitive cu negociere, au fost abrogate, respectiv:

a) Hotărârea Guvernului nr. 357/2018 privind aprobarea Listei proiectelor strategice de investiții care urmează a fi pregătite și atribuite în parteneriat public-privat de către ..., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 466 din 6 iunie 2018, cu completările ulterioare;

b) Hotărârea Guvernului nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada ..., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 3 septembrie 2018.

(...).

Indiferent de modalitatea de exprimare utilizată în cuprinsul OUG nr. 7/2020, pentru predarea/primirea *proiectelor strategice de investiții prevăzute la art. II alin. (1)*, printre care se regăsește și cel privind *autostrada ...*, realitatea este că, potrivit ordonanței citate *Hotărârea Guvernului nr. 667/2018 privind aprobarea Studiului de fundamentare pentru autostrada ...*, publicată în *Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 758 din 3 septembrie 2018*, a fost abrogată. Or, fără un *Studiu de fundamentare pentru autostrada ...*, componentă obligatorie a documentației de atribuire, nu poate fi atribuit un contract indiferent de instituția publică ce ar fi avut calitatea de autoritate contractantă.

În contextul aspectelor mai sus analizate, Consiliul apreciază că, în mod corect, ... a decis anularea procedurii competitive cu negociere, pentru «Atribuirea unui contract de parteneriat public – privat pentru realizarea obiectivului "Autostrada Ploiești – Brașov", având în vedere efectele OUG nr. 7/2020.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația depusă de Asocieria ... - ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

În ceea ce privește cererea contestatorului, privind susținerea concluziilor orale în fața CNSC potrivit art. 21 alin. (2) din Legea 101/2016, Consiliul o va respinge deoarece susținerile acestuia au fost exprimate pe larg în contestație, iar din înscrisurile depuse de părți, rezultă suficiente informații pentru soluționarea cauzei.

În ce privește cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016, având în vedere soluția dispusă în cauză, Consiliul va respinge această cerere, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de Asocieria ... - ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., precum și cererea acesteia de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.