



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. 2249 / C8 / 2464

Data: 11.12.2019

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47028/18.11.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului J36/344/ 1991, reprezentată legal de domnul - administrator și convențional de doamna - avocat, cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor procesuale la, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție lucrări de modernizare a infrastructurii secundare de irigații, a clădirilor aferente stațiilor de pompare în localitatea ..., în cadrul proiectului „Modernizare și reabilitare OUAI SRPA 16 ..., județul, cod CPV 45232120-9, 45100000-8, 71200000-0 și altele, cu data-limită de depunere a ofertelor 22.05.2019, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea deciziei autorității de anulare a procedurii de atribuire, reluarea procedurii de evaluare a ofertelor și obligarea autorității la plata cheltuielilor „de judecată”, reprezentând onorariul de avocat.

**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 ofertantul asociat SC SRL reclamă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, după ce comisia i-a reevaluat oferta și a observat că este câștigătoare, a hotărât să revadă documentația de atribuire, să identifice deficiențe, să invoce decizia Consiliului nr. 1807/C8/1967/16.10.2019, ca justificare a anulării procedurii (prin decizia Consiliului nu s-a dispus nicio măsură de remediere a documentației de atribuire), sfidând astfel principiile și normele de drept. Motivele invocate de autoritate nu au niciun fel de legătură cu cazurile limitative prevăzute de legislația incidentă în ceea ce privește anularea procedurii, fapt pentru care se impune sancționarea acestei măsuri nelegale.

„Astfel, după ce a analizat motivarea CNSC nr. 1807/C8/1967, autoritatea constată că a omis să publice în Documentația de atribuire documente importante care guvernează raporturile pe care autoritatea le are față de Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, astfel că, în opinia (obligatorie) a CNSC, ofertanții au fost în imposibilitate de a lua în calcul la elaborarea ofertei depuse, ceea ce ar putea produce prejudicii de ambele părți. De asemenea, Autoritatea Contractanta deleagă către Executant și toate responsabilitățile de raportare pe care și le-a asumat în relația cu AFIR, în legătură cu lucrările și serviciile care fac obiectul contractului ce se atribuie, în sensul că orice solicitare a AFIR îi va fi deplin opozabilă Executantului, care ar trebui să fie obligat să furnizeze documentele și informațiile în intervalul de timp alocat și în forma solicitată de către AFIR. Un astfel de transfer de responsabilitate nu poate fi subînțeles, ci trebuie trecut în Documentația de Atribuire ...”

Potrivit art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea are obligația de a anula procedura de atribuire dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului. 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. În raport de aceste dispoziții legale, autoritatea avea obligația de a indica ce încălcări ale prevederilor legale afectează procedura sau fac imposibilă încheierea contractului, informații care nu au fost comunicate (se fac mențiuni cu caracter general, invocându-se în mod total nejustificat decizia anterioară a Consiliului).

În cazul contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin „PNDR”, documentația de atribuire, anterior publicării în SEAP, se avizează de „CRIFR” (conform manualului de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin „PNDR” - la care face referire și autoritatea contractantă). Deoarece „CRIFR” a avizat întreaga documentație de atribuire, este evident că aceasta este conformă cu prevederile legale și cu cerințele „CRIFR”, cu atât mai mult cu cât toate formularele anexă din documentația de atribuire, sunt conform modelelor specifice acestui tip de investiție, publicate pe afir.info - informații utile - proceduri de lucru pentru „PNDR” - manual achiziții beneficiari publici - formulare pentru ofertanți.

Autoritatea susține că în documentația de atribuire nu s-ar fi inclus, pe lângă acest contract de finanțare, manualul de achiziții beneficiari publici și anexa nr. 8, în condițiile în care aceste documente nu trebuiau incluse în documentația de atribuire, neexistând nicio obligație legală în acest sens sau vreo imposibilitate în a încheia contractul de lucrări.

În ceea ce privește modelul de contract propus, acesta este în conformitate cu reglementările legale aplicabile, mai mult decât atât, acesta se avizează de „CRIFR” anterior publicării în SEAP.

Autoritatea susține că nu s-ar fi inclus în documentația de atribuire anexele nr. 2, 3 și 4 la formularul nr. 2, în condițiile în care din nicio prevedere legală nu reiese obligativitatea acestor anexe. Mai mult decât atât, aceste anexe nu se regăsesc nici în formularele prevăzute în manualul de achiziții beneficiari publici - formulare pentru ofertanți.

Cu privire la „deficiențele” constatate în caietul de sarcini, astfel cum se poate observa din analiza acestora, ele nu sunt de natură să afecteze procedura de atribuire sau să facă imposibilă încheierea contractului, fiind, de fapt, cerințe „inventate” de autoritatea contractantă în încercarea disperată de a anula această procedură. Neincluderea acestor informații invocate de autoritatea nu afectează în niciun fel procedura de față, cu atât mai mult să o afecteze de o asemenea manieră încât să facă imposibilă încheierea contractului.

Nu orice eroare sau omisiune din partea autorității poate determina anularea procedurii de atribuire, legiuitorul stabilind în mod expres că acestea trebuie să fie de o anumită gravitate, respectiv să aibă ca efect încălcări ale prevederilor legale sau să facă imposibilă încheierea contractului, condiții neîndeplinite în cauza de față.

Cu privire la art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, autoritatea susține faptul că *„invocarea acestui articol are la bază constatarea Consiliului că OUA SRPA 16 ..., în calitate de autoritate*

contractantă, nu poate invoca existența unui contract cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale din care izvorăsc obligații pentru autoritate și care să fie obligatoriu de respectat de către ofertanți. Deși în toate documentele puse la dispoziția ofertanților se specifica foarte clar faptul că fondurile pentru acest contract provin din fondul Uniunii Europene și al Guvernului României, oferite prin PNDR 2014-2020, totuși Consiliul a statuat prin decizia 1807/C8/1967 ca autoritatea nu a publicat în documentația de atribuire toate documentele de care a făcut uz în justificarea poziției sale. Conținutul documentelor omise a fi publicate de către autoritate trebuie să fie cunoscut tuturor ofertanților, mai ales că autorității i se impun anumite obligații, care se vor transfera către ofertantul declarat câștigător, cu ocazia semnării contractului. Autoritatea a înțeles poziția Consiliului, își însușește critica, constată faptul că nu se pot adăuga documente în această fază și, prin urmare își asumă obligația legală imperativă de a anula licitația." Acest motiv a fost invocat și în justificarea motivului de anulare prevăzut la art. 212 alin. (1) lit. c), cu toate că motivele prevăzute de lit. c) și d) ale art. 212 din Legea nr. 98/2016 sunt total diferite.

Conform art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, era necesar ca, prin decizia nr. 1807/C8/1967, Consiliul să fi dispus modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini sau din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire. Potrivit deciziei, Consiliul a dispus în ceea ce privește legalitatea evaluării ofertei sale de către autoritate: „În contextul descris mai sus, se reține că evaluarea ofertei asocierii SC SRL - ... SRL - SPC ... SRL nu a fost realizată în acord cu documentația pusă la dispoziție, ceea ce a determinat nerespectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie și nelegalitatea respingerii respectivei oferte. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL și va anula actele de evaluare a respectivei oferte, urmând ca autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei în discuție și la emiterea unui nou raport, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a considerentelor de mai sus.”

Consiliul nu a dispus nicio obligație de modificare a documentației de atribuire ci, în baza art. 26 alin. 10¹ din Legea nr. 101/2016, a obligat autoritatea la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport, nu la modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire. În conformitate cu art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, în situația în care Consiliul ar fi constatat, în urma soluționării contestației precedente, că nu poate continua procedura

În mod legal, ar fi dispus anularea procedurii. În urma deciziei nr. 1807/C8/1967, obligația care îi revenea autorității era de a reevalua cele două oferte, precum și de a emite un nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate în decizie, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, nu de a anula procedura.

Măsura anulării procedurii este abuzivă și încalcă principiul asumării răspunderii. Totodată, autoritatea a încălcat art. 146 alin. (2) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016. Decizia de anulare a procedurii, astfel cum a fost motivată de autoritate – documentația de atribuire cuprinde mai multe omisiuni de documente, prevederi legislative, tehnice, financiare, contractuale – este nejustificată, întrucât, în loc să finalizeze evaluarea ofertelor conform celor stabilite de Consiliu, a dispus anularea procedurii. Motivul anulării este pur formal, care nu împiedică derularea procedurii.

Autoritatea nu-și poate invoca propria culpă, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor, evaluarea ofertelor, contestarea raportului procedurii, reevaluarea ofertelor ca urmare a deciziei Consiliului). Nefiind localizată o culpă în sarcina ofertantului, acesta nu poate fi prejudiciat printr-o hotărâre arbitrară a autorității. Pe de altă parte, anularea prezentei proceduri este defavorabilă și pentru autoritatea contractantă, în sensul că aceasta trebuie să întocmească o nouă documentație de atribuire (în care ar trebui să includă și contractul de finanțare, conform susținerilor acesteia, contract marcat de caracterul confidențialității), să reia procesul de depunere a ofertelor, procesul de evaluare a ofertelor și cu eventualele contestații, privind documentația de atribuire, cât și privind rezultatele evaluărilor, ce se pot întinde pe o perioadă de timp similară prezentei proceduri, lucru care ar dăuna autorității și proiectului în sine.

În punctul său de vedere nr. 80/22.11.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 48607/27.11.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că, în conformitate cu decizia nr. 1807 a Consiliului, a procedat la descalificarea asocierii SC .. SRL - SC ... SRL - PFA ... S-a constatat că sunt aplicabile prevederile art. 212 alin (1) lit. d) și c) din Legea nr. 98/2016, prin care autoritatea este obligată să anuleze procedura. Justificările au fost detaliate corespunzător în procesul-verbal nr. 15, în raportul procedurii și în comunicările către ofertanți.

În decizia nr. 1807, la pag. 27, Consiliul statuează: „Din moment ce oferta asocierii SC SRL este situată în interiorul «valorii estimate comunicată prin anunțul de participare», de

4.318.010,22 lei, ea este o ofertă admisibilă financiar, din perspectiva legislației în vigoare.”

Contestatoarea se leagă de o formulare des întâlnită în documentațiile de achiziție publică, dar ignoră următoarele aspecte, pe care trebuia să le fi cunoscut din lecturarea raportului procedurii, precum și a documentelor pe care ea însăși le-a folosit la prima contestație:

- propunerea tehnică nu a fost contestată de nimeni, iar membrii comisiei au opinat că este admisibilă, înainte de reevaluare. Această formulare nu reprezintă faptul că aceasta este și admisă. Oferta s-a reevaluat, conform deciziei Consiliului;

- propunerea financiară a fost declarată admisibilă de către Consiliu, iar nementiunea acestui fapt în documentele autorității putea fi sancționată. De asemenea, aceasta nu este și admisă. Contestatoarea știe că unele sume incluse în propunerea financiară cad sub incidența art. 210 din Legea nr. 98/2016, iar autoritatea avea obligația legală de a cere justificarea acestora înaintea declarării ca și câștigător;

- clasarea pe locul întâi, cât timp este singura ofertă rămasă în competiție, nu are nevoie de justificări.

Autoritatea a constatat apariția unei situații în care se aplică art. 212 din Legea nr. 98/2016, fiind obligată să anuleze procedura. Constatarea poate surveni în orice fază a procedurii.

Fără clarificările de natură financiară și acceptarea acestora nu se putea trece la solicitarea de documente DUAE.

Deficiențele enunțate în procesul-verbal nr. 15, preluate în raportul procedurii, au fost descoperite de către membrii comisiei de evaluare reluând documentația de atribuire, ca urmare a deciziei Consiliului.

În legătură cu semnarea contractului cu asocierea condusă de către ...SRL, specialiștii „AFIR” au respins în ultima lună cel puțin o achiziție într-o speță similară, deci licitația avea toate șansele să se reia.

S-au discutat cu „CRFIR” problemele apărute legate de documentele lipsă, cerințe incomplete, legislația incompletă, iar răspunsul acestora s-a rezumat la:

- „puteați să prevedeați acestea în Documentația de Achiziție, modificând modelul. Noi vă aprobăm”;

- „dacă documentația conține omisiuni, luați în calcul anularea și reluarea corespunzătoare. Sunteți pe deplin responsabili de implementarea proiectului în felul și cu rezultatele pe care vi le-ați asumat prin Cererea de Finanțare.”

Contestatoarea este în aceeași eroare în care a fost și autoritatea la elaborarea documentației de atribuire. Viza „CRFIR” este doar un control de respectare a legii, nu un angajament ori o

garanție a „AFIR” că s-a verificat ca această documentație nu ar conține omisiuni ori ambiguități ori că este proprie implementării proiectului PNDR 2014-2020. Și autoritatea a gândit la început faptul că menționarea PNDR 2014-2020 în documentația de achiziție vine la pachet cu obligația celor care decid să depună o ofertă de a cunoaște prevederile din manualele „AFIR” și de a acționa în consecință. Dar decizia Consiliului și discuțiile cu experții „CRFIR” au demonstrat că autoritatea este singura responsabilă de informarea corectă și completă a ofertanților asupra a ceea ce vrea, cum și-a asumat implementarea, ce ținte s-au asumat pentru a primi punctaj etc.

În legătură cu anularea licitației conform art. 212 lit. c), s-au prezentat în motivarea din procesul-verbal nr. 15, reluată în raportul procedurii, suficiente argumente că încheierea contractului având la bază prezenta documentație de atribuire poate prejudicia în mod real interesele autorității contractante și, indirect, pe cele ale Uniunii Europene. Situația concretă a demonstrat că s-au omis nu numai acte prin neprezentare, ci și parametri care să definească necesitățile autorității care pot fi urmăriți.

Legiuitorul nu a statuat un nivel minim de omisiune de la care să fie obligatorie anularea procedurii, dar în momentul în care actul în baza căruia SRPA 16 ... a devenit „autoritate contractantă pentru un singur contract de atribuit” nu este opozabil, este limpede că nu este o situație normală, nu poate continua, iar nivelul de omisiune este extrem de ridicat, dacă nu chiar capital.

În legătură cu anularea licitației conform art. 212 lit. d), deși într-adevăr nu a publicat formularul de contract, manualele și legislația, totuși acestea sunt opozabile, fie chiar și prin simplul fapt că ofertanții au luat la cunoștință că depun o ofertă pentru un contract atribuit de un beneficiar PNDR și conduita acestora ar trebui să fie în consecință. Nu se poate comenta lipsa celor trei anexe din formularele recomandate de „AFIR”, dar practica europeană indică faptul că terțul susținător trebuie să completeze DUAЕ, formularul dedicat și anexele sale, tocmai pentru a facilita accesul deplin al firmelor dintr-un stat membru în altul, iar acolo să poată participa ca terț susținător fără a trebui să prezinte, inițial, altceva decât cele două documente de mai sus.

În cadrul indicațiilor pentru ofertanți (terțul susținător care nu are calitatea de subcontractant și nu este nici ofertant) se precizează: *„Odată cu depunerea DUAЕ se prezintă angajamentul terțului susținător (model orientativ Formularul nr. 2) împreună cu documentele anexe la angajament, transmise acestora de către terț/ terții susținători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora.*

Prin angajamentul ferm, terțul/terții confirmă faptul că va/vor sprijini ofertantul în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale, fie prin precizarea modului în care va interveni concret, pentru a duce la îndeplinire respectivele activități pentru care a acordat susținerea, fie prin identificarea resurselor tehnice și profesionale pe care le va pune la dispoziție ofertantului (descriind modul concret în care va realiza acest lucru).

Autoritatea contractanta va lua în considerare aceasta susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant."

După cum se prezintă în instrucțiuni, se vorbește despre „documente anexe”, se prezintă ce conținut au acestea și care este scopul, precum și modul în care le va interpreta autoritatea contractantă. În cazul în care s-ar fi omis ultimele trei anexe și s-ar fi pus la dispoziție toate cele patru anexe, atunci totul ar fi fost clar și nu ar mai fi nevoie să se apeleze la un document care nu îi este dedicat terțului, astfel încât să se poată evalua corespunzător oferta. Mai mult, aceste anexe nu îi pot fi transmise în vederea completării ca și clarificări, ci doar se pot cere informații.

Următoarele constatări din raportul procedurii nu au fost deloc contestate concret de către SC SRL, ceea ce conduce la prezumția rezonabilă că aceasta nu a găsit ca fiind erori/omisiuni ale autorității:

„Formulare: Formular nr. 6 bis - Contract de lucrări (servicii proiectare și execuție lucrări) - nu a fost precizat un mecanism de ajustare a valorii contractului în situația activării prevederilor art. 63 din R(UE) 809/2014 conform căreia Autoritatea Contractantă pierde o parte din finanțare datorită constatării de către AFIR (cu ocazia unei cereri de plată solicitată de către Autoritatea Contractantă către AFIR) a unei diferențe de peste 10 % între situația de lucrări plătită de către Autoritate către Executant și realitatea din teren.

Caiet de sarcini:

o Nu au fost menționate posturile cheie solicitate și nici calificările cerute pentru acestea în executarea lucrării, respectiv Sudor metale, Sudor PEHD (autorizare ISCIR) cât și pentru electricieni (autorizare ANRE). De asemenea, nu au fost incluse cerințe minime cu privire la personalul care necesită angajarea cu 40 de ore pe săptămână;

o Nu au fost menționate caracteristici maxime ale utilajelor, ceea ce poate conduce atât la o creștere a prețurilor plătite de către Autoritate, cât și la o pierdere pentru utilizatorii terenurilor (membrii organizației), care pot fi afectați negativ atât prin decopertarea inutilă a unei suprafețe mai mari decât este necesar, cât și prin faptul că vor fi scoase din producție suprafețe mai mari pentru depozitarea corespunzătoare a solului excavat, tot datorită folosirii unor utilaje cu cupă inutil de mare raportată la conducta la care se intervine. De asemenea, folosirea unor utilaje foarte grele conduce la tasarea solului, ceea ce are impact negativ asupra terenului, căruia poate să îi ia mai mult de 1 an să revină la potențialul productiv anterior, o Nu au fost specificați suficienți parametri tehnici cantitativi și calitativi pentru echipamentele de punere sub presiune, astfel că Autoritatea poate fi nevoită să accepte oferte care respectă parametrii pompelor existente, dar care să nu aibă durabilitatea în timp. La acest capitol intră și durata de funcționare dintre 2 revizii precum și modul de realizare a reviziilor. Inexistența unui plan de revizii corelat cu campania agricolă și acceptat de către Autoritate nu este de bun augur. De asemenea, nu s-au impus condiții cu privire la numărul minim de ore de funcționare și în ce condiții se pot schimba consumabilele, respectiv dacă este obligatoriu ca acest lucru să fie făcut de către un specialist autorizat, ori acest lucru poate fi făcut de către utilizator.

o Sistemul de supraveghere nu s-a cerut să fie proiectat și executat de către un specialist autorizat, astfel că imaginile pot fi refuzate ca și probă în sistemul judiciar, o Sistemul SCADA nu are ca cerință minimă transmiterea de alerte pe telefon, vizualizarea unor parametri vitali (cu nominalizarea acestora în caiet) și posibilitatea de pornire oprire de pe un smartphone, nu doar local sau din dispecerat, având în vedere că activitatea de irigat se desfășoară și noaptea, iar intervenția promptă este esențială în cazuri de urgență ori de posibilă avarie."

Fie și numai propunerea unui contract cu erori din partea autorității este un motiv întemeiat pentru reluarea procedurii, întrucât „AFIR” este obligată să aplice acesteia corecții în baza art. 63 din Regulamentul (UE) nr. 809/2014, în timp ce autoritatea nu are bază legală și nici contractuală să transmită mai departe această diminuare a contractului. De asemenea, lipsa unor parametri tehnici și calitativi concreți pune autoritatea în situația de a nu putea să evalueze oferta primită în corelație cu așteptările proprii. În momentul în care, la elaborarea documentației de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) s-au bugetat anumite valori pentru utilaje și montajul acestora, acest lucru s-a făcut prin solicitarea de oferte de la furnizori consacrați, care le-au transmis având la

dispoziție expertiza tehnică (document care nu a fost atașat acestei documentații, tot dintr-o omisiune involuntară; părți din expertiză au fost preluate în DALI). În momentul în care s-a prezentat o ofertă pentru „utilaje, echipamente tehnologice și funcționale care necesita montaj”, egală cu 56,04% din valoarea bugetată (și fundamentată), s-a constatat că nu s-ar putea evalua corespunzător o astfel de ofertă. De asemenea, s-a licitat o valoare a montajului egală cu 83,3% din ceea ce s-a bugetat (și fundamentat), în condițiile în care cel puțin salariul minim pe economie a crescut între momentul elaborării DALI până la elaborarea ofertei, cu circa 43% (2017 = 1.450 lei, conform Hotărârii Guvernului nr. 1/2017, și 2019 = 2.080, conform Hotărârii Guvernului nr. 937/2018).

Contestatoarea evocă faptul că „CRFIR” avizează documentația de atribuire în cazul proiectelor finanțate prin fonduri europene în baza manualului de proceduri. Afirmatia contestatoarei se bazează pe existența contractului de finanțare (ori prezența clauzei suspensive în caz de neîncheiere a acestuia) și a manualelor, în condițiile legislației aplicabile (care se subînțelege). Astfel, SC SRL recunoaște faptul că acest contract și aceste manuale au fost opozabile când s-a avizat documentația, recunoaște că acestea stau la baza avizării, dar nu este de acord cu anularea licitației atunci când aceste documente nu se pot folosi în continuare, adică în faza de atribuire a licitației și în cea de execuție.

Anularea procedurii este defavorabilă și pentru autoritatea contractantă, în sensul că trebuie să întocmească o nouă documentație de atribuire (în care ar trebui să includă și contractul de finanțare, contract marcat de caracterul confidențialității), să reia procesul de depunere a ofertelor, procesul de evaluare a ofertelor și cu eventualele contestații, privind documentația de atribuire, cât și privind rezultatele evaluărilor, ce se pot întinde pe o perioadă de timp similară prezentei proceduri, lucru ce ar dăuna în mod evident autorității contractante și proiectului în sine.

Atât timp cât toate rapoartele de selecție ale „AFIR” sunt publice (www.afir.info » Informații Generale » Rapoarte și Liste » Rapoarte de selecție), oricine poate vedea care sunt valorile proiectelor pe fiecare beneficiar. Dacă contestatoarea ar fi avut curiozitatea de a citi documentul nr. 1 invocat în raportul procedurii, unde este indicat în mod direct locul unde se găsește publicat pe site-ul oficial al AFIR, împreună cu anexele sale, în anexa nr. I, ar fi găsit următorul text:

„Articolul 5 - Transparența, confidențialitatea și protecția datelor cu caracter personal și publicarea acestora

(1) Contractul de finanțare, inclusiv anexele sale, precum și informațiile și documentele vizând executarea acestora constituie informații de interes public în condițiile prevederilor Legii nr. 544 din

2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, cu modificările și completările ulterioare, cu respectarea excepțiilor prevăzute de aceasta și a celor stabilite prin prezentul contract.

(2) Următoarele elemente, așa cum rezultă acestea din contractul de finanțare și anexele acestuia, inclusiv, dacă este cazul, din actele adiționale prin care se aduc modificări contractului sau anexelor sale, nu pot avea caracter confidențial și vor fi puse la dispoziția solicitanților, la cerere, de către beneficiar:

a. Denumirea proiectului, denumirea completă a beneficiarului și, dacă aceștia există, a partenerilor, data de începere și cea de finalizare ale proiectului, date de contact - minimum o adresă de e mail și număr de telefon - funcționale pentru echipa proiectului; locul de implementare a proiectului - localitate, județ, regiune și, dacă proiectul include activități care se adresează publicului, adresa exactă și datele de contact pentru spațiile dedicate acestor activități în cadrul proiectului;

b. Valoarea totală a finanțării nerambursabile acordate, și intensitatea sprijinului exprimate atât ca sumă concretă, cât și ca procent din totalul cheltuielilor eligibile ale proiectului, precum și valoarea plăților efectuate.

c. Dimensiunea și caracteristicile grupului țintă și, după caz, beneficiarii finali ai proiectului;

d. Informații privind resursele umane din cadrul proiectului: nume, denumirea postului, timpul de lucru;

e. Rezultatele estimate și cele realizate ale proiectului, atât cele corespunzătoare obiectivelor, cât și cele corespunzătoare activităților, cu referire la indicatorii stabiliți;

f. Denumirea furnizorilor de produse, prestatorilor de servicii și executorilor de lucrări contractați în cadrul proiectului, precum și obiectul contractului, valoarea acestuia și plățile efectuate;

g. Elemente de sustenabilitate a rezultatelor proiectului respectiv de durabilitate a investițiilor în infrastructură sau producție - informații conform contractului de finanțare, respectiv conform condițiilor prevăzute în art. 71 din Regulamentul (UE) 1303/2013."

Nu numai că formatul și datele se pot regăsi disparat pe site-ul „AFIR”, dar autoritatea are obligația de a prezenta contractul oricui îl cere în temeiul Legii nr. 544/2001.

Autoritatea solicită respingerea și a capătului de cerere referitor la plata onorariului avocatului ori reducerea acestuia, întrucât este nejustificat de mare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 48947/29.11.2019, SC SRL a formulat un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, în care susține că aceasta a interpretat eronat decizia nr. 1807/C8/1967/16.10.2019. Consiliul a menționat

în mod expres în cuprinsul deciziei faptul că, indiferent de includerea sau nu a contractului de finanțare încheiat cu „AFIR” în documentația de atribuire, precizările de natură a limita valoric elementele propunerii financiare nu sunt permise.

Legiuitorul a prevăzut expres care sunt cazurile și motivele pentru care o procedura poate fi anulată. După cum se observă din procesul-verbal nr. 15, din raportul procedurii și din analiza punctului de vedere întocmit de autoritate, decizia de anulare a procedurii este arbitrară și abuzivă. În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea susține în mod neîntemeiat că, urmare a deciziei Consiliului, a reluat documentația de atribuire în vederea adoptării măsurilor impuse de Consiliu, ocazie cu care ar fi constatat că reevaluarea ofertelor nu putea fi efectuată, întrucât se impunea anularea procedurii. Trebuie avut în vedere faptul că documentația de atribuire și-a consolidat, prin necontestarea acesteia, forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți, astfel cum în mod corect a reținut și Consiliul. Nu se mai pot emite pretenții în acest moment cu privire la documentația de atribuire de către autoritatea contractantă.

Prin decizia nr. 1807/C8/1967/16.10.2019 nu s-a dispus nicio obligație de modificare/rectificare a documentației de atribuire, ci a fost obligată autoritatea la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport, nu la modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire.

Mai mult decât atât, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, în situația în care Consiliul ar fi constatat că nu poate continua procedura în mod legal, ar fi dispus anularea ei. În urma deciziei Consiliului, obligația care îi revenea autorității era de a reevalua cele două oferte, precum și de a emite un nou raport de atribuire, cu respectarea celor consemnate în decizie, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, nu de a anula procedura.

Cu privire la susținerile autorității privind modalitatea de întocmire a raportului procedurii, contestatoarea consideră că aceasta a procedat în mod nelegal, neținând cont de decizia Consiliului și de prevederile legale incidente. Anularea procedurii nu se încadrează în cazurile expres limitative ale art. 212 alin. (1) lit. c) și d).

Prin susținerea potrivit căreia simpla inopozabilitate a contractului de finanțare era suficientă pentru anularea procedurii, autoritatea dă dovadă de necunoaștere a prevederilor legale. Pe lângă faptul că nu există prevederi legale încălcate/erori sau omisiuni rezultate din nerespectarea vreunei prevederi legale, motivația autorității contractante privind neinclusiunea acestui

contract de finanțare nu are nicio relevanță în justificarea deciziei de anulare a procedurii, întrucât în nicio prevedere legală nu se menționează aceasta obligație de includere a contractului de finanțare în documentația de atribuire, iar neincluderea acestuia nu este de natură a împiedica încheierea contractului.

Autoritatea susține că nu s-au omis doar acte, ci și parametrii care să-i definească necesitățile, din nou făcând o serie de precizări cu aspecte generale, care nu pot fi încadrate ca motive care să justifice o astfel de măsura de anulare a procedurii. Susține în mod neîntemeiat că „legiuitorul nu a statuat un nivel minim de omisiune de la care să fie obligatorie anularea procedurii”, întrucât, dacă ar fi analizat prevederile textului legal invocat, ar fi observat că această omisiune trebuie să facă imposibilă încheierea contractului, deci trebuie să aibă o gravitate deosebită. Astfel cum s-a reținut în mod constant în jurisprudența în materie, nu orice eroare sau omisiune din partea autorității contractante poate determina anularea procedurii de atribuire, legiuitorul stabilind în mod expres că acestea trebuie să fie de o anumită gravitate, respectiv să aibă ca efect încălcări ale prevederilor legale sau să facă imposibilă încheierea contractului, condiții neîndeplinite în cauza de față.

În ceea ce privește motivul prevăzut la art. 212 lit. d) din Legea nr. 98/2016, argumentația autorității (nepublicarea contractului de finanțare, manualele și legislația) este identică cu aceea din justificarea motivului de anulare prevăzut la art. 212 alin. (1) lit. c), cu toate că motivele prevăzute de literale c) și d) ale art. 212 din Legea nr. 98/2016 sunt diferite.

Nu este îndeplinit motivul prevăzut de art. 212 alin. (1) lit. d), în sensul în care Consiliul, prin decizia sa, nu a dispus modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini sau din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, contestația precedentă vizând rezultatul procedurii, în urma căreia Consiliul a dispus reevaluarea ofertelor și emiterea unui nou raport al procedurii.

Cu privire la documentele care „lipsesc” din documentația de atribuire, susținerile autorității contractante privind necesitatea anulării procedurii motivat de lipsa anumitor documente din documentația de atribuire sunt vădit neîntemeiate și fără suport legal, fiind formulate de o manieră generală, nefiind de natură a anula procedura. Întreaga discuție cu privire la aceste „lipsuri” din documentație este fără relevanță, de vreme ce aceste documente nu trebuie incluse în documentația de atribuire, neexistând nicio obligație legală în acest sens sau vreo imposibilitate în a încheia contractul de lucrări în lipsa acestora. De vreme ce „CRIFR” a avizat întreaga documentație de atribuire, este evident că aceasta este și conformă cu prevederile legale și cu cerințele „CRIFR”, cu atât mai

mult cu cât toate formularele anexă din documentația de atribuire sunt conform modelelor specifice acestui tip de investiție, publicate pe afir.info - Informații utile - Proceduri de lucru pentru PNDR - Manual achiziții beneficiari publici - Formulare pentru ofertanți.

Autoritatea susține că ar fi trebuit să includă anexa nr. 2 - resurse ale terțului nedeclarat subcontractant, anexa nr. 3 - resurse mobilizate de terț în cazul neîndeplinirii obligațiilor de către ofertant, anexa nr. 4 - descrierea modului în care ofertantul beneficiază efectiv de resursele puse la dispoziție de către terț.

Potrivit fișei de date, cap. III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

„1. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente sunt:

- certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării;*

- casierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;*

- după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice; alte documente edificatoare, după caz.”*

De asemenea, potrivit art. 49 din Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016: *„În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținători (i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau*

documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament."

Este evident că lipsa celor trei anexe, care oricum nu se regăsesc în formularele prevăzute în manualul de achiziții beneficiari publici, nu prezintă nicio importanță, autoritatea contractantă având posibilitatea în baza dispozițiilor legale de a solicita aceste documente, dacă le apreciază a fi necesare.

În ceea ce privește modelul de contract propus, acesta este în conformitate cu reglementările legale aplicabile. Mai mult, se avizează de „CRIFR” anterior publicării în SEAP (conform manualului de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR).

Cu privire la „deficiențele” constatate în caietul de sarcini, acestea nu sunt de natură să afecteze procedura de atribuire sau să facă imposibilă încheierea contractului, fiind, de fapt, cerințe „inventate” de autoritatea contractantă în încercarea disperată de a anula această procedură.

Autoritatea a încălcat prevederile art. 146 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 [*„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.”*].

Motivul anulării (documentația de atribuire nu cuprinde mai multe documente, prevederi legislative, tehnice, financiare, contractuale) nu este decât un motiv formal, care nu împiedică în niciun fel derularea procedurii.

Contestatoarea apreciază că singura măsură de remediere care poate fi luată este desființarea deciziei de anulare a procedurii și continuarea acesteia cu finalizarea evaluării.

Autoritatea solicită în mod neîntemeiat respingerea capătului de cerere privind plata onorariului de avocat și, în subsidiar, reducerea acestuia, fără a aduce o minimă motivare a acestei solicitări. Consiliul, în baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale dispozițiilor art. 453 din Cod proc. civ., obligă partea în culpă, la cererea părții care a câștigat, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

Atât timp cât autoritatea nu a achiesat la solicitările SC SRL și nu și-a revocat decizia de anulare a procedurii, aceasta nu poate fi exonerată de plata cheltuielilor de judecată.

La 03.12.2019, organizatoarea achiziției a cerut Consiliului să îi transmită răspunsul contestatoarei cu nr. 48947/29.11.2019 (înregistrat și sub nr. 49163/02.12.2019), cerere acoperită prin

Înaintarea acestuia chiar de către SC SRL, la adresa de e-mail laurențiu.mitrea@yahoo.com, în data de 03.12.2019.

Cu nr. 88/10.12.2019, înregistrate la Consiliu cu nr. 50750/10.12.2019, autoritatea contractantă a formulat concluzii scrise, al căror conținut nu va fi redat aici, pentru a nu încărca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, însă vor fi avute în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

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. SCN1042794, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 07.05.2019, autoritatea contractantă a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări de modernizare a infrastructurii secundare de irigații, a clădirilor aferente stațiilor de pompare în localitatea ..., în cadrul proiectului „Modernizare și reabilitare OUAI SRPA 16 ..., județul”, contract estimat valoric la 4.318.010,22 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 07.05.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

Conform anunțului de participare, pct. II.2.13) – *„Informatii despre fondurile Uniunii Europene”*:

„Achizitia se refera la un proiect si/sau program finantat din fonduri ale Uniunii Europene: Da

Identificarea proiectului: Programul National de Dezvoltare Rurala – PNDR.”

La procedură s-au prezentat două asocieri de operatori economici, respectiv asocierea ...SRL - .. SRL - PFA ... și asocierea SRL - ... SRL - SPC ... SRL. Prin raportul procedurii de atribuire nr. 38/14.09.2019, oferta acesteia din urmă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât prețul propus a depășit bugetul disponibil autorității la pozițiile „Construcții și instalații”, cu 10,23%, și „Active Necorporale - Sistem SCADA”, cu 61%. Câștigătoare a fost notificată oferta celeilalte asocieri. Împotriva acestui rezultat, la 21.09.2019, SC SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. 37475/24.09.2019, asupra căreia a fost pronunțată decizia nr. 1807/C8/1967/16.10.2019, cu următorul dispozitiv:

Admite contestația SC SRL nr. 37475/24.09.2019, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 38/14.09.2019 și actele autorității contractante ulterioare lui, inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea celor două oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată solicitate de contestatoare.

Încuviințează, în principiu, și respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 39725/07.10.2019, depusă de SC ...SRL.

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

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, inclusiv pentru, care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin respectiva decizie. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 și 30.000 de lei, sub imperiul art. 224 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012, *Artegoda/Comisia*, C-221/10: autoritatea de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 1 iunie 2006, *P&O European Ferries (Vizcaya)* și *Diputación Foral de Vizcaya/Comisia*, C-442/03 P și C-471/03 P, Rec., p. I-4845, punctul 44].

Din consultarea portalului instanțelor de judecată naționale (<http://portal.just.ro>), reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei Consiliului, la Curtea de Apel Galați, singura competentă să o soluționeze.

Așadar, părțile (între care și intervenienta câștigătoare) nu au atacat decizia nr. 1807/C8/1967/ 16.10.2019 (care a fost și postată în SEAP de autoritate, la 23.10.2019 - [SCN1042794/00088] *Decizie CNSC.pdf.p7m*), situație în care este opozabilă și prin prisma considerentelor accesibile oricui în format electronic, față de art. 431 alin. (2) C. proc. civ. („*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.*”) și art. 435 alin. (2) C. proc. civ. („*Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.*”).

În considerentele deciziei, Consiliul a reținut, între altele:

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, instrucțiunile pentru ofertanți, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura

de atribuire. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de

altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să

încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă

regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 38/14.09.2019 (sâmbătă), rezultat comunicat competitorilor la 16.09.2019 (luni). La 23.09.2019 (luni), SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Disputa între părțile litigiului privește atât eliminarea din competiție a ofertei asocierii contestatoarei, cât și admiterea și atribuirea contractului către asocierea

Relativ la motivul faptic al respingerii ofertei reclamantei, el constă, în concret, în depășirea alocărilor estimate de autoritate la două capitole de cheltuieli bugetate, mai precis la pozițiile „Construcții și instalații”, cu 10,23%, și „Active Necorporale - Sistem SCADA”, cu 61%. În comunicarea nr. 40/14.09.2019 nu figurează niciun temei de drept pentru decizia de respingere, un astfel de temei nefiind identificat nici în raportul procedurii nr. 38/14.09.2019. Așadar, o primă neconformitate a respingerii ofertei constă în absența oricărei încadrări într-un text legal a respectivei măsuri.

În punctul de vedere nr. 49/30.09.2019, autoritatea face apel la Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, art. 137 alin. (2) lit. f): [...] precum și la Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii): [...]

Din parcurgerea acestor dispoziții legale se poate concluziona că ele nu sunt incidente speței, întrucât privesc situația în care este depășită „valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare”, situație diferită de aceea a ofertei reclamantei. După cum autoritatea însăși a remarcat, asocierea .. a propus prețul de 4.189.619,91 lei, care nu depășește „valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare”, care este de 4.318.010,22 lei [pct. II.1.5) - Valoarea totală estimată, din anunțul de participare nr. SCN1042794/ 07.05.2019], ci dimpotrivă. Drept urmare, Consiliul nu poate valida logica organizatoarei achiziției.

[...]

Din parcurgerea actelor care guvernează procedura de achiziție, forul jurisdicțional determină că autoritatea nu a introdus vreo condiționare legată de plafonarea ofertelor la anumite categorii de cheltuieli, context în care, nici în etapa de evaluare a ofertelor nu putea recurge la o asemenea condiționare. În speță, absența oricărei mențiuni asupra plafonării posibilității de ofertare a prețurilor pe categorii de lucrări (cheltuieli) denotă permisiunea organizatoarei de a admite în competiție și operatorii care propun prețuri diferite față de cele la care s-a raportat în etapa de estimare a valorii globale a contractului, permisiune care nu poate fi imputată ofertanților, ci dimpotrivă.

Organizatoarea se prevalează de contractul nr. C0430I000041 720900075, încheiat cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, însă acest contract nu face parte din documentația de atribuire aferentă licitației, pe baza căreia operatorii și-au întocmit oferta, deci nu le-a fost opozabil. În plus, el nu este opozabil nici Consiliului, din moment ce dosarul transmis de organizatoare nu include un exemplar al acestui contract. Nici manualele de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR 2014-2020 nu au fost incluse în documentație și nici în dosarul transmis.

Criteriile de ordin financiar nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o autoritate achizitoare, dincolo de exprimarea clară din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

[...]

Contrar părerii și argumentelor autorității pârâte, evaluarea și concluzia la care s-au oprit membrii comisiei desemnate excedează cadrului rezervat și strict delimitat în documentația de licitație pentru conformitatea financiară a ofertelor. Nu putea fi introdus în ecuație considerentul depășirii unor plafoane interne de cheltuieli, câtă vreme documentația autorității nu face această distincție. Mai mult, nici legislația pe linie de achiziții publice nu introduce o

asemenea distincție, fiind deplin valabilă evaluarea ofertelor prin raportare la valoarea estimată a contractului, nu la valorile pe diverse componente.

Din moment ce oferta asocierii SC SRL este situată în interiorul „valorii estimate comunicată prin anunțul de participare”, de 4.318.010,22 lei, ea este o ofertă admisibilă financiar, din perspectiva legislației în vigoare. Deopotrivă de important, în privința pretenției condiții, Consiliul determină că autoritatea scapă din vedere, în etapa de evaluare a ofertelor, atenționarea expresă a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice din ultimul model de fișă de date disponibil la <http://anap.gov.ro/web/modele-fda/>: „Nu se admit precizări de natură a limita valoric elementele propunerii financiare prin invocarea unor limite ale liniilor bugetare alocate proiectului.”

[...]

Suplimentarea cerinței de natură financiară în timpul evaluării trece dincolo de domeniul protecției încrederii legitime și este de natură să surprindă „operatorul economic prudent și avizat”, sintagmă împrumutată din jurisprudența Curții de la Luxemburg. **Eventuala neglijență din partea autorității în redactarea documentației de atribuire nu poate avea repercusiuni în persoana ofertanților, care au înțeles să se conformeze formei actuale a documentației.** Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că „unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

Argumentul că, dacă ar fi admisă, oferta s-ar clasa pe locul II, întrucât prețul este mai mare decât al celeilalte, este prematur, interesul fiind de reevaluare a ambelor oferte, ocazie cu care actuala câștigătoare poate fi exclusă, dacă există identificate motive.

În contextul descris mai sus, se reține că evaluarea ofertei asocierii nu a fost realizată în acord cu documentația pusă la dispoziție, ceea ce a determinat nerespectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie și nelegalitatea respingerii respectivei oferte. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL și va anula actele de evaluare a respectivei oferte, urmând ca autoritatea contractantă la procedee la reevaluarea ofertei în discuție și la emiterea unui nou raport, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a considerentelor de mai sus.

[...]

Conform unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene, în temeiul art. 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a

respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special

Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele

42 și 43). Elocventă este și Hotărârea Curții din 2 iunie 2016, cauza C-27/15, Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl. Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați.

Prin urmare, societatea a încălcat atât documentația de atribuire, cât și normele legale precitate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) teza I din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă) și cele ale alin. (1) din același articol (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind aceea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a admis oferta asocierii ..., existând un motiv întemeiat pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul și pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei asocierii s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare în privința verificării atente de către autoritate a îndeplinirii cerinței de calificare și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare este fondată. Se confirmă și critica în ceea ce privește superficialitatea verificării îndeplinirii cerinței experienței similare, întrucât aceasta trebuia să constea în execuția de *lucrări* în domeniul infrastructurii de irigații sau al unei infrastructuri similare din punct de vedere al complexității și/sau utilității, iar nu în *furnizarea de bunuri ori prestarea de servicii*.

[...]

Astfel stând lucrurile, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr. 37475/24.09.2019, în contradictoriu cu, va anula actul de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire și adresele de comunicare a rezultatului și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației și a legislației aplicabile achiziției publice.

Unitatea achizitoare trebuie să conștientizeze răspunderea care îi revine în privința desemnării ofertei câștigătoare, asupra căreia nu poate plana nicio îndoială legată de îndeplinirea întocmai a tuturor cerințelor de calificare, în absența cărora s-ar aduce atingere și concurenței loiale între ofertanți.

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, ..., prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la reevaluarea atentă a ofertelor în discuție, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu.

În reevaluare, entitatea organizatoare a întocmit raportul procedurii de atribuire nr. 68/13.11.2019, prin care a anulat procedura de atribuire. Nemulțumită fiind de acest rezultat, SC SRL a reacționat prin formularea la Consiliu a contestației nr. 47028/18.11.2019. Luând act despre acest demers, în baza art. 18 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, ... a înaintat Consiliului punctul de vedere asupra contestației și copiile actelor ulterioare precedentei decizii. Așadar, împotriva anulării, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL s-a adresat Consiliului, în interiorul termenului legal de cinci zile prescris la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu soluționarea contestației nr. 47028/18.11.2019, care formează obiectul prezentei cauze.

Cauțiunea, în cuantum de 35.000 lei, a fost dovedită prin recipisa de consemnare nr. 205895097/1/21.11.2019, emisă de CEC Bank SA, Sucursala, cu detalierea: „CONSTITUIRE CAUTIUNE IN DOS 2464/2019”. Recipisa de consemnare a fost înregistrată în registrul de evidență al Consiliului la poziția 2147/22.11.2019.

Spre deosebire de litigiul anterior, disputa care se poartă acum între părțile cauzei și care trebuie lichidată de către Consiliu vizează măsura anulării achiziției, pe care reclamanta o consideră artificială și nelegală.

Din parcurgerea deciziei Consiliului nr. 1807/C8/1967/16.10.2019, reiese cu prisosință că acesta nu a impus organizatoarei, în etapa de reevaluare a ofertelor, să verifice documentația de atribuire și, cu atât mai puțin, să anuleze licitația din motive ce țin de întocmirea respectivei documentații. Potrivit art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016: „În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.”

Citind considerentele deciziei, este limpede că forul administrativ-jurisdicțional nu a impus autorității să investigheze dacă documentația pe care ea însăși a întocmit-o este sau nu viciată, ci să reevalueze ofertele asocierilor și , „cu respectarea întocmai a documentației și a legislației aplicabile achiziției publice”.

Chiar dacă a fost remarcat anterior:

Organizatoarea se prevalează de contractul nr. C0430I000041 720900075, încheiat cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, însă acest contract nu face parte din documentația de atribuire aferentă licitației, pe baza căreia operatorii și-au întocmit oferta, deci nu le-a fost opozabil. În plus, el nu este opozabil nici Consiliului, din moment ce dosarul transmis de organizatoare nu include un exemplar al acestui contract. Nici manualele de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR 2014-2020 nu au fost incluse în documentație și nici în dosarul transmis.

remarca vine pe fondul invocării acestor înscrisuri de către organizatoarea achiziției, în cursul litigiului jurisdicțional. Niciunde, Consiliul nu a concluzionat că inopozabilitatea procesuală are ca efect vicierea iremediabilă a documentației de atribuire și, mai departe, anularea achiziției.

Mai mult, în construirea apărării sale anterioare, nici măcar autoritatea contractantă nu a pretins sau a lăsat a se înțelege că achiziția trebuie anulată, context în care nici nu a adoptat această măsură. Dimpotrivă, o asemenea măsură vine să ignore tocmai cele statuate de Consiliu, în sensul că „documentația nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care

toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă [...]”.

Dacă știa că este în culpă prin întocmirea documentației de atribuire (sau putea să știe), nimic nu a oprit organizația să își anuleze procedura chiar de la contestația anterioară, iar nu să aștepte soluționarea ei și primirea deciziei Consiliului. Anularea după o perioadă considerabilă de timp, în care s-a purtat și un proces, pe motive ce țin de întocmirea documentației, afectează nu doar principiul încrederii legitime, ci și pe acela al bunei-credințe, sens în care se cuvine a fi amintit că, în Hotărârea din 8 mai 2007, Citymo/Comisia, T-271/04, EU:T:2007:128, Tribunalul de Primă Instanță s-a pronunțat în sensul că, în cadrul negocierilor în vederea încheierii unui contract între autoritatea publică comunitară și un ofertant cu ocazia unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, respectarea principiului bunei-credințe și interdicția abuzului de drept reprezintă norme care conferă drepturi particularilor. Pe de altă parte, deși din articolul 101 primul paragraf din Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului din 25 iunie 2002 privind regulamentul financiar aplicabil bugetului general al Comunităților Europene decurge faptul că autoritatea contractantă dispune de o foarte mare putere de apreciere în privința renunțării la încheierea contractului și, prin urmare, în privința încetării negocierilor precontractuale, Comisia a încălcat totuși principiul bunei-credințe într-un mod suficient de individualizat și și-a exercitat abuziv dreptul pe care i-l conferă acest regulament de a renunța la atribuirea contractului de achiziție publică, continuând, timp de două luni, negocieri precontractuale despre care cunoștea că sunt sortite eșecului. Tribunalul apreciază astfel că, prin faptul că nu a avertizat imediat reclamanta în legătură cu decizia sa de a renunța la atribuirea contractului, Comisia i-a cauzat pierderea șansei de a închiria imobilul unui terț pentru o perioadă de două luni.

În etapa de reevaluare, autoritatea avea de pus în aplicare decizia, nu de anulat achiziția pentru motive ce țin de documentația de atribuire, etapă demult consumată:

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea celor două oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Teza exprimată de autoritate este nelegală și dacă este analizată din perspectiva Deciziei nr. 66 din 1 octombrie 2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin considerentul: *„Exercitarea controlului de legalitate administrativ-jurisdicțional sau jurisdicțional și invalidarea concluziei de inadmisibilitate a ofertei la care a ajuns comisia prin*

raportul de evaluare întocmit obligă autoritatea contractantă de a proceda la reluarea operațiunii de evaluare a acestei oferte de la etapa contestată, conform celor dispuse prin decizia CNSC sau hotărârea instanței, comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect."

În cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire dacă are certitudinea că nu poate lua nicio altă măsură de remediere sau măsura ar afecta principiile prevăzute de legislația specifică. Însă, prin decizia nr. 1807/C8/1967/16.10.2019, Consiliul nu a dispus modificarea/eliminarea vreunor specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, ci reevaluarea ofertelor.

Desigur, pentru eventualul prejudiciu cauzat de autoritate prin propria culpă, operatorii economici/ofertanții prejudiciați au dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție. Potrivit art. 53 alin. (6) din lege, în cazul în care se solicită plata de despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, persoana vătămată trebuie să facă dovada prejudiciului, a încălcării prevederilor legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile, precum și a faptului că ar fi avut o șansă reală de a câștiga contractul, iar aceasta a fost compromisă ca urmare a încălcării respective. Dacă încălcările există și reprezintă motivul pentru care procedura a fost anulată de autoritate, atunci este posibilă angajarea răspunderii patrimoniale a autorității, consecință care trebuie luată în calcul înainte de a fi hotărâtă anularea.

Crearea de circumstanțe artificiale pentru anularea procedurii de atribuire, de către autoritatea achizitoare, constituie contravenție, sancționată cu amendă între 5.000 de lei și 30.000 de lei. Prin prisma atât a redactării art. 211-213 din legea achizițiilor publice, cât și a scopului inițierii oricărei proceduri de achiziție, regula o constituie atribuirea și încheierea contractului, iar excepția o reprezintă anularea procedurii, în circumstanțele limitativ fixate de lege, nu în altele.

În Decizia sa nr. 1 din 8 ianuarie 2009, Curtea Constituțională a declarat că autoritatea publică contractantă nu poate invoca propria culpă, ori de câte ori dorește, pentru a anula procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică. Referințe în aceeași direcție:

– deciziile civile nr. 1492 din 1 iunie 2009 [numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității poate justifica anularea procedurii în temeiul art. 209

alin. (1) lit. d) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006], nr. 6242 din 17 decembrie 2015 (pierderea sursei de finanțare a contractului. Autoritatea contractantă nu poate invoca existența unor constrângeri financiare pentru anularea procedurii de atribuire, atâta vreme cât demersurile sale au fost întârziate. Doar existența unor împrejurări independente de voința autorității poate justifica anularea procedurii), nr. 1081 din 29 februarie 2016, nr. 6056 din 15 decembrie 2016, nr. 17 din 9 ianuarie 2017 [este evident că, anterior demarării procedurii de atribuire, autoritatea petentă a justificat necesitatea implementării proiectului și a identificat inclusiv sursa de finanțare, iar faptul că autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul de a încheia contractul în limitele fondurilor disponibile nu conduce la dreptul ei de a dispune anularea procedurii după trecerea a mai mult de un an de la data când ofertantul câștigător a fost invitat la sediul autorității în vederea încheierii contractului, decât cu respectarea prevederilor legale care instituie cazurile cu titlu de excepție de la art. 209 alin. (1) din ordonanță, încadrarea în fondurile disponibile fiind o situație care trebuia avută în vedere la data când trebuia încheiat contractul. Petenta nu a dovedit și justificat cazul de imposibilitate a încheierii contractului, prevăzut de art. 209 alin. (1) din ordonanță, ci a invocat propria culpă, prin amânarea nejustificată a încheierii contractului pentru mai mult de un an de la data comunicării către ofertantul câștigător a rezultatului procedurii de atribuire și aproape doi ani de la data când a fost inițiată procedura de atribuire, perioadă suficientă pentru ca aceasta să fi putut întreprinde formalitățile pentru angajarea cheltuielilor necesare finanțării proiectului. Susținerile petentei în sensul că nu va putea asigura resursele financiare vor fi înlăturate, întrucât acestea îi incumbă obligația de a efectua toate demersurile necesare pentru identificarea integrală a sursei de finanțare. Curtea subliniază că doar existența unor împrejurări independente de voința autorității contractante poate justifica decizia de anulare a procedurii de achiziție în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, ceea ce nu este cazul în speță], nr. 927 din 1 martie 2017 (pentru anularea procedurii de atribuire, încheierea contractului trebuie să fie imposibilă, nu doar neconvenabilă, dificilă, împovărătoare sau excesiv de oneroasă pentru autoritatea contractantă. Anulare pe considerentul că autoritatea nu mai dorește servicii de pază doar cu agenți, ci cu agenți și mijloacele tehnice de supraveghere. Anulare nelegală. Necesitatea sau oportunitatea achiziției) și nr. 967 din 2 martie 2017 (argumentul imposibilității executării lucrărilor până la finele anului bugetar în curs nu este suficient pentru anularea procedurii de atribuire. Trecerea într-un an bugetar nou nu constituie o imposibilitate de încheiere a contractului), Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 1378 din 2 aprilie 2015 (anularea unilaterală a procedurii de atribuire pentru imposibilitatea de a încheia contractul nu trebuie să aibă caracter discreționar, adică, prin comportamentul său, autoritatea să nu se pună singură în situația de imposibilitate de a încheia contractul), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 612/R-C din 13 iunie 2008 (anularea procedurii de atribuire ca urmare a aprobării unui buget de venituri și cheltuieli prin care se alocă fonduri insuficiente. Nelegalitate), Curtea de Apel Pitești, Secția comercială/a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 308 din 25 ianuarie 2017 (schimbarea sursei de finanțare a contractului – bugetul de stat în loc de fonduri europene – nu poate constitui motiv de anulare a procedurii de atribuire), Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

Prin amintita Decizie nr. 66 din 1 octombrie 2018, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, s-a pronunțat: *„În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 [...], raportat la dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 [...], autoritatea contractantă investită cu reevaluarea*

ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară”.

76. Infirmarya deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de C.N.S.C. sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect. Cu atât mai mult, în situația dată, nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate ca admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, fiind contrar[ă] principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

raționează Înalta Curte.

În anularea achiziției, după mai bine de șase luni de la inițierea ei prin anunțul nr. SCN1042794/07.05.2019, după o primă evaluare a ofertelor și după purtarea unui litigiu asupra evaluării, autoritatea contractantă a apelat la următoarele motive de fapt și de drept:

Întrucât Autoritatea Contractantă se află în situația prevăzută la

- i. art. 212, alin. (1), litera c) din Legea nr. 98/2016;
- ii. art. 212, alin. (1), litera d) din Legea nr. 98/2016;

prin prezenta vă informăm că procedura mai sus menționată se anulează.

Decizia a fost luată pe baza propunerii Comisiei de Evaluare a ofertelor depuse în cadrul licitației mai sus menționate, prin Procesul verbal nr 15/13.11.2019 (înregistrat în Dosarul Achiziției sub numărul 67/13.11.2019), din care vă redăm mai jos motivațiile.

«Următorul punct pe ordinea de zi este acela de a analiza circumstanțele concrete care au condus la Decizia CNSC nr. 1807/C8/1967, precum și criticile aduse de către Consiliu modului în care Comisia a evaluat ofertele primite, în vederea luării măsurilor necesare și eliminării pe viitor a deficiențelor constatate.

După lecturarea conținutului Deciziei, s-a luat act de criticile aduse de către Consiliu și s-a constatat faptul că, la pagina 27, Consiliul statuează următoarele : „Organizatoarea se prevalează de contractul nr. C0430I000041720900075, încheiat cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, însă acest contract nu face parte din documentația de atribuire aferentă licitației, pe baza căreia operatorii și-au întocmit oferta, deci nu le- a fost opozabil. În plus, el nu este opozabil nici Consiliului, din moment ce dosarul transmis de organizatoare nu include un exemplar al acestui contract. Nici manualele de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR 2014-2020 nu au fost incluse în documentație și nici în dosarul transmis.”

După analizarea criticii, Comisia de Evaluare constată că, într-adevăr, în Documentația de atribuire numărul DF1046358 nu s-au menționat ca fiind parte integrantă din aceasta următoarele documente :

1. Contractul C0430I000041720900075. încheiat cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale (AFIR) și OUAI SRPA16 ..., al cărui model este disponibil public la adresa www.afir.info secțiunea Informații Generale » PNDR » Investitii prin PNDR » sM 4.3 - Infrastructură agricolă și forestieră » sM 4.3 - Infrastructura de IRIGAȚII » Anexa_S_Contract_de_finantare . Acesta are următoarele anexe :

- Anexa I Prevederi Generale

- Anexa II Materiale și activități de informare de tip publicitar
- Anexa III Bugetul indicativ și planul financiar
- Anexa IV Instrucțiuni privind achizițiile publice pentru beneficiarii PNDR
- Anexa V Instrucțiuni de plată

Acest contract reprezintă documentul în baza căruia OUAI SRPA 16 ... a obținut statutul de Autoritate Contractantă în sensul legii 98/2016. Prin acest contract, OUAI SRPA 16 ... și-a asumat obligații din care mare parte fac obiectul prezentului anunț de participare.

2. Manualul de achiziții beneficiari publici, disponibil public la adresa www.afir.info secțiunea Informații Generale » INFORMAȚII UTILE » PROCEDURI de lucru pentru PNDR.

3. Anexa 8 - Acte Normative Utile disponibil public la adresa www.afir.info secțiunea Informații Generale » PNDR » Investiții prin PNDR » sM 4.3 - Infrastructură agricolă și forestieră » sM 4.3 - Infrastructura de IRIGAȚII

Documentele de la punctele 1 și 2 guvernează relația pe care OUAI o are în prezent și o va avea cu AFIR pe parcursul executării contractului cu Ofertantul câștigător, iar luarea la cunoștință a acestor prevederi de către toți Ofertanții și luarea în calcul a acestora este esențială pentru elaborarea unei oferte care să țină cont de exigențele AFIR din perioada de implementare.

Documentul de la punctul 3 prezintă o importanță deosebită, mai ales că în Instrucțiunile către ofertanți și nici în Fișa de Date a achiziției nu a fost menționată Legislația Europeană incidentă. Odată cu analizarea legislației europene incidente, s-a constatat că în modelul de contract care a fost propus către ofertanți, nu se prevede posibilitatea ajustării valorii contractului, în cazul în care AFIR decide să aplice penalități Autorității Contractante în conformitate cu art. 63 din R(UE) 809/2014. Din punctul de vedere al Autorității Contractante, neaducerea la cunoștință ofertanților a legislației comunitare incidente, mai ales a prevederilor art. 63 din R(UE) 809/2014 cu privire la corecția forfetară a valorii contractului în perioada implementării, în cazul respingerii la plată a unei sume mai mari decât 10% dintr-o cerere de plată și în consecință posibilitatea ignorării ei este o piedică insurmontabilă în realizarea Contractului. Deși lucrările care au fost respinse la plată pot fi decontate într-o cerere de plată ulterioară, totuși corecția financiară diminuează iremediabil valoarea contractului, lucru pe care Autoritatea Contractantă a omis să îl specifice în contractul ce îl va încheia cu ofertantul câștigător. Acest aspect poate avea grave consecințe asupra executării contractului dintre Autoritate și Ofertant, ceea ce nu este în concordanță cu scopul licitației și nici cu principiile de la Art.2 Alin. 2 din Legea 98/2016 .

De asemenea, s-a constatat că lipsa includerii documentelor de mai sus în documentația de atribuire a pus Autoritatea Contractantă în situația de a nu își putea apăra punctul său de vedere, în fața CNSC, cu argumente și limitări pe care Autoritatea le-a avut datorită obligațiilor izvorâte din documentele mai sus amintite. Singurul loc din Modelul de Contract propus unde este menționat rolul AFIR este acela de a valida Proiectul tehnic, lucru care este incomplet; AFIR poate cere informații și documente suplimentare care pot să fie în sfera de cuprindere a contractului ce s-ar fi atribuit ca urmare a anunțului de participare nr. SCN 1042794/07.05.2019, iar executantul ar putea să refuze furnizarea acestora în termenul și în forma cerute de către AFIR invocând motivul că astfel de cerințe speciale nu îi sunt opozabile, nu le-a putut prevedea pe baza informațiilor furnizate în Documentația de Atribuire, iar legislația incidentă nu îl obligă să dețină astfel de documente și drept urmare acestea trebuie tratate ca și cerințe suplimentare contractului de execuție și, în consecință, plătite suplimentar.

După reanalizarea Documentației de atribuire, au mai fost constatate și alte deficiențe, dintre care cele care nu pot fi remediate sunt:

- **Formulare :** formularul nr. 2 - Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului lipsesc:

o Anexa 2 - resurse ale terțului nedeclarat subcontractant puse la dispoziția ofertantului oAnexa 3- Resurse mobilizate de terț în cazul neîndeplinirii obligațiilor de către ofertant oAnexa 4 - Descrierea modului în care ofertantul beneficiază efectiv de resursele puse la dispoziție de către terț

- **Formulare :** Formular nr. 6 bis - Contract de lucrări (servicii proiectare și execuție lucrări) - nu a fost precizat un mecanism de ajustare a valorii contractului în situația activării prevederilor art. 63 din R(UE) 809/2014 conform căreia Autoritatea

Contractantă pierde o parte din finanțare datorită constatării de către AFIR (cu ocazia unei cereri de plată solicitată de către Autoritatea Contractantă către AFIR) a unei diferențe de peste 10 % între situația de lucrări plătită de către Autoritate către Executant și realitatea din teren.

- Caiet de sarcini:

- o Nu au fost menționate posturile cheie solicitate și nici calificările cerute pentru acestea în executarea lucrării, respectiv Sudor metale. Sudor PEHD (autorizare ISCIR) cât și pentru electricieni (autorizare ANRE). De asemenea, nu au fost incluse cerințe minime cu privire la personalul care necesită angajarea cu 40 de ore pe săptămână, o Nu au fost menționate caracteristici maxime ale utilajelor, ceea ce poate conduce atât la o creștere a prețurilor plătite de către Autoritate, cât și la o pierdere pentru utilizatorii terenurilor (membrii organizației), care pot fi afectați negativ atât prin decopertarea inutilă a unei suprafețe mai mari decât este necesar, cât și prin faptul că vor fi scoase din producție suprafețe mai mari pentru depozitarea corespunzătoare a solului excavat, tot datorită folosirii unor utilaje cu cupă inutil de mare raportată la conducta la care se intervine. De asemenea, folosirea unor utilaje foarte grele conduce la tasarea solului, ceea ce are impact negativ asupra terenului, căruia poate să îi ia mai mult de 1 an să revină la potențialul productiv anterior, o Nu au fost specificați suficienți parametri tehnici cantitativi și calitativi pentru echipamentele de punere sub presiune, astfel că Autoritatea poate fi nevoită să accepte oferte care respectă parametrii pompelor existente, dar care să nu aibă durabilitatea în timp. La acest capitol intră și durata de funcționare dintre 2 revizii precum și modul de realizare a reviziilor. Inexistența unui plan de revizii corelat cu campania agricolă și acceptat de către Autoritate nu este de bun augur. De asemenea, nu s-au impus condiții cu privire la numărul minim de ore de funcționare și în ce condiții se pot schimba consumabilele, respectiv dacă este obligatoriu ca acest lucru să fie făcut de către un specialist autorizat, ori acest lucru poate fi făcut de către utilizator.

- o Sistemul de supraveghere nu s-a cerut să fie proiectat și executat de către un specialist autorizat, astfel că imaginile pot fi refuzate ca și probă în sistemul judiciar, o Sistemul SCADA nu are ca cerință minimă transmiterea de alerte pe telefon, vizualizarea unor parametri vitali (cu nominalizarea acestora în caiet) și posibilitatea de pornire oprire de pe un smartphone, nu doar local sau din dispecerat, având în vedere că activitatea de irigații se desfășoară și noaptea, iar intervenția promptă este esențială în cazuri de urgență ori de posibilă avarie.

- instrucțiuni către ofertanți: nu s-au menționat clar limitele bugetare pe care Autoritatea Contractantă le are prin contractul cu AFIR, astfel încât ofertanții să poată ține cont de ele.

Având în vedere faptul că Documentația de atribuire DF1046358 conține mai multe omisiuni de documente, prevederi legislative, tehnice, financiare și contractuale extrem de relevante, fără de care Autoritatea contractantă consideră ca nu poate continua această procedură în bune condiții, precum și faptul că remedierea acestor neajunsuri nu poate fi făcută în această etapă, Comisia a propune anularea procedurii de licitație publică și reluarea acesteia după înlăturarea motivelor ce au stat la baza deciziei de anulare.

În drept, Autoritatea Contractantă trebuie să decidă finalizarea procedurii de atribuire prin anulare, în conformitate cu art 211 lit. b) din legea 98/2016.

Pentru anulare, Autoritatea Contractantă invocă obligația stabilită deopotrivă de următoarele articole:

- *art. 212, alin 1, litera d)* din legea 98/2016, anume: "d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);"

Invocarea prezentului articol are la bază constatarea CNSC că OUA SRPA 16 ..., în calitate de Autoritate Contractantă, nu poate invoca existența unui contract cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale din care izvorăsc obligații pentru Autoritate și care

să fie obligatoriu de respectat de către ofertanți. Deși în toate documentele puse la dispoziția ofertanților se specifică foarte clar faptul că fondurile pentru acest contract provin din bugetul Uniunii Europene și al Guvernului României, oferite prin PNDR 2014-2020, totuși Consiliul a statuat prin decizia nr. 1807/C8/1967 că Autoritatea Contractantă nu a publicat în Documentația de Atribuire toate documentele de care a făcut uz în justificarea poziției sale. Conținutul documentelor omise a fi publicate de către Autoritate trebuie să fie cunoscut tuturor ofertanților, mai ales că Autorității i se impun anumite obligații, care se vor transfera către ofertantul declarat câștigător, cu ocazia semnării contractului. Autoritatea a înțeles poziția Consiliului, își însușește critica, constată faptul că nu poate adăuga documente în această fază, și prin urmare își asumă obligația legală imperativă de a anula licitația. • art. 212, alin 1, litera c), teza a doua, din legea 98/2016, anume : „c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;” coroborat cu art.212, alin 2, din legea 98/2016, anume: „(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).” Astfel, după ce a analizat motivarea CNSC nr. 1807/C8/1967, Autoritatea constată că a omis să publice în Documentația de atribuire documente importante care guvernează raporturile pe care Autoritatea le are față de Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, astfel că, în opinia (obligatorie) a CNSC, ofertanții au fost în imposibilitatea de a le lua în calcul la elaborarea ofertei depuse, ceea ce ar putea produce prejudicii de ambele părți. De asemenea, Autoritatea Contractantă a constatat că nu se poate subînțelege că prin atribuirea contractului, Autoritatea Contractantă delegă către Executant și toate responsabilitățile de raportare pe care și le-a asumat în relația cu AFIR, în legătură cu lucrările și serviciile care fac obiectul contractului ce se atribuie, în sensul că orice solicitare a AFIR îi va fi deplin opozabilă Executantului, care ar fi trebuit să fie obligat să furnizeze documentele și informațiile în intervalul de timp alocat și în forma solicitată de către AFIR. Un astfel de transfer de responsabilitate nu poate fi subînțeles, ci trebuie trecut în Documentația de Atribuire. De asemenea, după evaluarea ofertelor care a avut loc înaintea contestării la CNSC a rezultatului, au fost identificate anumite aspecte care au fost considerate minore în momentul respectiv, dar privindu-le prin prisma deciziei CNSC 1807/C8/1967, Autoritatea Contractantă a constatat că este vorba de erori și omisiuni involuntare care pot avea urmări nefaste asupra implementării contractului C0430I000041720900075 în modul și forma avute în vedere atunci când Autoritatea Contractantă a luat decizia accesării Fondurilor Europene. Având în vedere că Autoritatea Contractantă a sesizat existența acestor erori și omisiuni, aceasta a constatat că are obligația legală de a anula licitația și de a o relua după ce va completa corespunzător Documentația de Atribuire.» Așa cum ați fost informați în anunțul de participare mai sus identificat și documentele asociate, în conformitate cu prevederile art. 2 din Legea nr. 101/2016 puteți contesta această comunicare utilizând mecanismul prevăzut în Legea nr. 101/2016, în conformitate cu prevederile art. 6 și ale art. 8 din Legea nr. 101/2016. Garanția de participare la licitație pe care ați constituit-o va fi returnată imediat după expirarea termenului de depunere a unei contestații în conformitate cu prevederile art. 38, alin. (4) din legea nr. 98/2016, dar nu mai târziu de 3 zile lucrătoare de la această dată.

În speță, nu sunt întrunite condițiile anulării nici în baza art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și nici în baza art. 212 alin. (1) lit. d) din aceeași lege. Vizavi de acest din urmă temei legal, care prevede anularea când Consiliul 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, organul administrativ-jurisdicțional reiterează că, prin decizia sa anterioară, nu a dispus modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul

de sarcini/alt document, situație în care art. 212 alin. (1) lit. d) este complet lipsit de relevanță.

Relativ la art. 212 alin. (1) lit. c) („dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”), este de notat că documentația de atribuire, asumată chiar de și menținută inclusiv pe durata litigiului purtat înainte, „a intrat în circuitul civil” și produce efecte juridice de natură a împiedica autoritatea emitentă să o revoce în etapa de reevaluare a ofertelor dispusă de Consiliu („conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice”, în exprimarea din Decizia nr. 66 din 1 octombrie 2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, redată mai sus).

Abaterile pe care se poate întemeia anularea procedurii de atribuire trebuie să existe în realitate, să fie grave și să afecteze procedura de atribuire – Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2677 din 10 noiembrie 2011.

Niciunde în actualul cadru normativ nu este prevăzută sancțiunea anulării procedurii de atribuire sau a actelor procedurii în ipoteza în care nu au fost incluse în documentație contractul nr. C0430I000041720900075, încheiat cu Agenția pentru Finanțarea Investițiilor Rurale, manualele de proceduri pentru atribuirea contractelor de achiziție publică pentru proiectele finanțate prin PNDR 2014-2020 și anexele lor. Nici omiterea formularelor și a celorlalte informații, inclusiv a „parametrilor tehnici cantitativi și calitativi” nu este de natură a determina anularea achiziției, fiind pe deplin operantă regula conform căreia anularea intervine doar atunci când are loc o vătămare a drepturilor și intereselor persoanelor care nu poate fi înlăturată altfel decât prin anularea procedurii/actelor procedurii. În speță, lesne se poate observa că, chiar și cu omisiunile pe care le pretinde, ... a fost capabilă să evalueze ofertele asocierii ... și a asocierii , emițând raportul procedurii de atribuire nr. 38/14.09.2019, prin care câștigătoare a fost desemnată oferta primei asocieri. După cum a evaluat și și-a asumat anterior desemnarea unei oferte câștigătoare, organizatoarea poate evalua ofertele și desemna una câștigătoare în lumina celor statuate în decizia Consiliului nr. 1807/C8/1967/16.10.2019.

Absența anumitor detalii din documentația de atribuire nu a produs nicio vătămare operatorilor economici participanți la competiție, pe de o parte, iar pe de altă parte, ea nu a cauzat vreo vătămare nici autorității contractante, din moment ce a fost capabilă să realizeze anterior o evaluare și să desemneze o câștigătoare.

În cele șapte luni, câte s-au scurs de la inițierea procedurii și deschiderea ofertelor, specialiștii autorității puteau semnala existența vreunor deficiențe ale documentației și să propună anularea licitației, iar nu după ce au consumat o etapă a evaluării ambelor oferte și un litigiu în fața Consiliului. Niciuna dintre susținerile autorității nu legitimează imposibilitatea reevaluării sau a încheierii contractului de achiziție publică, care să conducă la anularea procedurii în baza art. 212 alin. (1) din lege.

Contractul este unul de proiectare și execuție lucrări de modernizare a infrastructurii secundare de irigații, a clădirilor aferente stațiilor de pompare în localitatea ..., iar componenta de proiectare presupune, prin definiție, și eventuale ajustări ale punerii în operă a viitorului proiect. A nu se uita că, pentru prejudiciul cauzat de anularea competiției din cauză că autoritatea nu a întocmit corespunzător documentația, ofertanții au dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție, însemnând că nu este exclusă obligarea autorității să suporte plata de despăgubiri. Mai mult, chiar organizatoarea afirma, în punctul de vedere nr. 49/30.09.2019 (dosarul atașat al contestației anterioare), că întârzierea finalizării contractului cu „AFIR”, până în aprilie 2021, conduce la plata de penalități de către organizatoare pentru sumele neutilizate, iar în concluziile scrise nr. 88/10.12.2019 declara că *„decizia anulării a fost totuși una grea, întrucât implementarea este întârziată, dar AFIR permite extinderea cu 6 luni a duratei de execuție contra unei penalități de 0,25% din valoarea necheltuită”*.

Văzând și modul imperativ în care sunt redactate normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 145. - Autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului **cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii**.

Art. 146. - (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte **nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire**, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege.,

coroborate cu cele consemnate în raportul de finalizare a procedurii și ținând seama de principiul proporționalității, care impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60),

Consiliul apreciază că obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea anulării achiziției se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr. 47028/18.11.2019, în contradictoriu cu În

lumina considerentelor expuse, contrar celor raționate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că anularea procedurii s-a realizat cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind acest aspect este fondată.

O neregularitate procedurală, în măsura în care nu s-a cauzat părții o vătămare, nu determină anularea în tot sau în parte a procedurii și nici nu împiedică autoritatea contractantă să continue procedura și să atribuie contractul ofertantului clasat pe primul loc, în urma aplicării criteriului de atribuire – decizia nr. 2239 din 13 mai 2013 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal.

În speța pendinte, documentația pretins „incompletă” și-a consolidat efectele și nu produce nicio vătămare, nici autorității și, cu atât mai puțin, ofertantei, interesată ca procedura să fie continuată, respectiv să i se atribuie contractul, iar nu să fie anulată. Istoricul unei achiziții poate include diverse abateri de la lege, dar autoritatea nu are la discreție măsura anulării licitației sub simplul pretext al descoperirii lor, deși ele s-au consumat demult fără a afecta pe cineva. Alegând să anuleze licitația, autoritatea a comis o nouă ilegalitate, mai gravă, întrucât dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din legea achizițiilor publice (*„încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*) nu erau incidente în speță. O încălcare a legii nu se acoperă printr-o nouă încălcare a legii.

Regula *nemo auditur propria turpitudine allegans* sancționează persoana care a contribuit la neregularitatea unui act juridic, astfel încât nu mai poate invoca sancțiunea anulării actului, tocmai datorită faptului că neregularitatea a fost creată prin propria acțiune/inacțiune. Cauza de față relevă că organizatoarea procedurii este aceea care a stat în pasivitate, inclusiv pe durata procesului la Consiliu, deși nimic nu a oprit-o să își recitească propria documentație de atribuire.

Însăși, în litigiul anterior, în concluziile sale nr. 59/09.10.2019, atrăgea atenția că, „după trecerea termenelor prevăzute de Legea 101/2016, niciun operator economic nu mai poate contesta prevederile caietului de sarcini ori clarificările oferite de către AC, ca și act nelegal. Dacă documentația de atribuire nu încalcă vreo lege, aceasta este obligatorie atât pentru AC, cât și pentru fiecare ofertant.”, iar în punctul de vedere nr. 49/30.09.2019 afirma că documentele achiziției (fișa navetă) au fost aprobate de către „AFIR” prin adresa nr. 3712/20.02.2019. Nu i se pot imputa SC SRL neregulile pe care le invocă acum cu privire la propria documentație de atribuire.

Judecând motivele faptice de anulare invocate de către autoritatea achizitoare din perspectiva cadrului legal redat, Consiliul

determină că niciunul nu este de natură să atragă anularea procedurii.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, autoritatea nu a furnizat acestuia niciun argument credibil sau mijloc de probă din care să rezulte imposibilitatea încheierii contractului (făcând abstracție că modalitatea de executare a contractului reprezintă o problemă distinctă de încheierea lui). Pe de altă parte, simpla existență a unor îndoieli sau presupuneri nu îndrituiește autoritatea să anuleze procedura de atribuire. Pentru a fi legală, anularea licitației pe temeiul imposibilității contractării trebuie însoțită de mijloace concludente de probă din care să reiasă cel puțin un obstacol concret și cert de ordin legal sau factual în calea încheierii contractului.

Față de explicațiile vagi și lipsite de obiectivitate aduse de autoritate în fundamentarea măsurii anulării procedurii, departe de a reprezenta motive concrete care să justifice această măsură, cum impun dispozițiile antemenționate, Consiliul determină că anularea nu îndeplinește condițiile cerute de lege [art. 212 alin. (1) lit. c) teza ultimă din legea achizițiilor publice] pentru a putea fi însușită și validată de acesta. O astfel de măsură extremă trebuie să se conformeze tuturor dispozițiilor legale care o reglementează, mai ales că, potrivit art. 224 alin. (1) lit. k) din lege, anularea unei proceduri în alte cazuri decât cele permise de lege constituie contravenție, cu sancțiunea aferentă.

Este covârșitoare practica instanțelor judecătorești în care acestea au statuat că anularea unei proceduri de atribuire trebuie să aibă la bază motive care nu se găsesc la discreția autorității contractante, independente de orice culpă a acesteia și obiective. În acest sens pot fi invocate *exempli gratia* decizia nr. 436 din 10 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal; decizia civilă nr. 2646 din 27 noiembrie 2008, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 3556 din 24 iunie 2009, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 612/R-C din 13 iunie 2008, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal.

În Hotărârea din 2 martie 2010, cauza T-70/05, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*, reclamantă, împotriva Agenției Europene pentru Siguranța Maritimă (EMSA), pârâtă, Tribunalul Uniunii Europene a menționat: 103. [...] *potrivit jurisprudenței, o neregularitate procedurală nu determină anularea în tot sau în parte a unei decizii*

decât dacă se dovedește că, în lipsa acestei neregularități, procedura administrativă ar fi putut conduce la un rezultat diferit și, în consecință, decizia atacată ar fi putut avea un conținut diferit (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 12 martie 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisia, T 345/03, Rep., p. II 341, punctul 147, și Hotărârea European Service Network/Comisia, punctul 85 de mai sus, punctul 130 și jurisprudența citată).

În lumina celor expuse, Consiliul reține că anularea procedurii de atribuire s-a realizat cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind acest aspect este fondată.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de formularea și susținerea contestației (onorariul avocațial), ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației. –, precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă. Probatoriul cauzei a relevat că s-a aflat în culpă procesuală, motiv pentru care reclamanta a inițiat atacarea rezultatului evaluării pe cale administrativ-jurisdicțională. Existând o culpă procesuală din partea ei, se impune ca achizitoarea să suporte cheltuielile efectuate de reclamantă.

În consecință, date fiind cheltuielile avansate de contestatoare în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante aflate în culpă la plata celor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile solicitate sunt în sumă de 20.000 lei și reprezintă: „*Onorariu cf. CAJ 2059761/15.11.2019 – contestație CNSC – Comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 69/13.11.2019 – OUA SRPA 16 ...*”, pentru Cabinetul de Avocat „...”, facturat cu nr. 185/15.11.2019 și achitat de societatea contestatoare prin tranzacție interbancară la 15.11.2019 (ordinul de plată nr. 813/15.11.2019 și extrasul de cont Raiffeisen Bank), potrivit actelor depuse în copie semnată pentru conformitate la dosarul cauzei.

Pornind de la dispozițiile art. 26 alin. (9) precitate, coroborate cu cele ale art. 451 alin. (2) C. proc. civ. – *Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproportionat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun*

efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său. –, raportat la constatarea că speța de față nu este de o complexitate cu mult mai mare decât a speței precedente, în care același avocat a solicitat un onorariu de 3.500 lei, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la 5.000 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plata către contestatoare.

Normele Codului de procedură civilă și jurisprudența univocă și constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului, care nu de puține ori a subliniat că nu pot fi rambursate decât cheltuielile despre care s-a stabilit că au fost într-adevăr efectuate, că au fost necesare și că valoarea lor este rezonabilă, sunt avute în vedere de Consiliu. La acordarea cheltuielilor, integral sau parțial, Consiliul va avea în vedere scopul urmărit de legiuitor prin instituirea art. 451 alin. (2) din cod – evitarea îmbogățirii sau a sărăcirii părților prin rambursarea unor onorarii abuzive. Cheltuielile suportate trebuie să fie echitabile și raționale, să asigure acoperirea unui onorariu just, iar nu exagerat, disproporționat față de previziunile firești ale părților în proces, susceptibil de a fi o cauză de ruinare a uneia dintre părți și de îmbogățire a alteia sau de pedeapsă civilă stabilită în folosul celui care triumfă în proces. Așadar, Consiliul poate acorda un quantum mai redus al cheltuielilor decât cel solicitat de parte.

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

Admite contestația SC SRL nr. 47028/18.11.2019, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 68/13.11.2019 și actele autorității contractante ulterioare lui, inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea celor două oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea deciziei nr. 1807/C8/1967/16.10.2019, a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC SRL a sumei de 5.000 lei, reprezentând cheltuieli parțiale efectuate de aceasta pentru formularea și susținerea contestației nr. 47028/18.11.2019.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

....

OPINIE CONCURRENTĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie concurrentă:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului și cu motivarea redactată de acesta, mai puțin cu următoarele considerente, care se regăsesc la paginile 23 și 30 din prezenta decizie:

«Desigur, pentru eventualul prejudiciu cauzat de autoritate prin propria culpă, operatorii economici/ofertanții prejudiciați au dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție. Potrivit art. 53 alin. (6) din lege, în cazul în care se solicită plata de despăgubiri pentru repararea prejudiciului reprezentând cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire, persoana vătămată trebuie să facă dovada prejudiciului, a încălcării prevederilor legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile, precum și a faptului că ar fi avut o șansă reală de a câștiga contractul, iar aceasta a fost compromisă ca urmare a încălcării respective. Dacă încălcările există și reprezintă motivul pentru care procedura a fost anulată de autoritate, atunci este posibilă angajarea răspunderii patrimoniale a autorității, consecință care trebuie luată în calcul înainte de a fi hotărâtă anularea.»

«A nu se uita că, pentru prejudiciul cauzat de anularea competiției din cauză că autoritatea nu a întocmit corespunzător documentația, ofertanții au dreptul de a solicita despăgubiri prin acțiune în justiție, însemnând că nu este exclusă obligarea autorității să suporte plata de despăgubiri. Mai mult, chiar organizatoarea afirma, în punctul de vedere nr. 49/ 30.09.2019 (dosarul atașat al contestației anterioare), că întârzierea finalizării contractului cu „AFIR”, până în aprilie 2021, conduce la plata de penalități de către organizatoare pentru sumele neutilizate, iar în concluziile scrise nr. 88/10.12.2019 declara că „decizia anulării a fost totuși una grea, întrucât implementarea este întârziată, dar AFIR permite extinderea cu 6 luni a duratei de execuție contra unei penalități de 0,25% din valoarea necheltuită”.»

Motivul pentru care nu îmbrățișez considerentele respective derivă din următoarele:

Potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor.

În acord cu prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016, contestația se formulează în scris și trebuie să conțină, printre alte elemente, și obiectul contestației, respectiv solicitarea adresată Consiliului cu privire la actul/actele atacate, precum și motivarea în fapt și în drept a cererii.

În conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte, sau prin care obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității.

Asupra contestației primite, conform art. 14 alin. (2) și art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se pronunță prin decizie, aceasta fiind bazată pe stricta aplicare și respectare a legii, potrivit art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Art. 27 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 101/2016 stabilește că: *„Hotărârea Consiliului cuprinde: b) considerentele, în care se arată obiectul contestației și susținerile pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de Consiliu pe baza probelor administrate, **motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.**”*

Aplicând dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016, rețin următoarele prevederi ale art. 22 din Codul de Procedură Civilă:

“(1) Judecătorul soluționează litigiul conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile.

(6) Judecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ceea ce s-a cerut, fără însă a depăși limitele investiției, în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel.

(7) Ori de câte ori legea îi rezervă judecătorului puterea de apreciere sau îi cere să țină seama de toate circumstanțele cauzei, judecătorul va ține seama, între altele, de principiile generale ale dreptului, de cerințele echității și de buna-credință.”

Văzând toate aceste norme legale, ce stabilesc condițiile și cadrul emiterii unei decizii de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, consider că excedează acestora considerentele citate din motivarea majoritară, Consiliul nefiind competent să informeze părțile cauzei asupra posibilităților legale sau practice pe care le au la îndemână în relațiile dintre ele, relații care depășesc

cadrul de desfășurare a procedurii de achiziție publică, obiect al contestației.

În activitatea sa, Consiliul examinează, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, actul emis într-o procedură de atribuire și atacat prin contestație și nu se pronunță asupra unor acte viitoare ale părților.

Acordarea de consultanță părților, avertizarea acestora asupra consecințelor faptelor și actelor lor, informarea asupra căilor legale de acoperire a unui eventual prejudiciu sunt acțiuni ce țin de competența unei alte categorii de profesioniști, decât Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

În același timp, alături de toate acestea, considerentele amintite excedează și cadrului în care Consiliul a fost investit de părți.

Drept urmare, consider că nu ar trebui să se regăsească în motivarea acestei decizii considerentele din cele două paragrafe citate mai înainte.

MEMBRU COMPLET,

.....

Redactată în patru exemplare, conține treizeci și șapte de pagini.