

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

DECIZIE
Nr. 2368/C3/2541
Data: 26.10.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50604/27.09.2021, înaintată de SA, cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulată împotriva rezultatului licitației deschise organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare și execuție lucrări Modernizare drumuri comunale în, județul, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1032667/08.07.2021, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50604/27.09.2021, ... SA consideră nelegală decizia autorității contractante de a anula procedura mai sus amintită, în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că a omis să solicite proiectantului să includă, în documentația DALI, unele lucrări pe care le consideră necesare, cum ar fi:

- *Lucrările de artă la podurile de pe traseul drumurilor care fac obiectul procedurii;*
 - *Lucrările de modernizare, consolidare a podurilor, amenajarea canalelor colectoare aflate în administrarea ANIF și relocarea de utilități în cazul abordării acestui tip de lucrări,*
- aflându-se în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul arată că, deși autoritatea contractantă a indicat, drept temei legal al deciziei de anulare art. 212 alin. (1) lit. a), este prezumat că a avut în vedere, de fapt, cazul de la lit. c), prima teză - *încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire, respectiv 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).*

Or, potrivit dispozițiilor art. 146 alin. (2) din HG 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.*

Mai mult, anularea unei proceduri de atribuire în alte cazuri decât cele prevăzute la art. 212 și art. 213 sau crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire reprezintă contravenție, în sensul art. 224 alin. (1) lit. k) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul apreciază că, în speță, autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, susținând că a omis să solicite proiectantului să includă, în documentația DALI, anumite lucrări pe care le consideră necesare. Aceste pretense omisiuni ale documentației de proiectare sunt însă nereale.

Privitor la lucrările de artă la podurile de pe traseul drumurilor care fac obiectul acestei proceduri, precum și a lucrărilor de modernizare/consolidare a podurilor, autorității contractante i-au fost adresate solicitări de clarificări, în etapa prealabilă depunerii ofertelor, iar răspunsul (adresa nr. 2563/06.08.2021) a fost în sensul că *nu se vor realiza intervenții la poduri.*

Din analiza clarificărilor emise de autoritatea contractantă, rezultă cu claritate cerințele avute în vedere, cu privire la lucrările de poduri și relocări utilități. Intenția autorității contractante, de a exclude lucrările de poduri și de a include anumite relocări de utilități, nu ridică niciun fel de neclarități sau interpretări diferite.

Atât timp cât proiectul, pus la dispoziția ofertanților prin documentația de atribuire, a fost realizat pe baza unei expertize tehnice, este prezumat că acesta reflectă întocmai constatările expertului tehnic, nefiind acceptabil ca autoritatea contractantă să constate, într-o etapă înaintată a procedurii, faptul că anumite elemente au fost omise din DALI.

Faptul că autoritatea contractantă înțelege, la acest moment al procedurii, să adauge lucrări, pe care nu le-a avut în vedere inițial la elaborarea documentației de atribuire, reprezintă o manieră nelegală de desfășurare a procedurii de atribuire. Dacă s-ar permite astfel de abordări în procedurile de atribuire, ofertanții ar fi expuși riscului de

aloca resurse umane și financiare pentru elaborarea și depunerea ofertelor, fără o șansă reală de atribuire a contractului.

Așadar, într-o etapă ulterioară depunerii ofertelor, autoritatea contractantă a constatat preținse omisiuni ale documentației de atribuire, deși acestea ar fi putut fi invocate chiar din etapa prealabilă ofertării, atunci când au fost solicitate clarificări, de către operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Conduita autorității contractante este cel puțin îndoielnică și ridică suspiciuni în ceea ce privește decizia de anulare a procedurii de atribuire. Dacă autoritatea contractantă ar fi acționat cu diligență, ar fi trebuit să observe eventualele omisiuni ale documentației de atribuire, încă din etapa prealabilă depunerii ofertelor, dincolo de faptul că avea obligația elaborării unei documentații de atribuire clare și complete de la bun început.

Potrivit principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, autoritatea contractantă nu își poate invoca propria culpă, izvorâtă din defectuoasa pregătire a procedurii de atribuire, impusă participanților la procedura de achiziție, după o perioadă lungă de timp, înăuntrul căreia s-au consumat, în bună măsură, etape importante (elaborarea ofertelor, deschiderea și, probabil, parțial, evaluarea ofertelor).

Numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire, potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ face referire la o imposibilitate reală, neprovocată. În speță, imposibilitatea adoptării de măsuri corective a fost creată chiar de către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 3233/01.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 51792/04.10.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, iar prin corespondența electronică, înregistrată la Consiliu cu nr. 53553/13.10.2021, autoritatea contractantă a transmis documente din cadrul dosarului achiziției publice, necesare soluționării contestației.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă arată că, urmare a solicitărilor de clarificări, venite din partea operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire, prin care se insistă foarte mult asupra unor lucrări asupra podurilor de pe traseul drumurilor care fac obiectul procedurii, a observat că nu s-a solicitat proiectantului să includă, în documentația DALI, anumite lucrări pe care le consideră necesare.

Autoritatea contractantă a avut în vedere și că, o parte din lucrări se va realiza asupra drumului județean 184 A, pe întreaga suprafață a părții carosabile care străbate Fiind drum județean, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului Județean, încă din luna aprilie 2021, preluarea temporară în administrarea Comunei a

sectoarelor de drum județean 184 A și 182 B, în vederea realizării unor lucrări de reabilitare și modernizare. Până la data formulării comunicării privind anularea procedurii, Consiliul Județean nu a emis nicio hotărâre în acest sens. În acest context, autoritatea contractantă a stabilit incidența dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) coroborate cu cele ale alin. (2).

Sușținerile contestatorului cu privire la crearea unor circumstanțe artificiale de anulare a procedurii sunt, în opinia autorității contractante, nefondate.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 55309/21.10.2021, ... SA a transmis note scrise, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației.

Totodată, contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, precizând că argumentele prezentate de aceasta, în sprijinul deciziei de anulare a procedurii de atribuire, nu pot fi primite. În ceea ce privește argumentul conform căruia clarificările adresate de operatorii economici în perioada anterioară depunerii ofertelor ar fi condus la concluzia că fusese omis a se solicita proiectantului să includă în documentația DALI anumite lucrări, pe care le consideră necesare, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă a continuat procedura de atribuire. Or, autoritatea contractantă a constatat preținse omisiuni ale documentației de atribuire într-o etapă ulterioară depunerii ofertelor, deși acestea ar fi putut fi invocate chiar din etapa prealabilă depunerii ofertelor, atunci când au fost solicitate clarificările.

În ceea ce privește argumentul conform căruia solicitase Consiliului Județean, în luna aprilie 2021, preluarea temporară în administrarea Comunei a sectoarelor de drum județean 184A și 182B în vederea realizării unor lucrări de reabilitare și modernizare, contestatorul arată că autoritatea contractantă a demarat procedura de atribuire (anunțul de participare fiind publicat la data de 08.07.2021) chiar în absența hotărârii Consiliului Județean (despre care susține ca era necesară).

În opinia contestatorului, aceste argumente sunt doar menite să justifice circumstanțele artificiale, create în scopul anulării procedurii de atribuire.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 08.07.2021, o licitație deschisă în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare și execuție lucrări Modernizare drumuri comunale în, județul, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1032667.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire în discuție (măsură ce i-a fost comunicată prin

adresa nr. 3012/15.09.2021), ... SA a formulat contestația de față, solicitând

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SA a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1, în valoare de 865.709,21 lei, emisă de Raiffeisen Bank, la data de 28.09.2021.

Litigiul în cauză privește ne/legalitatea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, având în vedere că autoritatea contractantă a argumentat decizia, în raportul procedurii, prin omisiunea de a solicita proiectantului să includă în DALI:

- Lucrările de artă la podurile de pe traseul drumurilor care fac obiectul prezentei proceduri;

- Lucrările de modernizare, consolidare a podurilor, amenajarea canalelor colectoare aflate în administrarea ANIF și relocarea de utilități în cazul abordării acestui tip de lucrări.

Consiliul reține că, față de necesitatea cotării acestor lucrări, operatorii economici interesați de participarea la procedură au solicitat clarificări, la care a răspuns proiectantul, iar autoritatea contractantă a publicat, în 06.08.2021, următoarele: (...)

9. Intrebare: Va solicitam o planșă sau mai multe detalii cu privire la execuția Podului din tabla corugată de pe strada Izvorului (lungime, diametru, tipul de tabla etc.), pe care îl regasim în planșa PS 20-2. De asemenea, va rugăm să clarificați dacă este singurul pod inclus în aceasta investiție.

Răspuns: La podul respectiv se vor reface doar calea pe pod și timpanele. Nu se vor aborda alte lucrări de poduri în prezenta investiție.

(...)

25. Intrebare: Va solicitam să precizați dacă există poduri pe traseu și dacă se intervine asupra lor.

Răspuns: Nu se vor realiza intervenții la poduri.

(...)

29. Intrebare: Va solicitam să confirmați că pentru executarea lucrărilor de execuție ale structurii rutiere și ale lucrărilor de scurgere a apelor nu sunt necesare devieri de utilitari, soluțiile tehnice propuse în DALI sunt aplicabile în teren atât în plan cât și în profil longitudinal.

Răspuns: Sunt necesare relocări de stâlpi de electricitate conform răspunsului anterior la clarificări.

Relevant este și răspunsul dat la solicitarea nr. 16:

16. Întrebare: Va solicitam să puneți la dispoziția ofertanților Expertiza tehnică.

Răspuns: Proiectul pus la dispoziție în SEAP este realizat pe baza expertizei tehnice, proiectantul ținând cont de toate recomandările expertului tehnic. Considerăm proiectul la faza DALI ca fiind suficient în realizarea procesului de ofertare și în îndeplinirea serviciilor de

proiectare la fazele PAC si PTE. Mai mult, expertiza tehnica va fi pusa la dispoziție ofertantului castigator.

Așadar, din cele de mai sus, se înțelege, explicit, că autoritatea contractantă a decis că documentația de atribuire este completă, având la bază o expertiză tehnică, iar lucrările în cauză nu sunt necesare.

Luând în considerare informațiile din SEAP, au fost depuse 3 oferte, până la termenul limită, 28.08.2021.

Cu toate acestea, în procesul de evaluare a ofertelor, mai exact în 07.09.2021, prin adresa nr. 2880, achizitorul a întrebat proiectantul dacă, în cadrul proiectului, au fost prevăzute următoarele lucrări:

- amenajarea drumurilor laterale;
- lucrări de intervenție la poduri (consolidări/poduri noi);
- amenajarea canalelor colectoare (consolidări/poduri noi);
- relocări de utilități.

În 09.09.2021, proiectantul SRL a răspuns:

1. Nu au fost incluse lucrările de arta (podurile) de pe traseul drumurilor care fac obiectul contractului menționat anterior. Pentru aceasta, este necesara o expertiza tehnica întocmita de un expert atestat MDRAP la exigenta A4, B2, D, poduri. Întrucât contractul de prestări servicii nu a prevăzut acest serviciu, proiectantul nu a introdus podurile in documentația la faza DALI.

2. In ceea ce privește canalele colectoare aflate in administrarea Agenției Naționale de Imbunatatiri Funciare, acestea nu s-au abordat in cadrul documentației intrucat in avans de orice tip de acțiune care le vizeaza, Agenția trebuie sa trimită un punct de vedere solicitat printr-o documentație de avizare. La faza DALI nu sunt necesare avizele mentionate in Certificatul de Urbanism, asa deci, acest punct urmeaza a fi clarificat intr-o faza superioara de proiectare, atunci cand, pentru obținerea Autorizației de Construire, vor fi necesare si avizele si acordurile tuturor entitatilor mentionate in certificat.

3. In ceea ce inseamna relocarea de utilitati, va facem cunoscut faptul ca exista posibilitatea sa apara lucrări suplimentare care sa necesite astfel de operațiuni daca de exemplu, beneficiarul dorește sa includă lucrările de modernizare, consolidare a podurilor si abordarea canalelor colectoare ANIF. Pentru a fi si mai expliciti, proiectantul a prevăzut relocarea stâlpilor de electricitate aflați pe traseul drumurilor proiectate (acolo unde este cazul) dar nu a prevăzut lucrări de relocare utilitati pentru obiectivele neabordate.

4. In cadrul documentației, proiectantul a prevăzut amenajarea cu structura rutiera moderna a drumurilor laterale, pe o lungime de 15 m. In cazul in care, beneficiarul considera oportun si justificat ca pe anumite drumuri laterale, structura rutiera sa se continue pe o lungime mai mare decât cei 15 m prevăzuți de noi, va rugam sa ne comunicați si vom actualiza documentația in consecința.

Facem mențiunea faptului ca, daca beneficiarul solicita in mod expres rezolvarea oricaruia dintre punctele mai sus mentionate, pe baza de comanda ferma de proiectare, respectiv de act adițional la contractul de prestări servicii, proiectantul poate aborda si soluționa acestor solicitări transmise prin adresa nr. 2880/07.09.2021. Mai mult, tinand seama de majorarea semnificativa a preturilor unor materiale de constructii, coroborat cu Hotararile Ministerului Dezvoltării, putem sa actualizam devizul general al investitiei daca acest lucru este solicitat de beneficiarul lucrării.

Din răspunsul proiectantului se reține că o eventuală intervenție asupra documentației de atribuire, publicată în SEAP, ar fi trebuit să fie bazată, cel puțin, pe o corespondență cu emitentul expertizei tehnice, dar și cu ANIF. Or, autoritatea contractantă nu a făcut astfel de demersuri.

Cât privește solicitarea autorității contractante, adresată Consiliului Județean, în 08.04.2021 (pentru preluarea temporară, de către cea din urmă, a unor sectoare de drum județean), aceasta nu constituie un element de noutate, pentru acest moment din procedura de atribuire. Prin inițierea licitației deschise, în 08.07.2021, se înțelege că achizitorul a considerat că îndeplinirea contractului nu este afectată de lipsa răspunsului din partea CJ

Documentele aflate la dosarul cauzei arată că eventuala intervenție asupra DALI pare a fi exprimată/solicitată doar de primarul localității achizitoare, fără o justificare tehnică, susținută de proiectant ori de vreo expertiză tehnică. SRL chiar a subliniat că a întocmit documentele conform obligațiilor din contractul de prestări servicii.

În plus, trebuie reținut că, prin caietul de sarcini, s-a impus, în sarcina ofertanților, respectarea expertizei tehnice:

13. Asigurarea calitatii execuției

Pentru asigurarea calitatii execuției lucrărilor ce fac obiectul prezentei documentații, se vor respecta prevederile Legii nr. 10/1995 - referitoare la sistemul de asigurare a calitatii in constructii, precum si standardele, recomandările, prescripțiile, normele metodologice cu privire la execuția lucrărilor de constructie si legislației incidente domeniu.

Este obligatoriu ca la întocmirea ofertei tehnice sa se respecte toate prevederile si datele tehnice din prezentul Caiet de Sarcini si din Expertiza tehnica si Documentația de avizare a lucrărilor de interventii (parte scrisă si desenata).

Astfel, în lipsa oricărei opinii argumentate, din punct de vedere tehnic, prin care să se infirme actuala documentație de atribuire, conducătorul autorității contractante nu are competența de a decide, asupra oportunității introducerii altor lucrări în documentația tehnică.

Motivația de anulare a procedurii (ca urmare a unor *clarificări venite din partea operatorilor economici care au participat la procedura*

de atribuire), exprimată în punctul de vedere, nu poate fi considerată pertinentă, din moment ce achizitorul a răspuns, în mod repetat și cu acceptul proiectantului, că trebuie respectat DALI-ul publicat în SEAP.

Autoritatea contractantă nu poate pretinde, după depunerea ofertelor, că ar fi tratat cu ușurință întrebările adresate de operatorii economici, din moment ce lucrările respective se pot achiziționa separat.

Documentația de atribuire trebuia respectată, în egală măsură, de ofertanți, în elaborarea propunerii tehnice și a propunerii financiare [conform art. 75 din Legea nr. 98/2016: *Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, însoțită de documentele sau de documentul unic de achiziție european, în conformitate cu dispozițiile [art. 193-197](#), după caz, care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite de autoritatea contractantă.*], dar și de autoritatea contractantă care, prin comisia de evaluare, analizează ofertele prin raportare la prevederile documentației de atribuire [în baza prevederilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are următoare atribuții: (...)]

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați; (...)

f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege;

i) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor (...)].

În consecință, Consiliul constată că, raportat la motivele de anulare, cuprinse în raportul procedurii, situația în cauză nu relevă îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Prin justificarea sa, autoritatea contractantă a creat o circumstanță artificială de anulare a procedurii de atribuire.

Pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula raportul procedurii, precum și actele subsecvente lui. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să anuleze decizia de anulare, să continue evaluarea ofertelor, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de SA în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii, precum și actele subsecvente lui. Obligă autoritatea contractantă să anuleze decizia de anulare și să continue evaluarea ofertelor, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.