



C.N.S.C.

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.cnsc.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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 143/C3/2809,2858

Data: 20.01.2021

Prin contestațiile nr. 87/14.12.2020, respectiv FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55171/14.12.2020, respectiv sub nr. 56087/17.12.2020, înaintate de 1) SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, administrator, respectiv de 2) SRL, cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată convențional prin avocat, ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale la Cabinet Avocat "", din, formulate împotriva documentației de atribuire întocmite de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor) și execuție lucrări pentru implementarea proiectului: MODERNIZARE DRUMURI LOCALE ÎN COMUNA, JUDEȚUL", inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1080037/11.12.2020, s-a solicitat:

- în principal, anularea în parte a actului contestat, în ceea ce privește *Pct. II.2.5) Criterii de atribuire*, în sensul eliminării factorului de evaluare „Experiența echipei de experți” și în ceea ce privește *Pct. II.2.14 Informații suplimentare - Clauză suspensivă*;

- în subsidiar, în cazul în care se consideră că soluția eliminării doar a acestor elemente din fișa de date nu este posibilă, anularea procedurii (de către SRL);

- anularea prevederilor/cerințelor documentației de atribuire care încalcă prevederile legale și principiile aplicabile achizițiilor publice, precum și obligarea autorității contractante la remedierea lor și reluarea procedurii de atribuire;

- în subsidiar, în situația în care nu este posibilă remedierea documentației de atribuire, anularea procedurii de atribuire, conform prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, potrivit prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor făcute pentru soluționarea contestației, potrivit prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 (de către SRL).

Contestațiile vor fi conexe în condițiile prevăzute de art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 87/14.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 55171/14.12.2020, ... SRL atacă fișa de date a achiziției, întocmită de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire mai sus amintită, care, în opinia contestatoarei, ar conține cerințe vădit disproportionale, în raport cu obiectul contractului.

Contestatoarea susține că CNSC s-a pronunțat, deja, într-o altă cauză, ce avea ca obiect o fișă de date identică cu cea contestată în litigiul din speță, respectiv în dosarul nr. 2472/2020, în care s-a dispus anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea arată că elementele criticate din fișa de date a achiziției contrazic dispozițiile legale specifice în materie, anexând contestației multe fișe de date ce sunt identice cu cea din prezenta cauză.

De asemenea, contestatoarea precizează că autoritățile contractante nu dimensionează în mod corespunzător factorul de evaluare privind "Experiența echipei de experți", acesta fiind stabilit în același quantum (de 25% = 25 de puncte), indiferent de valoarea sau importanța lucrărilor de proiectare ce urmează a fi realizate în contract.

Totodată, contestatoarea susține că această modalitate, defectuoasă, de întocmire a fișei de date și de stabilire a punctajului obținut de către ofertanți are drept consecință scăderea competitivității între oferte, din cauza faptului că există un număr limitat de *Experți - cheie* care ar putea prezenta experiență constând în implicarea în peste 20 proiecte sau contracte.

Contestatoarea invocă și faptul că expertul cooptat de către autoritatea contractantă, pentru a superviza și organiza achiziția publică, este domnul și firma, această firmă de consultanță fiind implicată în foarte multe proceduri de achiziție, aceasta putând fi explicația pentru care există numeroase fișe de date de achiziție identice, de la autorități contractante diferite, din județe diferite.

Contestatoarea precizează că nu critică necesitatea introducerii unui asemenea criteriu de departajare, apreciat că este util, dar solicită a fi analizat faptul că autoritatea contractantă îi atribuie o importanță mult prea mare față de ponderea lucrărilor de proiectare, din totalul valorii contractului de achiziție publică (de obicei, sub 5% din valoarea contractului).

Cu titlu prealabil, contestatoarea învederează faptul că obiectul procedurii de atribuire este acela al atribuirii unui contract pentru proiectarea și modernizarea unor drumuri sătești, de o clasă tehnică inferioară și de o categorie de importanță scăzută.

De asemenea, citând algoritmul de calcul prevăzut la *Pct. III.2.5) Criterii de atribuire: „Cel mai bun raport calitate – preț - EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERTI -Componenta tehnică -25%*, contestatoarea susține că factorul de evaluare și cerința de calificare *Experiența echipei de experți* contravin dispozițiilor art. 187 alin. (3) și art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și celor ale art. 32 alin. (3), (4) și (8) din HG nr. 395/2016, precum și ale art. 10 din Instrucțiunea nr. 1/2017, pe care le citează.

În concluzie, contestatoarea arată că stabilirea unui criteriu privind experiența echipei de experți, atât de disproporționat față de lucrarea concretă ce urmează a fi executată, are drept consecință distorsionarea rezultatului procedurii, precum și crearea un avantaj nejustificat unei anumite categorii de ofertanți, care pot prezenta personal - cheie cu experiență în peste 20 de contracte similare.

Contestatoarea invocă o a doua critică, cu privire la acest factor de evaluare, respectiv numărul de puncte ce a fost atribuit acestui criteriu, considerând că este disproporționată măsura stabilirii unui punctaj maxim de 25 de puncte pentru experți ce se vor ocupa de faza de proiectare.

Astfel, contestatoarea menționează că, în cadrul contractului din speță, lucrările de proiectare au o valoare mult inferioară față de valoarea lucrărilor de execuție de lucrări, respectiv valoarea proiectării în contract reprezintă un procent de aproximativ 4,5 %.

Or, consideră contestatoarea că nu se poate găsi nicio explicație tehnică pentru care autoritatea contractantă să considere că trebuie să acorde 25 de puncte pentru experiența personalului cheie care se va ocupa în mod preponderent de execuția lucrărilor de proiectare. Mai mult, nici din punct de vedere al timpului în care aceștia sunt implicați în proiect nu se justifică acordarea unui punctaj atât de mare. Propriu-zis, experții cheie vor fi implicați doar la începutul execuției

contractului de achiziție publică, în prima lună, atunci când se va realiza proiectul de execuție.

Contestatoarea invocă și faptul că, în *Instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020*, ANAP a prezentat un model cu privire la fișele de date ce au ca criteriu de atribuire cel mai bun raport calitate-preț și chiar dacă are doar valoarea unei recomandări, se poate observa că ANAP a arătat că punctajul maxim ce poate fi acordat pentru experții cheie este de 15%.

Contestatoarea invocă o a treia critică ce vizează numărul de contracte solicitat de autoritatea contractantă pentru ca ofertantul să obțină punctajul maxim.

Astfel, contestatoarea arată că, așa cum se poate observa din cuprinsul algoritmului de calcul, ofertantul ce deține un expert cheie care a fost implicat în peste 20 de contracte asemănătoare va primi punctajul maxim.

Cele trei grade de departajare sunt:

- a) între 0-10 proiecte/contracte - $\frac{1}{4}$ din punctajul maxim;
- b) între 11-20 proiecte/contracte - $\frac{1}{2}$ din punctajul maxim;
- c) peste 20 de proiecte/contracte - punctajul maxim.

Se poate observa faptul că există un dezechilibru între cele trei categorii de departajare. Propriu-zis, ofertantul care deține un expert - cheie cu 0 proiecte ar primi același punctaj cu ofertantul care a prezentat un expert - cheie cu 10 proiecte, situație evident inechitabilă și disproporționată.

Cu privire la acest aspect, contestatoarea face trimitere la *Instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020*, unde ANAP stabilește o scară de departajare mult mai bine echilibrată, respectiv:

„a) pentru experiența constând în implicarea între 2 - 4 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă $\frac{1}{4}$ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 5 - 7 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă $\frac{1}{2}$ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

c) pentru experiența constând în implicarea în peste 7 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv.”

Deci, este eliminată posibilitatea de a obține puncte pentru acei experți - cheie care nu prezintă implicare în vreun proiect similar.

Contestatoarea invocă și numărul mare de proiecte similare, anticipând că explicația autorității contractante pentru a justifica acordarea punctajului maxim pentru experții - cheie cu peste 20 de proiecte este aceea că dorește participarea unui expert - cheie cu o experiență bogată în execuția unor contracte asemănătoare.

Or, obiectul contractului de achiziție publică, respectiv execuția unui număr de 54 de străzi rurale, nu prezintă un grad ridicat de dificultate, spre deosebire de cele județene sau naționale, deci nu se

poate justifica necesitatea unui expert cu implicare în 20 de proiecte similare.

Totodată, contestatoarea arată că nu se specifică nimic cu privire la valoarea contractelor la care expertul - cheie a fost implicat, astfel că, o delimitare doar cantitativă între experții - cheie nu poate conduce la concluzia că un expert cu un număr ridicat de proiecte în care a fost implicat va realiza o lucrare de proiectare la un standard mai ridicat decât un alt expert care a participat la mai puține proiecte.

De altfel, contestatoarea precizează că, la numărul ridicat de contracte pentru care se acordă punctajul maxim nu se corelează cu alte prevederi din fișa de date contestată.

În continuare, contestatoarea prezintă argumente cu privire la eliminarea clauzei suspensive prevăzută la punctul *II.2.14 Informații suplimentare* din fișa de date a achiziției, pe care îl citează.

Și cu privire la această mențiune din cadrul fișei de date a achiziției, contestatoarea susține că există deja multe fișe de date care o au preluată, fiind o practică constantă la nivelul autorităților contractante.

Contestatoarea menționează că, prin Notificarea nr. 256/2016 emisă de ANAP au fost prevăzute următoarele: "Atenție la inițierea unei proceduri de achiziție publică cu clauză suspensivă" care prevede încheierea contractului numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare - această clauză nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art. 143 din HG nr. 395/2016 stabilește obligația autorității contractante de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare".

Astfel, contestatoarea susține că notificarea ANAP cuprinde o atenționare a autorităților contractante referitor la libertatea nelimitată pe care ar putea să o aibă înainte de încheierea contractului, pentru situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute pentru obținerea finanțării.

Aceeași atenționare este reluată și în Circulara transmisă de Ministerul Fondurilor Europene în anul 2019, prin adresa nr. 60508/CB/07.08.2019.

Pentru a verifica dacă autoritatea contractantă și-a îndeplinit această obligație, contestatoarea solicită Consiliului să-i pună în vedere să depună la dosar demersurile ce au fost realizate pentru obținerea finanțării necesare derulării contractului de achiziție publică, iar în cazul în care autoritatea contractantă nu va fi în măsură să prezinte solicitări de obținere a finanțării sau să prezinte alte documente relevante, atunci să dispună admiterea contestației și să dispună anularea procedurii.

Având în vedere că obținerea finanțării depinde, în mare măsură, de diligențele autorității contractante, contestatoarea consideră că se dă posibilitatea autorității de a sta în pasivitate și de a refuza, în mod indirect, semnarea contractului de achiziție publică, atitudine interzisă expres de dispozițiile art. 145 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016.

Totodată, în lipsa verificării de către CNSC a demersurilor ce au fost realizate de autoritatea contractantă, contestatoarea susține că, mențiunea din fișa de date s-ar transforma într-o veritabilă condiție pur potestativă, îndeplinirea condiției depinzând, în mod exclusiv, de voința debitoarei obligației de a semna contractul. Or, potrivit art. 1403 din NCC, o astfel de condiție suspensivă nu produce niciun efect.

De asemenea, contestatoarea arată că o astfel de clauză prezintă și un alt inconvenient, unul de ordin practic. Incertitudinea cu privire la momentul semnării contractului are în mod evident consecințe și cu privire la momentul de la care vor începe lucrările și această incertitudine face ca eventualul executant să nu poată anticipa perioada în care urmează a se executa contractul (anotimpul, condițiile meteo etc.), precum nu poate anticipa zilele de sărbătoare legală.

Or, aceste aspecte sunt relevante pentru transmiterea unei oferte și pentru stabilirea unui termen de execuție.

Prin adresa nr. 5656/22.12.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 57866/28.12.2020, autoritatea contractantă a depus la dosar copia conformă a dosarului achiziției publice, precum și punctul său de vedere nr. 5640/21.12.2020, față de contestația formulată de SRL, prin care solicită respingerea, parțial, a contestației, cu menținerea factorului de evaluare a experienței echipei de experți, urmând să adopte măsuri de remediere necesare referitoare la erorile materiale constatate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu, acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

Referitor la documentele suport ce sunt invocate de către contestator, respectiv informații din dosarul nr. 2472/2020 și fișa de date „identică” cu cea supusă discuției, autoritatea contractantă precizează că, sub un nici aspect, cele două documentații de atribuire nu sunt identice, ci cel mult se pot asemăna sub aspectul clauzei suspensive introduse, în rest prevederile acestora fiind total diferite.

Autoritatea contractantă precizează că motivele criticate nu contrazic prevederile legale în materie, acest gen de clauză suspensivă fiind verificată și aprobată inclusiv de către ANAP, în exercitarea funcției sale de control privind documentațiile de atribuire în proceduri „identice”. De asemenea, este irelevant faptul că un expert cooptat participă în cadrul mai multor proceduri de atribuire, societatea de consultanță la care se face referire având acest obiect de activitate (principală).

În privința criticii adusă factorului de evaluare „EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERTI”, căreia i s-a aplicat un procent de 25% și un număr ridicat de participări în contracte ce au avut ca obiect prestarea de servicii similare, autoritatea contractantă precizează că acesta este legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare. Astfel, prin acest criteriu, deși se cere ca echipa de proiectare să fie compusă din minimum 5 membri, specialiști în domeniul CFDP, geodeziei și topografiei, criteriu pe care ofertantul îl consideră nelegal, acesta este în concordanță cu prevederile instrucțiunii 1/2017 emisă de ANAP și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Autoritatea contractantă arată că instrucțiunea menționată are caracter de îndrumare pentru autoritățile contractante, nu de obligativitate în aplicarea ei, aceasta dând indicații referitoare la personalul și modalitatea prin care autoritățile contractante pot introduce în criteriul de evaluare, factorul referitor la experții cheie minim solicitați, situațiile prezentate în această instrucțiune fiind cu titlul de exemplu/e. Mai mult, dacă se consideră importantă și vitală instrucțiunea în ceea ce privește argumentarea criticilor aduse, se constată că prin exemplul dat în Anexa 1 a instrucțiunii este prezentat factorul de evaluare „Experiența experților-cheie”, căruia i se alocă 24 de puncte din totalul de 100, deci punctajul alocat de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri este în concordanță cu cel indicat de ANAP în instrucțiunea supusă discuției.

Autoritatea contractantă precizează că, prin alegerea acestui factor de evaluare, în cadrul căruia a solicitat un număr de minimum 5 experți cheie ce vor presta serviciile de elaborare a proiectului tehnic și vor asigura asistența tehnică din partea proiectatului, aceasta nu a urmărit decât ca elaboratorul documentației tehnico-economice să fie unul capabil, care a realizat în trecut un număr suficient de mare de proiecte similare și care va putea să livreze o documentație corectă, care să poată fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție sau în timpul execuției.

Autoritatea contractantă învederează că a stabilit trei clase în funcție de care se se acorde punctajul/expert, respectiv:

„a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă $\frac{1}{4}$ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 11-20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă $\frac{1}{2}$ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

c) pentru experiența constând în implicarea în peste 20 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă punctajul maxim alocat expertului respectiv.”, pentru a se asigura de faptul că ofertanții vor da dovadă de un real profesionalism și își vor alege asociatul proiectant, care va putea fi în stare să elaboreze, încă de la început, un

proiect coerent, adaptat situației din teren și în concordanță cu DALI-ul înaintat.

Mai mult, alegerea, ca experți minimum solicitați și cu o experiență vastă, a unui șef de proiect inginer CFDP, a doi ingineri proiectanți CFDP și a unui inginer geodez și unul topometrist, este logică și în concordanță cu prevederile legale.

Se arată că elaborarea unei documentații tehnico-economice se realizează de către o echipă de specialiști, fiecare din domenii diferite, iar studiile elaborate de aceștia duc la întocmirea unui proiect tehnic, ce nu ar putea fi elaborat conform prevederilor în vigoare decât pe baza studiilor separat întocmite și conlucrării acestora. Astfel, inginerul topometrist elaborează studiul topografic, studiu unde sunt reanalizate din punct de vedere al lungimii și lățimii, străzile ce vor fi modernizate; inginerul geodez elaborează studiul geo-tehnic pe baza căruia se poate valida sau nu în funcție de situația de la momentul întocmirii, soluția tehnică aleasă prin expertiza de la faza DALI; inginerii CFDP corelează datele studiului topografic și geo-tehnic și îl transpun într-o soluție viabilă și cât mai bună raportat la calitate-preț din punct de vedere al execuției, în timp ce șeful de proiect, inginerul CFDP, coordonează toată activitatea acestora, precum și a restului de specialiști, dar a căror importanță nu este semnificativă, pentru a se realiza o documentație tehnico-economică de calitate și cât mai aproape de adevăr în ceea ce privește situația fizică din teren.

Autoritatea contractantă consideră că alegerea acestor specialiști minim solicitați precum și numărul de peste 20 de proiecte similare în cadrul cărora au prestat servicii similare, justifică impactul semnificativ și calitativ pe care îl au aceștia în economia proiectului, pentru că un proiect elaborat bine de la început și de o echipă ce deține o experiență cât mai mare în domeniu are șanse reale de a fi dus la îndeplinire într-un timp mai scurt și cu costuri suplimentare generate minime, justificând defapt întregul criteriu de evaluare, cel mai bun raport calitate-preț. În situația în care contestatorul considera că această lucrare nu prezintă un „grad înalt de complexitate”, autoritatea contractantă nu vede impedimentul care i-ar fi impus acestuia printr-un astfel de criteriu, pe care cu siguranță îl va putea îndeplini la nivelul său maxim, pentru a beneficia de cele 25 de puncte acordate factorului de evaluare.

În ceea ce privește invocarea de către ofertant a prevederilor instrucțiunilor pentru ofertanți PNDR 2014-2020, autoritatea contractantă precizează că acestea au rol de model, informare asupra modului în care autoritățile contractante, ce derulează proiecte finanțate prin AFIR (PNDR 2014-2020), respectiv fonduri europene, vor trebui să își elaboreze documentațiile de atribuire, nicidecum un caracter general și obligatoriu aplicabil tuturor procedurilor de atribuire, indiferent de sursa finanțării lor, cum încearcă contestatorul să inducă. Mai mult, contestatorul se află în eroare, dat fiind faptul că, probabil, a încurcat fișele de date contestate, fie din grabă, fie voit, în

cea ce privește numărul de contracte ce sunt necesare îndeplinirii pentru punctajul maxim al criteriului de evaluare contestat. Atât în fișa de date, cât și în strategia de contractare se poate observa că nu există ca prim prag „între 0-10 proiecte/contract - % din punctajul maxim”, ci primul prag este „a) pentru experiența constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă 1/4 din punctajul maxim alocat expertului respectiv”. Or, critica conform căreia „ofertantul care deține un expert cheie cu 0 proiecte va primi același punctaj cu ofertantul care a prezentat un expert-cheie cu 10 proiecte” este nefondată. Mai mult, numărul minim de 1 proiect este în concordanță cu cerințele caietului de sarcini, unde se solicită ca experții cheie pentru a putea fi punctați, să fi participat în cadrul a minimum 1 proiect similar.

Autoritatea contractantă precizează că indicarea clauzei suspensive are rolul de a informa „potențialii ofertanți” despre faptul că, la momentul publicării pe SICAP a procedurii, investiția nu beneficiază de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una ipotetică, pentru că, în cazul în care ar fi efectuat verificări suplimentare, cum de altfel a și făcut, dar cu referire la detalii ce nu țin de procedura în cauză (respectiv calitatea expertului cooptat și numărul de proceduri în care acesta participă), ar fi observat că prezenta procedură are la bază includerea deja pe listă sinteza de finanțare, de la nivelul Companiei Național de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și drumuri de interes județean. Deci referitor la finanțare, aceasta se va realiza în viitorul apropiat, deja fiind inclus în strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult, în cadrul unității administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetară multianuală, legalitatea publicării anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit făcut oricum, prin publicarea anunțului la acest moment, ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe lista sinteză, nefiind altceva decât o bună conduită a autorității contractante, care la momentul semnării contractului de finanțare va avea deja finalizată probabil procedura de achiziție publică, sau va fi aproape de finalizarea ei, practic câștigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând a fi unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată.

Autoritatea contractantă arată că, în cazul în care, dacă s-ar aștepta încă 12 luni pentru a se semna finanțarea, urmate de alte luni pentru parcurgerea procedurii de atribuire, nu ar fi decât în detrimentul atât al constructorului, cât și al beneficiarului, prin prisma costurilor suplimentare ce vor surveni pe această perioadă. Mai mult, contestatorul nu invocă decât legislație neoficială, unde chiar și aceasta nu interzice introducerea unei clauze suspensive, ci doar recomandă. În ceea ce privește nelegalitatea unei astfel de clauze, ofertantul

invocă o circulară a Ministerului Fondurilor Europene, document nepublicat în monitorului oficial, de care inclusiv autoritățile contractante ar fi obligate să țină cont. Având în vedere că nu există o interdicere expresă dată de legislație, prin care o autoritate contractantă care deja are prins în planul de achiziții și în buget o investiție, pentru care încă nu are finanțarea totală, dar a efectuat deja primii pași spre aceasta, fiind în linie dreaptă pentru semnarea contractului, să i se interzică a publica un anunț de participare privind obiectivul în discuție, afirmațiile ofertantului nu pot fi luate în calcul, iar capătul său de cerere trebuie să fie respins, neavând suportul legal pe care să se bazeze.

Autoritatea contractantă subliniază că nu va semna cu ofertantul ce va fi declarat câștigător contractul de proiectare și execuție aferent procedurii în cauză, până la momentul semnării contractului de finanțare, clauza suspensivă având rolul de a preveni orice litigiu ce ar putea interveni în situația în care finanțarea nu s-ar mai obține.

Autoritatea contractantă nu consideră că buna conduită de a efectua pașii pe care oricum ar fi trebuit să îi urmeze, respectiv licitația publică, înainte de a avea contractul de finanțare semnat, ar aduce atingere vreunui ofertant, aceștia asumându-și împreună cu autoritatea contractantă clauza suspensivă, acești pași urmând oricum a fi făcuți după semnarea contractului de finanțare, deci practic câștigându-se timp în implementarea unui proiect, câștig de timp ce se traduce într-un câștig economic.

Pentru a răspunde solicitării SC SRL, autoritatea contractantă depune atașat punctului de vedere documente ce stau la baza solicitării de finanțare deja înaintate către Compania Națională de Investiții, documente transmise șă în urma cărora investiția a fost inclusă în programul menționat.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează faptul că o astfel de clauză suspensivă a fost introdusă de o altă autoritate contractantă și validată de către ANAP, prin compartimentul său de verificare, înainte de a fi publicată, valoarea investiției fiind una ce depășea pragul valoric, deci utilizându-se procedura deschisă, proceduri obligatoriu verificate de ANAP încă dinaintea publicării documentației de atribuire.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea parțial pe fond a contestației înaintată de S.C. S.R.L., conform celor menționate în prezentul punct de vedere, cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, acesta fiind unul legal, urmând să adopte măsurile de remediere necesare referitoare la erorile materiale constate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

Autoritatea contractantă subliniază că, în cazul în care se va admite contestația în totalitate, va proceda conform deciziei ce va fi emisă, urmând a modifica documentația de atribuire. Autoritatea

contractantă consideră că anularea procedurii nu este una benefică, atât timp cât cele constatate pot fi remediate pe calea clarificărilor din oficiu și a eratelor, cu o prelungire a perioadei de depunere a ofertelor.

În aceeași procedură a fost înaintată și contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56087/17.12.2020, prin care SRL critică documentația de atribuire, susținând că aceasta cuprinde cerințe restrictive, incomplete și ambigue.

În prealabil, contestatoarea precizează că sunt îndeplinite condițiile legale ale art. 22 din Legea nr. 101/2016 pentru suspendarea procedurii de atribuire.

Contestatoarea invocă faptul că, prevederea art. II.2.14 din fișa de date a achiziției privitoare la posibilitatea autorității contractante de evita obligația de încheiere a contractului de achiziție publică este în mod evident incompletă și ambiguă, acesteia lipsindu-i un element al alternativei („Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare”. Astfel, termenul „fie” introduce un prim element al alternativei în care finanțarea va fi obținută, dar propoziția se termină abrupt, fără a se mai indica ce altă posibilitate de obținere a finanțării mai există pe lângă primul element al alternativei introdus prin „fie”.

Contestatoarea menționează că, unul din elementele calitative esențiale ale unei documentații de atribuire este claritatea, deoarece în lipsa acesteia, fie se distorsionează concurența, fie se dă posibilitatea autorității contractante să săvârșească abuzuri.

De asemenea, contestatoarea susține că prevederea art. II.2.14 are un caracter pur potestativ, încălcând prevederile art. 143 din HG nr. 395/2016, deoarece nu se oferă niciun element care să elimine riscul ca însăși autoritatea contractantă să determine neobținerea finanțării în situația în care nu ar dori să încheie contractul de achiziție cu ofertantul câștigător.

Contestatoarea arată că, scopul acestei prevederi este acela de a salvagarda concurența corectă prin a nu permite autorității contractante de a „selecta” indirect ofertantul care îi convine, prin refuzul de a încheia contractul de achiziție publică cu un ofertant neagreat (urmat de reluarea procedurii).

De la această regulă nu se permit decât excepțiile prevăzute prin acte normative, acestea fiind de strictă interpretare și aplicare. Astfel de excepții sunt prevăzute de OUG nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014-2020. Ori, art. II.2.13 din anunțul de participare prevede clar că achiziția nu este finanțată din fonduri UE, ci din fonduri bugetare. Prin urmare, acesteia nu îi sunt aplicabile prevederile OUG nr. 40/2015 și

nici prevederile cu caracter de excepții ale acesteia referitoare la clauza suspensivă.

În continuare, contestatoarea susține că, calificarea juridică a expertului cooptat (dl.) nu respectă prevederile art. 126 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și este incompatibilă cu pretinsa calificare a sa ca „expert tehnic” indicată la art. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției, profesia sa de jurist dându-i cel mult calitatea de expert juridic.

Indicarea falsă a calității dlui nu este întâmplătoare, deoarece art. 126 alin. (3) permite cooptarea experților pentru evaluare, prin urmare, domeniul lor de expertiză trebuie să corespundă criteriilor luate în considerare la evaluare. Implicarea de experți cu pregătire juridică este necesară atunci când criteriile de evaluare sunt de natură juridică, ceea ce nu este cazul în speță.

Contestatoarea mai arată că, cooptarea unui expert extern fără pregătirea indicată (fără a fi expert tehnic) și fără ca pregătirea sa să aibă vreo legătură cu criteriile de evaluare, ridică suspiciuni întemeiate cu privire la rolul său în procedura în curs.

Mai mult, potrivit art. 126 alin. (3) din Normele Metodologice, cooptarea experților se face strict pentru evaluarea solicitărilor de participare ori a ofertelor, aspect care reiese cu claritate din prevederile art. 128, iar în speță, dl. are un rol obscur, nefiind indicat în niciun fel dacă domnia sa are atribuțiile prevăzute la art. 128 (care țin de evaluare, urmând a face un raport de specialitate „destinat să faciliteze comisiei de evaluare adoptarea deciziilor în cadrul procesului de analiză a solicitărilor de participare/ofertelor și de stabilire a ofertei/ofertelor câștigătoare”, sau dacă, dimpotrivă, are sau a avut vreun rol care să îl facă incompatibil cu calitatea de persoană implicată în procesul de evaluare.

Oricum, contestatoarea precizează că este neclar în ce măsură un raport de specialitate juridică ar facilita comisiei de evaluare adoptarea deciziilor, când evaluarea se face strict prin raportare la criterii tehnice și financiare, nu la criterii de natură juridică.

Contestatoarea invocă și faptul că este nejustificată și restrictivă cerința de a se întocmi grafice detaliate la nivelul solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini, (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S) pentru fiecare stradă în parte, în condițiile în care documentația nu conține cantități estimate de lucrări și nici Liste de cantități cu articole de deviz.

Astfel, contestatoarea arată că, prin fișa de date (art. IV.4.1, II, pct. 3) și caietul de sarcini (p. 9-10) se solicita ofertanților, ca parte a propunerii tehnice, întocmirea de grafice detaliate (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S) pentru fiecare stradă în parte, detaliat la nivel de articol de deviz.

Ținând seama că licitația este pentru Proiectare și Execuție lucrări, ofertarea se face pe baza unei documentații de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) pusă la dispoziție de autoritatea contractantă, documentație care nu conține cantități estimate de

lucrări și nici Liste de cantități cu articole de deviz, situație în care nu se pot întocmi grafice detaliate la nivelul solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini, (grafic Gantt, diagrama CPM, structura WBS, diagrama PERT și curba S) pentru fiecare stradă/obiect în parte (sunt 32 obiecte) grafice detaliate la nivel de articole de deviz din cadrul fiecărei categorii de lucrări. Această cerință conduce la pregătirea unui grafic conținând circa 290 de categorii de lucrări și aproximativ 3000 de articole de deviz. Mai mult, diagrama Pert este solicitată la nivel de „zi calendaristică”, ceea ce, conform termenului de execuție de 12 de luni, mai adaugă încă 300 de coloane la graficul cu 3000 de activități).

Contestatoarea precizează că asemenea grafice pot fi elaborate și se utilizează la lucrări foarte complexe, atunci când datele de intrare sunt certe, ca rezultat al elaborării unui proiect tehnic, dar în speță, proiectul tehnic nu este întocmit, documentația DALI nu conține nici cantități estimative ale categoriilor de lucrări și nici Liste de cantități estimate de elaboratorul DALI.

Ori, în lipsa acestor informații pe care ar fi trebuit să le pună la dispoziție autoritatea contractantă, nu se pot întocmi cele 5 feluri de grafice solicitate prin fișa de date și caietul de sarcini.

De altfel, contestatoarea mai arată că, prin HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, se stabilește tipul de grafic general ce trebuie întocmit la elaborarea proiectului tehnic (care este o etapă superioară față de ofertare) și anume grafic pe luni și categorii de lucrări, dar nicidecum pe zile și articole de deviz.

Contestatoarea invocă faptul că stabilirea datei limită pentru depunerea ofertelor, în perioada imediat următoare sărbătorilor de iarnă, coroborată cu timpul foarte scurt de elaborare a ofertelor, raportat la lipsa unor elemente clare pentru pregătirea acestora (liste de cantități etc.), constituie un element care distorsionează concurența, în condițiile în care între data anunțului de participare (11.12.2020) și data depunerii ofertei (30.12.2020) sunt doar 12 zile lucrătoare, element menit să facă extrem de dificilă ofertarea.

Mai mult, contestatoarea susține că această cerință, deosebit de restrictivă, trebuie coroborată și cu faptul că pentru pregătirea ofertei nu există o documentație din care să rezulte cantitățile, ele trebuind să fie estimate, fără a exista, la acest moment, un proiect tehnic. Acest ansamblu face aproape imposibilă depunerea unei oferte fundamentate, de către un ofertant onest, fiind în mod vădit menit să distorsioneze concurența.

În continuare, contestatoarea critică criteriul de atribuire prevăzut la art. II.2.5 din fișa de date și art. II.2.5 din anunțul de participare, referitor la experiența experților, pe care îl consideră disproporționat, raportat la complexitatea relativ scăzută a lucrărilor, constituind astfel un criteriu restrictiv.

Contestatoarea arată că, componenta tehnică (experiența echipei de experți) are o pondere importantă (25%) între factorii de evaluare, însă, raportându-se la faptul că, din punct de vedere tehnic, obiectul procedurii din speță constă într-un contract pentru modernizarea drumurilor locale, cu un sistem rutier conform clasei tehnice V a drumului și categoria de importanță „C” - adică lucrări de importanță redusă, prevederea potrivit căreia se punctează maxim experiența similară a experților (cinci la număr) în peste 20 de contracte, apare ca evident disproporționată și restrictivă.

Contestatoarea menționează că, potrivit acestei cerințe, pentru a lua punctajul maxim, pentru reabilitarea unor drumuri locale, un ofertant trebuie să aibă cinci experți-cheie (dintre care trei proiectanți CFDP, unul dintre ei, șef de echipă, un topometrist și un geodez) care, fiecare dintre aceștia, să fi fost implicat în cel puțin 20 de proiecte/contracte având ca obiect construcția sau reabilitarea de drumuri (de la autostrăzi la drumuri locale).

Mai mult, contestatoarea arată că acest factor de evaluare încalcă și prevederile art. 32 alin. (3) din Normele Metodologice, ponderea de 25% a factorului de evaluare legat de experiența experților (care sunt implicați în principal în activitatea de proiectare), coroborată cu stabilirea unor praguri excesive pentru acordarea punctajelor maxime, nefiind corelată cu ponderea tehnică a proiectării în obiectul procedurii.

Prin urmare acest factor încalcă și cerința de la art. 32 alin. (2) din Normele Metodologice, potrivit căreia, „(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formal și să poată fi urmărit în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.”

De asemenea, sunt încălcate, de acest factor, prevederile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: (...) (b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului”.

De asemenea, potrivit prevederilor art. 32 alin. (8) din Normele Metodologice, „Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.”

În egală măsură, se încalcă prevederile art. 3 alin. (6) pct. I din Instrucțiunea 1/2017, emisă de Președintele ANAP și care face referire expresă la imperativul „complexități ridicate”: În cazul contractelor ce

inclus o componentă semnificativă de servicii, având ca obiect prestații intelectuale care presupun activități cu nivel de complexitate ridicat, situație în care calitatea personalului prevăzut la alin. (1) are un impact semnificativ asupra calității executării respectivelor contracte, calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare reprezintă caracteristici ale ofertei, ce descriu, în fapt, nivelul tehnic sau funcțional al acesteia, fiind considerate un avantaj calitativ ce poate fi punctat. În acest caz, calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare a personalului-cheie se utilizează ca factori de evaluare în cadrul criteriului de atribuire preț-calitate/cost-calitate."

Nu în ultimul rând, contestatoarea susține că, dubla relevanță care se dă experienței experților, atât drept criteriu de calificare, cât și ca factor de evaluare, încalcă prevederile art. 32 alin. (4) din Normele Metodologice, potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract."

Contestatoarea critică criteriul de atribuire prevăzut la art. II.2.5 din fișa de date și art. II.2.5 din anunțul de participare, referitoare la durata de execuție, susținând că acesta nu conduce la obținerea unui avantaj real pentru autoritatea contractantă, în condițiile în care aceasta poate întârzia semnarea contractului în termenul de 12 luni în care operează clauza suspensivă prevăzută de art. II.2.14 din fișa de date.

Contestatoarea susține că, potrivit art. II.2.5 din fișa de date și art. II.2.5 din anunțul de participare, 5% din punctaj va fi alocat factorului constând în durata de execuție. Punctajul maxim îl va lua oferta cu o durata de 18 luni, iar pentru o durată de 24 de luni, nu se va acorda punctaj. Prin urmare, o diferență de 6 luni conduce la acordarea punctajului maxim în acest factor.

Or, cât timp autoritatea contractantă poate întârzia încheierea contractului 12 luni, este negat pretinsul avantaj pe care l-ar obține autoritatea contractantă prin devansarea termenului de execuție cu doar 6 luni. Se încalcă, deci, prin acest factor de evaluare, prevederile art. 32 alin. (2) din Normele Metodologice.

Contestatoarea arată că cerința de la art. IV.4.2 din fișa de date, Modul de prezentare a propunerii financiare, lit. b) Graficul de plăți din fișa de date este inutilă, cât timp nu se știe sursa de finanțare.

Mai mult, contestatoarea arată că, în lipsa sursei de finanțare lipsesc elemente esențiale pentru a se putea pregăti un grafic realist de plăți și, de asemenea, în lipsa unor antemăsurători cu articole de lucrări autoritatea contractantă nu va fi în măsură să evalueze în mod obiectiv ofertele care vor fi depuse.

Nu în cele din urmă, contestatoarea precizează că stipularea unei durate de doar o lună pentru proiectare este insuficientă raportat la numărul de străzi.

Prin adresa nr. 34/05.01.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 383/05.01.2021, autoritatea contractantă a depus la dosar copia conformă a dosarului achiziției publice, precum și punctul său de vedere nr. 33/05.01.2021, față de contestația formulată de SRL, prin care solicită respingerea contestației, în parte, cu menținerea factorului de evaluare a experienței echipei de experți, urmând să adopte măsuri de remediere necesare referitoare la erorile materiale constatate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

Autoritatea contractantă reiterează argumentația cu privire la clauza suspensivă, prezentată în punctul de vedere referitor la contestația SC SRL și în privința criticii aduse factorului de evaluare „EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERȚI”, autoritatea contractantă reiterează argumentația de la contestația anterioară.

În ceea ce privește cerința tehnică de întocmire a graficelor Gantt, structurii WBS, diagrama CPM, diagrama PERT și curba S pentru fiecare stradă în parte, autoritatea contractantă precizează că detaliile necesare întocmirii acestora sunt cu ușurință sesizabile. Astfel, în documentația de atribuire s-au prezentat profile ale fiecărei străzi ce urmează a fi proiectată, profile longitudinale, profile transversale din care rezultă lungimea, lățimea, structura și fiecare detaliu necesar întocmirii graficelor. Mai mult, ofertanților li s-a furnizat și formularul de grafic de plăți, unde se poate vedea fiecare categorie de lucrări aferentă fiecărei străzi, deci aceștia putând concepe graficele fără nicio problemă. Mai mult, în practică, deseori, ofertanții câștigători nu respectă termenele de execuție, or acest grafic are rolul de a obliga pe de o parte ofertantul câștigător și la respectarea acestuia. Acest aspect este coroborat și cu factorul de evaluare al Duratei de execuție, de asemenea criticat de ofertant. Or obligarea și acordarea de punctaj prin acest factor, unui ofertant, îl obligă pe acesta inclusiv la respectarea duratei contractului, durată pentru care a obținut un punctaj, astfel că avantajul real al acestor două cerințe, durata de execuție și prezentarea de grafice de execuție în concordanță cu durata asumată, are rolul de a asigura autorității contractante o durată clară de execuție de la care constructorul nu se va putea abate, abatere ce nu ar putea fi acceptată atât timp cât a fost punctat pentru acest lucru.

Referitor la durata de depunere, autoritatea contractantă consideră că această critică este nefondată deoarece a asigurat minimul perioadei necesare întocmirii ofertelor.

Referitor la modul de elaborare al ofertei financiare, autoritatea contractantă precizează că prezentarea graficului de prețuri și a graficului de plăți, așa cum acesta este inclusiv recomandat de către ANAP în modalitatea de prezentare al ofertelor financiare pentru acest gen de proceduri (proiectare și execuție) are rolul de a predefini

proiectul tehnic, ofertanții de fapt prezentând valorile aferente fiecărui stadiu fizic aferent fiecărei străzi, conform propriilor evaluări inițiale, acestea nefiind inutile.

Referitor la calificarea expertului, autoritatea contractantă învederează că, dintr-o eroare de tehnoredactare, a fost inclus și cuvântul „tehnic”, acesta fiind expert cooptat pe lângă comisia de evaluare, cu atribuții în consilierea privind întocmirea documentației de atribuire și evaluarea tehnică și financiară a ofertelor, conform contractului încheiat și pe baza calificării certificate a acestuia.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea parțial pe fond a contestației S.C. S.R.L., cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, acesta fiind unul legal, urmând ca să adopte măsurile de remediere necesare referitoare la erorile materiale constatate, ce vor fi duse la îndeplinire prin emiterea unei erate și/sau clarificări din oficiu acolo unde erata nu este posibilă și prelungirea perioadei de depunere a ofertelor.

Prin faxul înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 913/07.01.2021, ... SRL a transmis Note scrise prin care solicită înlăturarea, ca nefondate a susținerilor autorității contractante prin punctul de vedere și admiterea contestației sale.

După conexarea celor două contestații, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor) și execuție lucrări pentru implementarea proiectului: MODERNIZARE DRUMURI LOCALE ÎN COMUNA, JUDEȚUL, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1080037/11.12.2020.

Nemulțumite de conținutul documentației de atribuire, ... SRL și SRL au formulat contestațiile de față, solicitând modificarea ei, în sensul eliminării factorului de evaluare privind experiența echipei de experți și a clauzei suspensive (cerința secțiunii II.2.14 Informații suplimentare a fișei de date a achiziției), dar și a cerinței de întocmire a unor grafice foarte detaliate și a factorului de evaluare privind durata de execuție a lucrărilor, iar în subsidiar, anularea procedurii.

Pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a depus recipisa de consemnare a unei cauțiuni, în valoare de 35000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 15.12.2020, sub nr. 206708196/1.

De asemenea, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a depus recipisa de consemnare a cauțiunii, în valoare de 35000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 16.12.2020 sub nr. 206707477/1.

Referitor la cererea de suspendare a procedurii de atribuire, solicitată de contestatoarea SRL, Consiliul s-a pronunțat, prin Încheierea nr. 2462/C3/2858/22.12.2020, în sensul admiterii ei.

La analiza pe fond a susținerilor, Consiliul are în vedere că autoarele celor două contestații au critici/solicitări comune, dar și individuale. Totodată, Consiliul are în vedere faptul, notoriu la nivelul organismului administrativ-jurisdicțional, că există mai multe proceduri de atribuire în care au fost atacate clauzele similare ale documentațiilor de atribuire aferente, prin contestații care reclamă caracterul nelegal și/sau disproporționat al acestora (a se vedea, în acest sens, și portalul cauzelor pe www.cnsr.ro).

În context, este lipsită de relevanță apărarea autorității contractante (din punctul de vedere la contestații) că pot exista asemănări între documentații din proceduri diferite, dar care au particularități proprii. De altfel, chiar începutul punctului de vedere față de contestația SRL indică (eronat) numele autorității contractante "Comuna" (vezi ultimul paragraf al paginii 1).

Consiliul reține că, în cauzele conexe, analizate, se reclamă lipsa de claritate și predictibilitate a momentului derulării viitorului contract, dar și neasumarea de către organizatorul achiziției a riscurilor de necontractare, în absența sursei certe de finanțare a viitoare investiții, ce rezultă din secțiunea specifică a fișei de date a achiziției: *II.2.14 Informații suplimentare*

Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 12 luni. În cazul în care, deși vor fi inițiate demersurile legale necesare, nu va fi posibilă obținerea finanțării investiției, Autoritatea Contractantă va avea obligația de a anula procedura de achiziție, derularea contractului de achiziție publică devenind imposibilă conform art. 211 lit. b) din Legea 98/2016, fără a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii. Ofertanții din cadrul acestei proceduri acceptă utilizarea condițiilor speciale de mai sus/clauzei suspensive asumându-și întreaga răspundere în raport cu eventualele prejudicii pe care le-ar putea suferi în situația descrisă.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă a precizat, în cuprinsul anunțului de participare, că sursa de finanțare este bugetul național/propriu, la secțiunea *II.2.13) Informatii despre fondurile Uniunii Europene: Achizitia se refera la un proiect si/sau program finantat din fonduri ale Uniunii Europene: Nu*

Tip finantare: Fonduri bugetare.

Or, prin punctele de vedere la contestații, se precizează că sursa de finanțare ar fi un program derulat de Compania Națională de Investiții. Conform copiilor atașate acestor puncte de vedere, autoritatea contractantă ar fi formulat o solicitare privind includerea investiției în Programul Național de Construcții de Interes Public sau Social, Subprogramul "Drumuri de interes local și drumuri de interes județean", a finanțării pentru proiectul propriu de "Modernizare strazi în comuna, județul".

Faptul că cererea autorității contractante a fost înregistrată și inclusă în lista proiectelor care așteaptă aprobarea derulării, de la Compania Națională de Investiții- CNI SA, nu probează identificarea sursei de finanțare, pentru demararea procedurii de atribuire de față.

Întreaga "listă sinteză" aflată pe siteul CNI SA, privind solicitările de finanțare înaintate în cursul anului 2020, de localități din județul (și nu numai), pentru viitoare proiecte de modernizare străzi (drumuri de interes local) are mențiunea că nu există fonduri alocate ("buget 0,0 lei"), pentru niciuna dintre cereri.

Aceste informații, la care se raportează autoritatea contractantă, nu pot fi considerate, de către Consiliu, dovezi ale identificării sursei de finanțare, neexistând și o certitudine a aprobării finanțării.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă trebuia să țină cont de regulile cuprinse în Ghidul de depunere a cererilor, aflat pe site-ul CNI, precum următoarele:

După aprobarea listei obiectivelor de investiții și după obținerea surselor de finanțare, în condițiile legii, va fi necesară semnarea Protocolului de predare-primire a terenului și construcției existente.

Procedura de achiziție publică poate fi demarată pentru contractarea lucrărilor de execuție sau pentru contractarea lucrărilor de proiectare și execuție.

Finanțarea obiectivului se va realiza în corelare cu alocațiile bugetare repartizate pentru Programul Național de Construcții de Interes Public sau Social.

Etapele de solicitare/aprobare a finanțărilor sunt multiple, simpla înregistrare a cererii autorității contractante neechivalând cu identificarea sursei de finanțare. Chiar în tabelul cu cereri aflate în stadiul evocat de autoritatea contractantă (lista sinteză) se regăsesc diferite statusuri ale cererilor, dar niciuna dintre cele din anul 2020 nu are un stadiu superior celui de înregistrare (etapele de aprobare a investițiilor prin CNI fiind mai multe: *analiză documentație; indicatori aprobați; în derulare; în achiziție; finalizată*).

Or, conform prevederilor art. 101 din HG nr. 395/2016, inițierea procedurii simplificate poate avea loc dacă anunțul de participare cuprinde și sursa de finanțare:

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica procedura simplificată în condițiile prevăzute la art. 7 alin. (2) din Lege. (...)

(3) Procedura simplificată se inițiază prin publicarea în SEAP a unui anunț de participare simplificat, însoțit de documentația de atribuire aferentă.

(4) Anunțul de participare simplificat conține următoarele informații: (...)

d) valoarea estimată;

e) cantitatea de produse care trebuie furnizată, dacă este cazul;

f) sursa de finanțare (...).

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu are nicio certitudine că va avea vreo finanțare pentru acest proiect. Or, pentru a realiza un obiectiv de investiție, cum este cel supus atribuirii, trebuia să respecte prevederilor art. 45 alin. (1)-(2) din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale: *Obiectivele de investiții și celelalte cheltuieli asimilate investițiilor se cuprind în programele de investiții anuale, anexe la buget, numai dacă, în prealabil, documentațiile tehnico-economice, respectiv notele de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor asimilate investițiilor, au fost elaborate și aprobate potrivit dispozițiilor legale.*

(2) Ordonatorii principali de credite stabilesc prioritățile în repartizarea sumelor pe fiecare obiectiv înscris în programul de investiții, în limita fondurilor cuprinse în proiectul de buget cu această destinație, asigurând totodată realizarea obiectivelor de investiții în cadrul duratelor de execuție aprobate.

Astfel, în lipsa identificării sursei de finanțare, autoritatea contractantă nu poate iniția procedura de atribuire, respectiv nu are dreptul de a publica un anunț de participare.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a scăpat din vedere că o procedură de atribuire se demarează/derulează cu scopul atribuirii unui contract, nu pentru a experimenta existența unui prezumtiv interes de participare într-o competiție ce nu are condiții certe de finanțare. În mod implicit, condițiile de ofertare și de derulare a viitorului contract (termene de ofertare/termene de execuție/resurse implicate, dar și avantajele care ar rezulta din ofertă), se subordonează/sunt influențate de regulile de finanțare a viitorului contract. Conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială.*

Pentru identificarea condițiilor de derulare a procedurii și a nivelului de competitivitate, autoritatea contractantă are la îndemână organizarea, eventual, a unei consultări a pieței, conform art. 139 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *Înainte de inițierea procedurii de atribuire,*

autoritatea contractantă are dreptul de a organiza consultări ale pieței în vederea pregătirii achiziției, prin raportare la obiectul contractului de achiziție publică, și pentru a informa operatorii economici cu privire la planurile de achiziție și cerințele avute în vedere în legătură cu acestea, făcând cunoscut acest lucru prin intermediul SEAP, precum și prin orice alte mijloace.

Justificarea inițierii procedurii pe o pretinsă intenție de a reduce durata de derulare a competiției, adusă de autoritatea contractantă prin punctele de vedere la contestații, nu poate fi reținută de Consiliu în favoarea acesteia. În fapt, chiar tipul procedurii inițiate are rolul de a asigura termene scurte de derulare (procedura simplificată fiind o procedură de excepție, cu termene scurte).

În privința justificărilor ce se raportează la o anumită practică de acceptare, a ANAP, a unor astfel de clauze în cuprinsul documentațiilor controlate, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu probează că, în cazul procedurii sale, există condiții similare de acceptare a clauzei cu cele din proceduri care ar fi fost în faze incipiente semnării unui contract de finanțare (care s-ar fi bucurat de un acord de principiu sau de un acord formal, anterior contractului de finanțare). Practica din domeniul fondurilor comunitare accesate în perioada 2014-2020, evocată chiar de contestatoarea SRL, pornește de la o premisă total diferită de cea în care se regăsește procedura de față. OUG nr. 40/2015 a stabilit un cadru de derulare celeră a proiectelor cu finanțare comunitară, pornind de la o situație reglementată la sfârșitul anului 2015, ce semnală întârzieri în accesarea fondurilor (de aproape 2 ani), dar cu existența în buget a creditelor de angajament (a se vedea alin. 4 al art. 11: Propunerile de credite de angajament și bugetare prevăzute la art. 6-10 se includ la titlul din clasificția bugetară referitor la proiecte cu finanțare din fonduri externe nerambursabile aferente cadrului financiar 2014-2020.). Or, astfel de reguli nu ar putea să fie extinse, parțial, în practica utilizării altor tipuri de fonduri și în perioade care exced celei de referință.

Prin urmare, criticile contestatoarelor sunt întemeiate, iar Consiliul consideră abuzivă întreaga clauză suspensivă, ce se bazează pe un argument nefundamentat, dar care conține și exonerări de răspundere a organizatorului procedurii, în cazul în care aceasta nu s-ar finaliza tocmai din cauza acestor riscuri, asumate în mod nereserios (*jocandi causa*) de organizator.

În mod implicit, fiind incerte perioadele de începere/derulare (estimate) a investiției și a posibilităților de asigurare continuă a resurselor financiare, Consiliul consideră că și condițiile de participare în competiție, inclusiv cele de departajare a ofertelor, pe baza unor echipe de experți care să lucreze într-un termen scurt/punctat corespunzător, la care fac referire critică cele două contestatoare, sunt stabilite de autoritatea contractantă într-o manieră subiectivă, neasigurându-i acesteia un avantaj real, în cazul derulării prezentei proceduri.

Astfel, procedura de atribuire fiind afectată, de viciile arătate, ce nu ar putea fi remediate, Consiliul consideră de prisos a mai analiza, punctual, celelalte critici, urmând ca, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, să admită contestațiile și să dispună anularea procedurii de atribuire.

Cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor făcute pentru soluționarea contestației SRL, potrivit prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, va fi respinsă de Consiliu, ca nefondată, contestatoarea ne prezentând documente doveditoare ale avansării acestora.

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

CONSILIUL DECIDE:

Conexează contestațiile SRL și SRL împotriva documentației de atribuire emise de, în procedura simplificată inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. SCN1080037/11.12.2020.

Admite contestațiile și anulează procedura de atribuire, pentru imposibilitatea remedierii ei.

Respinge cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor făcute pentru soluționarea contestației, formulată de SRL, ca nefondată.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....

.....