



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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. 12 alin. (1) 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. ...

Data: ...

I. Prin contestația nr. 85/14.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55160/14.12.2020, formulată de către ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal prin ..., împotriva documentației de atribuire – Fișa de date a achiziției, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări 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 DE INTERES LOCAL ÎN ...”*, se solicită, în principal, anularea în parte a actului contestat – 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 – Clauza suspensivă, iar în subsidiar, în cazul în care Consiliul va considera că soluția eliminării doar a acestor elemente din Fișa de date nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire.

II. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55959/17.12.2020, formulată de către ..., având CIF ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată convențional prin ..., împotriva documentației de atribuire emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, se solicită anularea acelor prevederi și cerințe ale documentației de atribuire care încalcă prevederile legale și principiile aplicabile achizițiilor publice, precum și obligarea autorității contractante să

remedieze aceste încălcări cu respectarea motivării dată de Consiliu, în situația în care nu este posibilă remedierea documentației de atribuire se solicită anularea procedurii de atribuire, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și obligarea autorității contractante la achitarea cheltuielilor făcute pentru soluționarea contestației.

Asupra cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, Consiliul s-a pronunțat prin încheiere.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexeând dosarele nr. ... și ..., contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55160/14.12.2020 și 55959/17.12.2020 urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. ...

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 contestațiile de față, prin care ... și ... contestă documentația de atribuire în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

I. ... învederează că C.N.S.C. s-a pronunțat deja într-o altă cauză ce avea ca obiect o Fișă de date identică cu cea contestată în prezentul litigiu, respectiv în Dosarul nr. 2472/2020, Consiliul a dispus admiterea contestației și anularea procedurii.

Contestatorul 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. 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 pot prezenta experiență constând în implicarea în peste 20 proiecte sau contracte.

Se arată că, un alt aspect relevant pentru soluționarea acestei contestații este și acela că expertul cooptat de către Autoritatea Contractantă pentru a superviza și organiza achiziția publică este Domnul ... și firma Această firmă de consultanță este implicată în foarte multe proceduri de achiziție, aceasta fiind explicația pentru care există numeroase fișe de date de achiziție identice, de la autorități contractante diferite, din județe diferite.

Contestatorul învederează că obiectul procedurii de atribuire este un contract pentru proiectarea și modernizarea unor drumuri sătești, de o clasă tehnică inferioară și de o categorie de importanță scăzută, iar criteriul de atribuire este „Cel mai bun raport calitate – preț”.

Referitor la cerința: EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERTI - Componenta tehnică 25 %, contestatorul prezintă algoritmul de calcul și aduce argumente pentru care solicită eliminarea sau redimensionarea acestui punct din Fișa de date a achiziției, respectiv:

Se arată că autoritatea contractantă a stabilit că 25 de puncte din totalul de 100 urmează a fi acordate ofertantului care prezintă 5 experți cheie care au un număr de peste 20 de contracte sau proiecte similare cu cel ce face obiectul procedurii.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 32 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, precizând că, prin Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 se prezintă exemple de proceduri pentru care ar trebui să existe factori de evaluare de genul celui stabilit prin Fișa de date a achiziției contestate, respectiv la art. 10 din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 se prevede:

„(1) În conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. (6) se identifică două situații în care calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare a/ale personalului- cheie, după caz, vor fi utilizate ca factori de evaluare în cadrul criteriului de atribuire preț-calitate/cost-calitate:

a) în cazul contractelor ce au ca obiect realizarea unor prestații intelectuale care presupun o complexitate ridicată, respectiv care includ activități cu caracter intelectual ce au ca rezultat identificarea, elaborarea și dezvoltarea soluției tehnice ce stă la baza implementării respectivelor contracte.

Exemple în aceste sens sunt:

- contractele de servicii ce au ca obiect consultanță/asistență tehnică, elaborare studii, proiectare, supervizare sau altele asemenea;*
- contractele de lucrări ce includ, deopotrivă, proiectarea soluției tehnice și execuția lucrărilor aferente implementării acesteia;*
- contractele de servicii ce au ca obiect dezvoltarea unor sisteme informatice etc.*

b) Situația contractelor prevăzute de art. 32 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, și art. 38 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, respectiv contractele de servicii de natura/tipul celor de consultanță/asistență tehnică, elaborare studii, proiectare, supervizare și altele asemenea aferente unor proiecte/obiective de investiții de complexitate ridicată.

Exemple în aceste sens: realizarea proiectului tehnic aferent execuției lucrărilor de construcție a unei autostrăzi; consultanță în vederea remodelării proceselor interne și elaborarea unei noi arhitecturi organizaționale în scopul eficientizării activității unei entități cu activitate complexă (cum ar fi, de exemplu, reglementare și monitorizare de piață într-un domeniu strategic; buget mare de investiții etc.).

(2) In sensul prezentului ordin, prin activități de complexitate ridicată se înțeleg servicii intelectuale care presupun:

- un grad ridicat de particularizare și adaptare a activităților la specificul obiectului contractului, respectiv la necesitățile autorității/entității contractante și/sau

- combinarea cunoștințelor și expertizei aferente mai multor domenii de activitate și/sau soluționarea unei/unor probleme dificile aferente procesului de planificare/implementare a proiectului/contractului.

(...)

(4) Ponderea alocată factorului de evaluare care urmărește o planificare cât mai adecvată a activităților și a resurselor alocate implementării contractului ce urmează a fi atribuit se va stabili în corelație cu cea alocată factorului de evaluare aferent experienței profesionale a experților-cheie, în așa fel încât prin aplicarea criteriului de atribuire să nu se ajungă la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire, luându-se în considerare faptul că probabilitatea de a obține un rezultat de calitate, respectiv valoare adăugată în urma finalizării contractului, depinde într-o proporție importantă de modul de interacțiune dintre experții în cauză și de felul în care se reflectă prin propunerea tehnică o planificare și gestionare adecvată a activităților de care sunt responsabili.”

Contestatorul concluzionează 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 și va crea un avantaj nejustificat unei anumite categorii de ofertanți care pot prezenta personal-cheie cu experiență în peste 20 de contracte similare.

O a doua critică cu privire la acest factor de evaluare este cea a numărului de puncte ce a fost atribuit acestui criteriu, respectiv contestatorul consideră că este disproporționată măsura stabilirii unui punctaj maxim de 25 de puncte pentru experții ce se vor ocupa de faza de proiectare. Lucrările de proiectare sunt estimate a fi la valoarea de 408.000 lei, sumă ce se compune din: Cap. 3.5.6 = 355.000,00 lei și Cap. 3.8.1 = 53.000,00 lei (Cap 3.8.1.1 - 35.500,00 lei + Cap 3.8.1.2 - 17.500,00 lei).

Valoarea estimată a Contractului de achiziție publică este în cuantum de 18.754.337,99 lei fără TVA.

Rezultă faptul că valoarea proiectării în prezentul Contract de achiziție publică reprezintă un procent de 2,14%.

Contestatorul precizează 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 public, respectiv în prima lună atunci când se va realiza proiectul de execuție.

Tot cu privire la cuantumul ridicat al punctajului, Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în Instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020, a prezentat un model cu privire la fișele de date ce au ca criteriu de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”. Chiar dacă are doar valoarea unei recomandări, în cuprinsul acestui exemplu ANAP a arătat că punctajul maxim ce poate fi acordat pentru experții cheie este de 15%. Astfel, există o disproporție între valoarea procentuală a activității de proiectare din totalul valorii estimate a contractului și valoarea procentuală din totalul punctajului ce poate fi obținut de către ofertant.

Importanța activității de proiectare în cadrul unui asemenea contract este de necontestat, însă aceasta a fost greșit dimensionată de către Autoritatea Contractantă.

A treia critică vizează numărul de contracte solicitat de către Autoritatea Contractantă pentru ca ofertantul să obțină punctajul maxim.

Se arată că 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:

4. între 0-10 proiecte/contracte - % din punctajul maxim;
5. între 11 - 20 proiecte/contracte - 1/2 din punctajul maxim;
6. peste 20 de proiecte/contracte - punctajul maxim.

Contestatorul arată că exista un dezechilibru între cele trei categorii de departajare. Propriu-zis, ofertantul care deține un expert - cheie cu 0 proiecte va primi același punctaj cu ofertantul care a prezentat un expert - cheie cu 10 proiecte, situație inechitabilă și disproporționată.

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

Se arată că un alt aspect important este și acela al numărului mare de proiecte similare. Obiectul contractului de achiziție publică este execuția unui număr de 30 de străzi rurale. Realizarea proiectării pentru această categorie de lucrări 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, nu se specifică nimic cu privire la valoarea contractelor la care expertul-cheie a fost implicat. Or, de ordin ipotetic, pot fi prezentate 21 de proiecte a căror valoare individuală să fie de 1.000 de lei, însă acest expert-cheie urmează a primi punctajul integral. De vreme ce un expert cheie cu un singur proiect de o valoare de peste 500.000 de lei urmează a primi doar 1/4 din punctajul maxim.

Contestatorul aduce argumente cu privire la eliminarea clauzei suspensive prevăzută la Pct. II.2.14 Informații suplimentare din Fișa de date a achiziției, unde se arată:

„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 Balasesti 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.”

Cu privire la această mențiune din cadrul Fișei de date a achiziției există deja multe fișe de date care o au fost preluate, fiind o practică constantă la nivelul Autorităților Contractante de a insera această condiție suspensivă.

Contestatorul învederează că, prin Notificarea nr. 256/2016 emisă de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice, 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 AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.

Se arată 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 către Ministerul Fondurilor Europene în anul 2019, prin adresa nr. 60508/CB/07.08.2019. Ambele adrese transmise de către cele două instituții abilitate în domeniul achizițiilor publice arată că este obligatorie demararea unor demersuri pentru obținerea finanțării, anterior momentului publicării anunțului privind achiziția publică.

Pentru a verifica dacă Autoritatea și-a îndeplinit această obligație, contestatorul solicită Consiliului să pună în vedere autorității să depună la dosar demersurile ce au fost realizate de către aceasta pentru obținerea finanțării necesare derulării Contractului de achiziție publică.

Se arată că, deoarece obținerea finanțării depinde în mare măsură de diligențele ce au fost depuse de către Autoritate și ce vor fi depuse de aceasta, 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 date în aplicarea Legii nr. 98/2016. Totodată, în lipsa verificării de către C.N.S.C. a demersurilor ce au fost realizate de către Autoritatea Contractantă, mențiunea din cadrul fișei de date s-ar transforma într-o veritabilă condiție pur potestativă, îndeplinirea condiției depinzând în mod exclusiv de voința debitoare obligatiei de a semna contractul. Or, potrivit art. 1403 din NCC o astfel de condiție suspensivă nu produce niciun efect.

Contestatorul învederează că incertitudinea cu privire la momentul semnării contractului are consecințe și cu privire la momentul de la care vor începe lucrările. 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.

Urmare celor antementionate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 4478/21.12.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

Referitor la documentele suport ce sunt invocate de către contestator, respectiv Informații din dosarul 2472/2020 și fișa de date „identică” cu cea supusă discuției, autoritatea contractantă precizează că sub un nici aspect cele doua 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 alicat 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.

Se arată că instrucțiunea mai sus 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”, caruia 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 ce vor participa în cadrul acestei proceduri 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 ceea 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 cocontractantă 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 dealtfel 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 defapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind defapt 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.

Se 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 castigator 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.

Se precizează 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. Astfel, clauza suspensivă validată de către ANAP, care, ca organism deciziv de control, nu a putut obiecta nelegalitatea acesteia, are următoarea formulare: *„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 Jurilovca 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. 21 lit. b) din Legea 98/2016, jară a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii.”*

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea parțial pe fond a contestației înaintată de ..., 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.

II. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55959/17.12.2020, ... contestă documentația de

atribuire emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul învederează că prevederea art. II.2.14 din Fișa de Date privitoare la posibilitatea pentru autoritatea contractantă de evita obligația de încheiere a contractului de achiziție publică este incompletă și ambiguă. Astfel, prima propoziție a art. II.2.14 din Fișa de Date prin care autoritatea contractantă condiționează încheierea contractului de obținerea finanțării este 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”.

Contestatorul arată 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, prevederea art. II.2.14 din Fișa de Date privitoare la posibilitatea pentru autoritatea contractantă de evita obligația de încheiere a contractului de achiziție publică are un caracter pur potestativ, încălcând prevederile art. 143 din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016. Aceste prevederi eludează obligativitatea încheierii contractului prevăzută de art. 143 din Normele Metodologice aprobate prin H.G. 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. O astfel de prevedere care transformă obligația de încheiere a contractului într-o simplă opțiune a autorității contractante, prin transformarea condiției suspensive într-o condiție pur potestativă din partea celui obligat este în mod vădit sub o aparență de nulitate absolută.

Contestatorul invocă prevederile art. 143 alin. (1) din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 și învederează 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 O.U.G. nr. 40/2015 privind gestionarea financiară a fondurilor europene pentru perioada de programare 2014- 2020. Art. 1 al O.U.G. nr. 40/2015 prevede în mod expres faptul că aceasta *„stabilește cadrul financiar general pentru gestionarea asistenței financiare nerambursabile alocate României din Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul*

de coeziune și Fondul de ajutor european destinat celor mai defavorizate persoane în perioada de programare 2014-2020, precum și a prefinanțării și cofinanțării aferente acestei asistențe, în vederea asigurării unui management financiar eficient al acestor fonduri". Oricum, așa cum reiese din Circulara nr. 60508/CB/07.08.2019 a MFP - Direcția Generală Programe Europene Infrastructura Mare, nici în cazul proiectelor cu finanțare europeană, clauza suspensivă nu poate fi folosită pentru a conduce la un drept discreționar al autorității contractante de a refuza încheierea contractului (sau de a determina imposibilitatea încheierii sale prin neobținerea finanțării) însă, art. II.2.13 din Anunțul de participare prevede clar că achiziția nu este finanțată din fonduri UE, ci din fonduri bugetare. Prin urmare, acestea nu îi sunt aplicabile prevederile O.U.G. nr. 40/2015 și nici prevederile cu caracter de excepție ale acestora referitoare la clauza suspensivă. Coroborând aceste aspecte cu faptul că din documentația de atribuire nu rezultă existența niciunei alte surse finanțare, decât fondurile bugetare (dar fără vreo trimitere la „anticipările cu privire la sursele de finanțare” care potrivit art. 12 alin. (3) lit. c) din Normele Metodologice trebuie cuprinse în programul anual al achizițiilor publice) rezultă că prin această clauză suspensivă, autoritatea contractantă intenționează să își ofere în mod nelegal posibilitatea de a alege dacă sau nu să încheie contractul de achiziție publică cu ofertantul câștigător.

De asemenea, calificarea juridică a expertului cooptat (dl. ...) nu respectă prevederile art. 126 alin. (3) din Normele Metodologice și este incompatibilă cu pretinsa calificare a sa ca „expert tehnic” indicată la art. III.I.I.a) 2. din Fișa de date.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 126 alin. (3) din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 și precizează că prevederea face distincție între expertul tehnic și cel cu pregătire juridică. Prin urmare, art. III.I.I.a)2. din Fișa de date indică în mod fals faptul că dl. ... ar fi expert tehnic cooptat, profesia domniei sale de avocat dându-i cel mult calitatea de expert juridic. Indicarea falsă a calității dlui Tancabă 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. 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 cazul de 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.

Se arată 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 care nu conține cantități estimate de lucrări și nici Liste de cantități cu articole de deviz. Atât prin Fișa de date (art. IV.4.1), dar și prin Caietul de sarcini se solicită 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 către autoritatea contractantă, documentație care nu conține cantități estimate de lucrări și nici Liste de cantități cu articole de deviz. În această situație 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 de obiecte grafice detaliate la nivel de articole de deviz din cadrul fiecărei categorii de lucrări). Aceasta conduce la pregătirea unui grafic conținând aproximativ 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 mai adaugă încă 300 de coloane la graficul cu 3000 de activități.

Contestatorul învederează 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. În cazul licitației de față, 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, iar 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.

Cu privire la complexitatea graficelor solicitate, este de subliniat că aceste tipuri de grafice, în condițiile inexistenței proiectului tehnic, nu se solicită la licitație nici pentru modernizarea autostrăzilor, a drumurilor naționale sau drumurilor județene, iar autoritatea contractantă le solicită la modernizarea unor drumuri comunale. De altfel, prin Hotărârea nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și 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.

Contestatorul critică stabilirea datei limită pentru depunerea ofertelor în perioada Sărbătorilor de iarnă (între Crăciun și Revelion) care,

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.

Se arată că, potrivit art. IV.2.2) din Anunțul de participare, Termenul-limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare este 29.12.2020, ora 15:00. În condițiile în care între data Anunțului de participare (10.12.2020) și data depunerii ofertei (29.12.2020) sunt doar 12 zile lucrătoare, stabilirea datei limită între Crăciun și Revelion apare ca un element menit să facă extrem de dificil pentru orice ofertant care nu avusese anterior la cunoștință de intenția autorității contractante de a face această investiție, să pregătească și să depună o ofertă. Mai mult, această cerință deosebit de restrictivă trebuie coroborată și cu faptul că pentru pregătirea acestei oferte nu există o documentație din care să rezulte cantitățile, ele trebuind să fie estimate fără a exista la acest moment un proiect tehnic, precum și cu cerințele nejustificat de exigente privitoare la documentațiile tehnice care trebuie pregătite ca parte a ofertei. Acest ansamblu face aproape imposibilă depunerea unei oferte fundamentate de către un ofertant onest, fiind în mod vădit menit să distorsioneze concurența.

Referitor la criteriul de atribuire prevăzut la art. II.2.5 din Fișa de date și art. II.2.5 din Anunțul de participare, cu privire la experiența experților, contestatorul consideră că este disproporționat raportat la complexitatea relativ scăzută a lucrărilor, constituind astfel un criteriu excesiv de restrictiv, componenta tehnică (experiența echipei de experți) având o pondere importantă (25%) între factorii de evaluare. Însă, raportat la faptul că, din punct de vedere tehnic, obiectul acestei proceduri 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 disproporționată și restrictivă. Conform 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).

Contestatorul subliniază 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. Astfel, la un drum de o importanță redusă, cu puține lucrări de artă, ponderea tehnică a activității de proiectare este cu mult mai redusă raportat la lucrări, decât în cazul unui drum de o importanță superioară (ca un drum expres sau o

autostradă). Prin urmare acest factor încalcă și cerința de la art. 32 alin. (2) din Normele Metodologice. De asemenea, sunt încălcate de acest factor prevederile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, iar 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.”

Se arată că, în egală măsură, se încalcă prevederile art. 3 alin. (6) pct. 1 din Instrucțiunea 1/2017 emisă de Președintele ANAP și care face referire expresă la Imperativul „complexității ridicate”.

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.

De asemenea, 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, 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. 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 durată 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 mai sus citate.

Contestatorul arată că cerința de la art. IV.4.2 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. În lipsa unei surse de finanțare clare, nu este utilă pregătirea unui grafic de plăți din faza de licitație. Mai mult, în lipsa sursei de finanțare lipsesc elemente esențiale pentru a se putea pregăti un grafic realist de plăți. 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, stipularea unei durate de doar o lună pentru proiectare este insuficientă raportat la numărul de străzi. Trebuie menționat și faptul că documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenție (DALI) care au fost scoase la licitație în ultima perioadă în județele Buzău și Galați de către numeroase unități administrativ-teritoriale, conțin aceste cerințe total ieșite din comun la niște licitații publice și care, fiind în aproape identice, provin de la același consultant. În ultimele două luni, un

număr de 9 proceduri de achiziție având DALI întocmit de SPC Elite Consulting de la tot atâtea primarii din județul Buzău (Merei, Gherăseni, Racovițeni, Glodeanu Sărat, Boldu, Râmnicelu, Calvinii, Amaru, Topliceni) au fost viciate de cerințe restrictive identice cu cele din documentația de atribuire care face obiectul prezentei contestații, iar o parte importantă din ele au făcut obiectul unor contestații care sunt în prezent pe rolul CNSC. De asemenea, în județul Galați, comune ca Bălăsești, Poiana, Suhurlui și Suceveni au lansat proceduri de atribuire, în baza unor documentații aproape identice, toate suferind de viciile care fac obiectul prezentei contestații.

Pentru toate motivele de mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 16/04.01.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 165/04.01.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează că motivele criticate nu contrazic prevederile legale în materie, acest gen de clauză suspensivă fiind verificată și aprobată inclusiv de către ANAP.

Autoritatea contractantă reiterează argumentația cu privire la clauza suspensivă, prezentată în punctul de vedere referitor la contestația ... Și în privința criticii aduse factorului de evaluare „EXPERIENȚA ECHIPETI DE EXPERTI”, 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, deasemenea 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 avanjul 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 defapt 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 tehnoradactare a fost inclus și cuvântul „tehnic”, acesta fiind expert cooptat pe lângă comisia de evaluare și al autorității contractante, cu atribuții în consilierea privind întocmirea documentației de atribuire și în consilierea privind 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 ..., 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 adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 912/07.01.2021, ... a transmis „Note scrise” prin care solicită înlăturarea, ca nefondate, a susținerilor autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Contestatorul precizează că un prim argument al autorității contractante este acela că legalitatea documentației de atribuire ar fi garantată de controlul ANAP, însă susținerea autorității contractante poate fi redusă la absurd, pentru că dacă ar fi valabilă, nu s-ar mai putea contesta conținutul documentației de atribuire în nicio situație. O astfel de interpretare ar restrânge nepermis aria de aplicare a art. 2 din Legea nr. 101/2016. De asemenea, potrivit art. 15 din O.U.G. nr. 98/2017, controlul de calitate și regularitate efectuat de ANAP nu este exhaustiv, articolul menționat prevăzut expres că „Procesul de control ex ante este limitat la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale ANAP și nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă în raport cu acțiunile și deciziile adoptate de aceasta în procesul de atribuire și/sau modificare a contractului în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile.” În egală măsură, controlul ANAP privește doar aspectele de calitate și de regularitate definite de art. 2 alin. (1) din O.U.G. nr. 98/2017, iar rezultatul acestui control nu reprezintă o garanție absolută de legalitate, pentru motivul simplu că la momentul controlului ANAP, aceasta autoritate nu este investită cu verificarea problemelor de legalitate identificate de potențialii ofertanți. A admite teza autorității contractante ar însemna a lipsi ofertanții (potențiali sau actuali) de posibilitatea de a contesta legalitatea documentației de atribuire, fără însă ca aceștia să fi fost parte a

procedurii desfășurate în fața ANAP și fără ca poziția lor să fi fost ascultată de o autoritate cu atribuții jurisdicționale. O astfel de consecință ar fi în mod vădit nelegală.

Se arată că un al doilea argument al autorității contractante este acela că subscrisa am fi invocat „legislație neoficială”. Dincolo de inexactitatea terminologică (nu există „legislație neoficială”), argumentul autorității contractante este fals. Neclaritatea și ambiguitatea prevederii criticate constituie o critică de nelegalitate, deoarece prevederile neclare și ambigue ale documentației de atribuire încalcă principiile nediscriminării, tratamentului egal și mai ales al transparenței prevăzute de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că cel de-al doilea motiv pe care îl invocă este unul de legalitate, indicând în mod expres că prevederea criticată are un caracter pur potestativ și încalcă prevederile art. 143 din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016. Faptul că autoritatea contractantă ar fi demarat proceduri de obținere a finanțării nu înlătură caracterul pur potestativ al prevederii contestate de subscrisa, deoarece prevederea art. II.2.14 din Fișa de Date nu conține nicio garanție pentru a împiedica autoritatea contractantă să întârzie obținerea sau să refuze finanțarea în situația în care nu ar dori să încheie contractul cu ofertantul câștigător.

Ceea ce s-a criticat este faptul că, în mod nelegal, autoritatea contractantă și-a creat un mecanism de a alege indirect cu cine să încheie contractul, putând refuza încheierea acestuia cu ofertantul câștigător neagreat și relansa licitația în mod repetat.

Se arată că, contrar susținerilor autorității contractante, care se concentrează pe ponderea de 25% a experienței experților, nu această pondere este cea criticată ca fiind restrictivă. Contestatorul consideră a fi restrictiv criteriul de atribuire în care punctajul maxim este luat pentru peste 20 de contracte similare sau mai complexe, un număr excesiv pentru un drum comunal a cărui complexitate corespunde clasei tehnice V a drumului și categoriei de importanță „C”. Ponderea de 25% arată doar că acest criteriu restrictiv va avea efecte, și nu este unul neglijabil. Contrar susținerilor autorității contractante, o cerință excesiv de restrictivă nu garantează respectarea unui nivel optim de calitate, ci lasă deschisă ușa atribuirii preferențiale a contractului de achiziție publică și constituie o barieră în fața unei concurențe corecte, împiedicarea unei competiții corecte între ofertanți, prin cerințe disproporționate față de complexitatea contractului, conduce la un rezultat contrar celui pretins a fi urmărit, acela de a se asigura calitatea optimă a lucrărilor.

De asemenea, contrar susținerilor autorității contractante, datele din documentația de atribuire nu permit 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 un motiv foarte simplu - profilele și celelalte documente prezentate în documentația de atribuire nu constituie proiectul tehnic. Aceste grafice solicitate de autoritatea

contractantă se întocmesc la momentul la care proiectul tehnic este făcut. În speță, întocmirea proiectului tehnic face parte din obiectul contractului de achiziție publică. A se solicita aceste grafice la acest stadiu este o îngrădire foarte gravă a concurenței deoarece lasă deschisă posibilitatea de a câștiga unui potențial ofertant care ar fi avut acces la informații cu privire la această achiziție și ar fi putut deja să întocmească proiectul. Pentru ceilalți ofertanți însă, aceste cerințe sunt imposibil de îndeplinit în timpul scurt până la depunerea ofertelor. În plus a obliga ofertanții să execute o parte a obiectului contractului (proiectarea) în anticiparea unei eventuale atribuirii a contractului constituie o barieră economică în fața unei concurențe corecte.

Contestatorul învederează că autoritatea contractantă afirmă că prin data limită stabilită a asigurat „minimul perioadei necesare întocmirii ofertelor”, însă timpul foarte scurt până la data de depunere a ofertelor nu asigură acest minim deoarece documentația cerută ca parte a ofertei tehnice impune a se face în prealabil proiectarea (pentru care însuși contractul prevede că este necesară o lună). În plus, prin afirmația făcută, autoritatea contractantă admite că a încălcat legislația achizițiilor publice. Termenul de depunere a ofertelor nu trebuie să asigure minimul perioadei necesare pentru întocmirea ofertelor, ci, cu respectarea principiului proporționalității, trebuie să asigure o perioadă suficientă și rezonabilă pentru a permite ofertanților depunerea unei oferte complete și corecte. Stabilirea doar a unei perioade minime constituie o barieră nelegală în fața unei concurențe reale a potențialilor ofertanți.

Contestatorul arată că a indicat faptul că în lipsa sursei de finanțare, lipsesc elemente esențiale pentru a se putea pregăti un grafic realist de plăți. Autoritatea contractantă susține că o astfel de cerință este recomandată de ANAP pentru astfel de contracte, fără însă a observa faptul că noi am criticat această cerință nu în general pentru astfel de contracte, ci în cazul concret al prezentei proceduri, în care nu se cunoaște sursa de finanțare (sau nu se cunoaște oficial de către toți ofertanții). O astfel de cerință constituie un element netransparent, care dă posibilitatea doar acelor potențiali ofertanți care au informații detaliate despre intențiile autorității contractante referitoare la finanțarea lucrărilor să întocmească o ofertă valabilă.

În ceea ce privește cooptarea d-lui expert ..., autoritatea contractantă se contrazice. Admite că a menționat „tehnic” din eroare, recunoscând deci că dl. ... nu are pregătire tehnică, apoi afirmă că rolul său va fi acela de a consilia în privința evaluării tehnice. Mai mult, recunoscând că a menționat „tehnic” din eroare, autoritatea contractantă admite și că dl. ... nu este „expert” pentru că nu poți fi expert în abstract, ci calitatea de expert este intim legată de o arie de experiență, însă, dacă se elimină cuvântul „tehnic” admis a fi fost menționat din eroare, în documentația de atribuire experiența concretă a „expertului indicat” rămâne neindicată.

Pentru aceste motive, precum și pentru argumentele detaliate în contestația formulată, contestatorul solicită admiterea acesteia.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o achiziție publică organizată prin procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări 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 DE INTERES LOCAL ÎN ...”, cod CPV 45233120-6 - Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. ...*

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări/proiectare și executare este de 18.754.337,99 lei, fără T.V.A.

Preliminar, Consiliul a avut în vedere cererea privind suspendarea procedurii de atribuire formulată de către ..., motiv pentru care a pronunțat Încheierea nr. ..., prin care ca urmare a suspendării procedurii de către autoritatea contractantă, luând act de faptul că procedura de atribuire în cauză este suspendată, Consiliul a respins cererea formulată de ..., privind suspendarea procedurii de atribuire, ca rămasă fără obiect.

Pe fondul cauzei, analizând criticile formulate de ... și de către ..., Consiliul constată că autoarele contestațiilor reclamă aspecte legate de anumite prevederi cuprinse în cuprinsul documentației de atribuire, unul dintre aspectele comune reclamate vizând asigurarea sursei de finanțare.

Întrucât asigurarea sursei de finanțare este un element esențial în inițierii procedurii, Consiliul va analiza prioritar aceste critici.

Se constată că, în fișa de date a achiziției, cap. II.2.14 *Informații suplimentare*, s-au prevăzut următoarele:

„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 Balasesti 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, la cap. II.2.13 Informații despre fondurile Uniunii Europene, s-a specificat: *"Achiziția se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: **Nu.**"*

Totodată, Consiliul reține că, la secțiunea II.2.13 din anunțul de participare, sunt specificate următoarele informații:

*Achiziția se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: **Nu.**"*

Tip finanțare: Fonduri bugetare."

- Se are în vedere că ... a solicitat Consiliului să pună în vedere autorității să depună la dosar demersurile ce au fost realizate de către aceasta pentru obținerea finanțării necesare derulării contractului de achiziție publică, respectiv

"Prin Notificarea nr. 256/2016 emisă de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice 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 AC de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare".

Se observă 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 către Ministerul Fondurilor Europene în anul 2019, prin adresa nr. 60508/CB/07.08.2019.

Ambele adrese transmise de către cele două instituții abilitate în domeniul achizițiilor publice arată că este obligatorie demararea unor demersuri pentru obținerea finanțării, anterior momentului publicării anunțului privind achiziția publică.

Pentru a verifica dacă Autoritatea și-a îndeplinit această obligație, solicităm Consiliului să pună în vedere autorității să depună la dosar demersurile ce au fost realizate de către aceasta pentru obținerea finanțării necesare derulării Contractului de achiziție publică."

Prin punctele de vedere nr. 447821.12.2020 înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 56946/22.12.2020 și nr 21/04.01.2021 înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 165/22.12.2021 autoritatea contractantă a precizat următoarele:

"Ținem sa precizam faptul ca indicarea clauzei suspensive, pe care acesta o reclama, are rolul de a informa „potentialii ofertanți", despre faptul ca la momentul publicării pe SICAP a procedurii, investiția nu beneficiaza de o finanțare totala, aceasta urmând a fi obtinuta in viitorul apropiat, nefiind una ipotetica, pentru ca in cazul in care ar fi efectuat verificări suplimentare, cum dealtfel a si făcut dar cu referire la detalii ce nu tin de procedura in cauza (respectiv calitatea expertului cooptat si numărul de proceduri in care acesta participa), ar fi observat cu ușurința ca prezenta procedura are la baza inclusiunea deja pe lista sinteza de finanțare, de la nivelul Companiei National de Investiții, in cadrul Subprogramului Drumuri de interes local si drumuri de interes județean. Deci re l f ac s va r in viit apropiat, deja fiind inclus in strategia de dezvoltare a CNI. Mai mult decât atat, in cadrul unitatii administrative, acest proiect a fost aprobat de consiliul local, i s-a deschis linie bugetara multianuala, legalitatea publicării

anunțului de participare simplificat fiind una veridică. Clauza suspensivă ca și scop, are rolul de a accelera defapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind defapt unul ce ar fi trebuit să fie 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 castigându-se timp în implementarea proiectului, acesta urmând să fie unul de actualitate la momentul implementării lui și cu o încadrare cât mai reală în costurile estimate și valoarea finanțată. În cazul în care dacă s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu 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 decât atât, contestatorul nu invocă altceva 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 monitorul oficial, de care inclusiv autoritățile contractante ar fi obligate să țină cont. Astfel având în vedere că nu există o interdicție expresă dată de legislație, prin care o autoritatea 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 să publice un anunț de participare privind obiectivul în discuție, considerăm că afirmațiile ofertantului nu pot fi luate în calcul, iar capatul sau de cerere trebuie să fie respins, neavând suportul legal pe care să se bazeze.

Nu în ultimul rând, nici autoritatea contractantă, nici ofertantul ce va fi declarat câștigător, nu va semna până la momentul semnării contractului de finanțare, contractul de proiectare și execuție aferent procedurii în cauză, clauza suspensivă având rolul de a preveni orice litigiu ce ar putea interveni în situația în care finanțarea nu s-ar mai obține. Nu considerăm că bună conduită de a efectua pașii pe care oricum ar fi trebuit să îi urmare, 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 să fie făcuți după semnarea contractului de finanțare, deci practic castigându-se timp în implementarea unui proiect, câștig de timp ce se traduce într-un câștig economic.

Pentru a răspunde solicitării SC ... SRL, depunem atașat prezentului punct de vedere, documente ce stau la baza solicitării de finanțare deja înaintate către Compania Națională de Investiții SA, documente transmise și în urma cărora investiția a fost inclusă în programul mai sus menționat și se afla în prezenta pe lista sinteză a Companiei.

Mai mult decât atât precizăm 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.

Astfel clauza suspensiva validata de către ANAP, care ca organism deciziv de control nu a putut obiecta nelegalitatea acesteia are următoarea formulare: „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 Jurilovca 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. 21 lit. b) din Legea 98/2016, jară a fi create circumstanțele artificiale de anulare a procedurii.” (CN1024249/05.09.2020) ori ne puntem întrebarea, în cazul în care aceasta clauza ar fi fost una nelegală, ANAP ca instituție de validare ar mai fi aprobat o asemenea documentație de atribuire, acestei validați fiindu-i drept dovada avizul conform necondiționat emis, urmat de publicarea procedurii atât pe portalul SICAP cât și în Jurnalul Uniunii Europene.”

Se reține că achizițarea a atașat punctului de vedere ”Pentru a răspunde solicitării SC ... SRL, depunem atașat prezentului punct de vedere, documente ce stau la baza solicitării de finanțare deja înaintate către Compania Națională de Investiții SA, documente transmise și în urma cărora investiția a fost inclusă în programul mai sus menționat și se afla în prezenta pe lista sinteză a Companiei” următoarele înregistrări în dovedirea faptului că a făcut demersuri vizavi de obținerea finanțării:

- adresa de solicitare către Compania Națională de Investiții S.A.:

„Prin prezenta vă înaintăm **solicitarea** cu privire la includerea în Programul Național de Construcții de Interes Public sau Social, Subprogramul ”Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” pentru obiectivul de investiții „MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL IN ...”.

Situația precară a drumurilor locale de pe raza comunei Balasesti au creat o serie de efecte negative. Drumurile se prezintă la nivel de balast amestecat cu nisip și pământ. Acostamentele drumurilor vizate nu sunt definite și lipsesc dispozitivele de colectare și evacuare a apelor pluviale.

Scurgerea apelor este deficitară întrucât șanțurile lipsesc de pe aproximativ toată lungimea drumurilor locale, iar în locurile în care acestea au existat, sunt colmatate sau înierbate.

Datorită lipsei întreținerii, vegetația a crescut pe acostamente împiedicând astfel scurgerea laterală a apelor, acestea curgând sau băltind în lungul drumurilor locale în timpul ploilor abundente.

Lipsesc podețe pentru scurgerea și evacuarea apelor pluviale. Pe drumurile locale pe care sunt întâlnite podețe, acestea sunt colmatate, sunt fără camere de cadere și fără timpane.

Datorită inconvenientelor enumerate circulația vehiculelor și a pietonilor se desfășoară necorespunzător din punct de vedere al siguranței și confortului, necesitând modernizarea drumurilor locale prin asfaltare.

Având în vedere cele menționate anterior, vă rugăm să ne aprobați solicitarea!"

- si un tabel, potrivit căruia, urmare a solicitării adresate, obiectul supus procedurii a fost inclus în programul mai sus menționat si se afla in prezent pe lista sinteză a Compania Naționala de Investii S.A.:

An	Subprogram	Titlu Proiect
2020	Drumuri de interes local și drumuri de interes județean	Modernizare drumuri de interes local în ...

... a invocat în favoarea temeiniciei criticii formulate jurisprudența Consiliului, precizând următoarele:

"CNSC s-a pronunțat deja într-o altă cauză ce avea ca obiect o Fișă de date identică cu cea contestată în prezentul litigiu

Astfel, în Dosarul nr. 2472/2020 CNSC a dispus admiterea Contestației și anularea procedurii.

În acel Dosar au fost criticate elemente din cadrul Fișei de date identice în conținut cu cele din prezenta cauză.

La acest moment încă nu a fost redactată motivarea, însă considerăm că această soluție poate fi avută în vedere ținând cont de faptul că cele două fișe de date sunt identice .

Chiar dacă valoarea unei soluții pronunțate într-un alt litigiu este una relativă, Consiliul putând pronunța de ordin teoretic în acest dosar o altă soluție, considerăm că există deja un punct de vedere format la nivelul CNSC, ce nu poate fi ignorat.

Totodată, soluția ce a fost pronunțată în dosarul prezentat cu titlu de practică este foarte importantă și ținând cont de faptul că există deja numeroase Fișe de date identice în conținut cu cea analizată în acel dosar, precum cea analizată în acest dosar.

Probabil, Consiliul, în viitorul apropiat, va fi investit cu numeroase alte Contestații ce vor avea ca obiect analiza unor Fișe de date identice sau similare, motiv pentru care este foarte importantă stabilirea unei practici unitare la nivelul Consiliului.

Anexăm extras de pe portalul CNSC, precum și Fișa de date din celălalt dosar."

În mod similar și ... a precizat următoarele:

"Trebuie menționat și faptul că documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenție (DALI) care au fost scoase la licitație în ultima perioadă în județele Buzău și Galați de către numeroase unități administrativ-teritoriale, conțin aceste cerințe total ieșite din comun la niște licitații publice și care, fiind în aproape identice, provin de la același consultant. În ultimele două luni, un număr de 9 proceduri de achiziție având DALI întocmit de SPC Elite Consulting de la tot atâtea primarii din județul Buzău (Mereș, Gherăseni, Racovițeni, Glodeanu Sărat, Boldu, Râmnicelu, Calvinii, Amaru, Topliceni) au fost viciate de cerințe restrictive identice cu cele din documentația de atribuire care face obiectul prezentei

contestații, iar o parte importantă din ele au făcut obiectul unor contestații care sunt în prezent pe rolul CNSC. De asemenea, în județul Galați, comune ca Bălăsești, Poiana, Suhurlui și Suceveni au lansat proceduri de atribuire, în baza unor documentații aproape identice, toate suferind de viciile care fac obiectul prezentei contestații.”

Asupra aspectelor sesizate de petente, Consiliul constată că anterior a fost investit cu o serie de contestații similare, vizavi de clauza suspensivă formulată, soluțiile pronunțate fiind în aceeași direcție: 2287/C3/2472, 2478 din 10.12.2020, 2389/C1/2568 din 22.12.2020, 2399/C10/2566 din 23.12.2020, 2416/C8/2634 din 28.12.2020, 2421/C9/2545 din 28.12.2020 și 2420/C7/2567 din 28.12.2020.

În cauza supusă acum soluționării nu există autoritate de lucru judecat și obligativitate, însă există relevanța dezlegărilor date, litigiul anterior fiind similar celui aflat pe rol. Și în această cauză, documentația de atribuire conține informații similare vizavi de clauza suspensivă.

Interpretarea dată spețelor similare este pertinentă și concludentă în cauza de față, mai cu seamă că, la cap. VII din Legea nr. 101/2016, se pune accent pe prevenirea pronunțării de către Consiliu a unor soluții diferite în cauze similare. Așadar, organul administrativ este ținut de obligația asigurării practicii unitare prin soluțiile pe care le pronunță.

Având în vedere că așa cum a fost mai sus reținut, inclusiv Completul 7, investit cu soluționarea prezentei cauze a avut pe rol o speță identică în ceea ce privește clauza suspensivă, Consiliul găsește util de redat dezlegările date de Consiliu în cuprinsul Deciziei nr. 2420/C7/2567 din data de 28.12.2020, menite să înlănească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea, astfel:

[Analizând, pentru început, criticile contestatorului privind clauza suspensivă, Consiliul reține că, la secțiunea „II.2.14 Informații suplimentare” din fișa de date a achiziției publicată în SEAP ca anexă la anunțul de participare simplificat nr. SCN1078610/11.11.2020, autoritatea contractantă a precizat următoarele: „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 Jurilovca 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, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, autoritatea contractantă a precizat că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația, nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 2818/24.11.2020 înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 52159/25.11.2020, autoritatea contractantă a precizat că „(...) prezenta procedură are la bază includerea deja pe lista sinteză de finanțare, de la nivelul Companiei Naționale 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 decât atât, 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 ca și scop, are rolul de a accelera de fapt implementarea proiectului, pasul publicării achiziției publice în SICAP fiind de fapt unul ce ar fi trebuit a fi 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 contractate, 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. În cazul în care dacă s-ar aștepta încă 24 luni spre exemplu 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”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- art. 5: „La solicitarea beneficiarilor și în baza documentațiilor de solicitare motivate transmise de aceștia, Compania Națională de Investiții „CNI”, - S.A. întocmește pentru fiecare subprogram în parte lista-sinteză a obiectivelor propuse a fi finanțate, potrivit prevederilor anexei nr. 3¹, și o transmite Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru a fi aprobată prin ordin al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice. Lista-sinteză astfel aprobată este documentul care stă la baza întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare”;

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

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

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

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

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

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

Conform art. 7 alin. (1) și art. 12 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001, în eventualitatea obținerii calității de beneficiar al subprogramului *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*, PRIMĂRIA COMUNA RACOVITENI are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca înapoierea acestuia să se facă de către CNI, prin minister, după efectuarea recepției la terminarea lucrărilor. Toate celelalte etape aferente execuției investiției cum ar fi organizarea procedurilor de atribuire, urmărirea și supravegherea tehnico-economică a lucrărilor, confirmarea lucrărilor care urmează a fi decontate, recepția la terminarea lucrărilor etc. sunt atributul Companiei Naționale de Investiții „CNI” - SA conform prevederilor art. 11 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

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

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

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

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

Faptul că PRIMĂRIA COMUNEI RACOVITENI se află pe lista sinteză (aspect invocat de către aceasta în punctul de vedere), nu constituie în sine o dovadă a existenței finanțării, deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001 stabilesc faptul că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor și care urmează a fi transmisă către Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobare prin ordin de ministru, în vederea întocmirii listei obiectivelor de investiții și a fundamentării alocațiilor bugetare necesare în vederea finanțării acestora, conform prevederilor legale în vigoare. Din acest punct de vedere, lista sinteză în forma prezentată de către COMUNA RACOVITENI în anexa corespondenței nr. 2957/17.12.2020 înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 56696/21.12.2020, poate fi considerată cel mult o dovadă de înregistrare a solicitării.

Acest aspect rezultă și din bugetul menționat pe pagina internet din captura de ecran prezentată de autoritatea contractantă PRIMĂRIA COMUNA RACOVITENI, în care se menționează în dreptul proiectului *„buget 0,00 lei”*.

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

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

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

- procedura să fie organizată în vederea atribuirii unui contract finanțat din fonduri europene;
- există contract de finanțare semnat cu autoritatea de management;
- contractul de finanțare semnat cu autoritatea de management conține clauză rezolutorie de a cărei îndeplinire depinde finanțarea proiectului;
- clauza suspensivă prevăzută în documentația de atribuire condiționează semnarea contractului rezultat din procedura de atribuire de îndeplinirea clauzei rezolutorie.

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

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

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

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

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

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

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

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) teza a 2-a din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire „(..) *dacă este imposibilă încheierea contractului*” trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece lipsa/absența sursei de finanțare nu era doar previzibilă, ci era chiar certă la data inițierii procedurii de atribuire.

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

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că a fost investit de aceeași societate cu mai multe contestații similare, soluțiile pronunțate fiind în aceeași direcție, organul administrativ fiind ținut de obligația asigurării practicii unitare prin soluțiile pe care le pronunță (potrivit celor precizate în cap. VII

din Legea nr. 101/2016) respectiv Deciziile nr. 2389/C1/2568/22.12.2020, nr. 2399/C10/2566/23.12.2020 și nr. 2287/ C3/2472,2478/10.12.2020.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referitor la cererea adresată de către ..., de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației (fiind depuse la dosarul cauzei factura AHB nr. 876/02.12.2020 în sumă de 2.893,44 ron emisă de către „Cabinet avocat Horia Bora”, reprezentând „Redactare și semnare contestație împotriva documentației de atribuire aferentă procedurii având ca obiect «Modernizare drumuri locale în comuna Racovițeni, județul Buzău» organizată de comuna Racovițeni; reprezentare client în fata CNSC” și dovada achitării sumei de 2.893,44 ron prin OP din data de 03.12.2020, emis de către Banca Transilvania) și având în vedere admiterea contestației formulată de ..., Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă ... la plata cheltuielilor de soluționare către ..., în cuantum de 2.893,44 lei.]

Aceste considerente, aplicabile *mutatis mutandis* cauzei pendinte, conduc la concluzia că nici ... nu are asigurată o sursă concretă de finanțare a contractului de prestare a serviciilor de proiectare, și execuție aferente lucrărilor de modernizare a drumurilor din comună. În mod similar, ca și în situația anterior expusă, includerea obiectivului în lista sinteză a Companiei Naționale de Investiții „CNI” SA nu echivalează cu asigurarea sursei de finanțare, pe de o parte, iar pe de altă parte, apărarea organizatoarei procedurii că proiectului i-a fost deschisă o *linie bugetară multianuală* nu este dovedită în niciun fel (nu a fost anexat niciun înscris de programare bugetară multianuală).

Din examinarea informațiilor afișate pe site-ul Complaniei Naționale de Investiții S.A., Consiliul constată că, la secțiunea *Stadiu proiecte*, se regăsește și obiectul prezentei proceduri, astfel:

An	Subprogram	Titlu Proiect	Județ	Buget	Status	Detalii
2020	Drumuri de interes local și drumuri de interes județean	Drumuri locale modernizate în ...	Galați	0,00 lei	Lista sinteză	

Angajarea de cheltuieli din bugetul comunei în absența sau peste limita creditelor bugetare aprobate atrage răspunderea juridică prescrisă de Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale. Conform acestei legi, pentru acțiunile multianuale se înscriu în buget, distinct, creditele de angajament și creditele bugetare, iar ordonatorii de credite încheie angajamente legale, în limita creditelor de angajament aprobate prin buget

pentru anul bugetar respectiv. ... nu a furnizat Consiliului niciun buget din care să reiasă înscrierea creditelor de angajament și a celor bugetare aferente obiectivului. Trebuie subliniat că, pot fi cuprinse în programul de investiții publice numai acele obiective de investiții pentru care sunt asigurate integral surse de finanțare prin proiectul de buget multianual.

Clauza suspensivă regăsită în fișa de date achiziției este vădit nelegală, întrucât obligă ofertantul câștigător să își mențină valabilă oferta minimum un an (12 luni), fără nicio asigurare că, după această perioadă, va reuși să semneze contractul cu autoritatea contractantă, mai cu seamă că circumstanțele economice pot fi altele (alte costuri cu implementarea, dincolo de acelea aferente blocării garanțiilor ofertanților). În plus, nu există niciun suport legal pentru ... să amâne semnarea contractului pentru o asemenea perioadă.

Nu există nicio bază legală pentru amânarea încheierii contractului cu ofertantul declarat câștigător, astfel cum reiese din această clauză precizată, normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 statuând că autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, evident în perioada de valabilitate a ofertei. Eventual, clauza suspensivă (coroborată, după caz, cu una rezolutorie) poate afecta îndeplinirea obligațiilor contractuale, nicidecum încheierea contractului.

Având în vedere lipsa sursei de finanțare a contractului, nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, context în care, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestațiile formulate de ... și ..., în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de autoarele contestațiilor cu privire la prevederile pretins nelegale ale documentației de atribuire, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, fiind de prisos, atâta vreme cât rezultatul rămâne același.

Cererea ... privind achitarea de către autoritatea contractantă a cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, este respinsă ca nefondată, deoarece contestatoarea nu a prezentat documente doveditoare în acest sens.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestațiile formulate de către ... și de către ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ..., în contradictoriu cu
Anulează procedura de atribuire.

Respinge cererea ... referitoare la achitarea cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...