



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

DECIZIE

Nr. 2421 / C9 / 2545

Data: 28.12.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50458/17.11.2020, depusă de SA, cu sediul în comuna, județul cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la punctul de lucru din, ..., având CUI, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal de ..., împotriva documentației de atribuire aferentă procedurii simplificate, online, organizată de, cu sediul în comuna, județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: „Asfaltare drumuri sătești în satele, ..., comuna, județul”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2), contestatoarea a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință:

- în principal, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată;
- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată aferente soluționării contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SA critică documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

În urma analizei documentației de atribuire, a constatat că aceasta impune o serie de factori de evaluare, cerințe și condiții imprecise, disproporționate, restrictive sau care nu au legătură cu obiectul contractului.

Contestatoarea argumentează cererea de suspendarea a procedurii de atribuire prin faptul că termenul de depunere a ofertelor este în data de 27.11.2020, ora 15:00.

Totodata, dacă procedura va avansa mai mult și autoritatea contractantă va începe evaluarea ofertelor iar ulterior contestația s-ar admite, în speță vor deveni aplicabile dispozițiile art. 212 lit. d) din Legea nr. 98/2016 care impun anularea procedurii în situația în care Consiliul dispune modificarea unor cerințe iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2).

Cu titlu prealabil, petenta arată că obiectul procedurii de atribuire este un contract de modernizare drumuri sătești.

Plecând de la această încadrare de clasă tehnică inferioară (clasa tehnică V și categorie de importanță C) este evident că prezentul contract prezintă un grad de complexitate redus comparativ cu un contract de modernizare/construire autostrăzi, drumuri naționale sau chiar drumuri județene.

Din punctul său de vedere, documentația de atribuire conține cerințe vădit disproporționate în raport cu obiectul contractului, fapt care contravine reglementarilor legale în materie.

A. Critici vizând prevederile fișei de date a achiziției

i. Factorul de evaluare și cerințele minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare contravin prevederilor art. 187 alin. (3) și art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (34) și (8) din HG nr. 395/2016.

În conformitate cu prevederile secțiunii II.2.5 din fișa de date criteriul de atribuire al contractului este prevăzut ca fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Fișa de date prevede un număr de 4 factori de evaluare: Prețul contractului (cu o pondere de 60%), Experiența echipei de experți (cu o pondere de 25%), Perioada de garanție a

lucrărilor (cu o pondere de 10%) și Perioada de execuție a lucrărilor (cu o pondere de 5%).

Cel de al doilea factor de evaluare (experiența echipei de experți), contestatoarea îl apreciază ca nelegal.

În conformitate cu dispozițiile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului poate fi prevăzută ca factor de evaluare doar în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului.

În același sens art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016 dispune ca 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, alegerea criteriilor de evaluare trebuia făcută strict prin prisma avantajelor pe care autoritatea contractantă le poate obține (de ex. termene de garanție, durata de execuție, sistem calitativ implementat etc.).*

Este invocată Instrucțiunea 1 a ANAP.

În speță, chiar dacă în obiectul contractului intră și prestarea de servicii de proiectare, acestea nu prezintă un „grad înalt de complexitate” astfel încât să justifice introducerea unui atare factor de evaluare.

Susținerea sa se bazează și pe faptul că, prin fișa de date, se solicită în cadrul unei note: „La întocmirea listelor de cantități se va avea în vedere faptul că ofertanții sunt obligați să respecte prescripțiile DALI”.

Contestatoarea susține că această mențiune nu este nelegală, dar având în vedere că Documentația de Avizare a Lucrărilor de Intervenție atașată documentației de atribuire are în colectivul de elaborare o singură persoană, consideră că acest lucru spune totul despre „complexitatea ridicată” a obiectivului de investiții.

Distinct de aceste aspecte, în caietul de sarcini, aceeași experți sunt menționați și cu titlu de cerință minimă.

Această dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care prevede ca autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

Mai mult decât atât însă, aspectele prevăzute în caietul de sarcini se contrazic cu prevederile care reglementează factorii de evaluare.

Astfel, la factorii de evaluare se menționează că se acordă ¼ din punctajul maxim alocat dacă a fost implicat în 0-10 proiecte, cu alte cuvinte chiar dacă unul dintre experți nu are experiență (0 proiecte),

se poate obține ¼ din punctajul maxim, în timp ce în caietul de sarcini se solicită pentru același personal participarea la minim 1 contract.

În fine, fișa de date și caietul de sarcini solicită și un minim de personal calificat necesar execuției lucrărilor și anume: RTE, RCQ, șef șantier, responsabil SSM și/sau PSI, topometrist autorizat OCPI.

Din cele arătate mai sus, petenta precizează că este evident faptul că prevederile fișei de date nu sunt corelate cu obiectul real al contractului, și nici cu prevederile restului documentației de atribuire. Așa fiind, consideră că se impune, ca măsură de remediere, anularea acestui factor de evaluare.

De asemenea cel de al patrulea factor de evaluare - perioada de execuție a lucrărilor- cu o pondere de 5%, consideră că nu prezintă nici un fel de relevanță.

ii. Numărul de zile până la care se pot solicita clarificări și termenul de formulare a răspunsului contravin prevederilor art. 161 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

La pct. 1.3) Comunicare și pct. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor se prevede: „(...) este de 5 zile înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare”.

Aceasta mențiune încalcă prevederile art. 161 alin. (2) din Legea 98/2016, care prevede 6 zile în cazul contractelor de lucrări.

iii. Clauza suspensivă prevăzută la cap II.2.14 Informații suplimentare din fișa de date este nelegală.

În fișa de date a achiziției este prevăzută clauză suspensivă:
„II.2.10 Informații suplimentare

Clauza suspensivă: Procedura de atribuire este inițiată sub incidența prezentei clauze suspensive în sensul că încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea finanțării pentru obiectivul de investiții, fie prin semnarea contractului de finanțare. Acest fapt realizându-se cu respectarea dispozițiilor art. 143 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016. Având în vedere dispozițiile Legii nr. 98/2016 și Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, Comuna în calitate de Autoritate Contractantă precizează că va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate prin semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 24 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.”

și, la cap. II.2.13 Informații despre fondurile Uniunii Europene se menționează: „Achiziția de referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: NU”

Analizând aceste mențiuni, contestatoarea constată că autoritatea contractantă, la acest moment, nu are finanțare pentru obiectivul de investiții, deși art. 43 alin. (6) din Legea finanțelor publice (Legea 500/2002) prevede: „Ordonatorilor principali de credite li se intezece efectuarea de cheltuieli pentru achiziționarea și/sau elaborarea studiilor de fezabilitate și a altor studii aferente obiectivelor de investiții, în oricare dintre următoarele situații:

a)

b) Dacă obiectivul de investiții publice nu va putea fi inclus în programul de investiții publice în anul bugetar următor, în condițiile prevăzute la alin. (9): (...) a căror finanțare poate fi asigurată integral”.

În cazul de față, autoritatea contractantă menționează cât se poate de clar că nu este vorba despre fonduri externe.

Conform normelor metodologice Programele de investiții sunt acțiuni multianuale și la pct. 1 lit. b) alin. (5) din aceste norme se menționează: „Angajarea cheltuielilor trebuie să se facă întotdeauna în limita disponibilului de credite bugetare și respectiv în limita disponibilului de credite de angajament pentru acțiuni multianuale. (...)”

Întrucât, autoritatea contractantă a angajat cheltuieli în anul 2020 pentru DALI, expertiza tehnică, precum și pentru servicii de organizare de achiziții publice prin plata unui expert cooptat, reiese cât se poate de clar că obiectivul de investiții al procedurii de atribuire în cauză este cuprins în programul de investiții publice, iar în cazul de față conform prevederilor Legii nr. 500/2002, privind finanțele publice, finanțarea pentru acest obiectiv trebuia asigurată integral.

Astfel, inserarea unei atari clauze suspensive în fișa de date contravine dispozițiilor legale care impun autorităților contractante să includă în programele de investiții doar acele proiecte pentru care se poate asigura finanțare.

În sensul nelegalității acestui tip de clauze suspensive, contestatoarea solicită Consiliului să aibe în vedere și prevederile Ghidului de bune practici publicat de ADR SV Oltenia, pe care l-a anexat în extras.

În conformitate cu art. 145 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii.

Or, o astfel de clauză suspensivă produce tocmai un astfel de efect.

De asemenea, în Circulara nr. 60S08/07.08.2019, transmisă de Ministerul Fondurilor Europene către beneficiarii proiectelor se arată că:

„pentru a stabili și un orizont de timp rezonabil, este recomandat să fie stabilită o limită de timp, care să fie coerentă cu perioada de validitate a ofertelor”.

În cazul de față, conform fișei de date pentru clauza suspensivă se apreciază „Comuna în calitate de autoritate contractantă precizează ca va încheia semnarea contractului de finanțare într-un termen estimat de 24 luni”, în timp ce perioada de valabilitate a ofertelor este de 4 luni.

În speța de față, din modalitatea de formulare a clauzei suspensive, coroborat cu incertitudinea sursei de finanțare a contractului, clauza apare ca fiind o veritabilă condiție pur potestativă prin care autoritatea contractantă și-a rezervat dreptul discreționar de a se dezice de contract în orice moment sub pretextul lipsei finanțării, fapt care contravine dispozițiilor legale.

iv) Din fișa de date, ... SA constată că autoritatea contractantă are și un expert cooptat, în persoana domnului, care este nominalizat și în comisia de evaluare, lucru ce contravine legislației în domeniul achizițiilor publice.

În fapt, serviciile de organizare achiziției au fost atribuite către ..., conform anunțului de cumpărare directă nr. DA25922985/08.07.2020.

Suplimentar, constată că același expert cooptat și implicit aceeași firmă de consultanță a inițiat alte 5 proceduri, tot în județul din care una singură nu cuprinde clauza suspensivă. Astfel, a concluzionat că oportunitatea organizării procedurii nu are legătură cu autoritățile contractante ci cu firma de consultanță, care acum „a avut timp” pentru organizarea procedurilor. Toate cele 6 proceduri au ca termen de depunere a ofertelor data de 27.11.2020, și acest termen fiind restrictiv pentru operatorii economici, care nu ar avea timp efectiv pentru depunerea în aceeași zi, la aceeași oră a 6(șase) oferte, chiar dacă au experiență și dispun de toate resursele necesare execuției contractelor.

v) Deși din toate documentele procedurii de achiziție, fișa de date, caiet de sarcini, DALI, expertiza tehnică reiese cât se poate de clar că obiectul contractului (drumuri locale) se încadrează într-o clasă tehnică inferioară (clasa tehnică V și categorie de importanță C) fiind evident faptul că prezentul contract prezintă un grad de complexitate redus, contestatoarea a constatat că cerințele în ceea ce privește oferta tehnică sunt cât se poate de complexe.

Astfel, chiar dacă nici măcar nu se poate aproxima data la care vor începe lucrările (având în vedere clauza suspensivă), prin fișa de date (Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice) se solicită:

- Grafic Gantt

- Planul de lucru cu adecvarea de resurse umane și materiale pe etape și subetape (iar printr-o notă a fișei de date se specifică „prin etapă sau subetapă de proiect se înțelege articol de deviz.”

- Diagrama CPM

- Structura WBS
- Diagrama PERT la nivel de zi (ziua 1-1, ...ziua n-n)
- Curba „S”.

Mai mult decât atât, se solicită ca „Ofertanții vor lua în considerare la întocmirea graficului Gantt toate fazele determinante precum și sărbătorile legale și condițiile de lucru pe timp friguros.”

În mod evident, ofertanții nu pot să respecte aceste solicitări și, implicit, autoritatea contractantă să analizeze ofertele, având în vedere că documentația de atribuire nu cuprinde nici o listă cu categorii de lucrări ce ar trebui oferite.

De altfel, nici nu ar putea fi comparate două oferte ce prezintă categorii de lucrări și implicit articole diferite.

La fel de anevoios este și întocmirea Graficului Gantt, ținându-se seama de sărbători legale în condițiile în care nu se știe un termen de începere a contractului.

În ceea ce privește Planul cu măsurile privind protecția mediului, se solicită: „Situția mediului în urma derulării contractului de lucrări trebuie evaluată prin cel puțin două teste: unul înainte de începerea lucrărilor, care să ateste starea mediului inițială și altul la finalizare, care să ateste starea mediului finală și să permită compararea între cele două momente, teste ce vor fi realizate de către firme autorizate în acest scop.”

Pe lângă faptul că nu se menționează despre ce autorizații este vorba, ... SA nu înțelege rostul acestor teste, având în vedere că lucrările ce vor fi executate nu au un impact major asupra mediului, acest lucru fiind menționat expres chiar în DALI pus la dispoziție de autoritatea contractantă.

În plus, atât pentru planul de mediu, planul de management al sănătății cât și pentru planul de management al traficului, se solicită câte un angajament „de actualizare imediat după adjudecare”.

De asemenea, în fișa de date se solicită: „Termenul total de prestare a serviciilor are în vedere inclusiv perioada pe care se va acorda asistență tehnică din partea proiectantului, în care se întocmește proiectul tehnic actualizat, cartea tehnică, pe parcursul execuției lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor și în perioada de garanție de buna execuție.”

Având în vedere că durata contractului este cea ofertată și poate fi cuprinsă între 10 și 13 luni – 1 lună proiectare și 12 luni execuție lucrări - (durata de execuție fiind și factor de evaluare), contestatoarea nu înțelege cum s-ar putea ca termenul total pentru perioada de asistență tehnică să acopere și perioada de garanție de bună execuție, adică minim 36 luni, asistență tehnică făcând parte din obiectul contractului, astfel că perioada în care se ofertează această trebuie să fie maxim durata contractului.

În aceeași măsură, contestatoarea menționează că documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, fapt ce contravine dispozițiilor art. 83 alin. (3) din Legea nr.

98/2016, iar în DALI nu există o listă cu categoriile de lucrări, mai mult se precizează că: „Dacă prin așternerea straturilor asfaltice strada se înalță, se va acorda o atenție deosebită scurgerii apelor, adoptându-se soluții adecvate, astfel încât dispozitivele de scurgere să preia atât apele de suprafață, cât și apele din curțile învecinate străzii. Dacă înălțarea străzii îngreunează fluiditatea scurgerii apelor, se va construi structura rutieră în casetă, păstrându-se linia roșie actuală a străzii și facilitând astfel scurgerea apelor de pe proprietățile adiacente.”

B. Critici vizând clauzele caietului de sarcini

Prin caietul de sarcini se dă posibilitatea ofertanților de a efectua o vizită pe amplasament, dar cu toate acestea, contestatoarea a constatat că perioada în care se va efectua vizita este destul de restrictivă, în sensul că se menționează: „vizita amplasamentului se va anunța cu 2 zile înainte autorității contractante ... Vizita amplasamentului poate fi efectuată cu până la 8 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor.”

Acest termen, chiar dacă nu încalcă nici un normativ, nu face decât să restricționeze potențialii ofertanți.

Tot prin caietul de sarcini se impun „cerințe minime” pentru experții cheie și anume „să fi participat în cadrul a minimum 1 contract în poziția de...”, experți a căror experiență constituie factor de evaluare.

De asemenea, în caietul de sarcini sunt reluate cerințele din fișa de date cu privire la diagrame: Gantt, CPM, PERT, curba „S”, etc, precum și niște note, ce sintetizează anumite cerințe.

Consideră că cel puțin una dintre aceste note și anume Nota 2, poate fi oricând interpretată, putând constitui pe parcursul evaluării un avantaj, respectiv dezavantaj pentru unul sau altul dintre eventualii ofertanți: „ Orice ofertă care cuprinde informații sumare, incomplete sau neaplicabile la proiectul în cauză va fi declarată neconformă. Informații sumare, incomplete sau neaplicabile sunt considerate informațiile cărora le lipsesc notele explicative și care au doar un caracter enunțativ și/sau enumerativ, fără referință la proiectul propus, dar în conformitate cu legislația în vigoare.”

Caietul de sarcini cuprinde și alte necorelări cu restul documentației, astfel se face referire la perioada de execuție lucrări ca fiind de „24 luni”, în timp ce perioada de execuție lucrări impusă prin fișa de date este de 12 luni.

C. Critici vizând clauzele contractului

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractual în scopul de a satisface un interes general.

În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de a impune clauze mai oneroase în contract, însă aceste clauze nu pot fi, de plano, nelegale, abuzive, în consecință, chiar dacă este de esență contractelor de achiziție publică să presupună anumite rigori pe care

trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau entitățile sale publice, solicitările autorității contractante nu pot depăși normele legale în vigoare.

În analiza modelului de contract postat de autoritatea contractantă, dincolo de specificul riguros al contractului de achiziție publică, aceasta a inserat o serie de clauze nelegale care se impun a fi eliminate.

Chiar dacă fișa de date cuprinde o clauză suspensivă în care se menționează că autoritatea contractantă „va încheia contract cu ofertantul declarat câștigător numai în măsura în care fondurile necesare achiziției vor fi asigurate”, ... SA a constatat că modelul de contract cuprinde la art. 13.7 aceeași clauză suspensivă.

Pentru toate aceste considerente, contestatoarea solicită admiterea contestației, în principal cu consecința modificării documentației de atribuire în sensul mai sus arătat, și în subsidiar, anularea procedurii dacă se va aprecia că o altă măsură de remediere nu poate fi implementată în mod legal.

Prin adresa nr. 5933/23.11.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 52312/26.11.2020, ... a transmis punct de vedere, precizând că, în data de 20.11.2020, a procedat la suspendarea procedurii de atribuire în cauză, ca urmare a înaintării contestației privitoare la documentația de atribuire, de către SA.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 53008/2545/C9/02.12.2020, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația depusă de SA.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 52958/02.12.2020, ... SA a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care a sintetizat argumentele care justifică admiterea contestației.

Prin adresa nr. 5963/24.11.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 55216/14.12.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SA, împreună cu documentele solicitate.

....., prin punctul său de vedere, răspunde punctual astfel:

1. În privința capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, având în vedere cele semnalate de SA, autoritatea contractantă arată că a suspendat din oficiu desfășurarea procedurii în data de 20.11.2020, aspect transmis în data de 20.11.2020.

2. Referitor la anularea cerințelor criticate de către contestatoare, face următoarele precizări:

A. În privința criticii aduse factorului de evaluare „Experiența echipei de experți”, căreia i-a alocat un procent de 25% și un număr ridicat de participări în contracte ce au avut obiect prestarea de servicii similare, ca și importanța în cadrul criteriului de atribuire cel mai bun raport

calitate-preț, ține să precizeze faptul că acesta este unul cât se poate de legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare.

Astfel, acest criteriu, deși se cere ca echipa de proiectare să fie compusă din minim 5 membri, specialiști în domeniul CFDP, geodeliei și topografiei, criteriu pe care ofertantul îl consideră nelegal, este în deplină concordanță cu prevederile Instrucțiunii nr. 1/2017 emisă de ANAP și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează că, chiar prin exemplul dat în Anexa 1 a Instrucțiunii, este prezentat factorul de evaluare Experiența experților-cheie, căreia i se alocă un punctaj de 24 de puncte din totalul de 100, deci punctajul alocat în cadrul prezentei proceduri fiind în concordanță cu cel indicat de ANAP în Instrucțiunea supusă discuției.

Mai mult decât atât, alegerea ca și experți minim 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 una logică și în concordanță cu prevederile legale evidențiate de către contestatoare, respectiv art. 187 alin. (5) lit. b), unde se precizează că: „organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului”.

În situația în care contestatarea consideră că această lucrare nu prezintă un „grad înalt de complexitate”, autoritatea contractantă menționează că 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.

De asemenea, pentru acești experți, prin caietul de sarcini, s-a solicitat ca cerință minimă, un nivel de calificare și de prezență în cadrul unor contracte similare. Într-adevăr dintr-o eroare de tehnoredactare, la nivelul fișei de date, la litera a) în loc de „a) pentru experiență constând în implicarea între 1-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă ¼ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;” autoritatea contractantă a menționat „a) pentru experiență constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă ¼ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;”, aspect ce putea fi cu ușurință constatat de ofertanți care putea să solicite clarificări pe perioada depunerii ofertelor, aspect ce ar fi fost corect și remediat prin cadrul unei erate, astfel prevederea minimă din caietul de sarcini să fie în concordanță cu cea din factorul de evaluare din fișa de date a achiziției.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că va adopta, în acest sens, în măsura în care se va impune, îndreptarea erorii materiale după definitivarea procedurii de contestație.

Critica adusă conform căreia „Această dublă prevedere încalcă în primul rând dispozițiile art. 32 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care prevede că autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract”, nu poate fi catalogată decât o neînțelegere a nivelului minim de calificare solicitat.

Astfel, prin caietul de sarcini s-a menționat faptul că pentru a putea fi considerați și luați în calcul în cadrul factorului de evaluare, experții indicați prin fișa de date, trebuie să îndeplinească anumite cerințe minime de calificare și experiența similară, respectiv să dețină calificarea profesională fără de care nu își pot desfășura activitatea, și să fi participat în cadrul a minimum 1 contract similar în poziția pentru care a fost desemnat și deține calificarea și pentru prezenta procedură.

În consecință, nu se poate considera că menționarea acestora este ca o dublă prevedere sau dublă cerință, mențiunile din caietul de sarcini venind în completarea și validarea celor din fișa de date a achiziției, pentru ca ofertanții să nu se afle în situația în care deși prezintă experți, aceștia să nu poată fi luați în calcul în cadrul factorului de evaluare.

B. În privința criticii aduse asupra factorului al patrulea de evaluare, respectiv Perioada de execuție a lucrărilor, ține să precizeze faptul că nu există nicio legătură între durata de execuție pe care un ofertant o va declara, cu faptul că la momentul actual obiectivul de investiție nu are în totalitate asigurată finanțare. Nebazându-se pe nici un argument real, concret, ... solicită respingerea acestui capăt de cerere.

Referitor la termenul în care autoritatea contractantă va răspunde solicitărilor de clarificări, dintr-o eroare de tehnoredactare nu au fost menționate 5 zile în loc de 6 zile, până la data limită de depunere a ofertelor, aspect ce cu ușurință putea fi semnalat printr-o solicitare de clarificare la documentația de atribuire, nefiind necesar a se contesta acest aspect formal, ce constituie de fapt o eroare materială, pe care o va remedia la finalizarea prezentei contestații.

Autoritatea contractantă precizează faptul că indicarea clauzei suspensive, pe care contestatoarea o critică, are rolul de a informa „potențialii ofertanți”, despre faptul că, la momentul publicării pe SICAP a procedurii, investiția nu beneficiază de o finanțare totală, aceasta urmând a fi obținută în viitorul apropiat, nefiind una ipotetică, pentru că, în cazul în care ar fi efectuat verificări suplimentare, cum de altfel a și făcut, dar cu referire la detalii ce nu țin de procedura în cauză, respectiv calitatea expertului cooptat și numărul de proceduri în care acesta participă, ar fi observat cu ușurință că prezenta procedură are la baza includerea deja pe listă sinteza de finanțare, de la nivelul Companiei National 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 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 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. 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.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă susține că SA nu invocă altceva decât legislație neoficială, unde chiar și aceasta nu interzice introducerea unei clauze suspensive, ci doar recomandă. Astfel afirmația: „în sensul nelegalității acestui tip de clauze suspensive...”, termenul de nelegalitate nu are un fundament real, el bazându-se de fapt pe prevederi dintr-un ghid de bune practici al ADS SV Oltenia și pe o circulară a Ministerului Fondurilor Europene, document, de altfel, nepublicat în monitorului oficial, de care inclusiv autoritățile contractante ar fi obligate să țină cont.

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.

Autoritatea contractantă ține să precizeze că aceste deficiențe ar fi putut fi ușor remediate prin emiterea unor erate, în cazul în care ofertantul ar fi semnalat aceste aspecte prin intermediul solicitărilor de clarificări la documentație, introducerea unei contestații nefăcând altceva decât să prelungească în timp perioada de evaluare.

C. În ceea ce privește cerința privind întocmirea graficului Gantt, „potentialul ofertant” nu indică efectiv critica adusă modalității prin care această întocmire a fost solicitată, respectiv de ce nu ar putea elabora un astfel de grafic și anexele lui. Acesta se rezumă doar la a asocia categoria de importanță a lucrării cu modalitatea de întocmire a graficului.

Autoritatea contractantă consideră că nu are nici o relevanță categoria de importanță a lucrării, cu elaborarea unui grafic de execuție care să se încadreze în durata prevăzută la nivelul DALI, și de complexitatea solicitată, ci ofertantul doar creează motive de contestație.

D. Referitor la critica adusă unei cerințe din Planul cu măsurile privind protecția mediului, ... consideră critica ca fiind exagerată, aceasta cu ușurința putând fi soluționată printr-o solicitare de clarificări privind documentația de atribuire, nefiind imperios necesar a constitui motiv de contestație.

Având în vedere situația delicată a mediului, autoritatea contractantă dorește ca pe perioada execuției lucrărilor, constructorii să respecte întocmai cerințele impuse de autoritățile în domeniu, respectare ce se va putea observa cu ușurință prin testele de mediu ce ar putea fi realizate la începerea lucrărilor și la finalul acestora, prin care să se confirme de personal autorizat că aceste reglementări au fost respectate și nu au fost constatate abateri, iar dacă au fost, să se constate măsurile de remediere.

E. În ceea ce privește critica adusă necesității prezentării la momentul ofertării a unor angajamente de actualizare a planului de mediu, management al sănătății și al traficului, autoritatea contractantă menționează că aceste angajamente își au originea în clauza suspensivă a procedurii. Astfel că la momentul începerii efective a lucrărilor, situația din teren poate fi una diferită față de cea asumată la momentul ofertării prin planurile prezentate, ofertanții trebuind în cazul în care condițiile de mediu, sociale și de amplasament au suferit modificări, să își actualizeze propriile planuri de mediu, trafic și SSM asumate, cu noua situație, pentru a se respecta întocmai legislația și nivelul de calitate impus lucrării, nivel asumat la momentul ofertării.

F. Referitor la critica privind faptul că documentația publicată nu cuprinde liste cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, autoritatea contractantă arată faptul că, în cadrul documentației de atribuire au fost prezentate atât piese scrise cât și piese desenate, piese ce cuprind în totalitate toate străzile supuse modernizării, piese ce conțin descrierea categoriilor de lucrări ce vor fi cotate, piese ce se coroborează cu descrierea soluției tehnice de la nivelul DALI și al expertizei.

Mai mult decât atât, ofertanților li s-a atașat în cadrul documentației un grafic de preț și un grafic de plăți, pe baza cărora își vor forma oferta financiară, la acest moment neputând a se solicita întocmirea ofertei financiare pe baza unor liste de cantități predefinite, prin simplul fapt că la nivelul DALI se face o estimare tehnico-economică a lucrărilor ce urmează a fi executate, estimare ce are rol în stabilirea de fapt a valorii estimate. În grafice, ofertanților li s-a indicat expres fiecare categorii de lucrări ce urmează a fi efectuată, la nivelul fiecărei străzi, însă cantitățile efective de lucrări vor fi elaborate la nivelul PTh. Astfel că, ofertanții își vor crea propriile liste de cantități

pe baza categoriilor de lucrări prezentate în graficul de preț și graficul de prețuri, formulare componente ale documentației de atribuire. La acest moment este excesiv a se solicita liste de cantități de lucrări pe care ofertanții să le respecte la nivelul PT și de care să fie ținuti prin asumarea lor în cadrul procedurii de atribuire. Aceștia vor fi ținuti a respecta strict încadrările valorice pe fiecare categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate la momentul elaborării PTh, încadrări pe care singuri trebuie să le determine pe baza documentației scrise și desenate.

G. Referitor la criticile aduse caietului de sarcini, autoritatea contractantă menționează faptul că ofertantul din nou acuză o cerință ca fiind restrictivă, dar care de fapt prin propriile cuvinte, nu încalcă nici un act normativ (nici chiar o circulară sau o adresă informativă). Astfel că, autoritatea contractantă corect a dat posibilitatea, nici măcar obligativitatea, ofertanților de a vizita amplasamentul pentru a putea constata corect categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate și executate. Faptul că s-a precizat că această vizită trebuie anunțată cu 2 zile înainte, este un lucru benefic ambelor părți, pentru că atât autoritatea contractantă cât și potențialul ofertant să își poată rezerva timpul necesar pentru onorarea solicitării.

În privința neconcordanței cum corect contestatoarea o consideră referitoare la termenul de execuție, ... menționează că aceasta este o eroare materială, ce se va remedia printr-o erată.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea parțială pe fond a contestației formulată de SA, conform celor menționate în prezentul punct de vedere, 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.

În cazul în care se va admite prezenta contestație în totalitatea ei, autoritatea contractantă susține că va modifica documentația de atribuire în deplină concordanță cu concluzia Consiliului. În cazul acesta, consideră că anularea procedurii nu este una benefică, atât timp cât cele constatate pot fi remediate pe calea clarificărilor din oficiu și a eratelor, cu o prelungire a perioadei de depunere a ofertelor, în cazul în care se vor constata abateri de către Consiliu.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 55865/16.12.2020, ... SA a transmis Note scrise, prin care a învederat aspecte ce pun în context decizia autorității contractante de a publica documentația de atribuire în forma în care ea a fost publicată, susținând admiterea contestației formulate inițial împotriva acestei documentații de atribuire.

La adresa nr. 6287/17.12.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 55975/17.12.2020, ... a atașat dovada includerii achiziției publice

pe lista sinteză de finanțare a CNI SA în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și județean.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: „Asfaltare drumuri satești în satele, ..., comuna, județul, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, online, conform anunțului de participare simplificat nr. SCN1078550/10.11.2020, publicat în SICAP.

Din informațiile anunțului de participare simplificat, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 18.035.310,03 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 27.11.2020, ora 15:00. Tot în cadrul anunțului de participare simplificat, la Stare procedură este menționat „suspendată”.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, nemulțumită fiind de unele aspecte din cadrul acesteia, ... SA a formulat contestația în analiză, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cautiunea în sumă de 35.000,00 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206655026/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 18.11.2020.

Ca urmare a suspendării procedurii de către autoritatea contractantă, Consiliul ia act de faptul că a rămas fără obiect acest capăt de cerere.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că societatea contestatoare a formulat critici împotriva documentației de atribuire, unul dintre aspecte fiind legat de 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 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 24 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***

De asemenea, Consiliul are în vedere că, la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a depus, cu adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 55975/17.12.2020, dovada includerii proiectului pe lista de sinteză de finanțare a Companiei Naționale de Investiții, în cadrul Subprogramului Drumuri de interes local și județean.

În contextul celor prezentate, este de reținut că, potrivit art. 1 alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 25/2001 *Se înființează Compania Națională de Investiții «C.N.I.» - S.A., denumită în continuare C.N.I., societate comercială pe acțiuni, sub autoritatea Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice.*

Din Statutul societății (anexa 2 a ordonanței amintite), sunt de amintit dispozițiile art. 5 potrivit cărora *Scopul C.N.I. 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, iar potrivit art. 6 – Obiectul de activitate din aceeași anexă (1) C.N.I. desfășoară activități de interes public în scopul obținerii de venituri pentru acoperirea cheltuielilor de organizare și funcționare a societății, precum și activități de investiții pentru realizarea construcțiilor și are, în principal, ca obiect de activitate:*

- a) derularea unor programe de interes public în domeniul construcțiilor;*
- b) realizarea de așezăminte de vacanță de interes social, exploatate prin închiriere, respectiv sate de vacanță, case familiale de vacanță, terenuri amenajate pentru campare și caravane;*
- c) realizarea unor clădiri sociale de locuit pentru persoane fizice și juridice;*
- d) realizarea unor operațiuni de marketing, publicitate, reclamă, editare de publicații și imprimate în domeniul său de activitate;*
- e) achiziționarea, realizarea și vânzarea de tehnologie în domeniul construcțiilor;*
- f) realizarea și vânzarea de proiecte în domeniul construcțiilor;*
- g) asigurarea de servicii specifice în domeniul construcțiilor, pentru investitori persoane fizice sau juridice.*

(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 C.N.I., respectând procedura de achiziții publice, în condițiile legii.

(4) Recepția lucrărilor se face de personalul C.N.I. 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.*

Așadar, procedura de achiziție publică pentru realizarea de construcții se realizează de către CNI, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

În ceea ce privește sintagma „*Subprogramul Drumuri de interes local și drumuri de interes județean*” la care autoritatea contractantă a făcut referire în punctul său de vedere, Consiliul reține următoarele:

- 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 sunt enumerate subprogramele din cadrul Programului național de construcții de interes public sau social, la lit. k) fiind menționat *Subprogramul «Drumuri de interes local și drumuri de interes județean»;*

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, 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.*

Relevante sub aspectul modului de derulare a procedurii sunt următoarele dispoziții legale din cadrul capitolului II *Promovarea investițiilor* și a capitolului III *Derularea finanțării și realizării investițiilor* din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001:

- 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. 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 că rolul PRIMĂRIEI COMUNEI, 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 atributul 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 are obligația să predea către Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice amplasamentul investiției, urmând ca ulterior predarea către primărie să realizeze 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 Guvernului 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 a organizat prezenta procedură de atribuire fără să identifice concret vreo sursă de finanțare a respectivului contract de proiectare și execuție și fără ca această procedură să fie necesară în vederea executării prin CNI.

Consiliul reține că eventualul contract care ar fi încheiat de către PRIMĂRIA COMUNEI 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 Guvernului nr. 25/2001, deoarece condiția executării obiectivelor finanțate prin Programul național de construcții de interes public sau social este legată de calitatea de autoritate contractantă a Companiei Naționale de Investiții SA 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” SA 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 organizată de PRIMĂRIA COMUNEI 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 este incompatibilă cu atribuțiile și etapele de derulare a investiției de către Compania Națională de Investiții SA, prevăzute la cap. II și III din Anexa nr. 3 la Ordonanța nr. 25/2001.

Faptul că PRIMĂRIA COMUNEI se află pe lista sinteză de finanțare în cadrul Subprogramului Dmuri de interes local și județean nu constituie o dovadă a existenței finanțării, deoarece prevederile art. 5 din Anexa nr. 3 la Ordonanța Guvernului nr. 25/2001 stabilesc faptul că lista sinteză este doar o centralizare în cadrul CNI a solicitărilor beneficiarilor care urmează a fi transmisă către Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice pentru analiză și aprobarea 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 PRIMĂRIA COMUNA în anexa corespondenței înregistrată la Consiliu sub nr. 55975/17.12.2020 poate fi considerată cel mult 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, 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 *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.

Rezultă din cele citate că PRIMĂRIA COMUNEI avea dreptul să includă în programul de investiții publice și implicit să inițieze procedura pentru modernizarea drumurilor locale în situația în care 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 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 Ordonanța de urgență a Guvernului 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 de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 40/2015, Consiliul reține că PRIMĂRIA COMUNEI nu avea dreptul să inițieze procedura de atribuire prin condiționarea încheierii contractului de îndeplinirea clauzei suspensive.

Procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 au ca scop încheierea unui contract de achiziții publice, în mod excepțional fiind posibilă anularea procedurii, în cazurile expres prevăzute de lege (art. 212 din Legea nr. 98/2016).

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 sensul 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 dreptul 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 HG 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.

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. 42, art. 14 alin. (4) 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.

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 HG nr. 395/2016 să îl încheie cu ofertantul desemnat câștigător.

Prin urmare, Consiliul constată că modalitatea nelegală în care a fost organizată prezenta procedură de atribuire este rezultatul confuziei autorității contractante PRIMĂRIA COMUNEI cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor prin intermediul Companiei Națională de Investiții „CNI” – SA, aceasta neavând, în fapt, nicio sursă de finanțare identificată pentru derularea contractului de achiziție publică, criticile contestatoarei privind lipsa sursei de finanțare și clauza suspensivă fiind întemeiate.

Întrucât lipsa de finanțare nu poate fi acoperită printr-o măsură de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va anula procedura de atribuire.

Având în vedere derularea în mod necorespunzător a procedurii, o analiză a celorlalte critici nu se mai impune.

În același sens au fost emise de Consiliu următoarele decizii: 2287/C3/2472,2478 din 10.12.2020, 2389/C1/2568 din 22.12.2020, 2399/C10/2566 din 23.12.2020 și 2416/C8/2634 din 28.12.2020.

Vizavi de cererea de plată a cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, înaintată de SA, Consiliul reține că, la dosarul cauzei, au fost depuse factura seria AHB nr. 873/02.12.2020, în valoarea de 2.782,16 lei, reprezentând plata către Cabinet Avocat Horia Bora a onorariului avocat, și extras de cont privind dovada plății facturii.

Contestația fiind admisă, Consiliul va obliga PRIMĂRIA COMUNEI la plata către SA a sumei de 2.782,16 lei, reprezentând onorariu avocat.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SA, în contradictoriu cu, și anulează procedura simplificată organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: „Asfaltare drumuri satești în satele, Dulbanu, Lunca și Scorțeanca, comuna, județul, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2).

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, admite cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata chetuielilor efectuate în cursul soluționării contestației și obligă PRIMĂRIA COMUNEI la plata către SA a sumei de 2.782,16 lei, reprezentând onorariu avocat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
.....

MEMBRU,
.....

MEMBRU,
.....

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 4 exemplare, conține 22 pagini.