



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. 74/16.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50165/16.11.2020, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate privind atribuirea contractului având ca obiect „*Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: Modernizare drumuri locale în ...*”, s-a solicitat:

- *în principal, anularea în parte a actului contestat, în ceea ce privește pct. II.2.5) Criterii de atribuire, în sensul eliminării factorului de evaluare „experiența echipei de experți”;*

- *în subsidiar, anularea în parte a actului contestat și obligarea autorității contractante la adoptarea unei măsuri de remediere în sensul redimensionării factorului de evaluare „experiența echipei de experți”.*

II. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50457/17.11.2020, înaintată de SC ... SA, cu sediul social în ..., iar sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la punctul de lucru din ..., cu sediul în ..., formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- *în principal, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire;*

- *în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;*

- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin Încheierea nr. 2202/C4/2544 din 23.11.2020, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins ca rămas fără obiect.

Contestațiile vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016.

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 SC ... SRL și SC ... SA critică o serie de cerințe ale documentației de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

I. Prin contestația nr. 74/16.11.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50165/16.11.2020, SC ... SRL critică factorul de evaluare „experiența echipei de experți”.

În fapt, potrivit pct. III.2.5) Criterii de atribuire: „Cel mai bun raport calitate – preț”

EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERȚI

Componenta tehnică 25 %

Algoritm de calcul: Se punctează cu maxim 5 pct experiența deținută de fiecare expert-cheie: a) Șef echipă proiectare - inginer CFDP b) Inginer 1 proiectant CFDP c) Inginer 2 proiectant CFDP d) Inginer geodez e) Inginer topometrist Algoritm de calcul: Pentru fiecare expert-cheie se acordă maxim 5 puncte în funcție de experiența în numărul de proiecte în care au fost implicați și în care au derulat același tip de activități. Spre exemplu, pentru echipa de experți pot fi avuți în vedere următorii sub-factori: a) pentru experiența constând în implicarea între 0-10 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. Suma punctajelor maxime alocate experților cheie trebuie să se încadreze în punctajul maxim alocat factorului de evaluare „Experiența echipei de experți” (25 %).

Notă: Experiența în raport cu care vor fi alocate punctajele nu va constitui cerință minimă a caietului de sarcini. La nivelul strategiei de contractare se vor preciza care sunt cerințele minime aferente experților care constituie factori de evaluare. Pentru îndeplinirea cerinței, ofertanta vor prezenta: - pentru șef echipă proiectare - inginer CFDP și ingineri = recomandări, lista de semnături sau foi de capăt, diploma inginer CFDP, CV - pentru Inginer geodez și inginer topometrist - recomandări, foaie de capăt, diploma de studii superioare pentru calificarea solicitată, CV."

Argumentele pentru care solicită eliminarea sau redimensionarea acestui punct din fișa de date a achiziției, sunt următoarele:

Așa cum rezultă din factorul de evaluare menționat, autoritatea contractantă a stabilit că 25 de puncte, din totalul de 100, urmează a fi acordată ofertantului care prezintă 5 experți cheie care au un număr de peste 20 de contracte sau proiecte similare cu cel ce face obiectul procedurii.

O primă critică se referă la numărul de puncte ce a fost atribuit acestui criteriu, apreciind că este disproporționată măsura stabilirii unui punctaj maxim de 25 de puncte pentru experții ce se vor ocupa de faza de proiectare.

Astfel, lucrările de proiectare sunt estimate a se ridica la valoarea de 403.000 lei, sumă ce se compune din:

Cap. 3.5.4 = 100.000,00 lei; Cap. 3.5.6 = 265.000,00 lei; Cap. 3.8.1 = 38.000,00 lei (Cap. 3.8.1.1 - 25.000,00 lei + Cap. 3.8.1.2 - 13.000,00 lei).

Valoarea estimată a contractului de achiziție publică este în cuantum de 14.007.952,11 lei. Rezultă că valoarea proiectării în prezentul contract de achiziție publică reprezintă un procent de 3,475%.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că există nicio explicație tehnică pentru care ar trebui să se acorde 25 de puncte pentru experiența personalului cheie care se va ocupa în mod preponderent de execuția lucrărilor de proiectare. Mai mult, nici din punct de vedere al timpului în care aceștia sunt implicați în proiect nu se justifică acordarea unui punctaj atât de mare. Propriu-zis, experții cheie vor fi implicați doar la începutul execuției contractului de achiziție publică, respectiv în prima lună, atunci când se va realiza proiectul de execuție.

În susținere, petenta invocă Instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020, emise de Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

A doua critică vizează numărul de contracte solicitat de autoritatea contractantă pentru ca ofertantul să obțină punctajul maxim:

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

Cele trei grade de departajare sunt:

- între 0 - 10 proiecte/contracte – $\frac{1}{4}$ din punctajul maxim;
- între 11 - 20 proiecte/contracte – $\frac{1}{2}$ din punctajul maxim;

- peste 20 de proiecte/contracte - punctajul maxim.

În opinia sa, există un dezechilibru între cele trei categorii de departajare. Practic, 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 evident inechitabilă și disproporționată.

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

„a) pentru experiența constând în implicarea între 2-4 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă ¼ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

b) pentru experiența constând în implicarea între 5-7 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă ½ din punctajul maxim alocat expertului respectiv;

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

Un alt aspect important, din punctul său de vedere, este și acela al numărului mare de proiecte similare, având în vedere obiectul contractului de achiziție publică, respectiv execuția unui număr de 42 de străzi rurale.

Astfel, 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, petenta învederează că nu se specifică nimic cu privire la valoarea contractelor în care expertul - cheie a fost implicat. Or, 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, iar un expert cheie cu un singur proiect de o valoare de peste 500.000 de lei urmează a primi doar ¼ din punctajul maxim.

Astfel, o delimitare doar cantitativă între experții - cheie nu poate conduce în mod automat la concluzia că un expert cu un număr ridicat de proiecte, în care a fost implicat, va realiza o lucrare de proiectare la un standard mai ridicat decât un alt expert care a participat la mai puține proiecte.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 6535/24.11.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 52385/26.11.2020, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, cu menținerea factorului de evaluare al experienței echipei de experți, având în vedere următoarele argumente:

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

pret, autoritatea contractantă apreciază că este legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare, fiind în deplină concordanță cu prevederile Instrucțiunii 1/2017 emisă de ANAP și cu realitatea din domeniul proiectării și construcției de drumuri.

Aceasta subliniază că instrucțiunea menționată are caracter de îndrumare pentru autoritățile contractante, nu de obligativitate în aplicarea ei, aceasta dând indicații referitoare la personalul și modalitatea prin care autoritățile pot introduce, în criteriul de evaluare, factorul referitor la experții cheie minim solicitați, situațiile prezentate în această instrucțiune fiind cu titlu de exemplu. Astfel, în Anexa 1 a instrucțiunii, este prezentat factorul de evaluare Experiența experților - cheie, căruia i se alocă 24 de puncte din totalul de 100, deci, în opinia sa, punctajul alocat în cadrul acestei proceduri ar fi în concordanță cu cel indicat de ANAP în instrucțiune.

Prin alegerea acestui factor de evaluare, în cadrul căruia autoritatea contractantă a solicitat un număr de minim 5 experți cheie ce vor presta serviciile de elaborare a proiectului tehnic și vor asigura asistență tehnică din partea proiectantului, aceasta arată că 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 poate fi ușor transpusă în operă, fără a suferi modificări substanțiale de la faza de documentație la faza de execuție, sau în timpul execuției. 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 în concordanță cu prevederile art. 187 alin. (5) lit. b).

Autoritatea contractantă consideră că alegerea unui astfel de criteriu este chiar definitorie pentru bunul mers al implementării, scopul final atât al beneficiarului, cât și al executantului fiind acela de a finaliza într-un termen cât mai scurt și în sumele alocate, lucru ce poate fi făcut doar pe baza unei documentații tehnico-economice corect întocmite, de o echipă profesionistă și care a mai luat parte la proiecte similare.

În ceea ce privește critica conform căreia „nici din punct de vedere al timpului în care aceștia sunt implicați în proiect nu se justifică acordarea unui punctaj atât de mare. Propriu-zis experții cheie vor fi implicați doar la începutul execuției contractului de achiziție publică, respectiv în prima lună, atunci când se va realiza proiectul de execuție”, autoritatea contractantă învederează că experții desemnați nu se vor implica doar în prima lună, aceștia asigurând și asistența tehnică pe parcursul execuției proiectului.

Mai mult decât atât, inginerul geodez participă în cadrul execuției prin contrasemnarea proceselor-verbale de natură a terenului de fundare ce fac parte din cartea tehnică a construcției. Șeful de proiect și inginerii CFDP nu participă doar la început, în faza elaborării proiectului tehnic, ci

pe toată durata de execuție, cel puțin, prin asigurarea asistenței tehnice de specialitate atât la fazele determinante, cât și la recepția lucrării, acest serviciu fiind inclus chiar și în valoarea estimată a procedurii.

Referitor la instrucțiunile pentru ofertanți PNDR 2014-2020, invocate de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că procedura în cauză nu este supusă regulilor de finanțare PNDR, specifice proiectelor cu fonduri europene, derulate prin AFIR. Recomandarea din aceste instrucțiuni, conform căreia punctajul pentru un astfel de criteriu ar trebui să fie de maxim 15%, vine în contradicție cu instrucțiunea 1/2017 ANAP.

În ceea ce privește precizarea valorii contractelor în care experții au participat, autoritatea apreciază că ar fi fost o condiție restrictivă, prin prisma faptului că ar împiedicat experții ce au luat parte în contracte similare, dar de valori mai mici, să participe la procedura în cauză.

II. Prin cea de a doua contestație înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50457/17.11.2020, SC ... SA reclamă o serie de cerințe cuprinse în fișa de date a achiziției și caietul de sarcini, solicitând, în principal, modificarea documentației de atribuire, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Preliminar, contestatoarea apreciază contractul ce face obiectul procedurii în cauză, ca având un grad de complexitate redus, iar documentația de atribuire conține cerințe disproporționate în raport cu obiectul contractului, fapt care contravine reglementărilor legale în materie, astfel:

A. Critici vizând prevederile fișei de date a achiziției:

1. Factorul de evaluare și cerințele minime stabilite pentru experții cheie utilizați ca factori de evaluare contravin prevederilor art. 187 alin. (3) și 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (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*”, cu 4 factori de evaluare:

- Prețul ofertei (cu o pondere de 60%)
- Experiența echipei de experți (cu o pondere de 25%)
- Perioada de garanție a lucrărilor (cu o pondere de 10%)
- Perioada de execuție a lucrărilor (cu o pondere de 5%).

Cel de-al doilea factor de evaluare - experiența echipei de experți - este apreciat de contestatoare ca fiind nelegal.

Astfel, 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 sunt invocate și indicate și dispozițiile art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016, precum și ale art. 10 din Instrucțiunea 1/2017.

În opinia sa, 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.

Distinct de aceste aspecte, contestatoarea învederează că, în caietul de sarcini (pag. 5-6), aceiași experți sunt menționați și cu titlu de cerință minimă, astfel, apreciază că această dublă prevedere încalcă dispozițiile art. 32 alin. (4) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

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

Astfel, la factorii de evaluare (pag. 2 din fișa de date) se menționează că se acordă $\frac{1}{4}$ 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 $\frac{1}{4}$ din punctajul maxim, în timp ce la pag. 5-6 din caietul de sarcini se solicită pentru același personal participarea la minim un contract.

În concluzie, contestatoarea consideră că se impune, ca măsura de remediere, anularea acestui factor de evaluare.

De asemenea, referitor la cel de-al patrulea factor de evaluare - perioada de execuție a lucrărilor - cu o pondere de 5%, petenta arată că încalcă cerințele fișei de date cu privire la durata contractului și prevederile DALI.

Astfel, la secțiunea II.2.7 din fișa de date se menționează:

Durata contractului, concesiunii, a acordului - cadru sau a sistemului dinamic de achiziții:

Durata în luni: 13; Durata în zile: -

Contractul se reînnoiește: Nu în timp ce în cadrul factorilor de evaluare se menționează că vor fi respinse ca neconforme ofertele cu o perioadă de execuție mai mare de 24 luni și nu vor fi punctate suplimentar ofertele cu durata de execuție mai mică de 18 luni calendaristice.

Aceasta învederează că, la acest moment, obiectivul nu are finanțare, iar procedura se desfășoară sub condiția unei clauze suspensive:

„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 nr. 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".

Prin urmare, contestatoarea susține că acest factor de evaluare încalcă atât cerințe ale fișei de date, cât și ale DALI (pag. 54 din DALI-Durata de realizare și etapele principale). În condițiile în care lipsește finanțarea, iar autoritatea contractantă este dispusă să aștepte 12 luni încheierea unui contract de finanțare, petenta consideră că, și în cazul în care factorul de evaluare s-ar corecta, autoritatea contractantă ar impune un punctaj „artificial” pentru o diferență de perioadă de execuție nesemnificativă în comparație cu mențiunile clauzei suspensive.

2. Clauza suspensivă prevăzută la cap II.2.14 Informații suplimentare din fișa de date este considerată ca fiind nelegală.

Având în vedere precizările de la cap. II.2.13 Informații despre fondurile Uniunii Europene (pag. 3 din fișa de date), contestatoarea apreciază că, la acest moment, autoritatea contractantă nu are finanțare pentru obiectivul de investiții, deși art. 43 alin. (6) din Legea nr. 500/2002 prevede: „Ordonatorilor principali de credite li se interzice efectuarea de cheltuieli pentru achiziționarea și/sau elaborarea studiilor de fezabilitate și a altor studii aferente obiectivelor de investiții, în oricare dintre următoarele situații:

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)."

Alin. (9) menționează: „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."

Or, în cazul de față, autoritatea contractantă menționează clar că nu este vorba despre fonduri externe.

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 că obiectivul de investiții „*MODERNIZARE DRUMURI LOCALE ÎN COMUNA RÂMNICELU, JUDEȚUL BUZĂU*” este cuprins în programul de investiții publice, iar conform prevederilor Legii nr. 500/2002, finanțarea pentru acest obiectiv trebuia asigurată integral.

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

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 clauza suspensivă produce tocmai un astfel de efect.

Petenta arată că, 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 contractanta și-a rezervat dreptul discreționar de a se dezice de contract în orice moment sub pretextul lipsei finanțării, fapt care contravine dispozițiilor legale.

3. De asemenea, contestatoarea învederează că din fișa de date reiese că autoritatea contractantă are un expert cooptat, în persoana domnului În fapt, serviciile de organizare achiziții au fost atribuite către ..., conform anunț cumpărare directă DA25984679/20.07.2020.

Aceasta menționează că, același expert cooptat și implicit aceeași firma de consultanță a inițiat alte 5 proceduri (anunțuri de participare: SCN 1078550/10.11.2020, SCN1078552/10.11.2020, SCN1078606/11.11.2020, SCN1078608/11.11.2020 și SCN1078610/11.11.2020), tot în județul Buzău, din care una singură nu cuprinde clauza suspensivă (SCN1078552/10.11.2020).

Mai mult decât atât, în patru dintre proceduri (procedura ce face obiectul prezentei contestații și procedurile inițiate cu anunțurile SCN1078606/11.11.2020, SCN1078608/11.11.2020 și SCN1078610/11.11.2020) fișa de date conține aceeași eroare ce nu are nicio legătură cu procedurile în cauză, și anume se menționează Comuna Jurilovca drept autoritate contractantă.

4. Contestatoarea susține că, deși din toate documentele procedurii de achiziție reiese că obiectul contractului se încadrează într-o clasă tehnică inferioară (clasa tehnică V și categorie de importanță C), fiind evident că prezentul contract prezintă un grad de complexitate redus, 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 alocarea de resurse umane și materiale pe etape și subetape (iar printr-o notă a fișei de date se specifică "prin etapa sau subetapa 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: *„Ofertanții vor lua în considerare la întocmirea graficului Gantt toate fazele determinante precum și sărbătorile legale și condițiile de lucru pe timp friguros.”*

În opinia sa, ofertanții nu pot să respecte aceste solicitări și implicit autoritatea contractantă să analizeze ofertele, având în vedere că documentația de atribuire nu cuprinde nicio 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 anevoioasă este și întocmirea Grafic 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 începerca 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.”*

Contestatoarea arată că, pe lângă faptul că nu se menționează despre ce autorități este vorba, nu reiese 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 (pag. 58 DALI).

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 (pag. 8) se solicită: *„Termenul total de prestare a serviciilor are în vedere inclusiv perioada pe care se va acorda asistența 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 bună execuție.”*

Având în vedere că durata contractului este cea ofertată și poate fi maxim 13 luni – 1 lună proiectare și 12 luni execuție lucrări, petenta

apreciază că nu s-ar putea ca termenul total pentru perioada de asistență tehnică să acopere și perioada de garanție de bună execuție, adică minim 36 luni, asistența tehnică făcând parte din obiectul contractului, astfel că perioada în care se ofertează aceasta trebuie să fie maxim durata contractului, adică 13 luni.

5. Contestatoarea arată că, prin fișa de date (cap. IV.4.1., pct. II, lit. b), se solicită proceduri tehnice de execuție ale principalelor categorii de lucrări, nominalizându-se și categoriile de lucrări. Se solicită, astfel, și prezentarea unor proceduri tehnice pentru categorii de lucrări care nu sunt prevăzute în DALI, și anume: borne și parapet metalic.

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.

În cazul propunerii tehnice, prin fișa de date - Nota 3 (pag. 10 din fișa de date) se solicită: *„Toate elementele propunerii tehnice trebuie să fie corelate și să includă toate activitățile și lucrările descrise în documentația de atribuire, inclusiv DALI...”*

În DALI nu există o listă cu categoriile de lucrări, mai mult decât atât la pag. 32 din DALI se menționează: *„Dacă prin așternerea straturilor asfaltice drumul 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 drumului.*

Dacă înălțarea drumului îngreunează fluiditatea scurgerii apelor, se va construi structura rutieră în casetă, păstrându-se linia roșie actuală a drumului și facilitând astfel scurgerea apelor de pe proprietățile adiacente.”

Concluzia petentei este că documentația publicată nu cuprinde o listă cu lucrările ce ar trebui cotate de către ofertanți, fapt care împiedică pe de o parte depunerea unei oferte în deplină cunoștință de cauză și, pe de altă parte, face dificilă, dacă nu imposibilă, evaluarea ofertelor atât sub aspect tehnic, cât și sub aspect financiar.

B. Critici vizând clauzele caietului de sarcini:

Prin caietul de sarcini se dă posibilitatea ofertanților de a efectua o vizită pe amplasament, dar 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.”*

În opinia petentei, acest termen, chiar dacă nu încalcă niciun act 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 un 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 o serie de note, ce sintetizează anumite cerințe.

Petenta consideră că cel puțin una dintre aceste note, și anume Nota 2 (pag. 11), poate fi oricând interpretată, putând constitui pe parcursul evaluării un avantaj, respectiv dezavantaj pentru unul dintre 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 enunțiativ și/sau enumerativ, fără referință la proiectul propus, dar în conformitate cu legislația în vigoare.”

Contestatoarea susține că respectivul caiet de sarcini cuprinde și alte necorelări cu restul documentației, astfel la pag. 15 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 13 luni.

C. Critici vizând clauzele contractului:

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

Deși 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”*, modelul de contract cuprinde, la art. 13.7, aceeași clauză suspensivă. Astfel, petenta apreciază că nu ar trebui să existe acest articol, atât timp cât contractul nu poate fi semnat până la obținerea finanțării.

Prin punctul său de vedere nr. 6536/24.11.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 51906/24.11.2020, autoritatea contractantă răspunde punctual, astfel:

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, autoritatea contractantă precizează că acesta este unul cât se poate de legal și exponențial în economia alegerii ofertei câștigătoare, reiterând argumentele prezentate în punctul de vedere cu privire la contestația SC ... SRL.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că 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 și că, dintr-o eroare de tehnoredactare, la nivelul fișei de date, la litera a) în loc de *„a) pentru experiența 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 experiența constând în implicarea între 0-10 proiecte/contracte a persoanei propuse se acordă ¼ din punctajul maxim alocat expertului respectiv”.

Referitor la critica potrivit 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”, autoritatea arată că nu poate fi catalogată decât o neînțelegere a nivelului minim de calificare solicitat. Astfel, prin caietul de sarcini s-a menționat că, pentru a putea fi considerați și luați în calcul în cadrul factorului de evaluare, experții trebuie să îndeplinească niște cerințe minime de calificare și experiență similară, respectiv să dețină calificarea profesională fără de care nu își pot desfășura activitatea și să fi participat în cadrul a minimum un contract similar în poziția pentru care a fost desemnat și deține calificarea și pentru prezenta procedură.

În concluzie, autoritatea apreciază că 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.

În privința celui de-al patrulea factor de evaluare, respectiv *Perioada de execuție a lucrărilor*, autoritatea contractantă precizează că s-a strecurat o eroare, însă durata de execuție a lucrărilor declarată ca și durată a contractului este conformă cu prevederile din DALI, unde se prevede o perioadă de execuție efectivă de 12 luni, diferența de o lună până la cele 13 luni fiind dată de componenta de servicii a contractului, respectiv prestarea serviciilor de proiectare.

Aceasta menționează că neconcordanța putea fi ușor remediată ca urmare a unei solicitări de clarificări, ce ar fi condus la emiterea unei erate în acest sens, pentru a se pune în concordanță fișa de date cu DALI-ul și cu strategia de contractare (unde a fost deliat corect algoritmul de calcul al acestui factor de evaluare).

Referitor la finanțarea proiectului, autoritatea arată că aceasta se va realiza în viitorul apropiat, 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. Autoritatea învederează că respectiva clauză suspensivă are rolul de a accelera implementarea proiectului, publicarea achiziției în SICAP fiind ulterior confirmării de către CNI a includerii proiectului pe

lista sinteză, astfel că 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.

De asemenea, aceasta arată că nici autoritatea contractantă și nici ofertantul ce va fi declarat câștigător nu vor 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. Aceasta consideră că nu ar aduce atingere vreunui ofertant, aceștia asumându-și împreună cu autoritatea contractantă clauza suspensivă, pașii urmând oricum a fi făcuți după semnarea contractului de finanțare, deci practic se câștigă timp în implementarea proiectului.

În ceea ce privește cerința referitoare *întocmirea graficului Gantt*, autoritatea arată că petenta nu a indicat de ce nu ar putea elabora un astfel de grafic și anexele lui.

Referitor la critica privind cerința din *Planul cu măsurile de protecție a mediului*, autoritatea apreciază este exagerată, apreciind că putea a fi lămurită pe calea unei solicitări de clarificări privind documentația de atribuire, nefiind imperios necesar a constitui motiv de contestație. În opinia sa, pe perioada execuției lucrărilor, constructorii trebuie să respecte întocmai cerințele impuse de autoritățile în domeniu, ce se poate verifica prin testele de mediu confirmate de personal autorizat.

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 menționează că aceste angajamente își au originea în clauza suspensivă a procedurii. Astfel, 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, pentru a se respecta întocmai legislația și nivelul de calitate impus lucrării.

Referitor la critica privind prezentarea unor categorii de lucrări ce nu sunt prevăzute în DALI, și anume borne și parapet metalic, autoritatea contractantă precizează că la faza PT pot surveni modificări ale soluției DALI, în funcție de situația din teren de la momentul elaborării documentației tehnice finale.

Referitor la lipsa listelor cu categorii de lucrări ce urmează a fi cotate, autoritatea arată că, în cadrul documentației de atribuire, au fost prezentate atât piese scrise, cât și piese desenate, ce cuprind 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, a fost

atașat un grafic de preț și unul de plăți, pe baza cărora ofertanții își vor forma propunerea financiară. În aceste grafice s-a indicat fiecare categorie de lucrări ce urmează a fi efectuată, la nivelul fiecărei străzi, însă cantitățile efective de lucrări vor fi elaborate la nivelul PT, 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.

Referitor la criticile aduse caietului de sarcini, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, a dat posibilitatea ofertanților de a vizita amplasamentul pentru a putea constata categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate și executate.

În privința neconcordanței constatate de petentă, autoritatea menționează că este o eroare materială ce se va remedia printr-o erată.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea, în parte, a contestației înaintată de SC ... SA, cu menținerea *factorului de evaluare al experienței echipei de experți*, acesta fiind unul legal, urmând să adopte măsurile de remediere 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.

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

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a comunicat adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 52992/02.12.2020, prin care învederează următoarele:

În privința factorului de evaluare, aceasta precizează că prin contestație a încadrat factorul de evaluare privind EXPERIENȚA ECHIPEI DE EXPERȚI ca fiind nelegal prin prisma dispozițiilor legale, și anume art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia 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 condițiile în care serviciile de proiectare pentru faza DALI au fost atribuite de autoritatea contractantă fără a impune o anumită experiență în privința specialiștilor, iar proiectul tehnic nu se poate abate de la prevederile DALI, reiese că impactul asupra nivelului calitativ de executare a contractului nu este altul față de faza DALI.

Totodată, apreciază că susținerile autorității contractante sunt invalidate de prevederile Hotărârii nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, art. 9 pct. 5 - Studiul geotehnic pentru Soluția de consolidare a

infrastructurii se impune a fi prezentat la nivelul fazei de proiectare DALI.

În același act normativ se menționează că soluția tehnică se stabilește la nivelul DALI, și mai mult decât atât, art. 7 alin. (6) prevede că *„În situația în care, după aprobarea indicatorilor tehnico - economici, apar schimbări care determină modificarea în plus a valorilor maximele și/sau modificarea în minus a valorilor minimele ale indicatorilor tehnico-economiци aprobați ori depășirea intervalelor prevăzute la alin. (5), sunt necesare refacerea corespunzătoare a documentației tehnico-economiци aprobate și reluarea procedurii de aprobare a noilor indicatori, cu excepția situațiilor de actualizare a acestora prevăzute în Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare.”*

În continuare petenta reiterează argumentele din contestație, considerând că se impune, ca măsură de remediere, anularea acestui factor de evaluare.

Considerații vizând clauza suspensivă și sursa de finanțare:

Având în vedere susținerile autorității contractante, petenta invocă Ordonanța nr. 25/26.07.2001, privind înființarea Companiei Naționale de Investiții CNI - SA, care cuprinde în anexa 3, Programul național de construcții de interes public sau social; subprogramul „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean” fiind menționat la art. 2 alin. (1) lit. k) din aceasta anexa.

Pentru aceste proceduri, art. 9 din același program prevede: „Compania Națională de Investiții «C.N.I.»-SA derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare”.

În acest context, contestatoarea consideră că se impune anularea procedurii, deoarece dacă obiectivele de investiții vor avea finanțare, procedurile de achiziție vor fi derulate de CNI și nu prin autorități locale.

În opinia petentei, organizarea unei proceduri de achiziție cu clauza suspensivă (cazul procedurii contestate) implică pagube, pe de o parte, în sarcina operatorilor economici care angajează cheltuieli considerabile în procesul de elaborare și depunere a ofertelor, având în vedere și garanțiile de participare solicitate, cât și în sarcina bugetului public al autorității contractante care a angajat un expert cooptat pentru servicii de organizare achiziții.

În privința, petenta reiterează critica din contestație și subliniază că documentația de atribuire nu cuprinde articole de deviz, prin urmare, graficul Gantt nu poate fi în mod obiectiv întocmit.

Nu se precizează data de începere a lucrărilor, astfel încât nu se pot identifica sărbătorile legale, respectiv zilele lucrătoare și, prin urmare, este imposibil de elaborat un Grafic Gantt detaliat pe articole de deviz și pe zile.

În privința planului cu măsurile privind protecția mediului, petenta învederează că nu se menționează despre ce autorizații este vorba și,

deși autoritatea contractantă apreciază că această critică putea fi tranșată pe calea unei solicitări de clarificări, prin punctul său de vedere nu a clarificat acest aspect.

Referitor la procedurile tehnice pentru categorii de lucrări ce nu sunt prevăzute în DALI, petenta arată că în documentația de atribuire se fac trimiteri clare către respectarea DALI. Conform prevederilor HG nr. 907/2016, la nivelul DALI se stabilește soluția tehnică, astfel încât susținerea potrivit căreia procedurile au fost solicitate pentru că „pot surveni modificări ale soluției DALI” nu poate fi reținută. Este evident o cerință ce excede obiectul contractului, necorelată cu prevederile DALI.

Cu privire la listele de cantități, contestatoarea susține că explicațiile cu privire la rolul elaborării pe faze a DALI și PT, nu pot fi reținute, întrucât există o diferență între categoriile de lucrări și articolele de deviz. Astfel, pentru ca ofertele să poată fi comparate, ofertanții trebuie să coteze aceleași categorii de lucrări și aceleași cantități. Încadrarea în articole de deviz a categoriilor de lucrări poate să difere de la un ofertant la altul funcție de dotările și tehnologia de execuție a fiecăruia.

Cu privire la vizita amplasamentului, autoarea contestației susține că termenul restricționează operatorii economici - *„cu până la 8 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor”*.

Susținerea autorității în sensul că a oferit „posibilitatea ofertanților de a vizita amplasamentul pentru a putea constata corect categoriile de lucrări ce urmează a fi cotate și executate”, este apreciată de contestatoare ca fiind eronată, deoarece aceste categorii de lucrări nu se stabilesc prin vizita în teren, ci se stabilesc și se avizează la nivelul DALI.

Totodată, aceasta învederează că autoritatea contractantă nu răspunde, prin punctul de vedere, unor critici esențiale legate de alte cerințe ale fișei de date, și anume:

- perioada în care se va acorda asistență tehnică, care conform cerințelor din fișa de date se solicită a fi mai mare decât durata contractului;

- cerințele ce pot fi interpretate în favoarea sau defavoarea unuia sau altuia dintre ofertanți, cerințe incluse atât în fișa de date, cât și în caietul de sarcini sub denumirea de note.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 55864/16.12.2020, SC ... SA a formulat note scrise, prin care învederează următoarele:

În primul rând, având în vedere că are înregistrate pe rolul CNSC un număr de 9 contestații, formulate împotriva unor documentații de atribuire ale unor proceduri inițiate de autorități contractante din județul Buzău, iar sub aspectul conținutului, documentațiile de atribuire contestate sunt cvasiidentice, în temeiul Legii nr. 544/2001, a adresat autorităților contractante cereri prin care a solicitat următoarele informații:

- *identitatea persoanei/persoanelor care asigură consultanță în domeniul achizițiilor publice în cadrul procedurii de atribuire;*
- *calitatea în care aceste persoane participă la procedura de atribuire, respectiv dacă au fost cooptați ca experți cu atribuții în elaborarea documentației și/sau în evaluarea ofertelor;*
- *atribuțiile concrete ale consultantului/consultanților/expertilor cooptați în desfășurarea procedurii de atribuire;*
- *să i se pună la dispoziție contractul/contractele încheiate cu consultantul/ții/expertul/ții cooptat/ți).*

Aceasta a primit răspunsuri de la următoarele autorități contractante:

Petenta remarcă faptul că răspunsurile sunt formulate în termeni identici, în cadrul lor arătându- se următoarele:

Pentru procedurile de atribuire autoritățile contractante au încheiat contracte de consultanță cu societatea SRL, prin domnul ...;

Calitatea domnului ... este de expert cooptat cu atribuții în consilierea privind întocmirea și verificarea documentației de atribuire și în evaluarea ofertelor, conform certificărilor deținute de către acesta;

Conform contractului semnat, respectiv art. 4.1 alin. (2)-(4), societatea menționată a fost contractată pentru consultarea privind întocmirea și verificarea documentației de atribuire, verificarea documentelor de calificare, tehnice și financiare; propunerea solicitărilor de clarificări privind oferta/ofertele depuse dacă este cazul; Servicii de consultanță privind transmiterea comunicărilor privind rezultatul etapelor de evaluare și a comunicărilor privind rezultatul procedurii; În cazul în care anumiți operatori economici vor transmite contestații la procedura, la cerere, expertul cooptat poate participa sau ajuta departamentul juridic din cadrul autorității contractante la întocmirea punctului de vedere pentru notificarea de contestație și a punctului de vedere în caz de formulare a contestației către CNSC.

Trecând peste faptul că același expert cooptat este implicat în derularea fiecăreia dintre procedurile de atribuire contestate de SC ... SA, atribuțiile expertului cooptat se extind la elaborarea documentației, evaluarea ofertelor și chiar redactarea punctelor de vedere față de eventualele contestații.

Petenta apreciază că, deși participarea unei persoane în calitate de expert cooptat, în mai multe proceduri, nu este interzisă de lege, pentru situația particulară a procedurilor ce fac obiectul contestațiilor sale, conținutul documentațiilor de atribuire, respectiv prevederile nelegale din cuprinsul acestora (care în bună măsură sunt aceleași în cadrul fiecăreia dintre proceduri) se pot explica prin faptul că redactarea documentațiilor a fost realizată cu participarea aceluiasi expert cooptat.

În continuare, autoarea contestației învederează Consiliului că prima sa contestație a fost deja soluționată prin Decizia CNSC nr.

..../10.12.2020, soluția fiind de admitere a acesteia și de anulare a procedurii de atribuire.

Dintre criticile formulate, care se regăsesc și în cauza de față, CNSC s-a pronunțat asupra legalității condiției suspensive sub care a fost inițiată procedura de atribuire, statuând după cum urmează:

„Cât privește cererea contestatorului de eliminare, din anunțul de participare, «a clauzei suspensive VI.3) Informații suplimentare/Clauza suspensivă: încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile, semnarea contractului fiind posibilă doar în situația în care se respectă dispozițiile referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice. În cazul în care, indiferent de motive, obținerea/aprobarea finanțării lucrărilor din fonduri de la bugetul de stat și/sau fonduri europene nerambursabile nu se realizează, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Legea nr. 98/2016, fiind imposibilă încheierea contractului de achiziție publică»”, Consiliul constată temeinicia ei.

Consiliul reține că, în strategia de contractate, autoritatea contractantă a precizat: Sursa de finanțare: Fonduri ale bugetului local și/sau fonduri din bugetul de stat prin fondurile de investiții, fonduri externe nerambursabile și alte surse legal constituite.

De asemenea, în anunțul de participare se menționează, la secțiunea II.2.13) Informații despre fondurile Uniunii Europene: Achiziția se refera la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: Nu

Tip finanțare: Alte fonduri

În fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a adăugat: II.2.14 Informații suplimentare: Sursele de finanțare a investițiilor se constituie în conformitate cu legislația în vigoare și constau în fonduri proprii, credite bancare, fonduri de la bugetul de stat, bugetul local, credite externe, garantate sau contractate de stat, fonduri externe nerambursabile sau alte surse legale constituite.

Așadar, din documentația de atribuire, reiese clar faptul că nu a fost identificată nicio sursă de finanțare.

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

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

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

(4) Anunțul de participare simplificat conține următoarele informații:

(...)

d) valoarea estimate;

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

f) sursa de finanțare (...).

Deși în punctul de vedere la contestație achizitorul susține că a "întreprins demersuri" pentru obținerea fondurilor necesare, singurul document doveditor, în acest sens (transmis către CNSC în 09.12.2020), îl reprezintă o solicitare privind includerea în Programul Național de Construcții de Interes Public sau Social, Subprogramul "Drumuri de interes local și drumuri de interes județean", întocmită de autoritatea contractantă în 19.10.2020 și înregistrat la Compania Națională de Investiții - CNI SA în 08.12.2020.

Acest document nu poate fi considerat de către Consiliu o dovadă a identificării sursei de finanțare, întrucât, pe de o parte, nu conține o certitudine a finanțării, iar, pe de altă parte, solicitarea a fost înregistrată la CNI SA ulterior Inițierii procedurii de atribuire (în 08.12.2020).

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

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

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

Văzând că autoritatea contractantă nici nu a identificat sursa de finanțare, dar nici nu a stabilit corect necesitatea (cantitativ și valoric), în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va dispune anularea procedurii de atribuire, întrucât nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire."

Astfel, contestatoarea apreciază că raționamentul Consiliului din cuprinsul acestei decizii se poate aplica mutatis mutandis și în speța de față.

Totodată, având în vedere susținerile autorității contractante cu privire la includerea acestui obiectiv pe lista sinteză a CNI, petenta

precizează că Ordonanța nr. 25/26.07.2001, privind înființarea Companiei Naționale de Investiții CNI - SA, cuprinde în anexa 3, Programul național de construcții de interes public sau social; subprogramul „Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”, fiind menționat la art. 2 alin. (1) lit. k) din aceasta anexă.

Pentru aceste proceduri, art. 9 al Anexei 3 din Ordonanța nr. 25/2001 menționează: Compania Națională de Investiții „C.N.I.” SA derulează procedurile de atribuire a contractelor de prestări servicii, de execuție de lucrări, în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că se impune anularea procedurii, întrucât, chiar dacă obiectivul de investiții va avea finanțare, procedura de achiziție va fi derulată de CNI și nu prin autoritatea locală, fiind indicate prevederile Ordonanței nr. 25/2001, și anume Anexa 3 - Programul național de construcții de interes public sau social (art. 4 alin. (1), art. 7 alin. (1) și art 9).

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1078555 din 10.11.2020 și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect „Servicii de proiectare, asistență tehnică de specialitate și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: Modernizare drumuri locale în Comuna Râmnicelu, județul Buzău”, valoarea estimată fiind de 14.007.952,11 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunerea ofertelor 27.11.2020, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este „Cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire au formulat contestație SC ... SRL și SC ... SA, prin care se solicită în principal eliminarea unor cerințe și modificarea prevederilor documentației de atribuire și în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ... SA recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206655064/1 din 18.11.2020, a sumei de 35.000,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Buzău iar de către SC ... SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206659354/1 din 19.11.2020, a sumei de 35.000,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Galați, respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Cauțiunile constituite se vor restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prin cele două contestații au fost formulate critici cu privire la documentația de atribuire, parte dintre

acestea regăsindu-se în ambele contestații motiv pentru care Consiliul urmează a le analiza împreună.

Analizând, pentru început, criticile contestatorului SC ... SA privind clauza suspensivă, 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 care face obiectul prezentei nu se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin punctul de vedere nr. 6536/24.11.2020 înregistrat la CNSC sub nr. 52353/27.11.2020, 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 (...). În cazul în care s-ar aștepta încă 12 luni spre exemplu pentru a se semna finanțarea, urmate de încă 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 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 Compania Națională 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 Programul național de construcții de interes public sau social în subprograme;

- prin OUG 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”*.

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.”*.

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 că rolul COMUNA (PRIMĂRIA 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 obținerea calității de beneficiar al subprogramului *„Drumuri de interes local și drumuri de interes județean”*, COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI) 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 Națională 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 Națională de Investiții „CNI” SA activitatea de derulare a procedurilor de atribuire, COMUNA (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 COMUNA (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 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 Națională 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 COMUNA ... (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 COMUNA ... (PRIMĂRIA 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 COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI) se află pe lista sinteză (aspect invocat de către aceasta în punctul de vedere) nu constituie în sine 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 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 COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...) în anexa corespondenței nr. 6970/17.12.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 56241/18.12.2020 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 COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...), 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 COMUNA ...(PRIMĂRIA COMUNEI) 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 OUG 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 OUG nr. 40/2015 Consiliul reține că COMUNA ...(PRIMĂRIA COMUNEI ...) nu avea dreptul să inițieze procedura de atribuire prin condiționarea încheierii contractului de îndeplinirea clauzei suspensive.

Consiliul reține că modalitatea în care a conceput COMUNA ...(PRIMĂRIA COMUNEI ...) 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 HG 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 suspensivă.

Din interpretarea textelor legale mai sus indicate, Consiliul reține 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 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. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

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”*.

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. 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.

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 inherentă 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 HG 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 COMUNA ...(PRIMĂRIA COMUNEI) 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 COMUNA ...(PRIMĂRIA COMUNEI ...) cu privire la modalitatea de derulare a investițiilor prin intermediul Companiei Naționale de Investiții „CNI” – SA, 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; în ceea ce privește restul criticilor sesizate de către cei doi contestatori SC ... SRL și SC ... SA cu privire la prevederile pretins nelegale ale documentației de atribuire, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, rezultatul fiind același.

În consecință, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor, situație în care va admite contestațiile formulate de către SC ... SRL și SC ... SA, în contradictoriu cu COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...) și va anula procedura de atribuire, conform considerentelor de mai sus.

Având în vedere admiterea contestației formulată de SC ... SA, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de soluționare către SC ... SA, în cuantum de 3.338,59 lei, reprezentând onorariu redactare și susținere contestație, conform facturii fiscale seria AHB nr. 877 din data 02.12.2020 emisă de Horia Bora – Cabinet de avocat, achitate prin ordinul de plată cu număr de referință 710EINT203380253 din 03.12.2020.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestațiile formulate de SC ... SRL și SC ... SA, în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA COMUNEI ...).

Anulează procedura de atribuire pentru considerentele de mai sus.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC ... SA a cheltuielilor de judecată în valoare de 3.338,59 lei, cu TVA.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 5 exemplare, conține 32 (treizecișidouă) pagini.